

MATRIMONIO CIVILE ITALIANO: NEGOZIO GIURIDICO?

In ogni società civile il matrimonio è sempre stato ritenuto tra gli istituti giuridici di maggior rilievo: istituto giuridico quindi e cioè fattispecie complessa regolata dalla legge con effetti vincolanti. Le innovazioni al diritto di famiglia italiano sono peraltro di tale portata da far ritenere fondato il dubbio se il matrimonio, così come strutturato nella legislazione italiana, possa in effetti essere ritenuto ancora un istituto giuridico negoziale valido. Se infatti confrontiamo lo schema strutturale del negozio giuridico con quello specifico dell'istituto matrimonio, balzano evidenti alcune fondamentali e macroscopiche anomalie.

Non è il caso in questa sede di passare in rassegna le varie teorie sulla natura giuridica del matrimonio: ci basti ricordare che, pur con differenziazioni, nessuno ha posto mai in dubbio la natura negoziale dell'atto che dà origine al rapporto matrimoniale. Né ci sembra opportuno esporre qui i vari elementi che condizionano la nascita e la efficacia dell'atto negoziale: ci sia solo consentito sottolineare l'importanza di un aspetto, che più interessa l'economia del nostro discorso.

Tra i vari elementi essenziali dell'atto negoziale un posto strutturalmente fondamentale spetta alla «causa», cioè alla funzione giuridica che l'atto è chiamato a realizzare. I vari negozi giuridici si caratterizzano infatti tra loro proprio in relazione alla diversa «causa» che li

sostiene. Tale causa, oltre che esistere, deve altresì essere lecita e possibile sia fisicamente che giuridicamente. Se la causa non presenta certezza di realizzabilità nella sua struttura giuridica, essa non potrà essere né seriamente voluta né effettivamente realizzata, determinando l'invalidità dello intero negozio.

Nel matrimonio tale causa consiste soprattutto nella realizzazione del *bonum fidei* (che comprende il divieto di infedeltà, l'obbligo del mutuo aiuto, della collaborazione, coabitazione, ecc.) e del *bonum prolis* (che comporta il reciproco diritto al debito coniugale, alla figliolanza e a tutti i poteri-doveri connessi con la funzione di genitore). Tale causa è tipica, nel senso che essa è predeterminata dalla legge stessa, che anzi intorno al raggiungimento di tali obiettivi struttura l'istituto del matrimonio. Tale tipicità poi nel matrimonio è talmente rigida da non consentire modificazioni in alcun senso ad opera delle parti: il matrimonio infatti appartiene alla categoria degli «actus legitimi» nei quali, a differenza di quanto avviene nella generalità dei casi, è vietata l'apposizione di qualsiasi tipo di condizione fosse pure a carattere oggettivo, casuale o misto: in simili casi la condizione renderebbe radicalmente nullo il consenso: «vitiatur et vitiat».

Orbene le modifiche in materia di diritto di famiglia in Italia hanno fatto sì che tali obiettivi (*bonum fidei-bonum prolis*) siano del tutto privi di certezza circa la loro possibilità giuridica. Ed invero, nonostante l'appartenenza del consenso matrimoniale alla categoria dei cosiddetti «actus legitimi», nella nuova legislazione è stata introdotta *ope legis* una condizione in realtà — e per di più — meramente potestativa, che fa dipendere l'adempimento dell'obbligo di fedeltà dal mero arbitrio di ognuna delle parti, quasi ci si impegnasse in questa forma: «Ti sarò fedele, se vorrò»; infatti in qualunque

momento una delle parti avesse volontà di non essere fedele, ha diritto a sciogliersi dal vincolo matrimoniale: e ciò che è ancora più strano è che tale condizione, meramente potestativa, viene introdotta *ope legis*, cioè da quella stessa legge che, per altro verso, nel matrimonio vieta persino l'apposizione di condizioni oggettive, e che vieta poi del tutto in ogni tipo di atto negoziale, l'apposizione di condizioni meramente potestative sospensive (1331 cc): tali condizioni sono infatti indice di una volontà in realtà non pienamente esistente, in quanto volontà non ancora decisa ad impegnarsi.

Per quanto riguarda il *bonum fidei*, la causa si presenta nella legislazione italiana giuridicamente irrealizzabile quando una delle due parti non voglia più adempiere: è proprio la normativa giuridica a consentire tale irrealizzabilità; pertanto deve concludersi che la causa non è certa nella sua possibilità giuridica: tale impossibilità determina l'invalidità della causa, elemento essenziale del negozio.

Tutto ciò porta a ben guardare alla totale assenza di giuridicità di effetti del vincolo matrimoniale: vincolo giuridico significa infatti vincolo tale che, in caso di inosservanza spontanea degli obblighi assunti, sia sempre possibile la tutela dell'interesse in relazione al quale nasce il legame, attraverso una coazione diretta o indiretta di tipo sanzionatorio; nella specie, non solo non vi è alcun tipo di sanzione, ma anzi l'ordinamento giuridico legittima l'inadempienza pur in assenza di inadempimento dell'altra parte, dando all'inadempiente la possibilità di chiedere lo scioglimento del matrimonio, con manifesta ingiustizia nei confronti del coniuge adempiente.

Si potrebbe osservare non esser vero che il matrimonio possa sciogliersi *ad nutum* dell'istante: ma l'osservazione è inesatta ed infondata.

Come è noto, la nostra legislazione consente ad un coniuge di chiedere la separazione dall'altro, indipendentemente dalla colpa di quest'altro o dall'adempimento di questi ai suoi obblighi matrimoniali (il che vuol dire in realtà *ad nutum* dell'istante): essa consente poi il divorzio con l'unica condizione del decorso di 3 anni dalla separazione: tale indipendenza della separazione (e del successivo divorzio) da una causa oggettiva, equivale, al di là di ogni formulazione terminologica formale, ad una risoluzione del negozio *ad nutum*. Né vale obiettare che l'art. 151 c.c. non parla di separazione *ad nutum* ma di «esistenza di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza» e che la legge 898/70 art. 4 richiede per la pronunzia di divorzio «la inesistenza di concrete possibilità di riconciliazione»: è notorio, infatti, (e la giurisprudenza, nonché la drammatica realtà quotidiana di tante famiglie distrutte, lo confermano) che tali fatti e situazioni il più delle volte possono essere e in realtà vengono volutamente ed artatamente create da chi ha voglia ormai di rompere un dato vincolo e che «nessuna concreta possibilità di riconciliazione» può esistere laddove manca la volontà della riconciliazione. Le formulazioni degli artt. 151 c.c. e 4 L. 898/70 risultano in realtà così equivocate da costituire una ingegnosa formula, dietro alla quale una volontà non seria e non decisa ad impegnarsi può comodamente ubicarsi. Mi si dirà che il matrimonio è un negozio *sui generis*, che non può essere strutturato sulla base del negozio giuridico tipo, in quanto non è un rapporto fatto di diritti e di doveri, ma soprattutto un rapporto fatto di affetto e amore reciproco: potrei per astratta ipotesi essere d'accordo; ma il dilemma è questo: o il matrimonio è da qualificarsi istituto giuridico (ed allora non possiamo sottrarci ai diritti-doveri, i quali segnano il minimo di base su cui poter costruire

l'amore) o non lo è (nel qual caso cade ogni problema), con la conseguenza di non poter ritenere la famiglia né istituto giuridico, né società naturale «fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost.).

Analoga considerazione va fatta nei riguardi del secondo aspetto della causa negoziale del matrimonio, e cioè del *bonum prolis*.

Data la struttura giuridica del nostro matrimonio, anche la realizzazione di tale *bonum* è incerta e può «istituzionalmente» non verificarsi: e cioè il mancato raggiungimento di tale obiettivo può dipendere dall'esercizio di facoltà che la legge stessa concede ai singoli coniugi, vanificando così giuridicamente la funzione stessa del matrimonio.

Com'è noto il matrimonio comporta non solo il diritto reciproco agli atti procreativi, bensì anche quello reciproco alla figliolanza (*ius ad prolem*): anzi è proprio tale diritto che struttura e qualifica tale istituto, dandogli quella tipicità che lo differenzia da qualsiasi tipo di associazione o comunità.

Orbene stranamente la nostra legislazione, pur — bontà sua — consentendo il diritto agli atti procreativi, nega in realtà al padre il diritto alla figliolanza, consentendolo solo alla madre; infatti in forza delle vigenti leggi sull'aborto, (la cui illiceità intrinseca non esaminiamo in questa sede), la donna ha diritto di abortire anche senza o contro il consenso del marito ad opera del quale è avvenuto il concepimento: il che, in ultima analisi, significa che è solo la donna a decidere se avere o meno un figlio, è solo la donna ad avere quindi il diritto alla figliolanza, defraudando così l'uomo di quello *ius ad prolem* che nell'atto negoziale del matrimonio trasferisce reciprocamente all'altro coniuge.

Da quanto detto appare chiaro come la possibilità giuridica della realizzazione dello *ius ad prolem* è nel

matrimonio civile italiano fondamentalmente e strutturalmente incerta, potendo essere anzi giuridicamente impossibile il suo verificarsi: donde ne segue la nullità della causa, con la conseguente nullità totale dell'atto negoziale.

Tale nullità risulta poi confermata se si considera la contrarietà ed illegittimità di tale situazione rispetto al dettato costituzionale, in particolare rispetto agli artt. 2, 3, 29 Cost.

Ed infatti l'art. 2 Cost. Rep. «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», ecc.: è indubbio che il diritto alla figliolanza rientra nella categoria dei diritti inviolabili che spettano per natura e *iure civili* ad ogni essere umano anche non cittadino e non alle sole donne.

L'art. 3 Cost. poi stabilisce che in ordine a qualsiasi diritto non possono esservi restrizioni o preferenze derivanti dal sesso; se ciò vale in linea generale, dovrebbe ancor più valere se le restrizioni o preferenze riguardano un diritto inviolabile dell'uomo, spettantegli per diritto di natura, quale quello alla figliolanza.

L'art. 29 Cost. in maniera specifica afferma che il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi: nella nostra legislazione che dà alla sola donna la facoltà di decidere della nascita di un essere già concepito, l'eguaglianza morale e giuridica dei due coniugi è distrutta: e se in passato forse all'uomo era stata conferita una certa preminenza in seno alla famiglia con la potestà maritale e la patria potestà, ora si è passato all'eccesso opposto, ponendo l'uomo in posizione di reale inferiorità rispetto alla donna e privandolo in realtà dello *ius ad prolem*; certo non siamo più su di un piano di eguaglianza morale e giuridica, ma ci avviamo ad un vero matriarcato.

Per tutte tali considerazioni sembra abbastanza fondato il dubbio sulla giuridicità del vincolo matrimo-

niale e sulla natura negoziale del consenso: sicché la stessa celebrazione civile appare priva di vero contenuto vincolante, ridotta solo ad una cerimonia coreografica, da cui non nascono sostanziali impegni seriamente e giuridicamente vincolanti.

Tale aspetto della realtà sembra anche intuito da gran parte dei giovani: le statistiche ci informano che sono diminuiti non solo i matrimoni religiosi, ma anche quelli civili, mentre sono aumentate le convivenze «irregolari»; e non a torto: se in fondo la celebrazione del matrimonio non è che una pura formalità coreografica... se ne potrebbe fare anche a meno!

Da ciò non è chi non veda quali disastri si preparino per le nuove generazioni, a scapito soprattutto di coloro che in un momento di capriccio verranno messi al mondo per sempre e che non potranno rientrare nel nulla, quando i loro genitori metteranno fine alla temporanea convivenza.

MARIANO M. CLAUDIO