

Introduzione

Il matrimonio canonico, oggi come in passato, rappresenta uno degli aspetti più importanti della vita di ogni uomo e al tempo stesso, uno degli istituti più significativi della dimensione socio-giuridica della comunità. Trattasi di un istituto che acquista rilievo non solo all'interno dell'ordinamento civile, ma anche nei differenti ordinamenti religiosi presenti oggi giorno.

Il termine matrimonio o *matrimonium*¹ deriva etimologicamente dalle voci latine *mater*, madre, genitrice e *munus*, compito, dovere. Da questa considerazione, si comprende che, il *matrimonium* era nel diritto romano, un “compito della madre”, in considerazione della sua funzione prevalente nella nascita, nell'educazione e nella crescita dei figli.

La storia del pensiero giuridico e le varie legislature hanno da sempre volto la loro attenzione all'istituto matrimoniale, che ha subito numerosi influssi non solo dalle varie correnti di pensiero che si sono susseguite nel corso dei secoli, ognuna delle quali ha dato modo di dargli una connotazione ben precisa, ma anche dall'evoluzione storico-giuridica. Il matrimonio è stato considerato come il fondamento naturale di tutte le società e di come la famiglia ha da sempre costituito il nucleo originale di quella comunità istituita da Cristo, ossia dalla Chiesa. Affermare il fondamento naturale del matrimonio, quale progetto voluto nell'unione dell'uomo e della donna da Dio Creatore, aiuta ad esaltarne anche le sue proprietà essenziali: unità ed indissolubilità.

Per il diritto italiano e per tutte le legislazioni di tipo civile, il matrimonio è un negozio giuridico bilaterale che dà fondamento alla famiglia legittima, creando un rapporto giuridico tra i coniugi e determinando automaticamente per i figli lo status di figli legittimi.²

¹ Il matrimonio è detto anche *connubium* dal verbo *nubere*, ossia coprire con il velo, velare, poiché secondo il rito classico del costume romano, la sposa portava durante la cerimonia nuziale, un velo color fiamma, in segno di pudore, di modestia e di sottomissione al marito; *coningium* da *con iugo*, aggiungere assieme, con riferimento alla comunità di vita che con il matrimonio si istituisce fra gli sposi; *consortium*, da *con* e *sors* in quanto gli sposi diventavano partecipi della stessa sorte o destino e della stessa condizione, Cfr. L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma, 1990, p. 9.

² Inoltre, per quel che concerne la forma del matrimonio civile, il consenso delle parti da solo non è sufficiente a costituire il matrimonio, ma necessita anche della presenza di due testimoni e dell'ufficiale di stato civile, quest'ultimo dà lettura degli artt. 143, 144 e 147 e ricevuto il consenso dei nubendi, di seguito dichiara che le parti sono unite in matrimonio; con la recente riforma della filiazione, avviata dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219 e completata col decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, le disposizioni di legge in materia non regolano più due distinti stati di filiazione, quello di “figlio legittimo” e quello di “figlio naturale”, ma il novellato art. 315 c.c. sancisce solennemente il principio di

Nel caso più specifico del diritto canonico, la disciplina matrimoniale ha subito nel corso dei secoli notevoli sviluppi e specie negli ultimi anni è stata interessata da due eventi di importanza straordinaria e strettamente connessi l'uno con l'altro: il Concilio Vaticano II, che del matrimonio propone una chiave di lettura fondamentale nella costituzione pastorale *Gaudium et spes* del 7 dicembre 1965, in cui si sottolinea l'intima comunità di vita e di amore coniugale che è oggetto del patto tra gli sposi³, ed il nuovo codice di diritto canonico promulgato il 25 gennaio 1983 dal Santo papa Giovanni Paolo II, che ne ha rinnovato la disciplina parlando di *consortium totius vitae* fondato sul *foedus*, ovvero un accordo basato sul libero consenso tra uomo e donna e per i battezzati, elevato da Cristo alla dignità di sacramento.

Il Titolo VII del libro IV intitolato *De Ecclesiae munere sanctificandi*, dedicato al matrimonio (cann. 1055-1165), realtà sicuramente tra le più importanti fra quelle disciplinate dal codice di diritto canonico, lo inquadra come una realtà non solo religiosa, ma anzitutto, come una realtà umana, legata dall'assetto naturale tra l'uomo e la donna. È anche una realtà sociale e civile che riscuote un fondamentale interesse non solo per i cristiani, ma anche per coloro che non siano tali. Si tratta di un istituto che per la complessità degli aspetti che lo caratterizzano, coinvolge non solo il diritto da cui riceve la propria dimensione giuridica, ma anche dalle scienze quali l'etica, la sociologia, la filosofia, ciascuna delle quali contribuisce a definirne la natura, le finalità e i valori essenziali.

Il matrimonio viene dunque considerato una realtà che coinvolge totalmente la persona umana, poiché si presenta come un atto di volontà con cui le parti “danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio” (can. 1057, § 2) e questo atto viene espresso attraverso il reciproco scambio dei consensi, quale fondamento basilare dell'istituto. Per l'appunto, questo concetto emerge chiaramente dalla lettura del can. 1057 § 1, un principio di diritto naturale, secondo il quale “l'atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti manifestato legittimamente tra persone giuridicamente abili; esso non può essere supplito da nessuna potestà umana.”

indissolubilità dello stato di figlio, stabilendo che “tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”, Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 2017, p.387 e ss. e p. 432 e ss.

³ “Fondata dal Creatore e dotata di leggi proprie, l'intima unione di vita e di amore coniugale si stabilisce attraverso il patto coniugale, cioè con irrevocabile consenso coniugale [...] Questo vincolo sacro, ordinato al bene dei coniugi, dei figli e della società stessa, non dipende dall'arbitrio umano. Poiché è Dio stesso l'autore del matrimonio, che è dotato di molteplici beni e fini; tutti quanti di somma importanza per la continuità del genere umano, il perfezionamento personale e il destino eterno di ciascun membro della famiglia, per la dignità, la stabilità [...] e la prosperità della stessa famiglia e di tutta la società umana”, in A.A.S., 58 (1966), p. 1025 (n. 48 a).

Nasce dunque come promessa di amore, espressa attraverso il reciproco volere e volersi. In tal modo, il consenso⁴ rappresenta il vincolo attraverso cui emerge la consapevolezza delle parti che il matrimonio è un consorzio permanente tra uomo e donna, ordinato alla procreazione della prole, mediante la cooperazione sessuale. Questa reciprocità tra i nubendi è contornata da requisiti di non poco conto, per potersi considerare “pura” deve essere:

- 1) Gratuita: ovvero libera, ad imitazione di Dio che dona tutto gratuitamente, così anche i coniugi si accolgono reciprocamente come un dono di Dio. Tale gratuità, ben sembra opporsi al concetto di interesse, infatti, ricaviamo dall’insegnamento cristiano che non ci si deve sposare per conquistare qualcosa che manca (soldi, felicità, comodità...), ma per la gioia di rendere felice l’altra persona;
- 2) Esclusiva: il matrimonio viene concepito in veste monogamica, diversificandosi da quello di altre culture che optano invece per un rapporto poligamico. Dal punto di vista giuridico, la poligamia, nel nostro ordinamento viola il principio di parità coniugale sancito dall’articolo 29 della nostra Costituzione. Inoltre, il concedersi a più persone, specie a livello fisico-corporeo è un atto chiamato “adulterio” e comporta una disobbedienza diretta alla volontà di Dio;
- 3) Libera e reciproca: ovvero che deve nascere dalla libertà delle parti, senza nessuna costrizione esterna;
- 4) Realizzata fra due persone di sesso diverso, per cui, non sono ammesse unioni di tipo omosessuale;
- 5) Formata da soggetti capaci, ossia abilitati ad esprimere il consenso validamente (e quindi in assenza di impedimenti), oltre che nella forma prescritta⁵;
- 6) Definitiva: il vincolo deve durare fino alla morte di uno dei due coniugi, altrimenti il matrimonio perderebbe il suo significato di *consortium totius vitae*. A conferma di ciò, nelle Sacre Scritture troviamo scritto nella Prima lettera ai Corinzi 7,39 “La moglie è vincolata per tutto il tempo in cui vive il marito; ma,

⁴ La stessa radice semantica di “consenso” sta a significare “*cum sentire*”, ossia convergere verso un identico obiettivo, quando la volontà di entrambe le parti si indirizzi alla costituzione di un *consortium coniugale*, finalizzato, per sua natura, al bene dei coniugi ed alla procreazione della prole.

⁵ Riferim. in E. VITALI – S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano 2017, p. 7.

se il marito muore, è libera di sposarsi con chi vuole, purché ciò avvenga nel Signore”.

Sulla base di questo schema, la disciplina canonica in materia matrimoniale rappresenta una novità assoluta e ciò è confermato in modo evidente anche dal confronto con la concezione giuridica germanica e quella romana del matrimonio, che pur non disconoscendo la natura contrattuale insita nel negozio giuridico, non esaltano il ruolo primario ricoperto dalla volontà delle parti (il consenso). Difatti, ciò che ricaviamo dalla concezione germanica sul matrimonio, questo sarebbe assimilabile ad una compravendita tra lo sposo e il padre della sposa, avente quale oggetto contrattuale il corpo stesso della donna. Risulta evidente come in questa prospettiva la donna sia rappresentata quale mero oggetto dello scambio contrattuale, non chiamata ad esprimere alcun consenso alle nozze, ma rilevando semmai, sotto il profilo della *voluntas*, l'accordo tra il padre e il marito.

Per certi versi più simile alla concezione canonica, ma non del tutto assimilabile, è l'esperienza offerta dal diritto romano, specie nel periodo più antico, quando la donna veniva definita *socia rei humanae atque divinae* del marito⁶ a seguito delle nozze.

Se si esclude il periodo iniziale delle origini in cui era fortemente sentita la religiosità del matrimonio, con il dilagare del paganesimo e la secolarizzazione di gran parte degli istituti sociali, anche di quelli giuridici, l'istituto del matrimonio va perdendo il proprio carattere religioso trasformandosi gradualmente da *actus humanus in magnum Sacramentum*, come S. Paolo afferma⁷ in un celebre passo, fondamentale non solo per

⁶ *Cod. Inst. 9,32,4 Imp. Gordianus A. Basso pr. Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt*; si afferma che i successori del defunto marito non possono accusare del reato di saccheggio di eredità la moglie, che è accolta in casa come partecipe del culto dei *sacra* familiari e dei beni del marito.

⁷ Lettera degli Efesini, 5, 21-33: “Siate sottomessi gli uni agli altri nel timore di Cristo. Le mogli non siano sottomesse ai mariti come al Signore; il marito infatti è capo della moglie, come Cristo è capo della Chiesa, lui che è il salvatore del suo corpo. E come la Chiesa è sottomessa a Cristo, così anche le mogli siano soggette ai loro mariti in tutto. E voi, mariti, amate le vostre mogli come Cristo ha amato la Chiesa, e ha dato se stesso per lei, per renderla santa, purificandola con l'acqua e mediante la sua parola; al fine di farsi comparire davanti la sua Chiesa tutta gloriosa, senza macchia né ruga o alcunché di simile, ma santa e immacolata. Così anche i mariti hanno il dovere di amare le mogli, come amano il proprio corpo, perché chi ama la propria moglie ama se stesso. Nessuno mai ha odiato la propria carne, al contrario, ciascuno la nutre e la cura, come fa Cristo con la Chiesa, poiché siamo membra del suo corpo. La Bibbia dice: *Per questo l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà alla sua donna e i due saranno una sola carne*. Questo mistero è grande; lo dico in riferimento a Cristo e alla Chiesa! Quindi anche voi, ciascuno da parte sua, ami la propria moglie come se stesso, e la donna sia rispettosa verso il marito.”

la costituzione teologica, ma anche per quella canonica.⁸ Inoltre, potremmo aggiungere che anche nel diritto romano, il principio consensualistico si esprime in seno ad una sorta di compravendita fittizia, detta *coemptio*, che coinvolge il corpo della donna.

La prospettiva cristiana è radicalmente diversa. L'accento è posto, sin dalle sue origini, sul carattere imprescindibile del consenso espresso da entrambi i nubendi e attribuisce una rilevanza della straordinaria importanza che la disciplina canonica ha avuto nella sua evoluzione, quale strumento essenziale per il riconoscimento di quella uguaglianza tra i coniugi che oggi concerne gli ordinamenti statali più evoluti ed è uno dei principi cardine del diritto di famiglia.

Il presente studio appare suddivisibile in tre sezioni.

La prima parte tratterà a grandi linee degli aspetti principali che concernono l'istituto matrimoniale, affrontando nello specifico la differente disciplina codicistica sul matrimonio nel codice canonico del 1917 e l'attuale codice in vigore, le sue finalità e l'importanza del consenso.

La seconda parte tratterà in modo specifico sulla fattispecie invalidante del dolo, cercando di analizzare la fattispecie nella sua generalità e di conseguenza anche nella sua specificità; tratterò della sua irrilevanza avutasi sino alla codificazione del 1983 e dei suoi caratteri distintivi rispetto alla categoria dell'errore, riportando anche casi giurisprudenziali in cui il dolo è stato oggetto di nullità.

Ed infine, l'ultima sezione affronterà il particolare tema delle anomalie psicoattitudinali e psicosessuali, oggetto per l'appunto della trattazione. Cercherò di individuare i tratti essenziali del can. 1095, affrontando il tema relativo alle anomalie di natura psichica, che provocano nel soggetto un insufficiente possesso e dominio di sé e analizzerò i singoli criteri contenuti nel medesimo, offrendo anche una definizione del contenuto essenziale della capacità al consenso matrimoniale in relazione al can. 1095 e 1098.

⁸ O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Vita e Pensiero 2008, p. 97.

CAPITOLO PRIMO

IL MATRIMONIO CANONICO

1.1 La differente disciplina codicistica sul matrimonio tra il CIC del 1917 e il CIC del 1983

Il matrimonio trova una compiuta regolamentazione nel diritto positivo del *Codex Iuris Canonici* promulgato da Giovanni Paolo II nel 1983, che ha integralmente sostituito il precedente codice del 1917. Per una corretta comprensione della normativa codicistica bisogna tener conto anche dei documenti dell'ultimo concilio ecumenico celebrato dalla Chiesa cattolica, il Concilio Vaticano II (1962-1965), il quale ha posto le basi e indicato le direttive lungo le quali si è sviluppata la riforma legislativa voluta da papa Giovanni Paolo II. Tra i documenti conciliari emerge la costituzione pastorale *Gaudium et spes*, nella quale è dedicato un capitolo riguardante il matrimonio (n. 47-52).

È inoltre insegnamento comune che tutto il diritto della Chiesa vada ricondotto alle indicazioni fondamentali contenute nella Sacra Scrittura e quindi nel diritto divino rivelato, nonché nel diritto divino naturale, come fissato dalla dottrina cattolica. Nel tema specifico tratto in esame, tale istituto, è preso in considerazione anche dall'ordinamento canonico, sia nel momento del suo venir in essere, che nel momento della sua formazione, sia nelle sue conseguenze che nei suoi effetti.

Il Codice del 1917 non dettava una definizione di matrimonio, poiché il Legislatore dell'epoca riteneva, con un certo fondamento, che il vincolo coniugale, quale istituto di diritto naturale, fosse ben noto alla coscienza dei nubendi che si determinavano a contrarlo. Il matrimonio era visto essenzialmente come un *contractus*, questo era quanto disposto nel can. 1012 che si limitava ad identificarlo come contratto-sacramento, stabilendo che non poteva esserci un valido matrimonio senza che si avesse anche il sacramento⁹.

⁹ Il can. 1012 stabilisce che “Cristo Signore ha elevato a dignità di sacramento lo stesso contratto matrimoniale tra battezzati e perciò tra battezzati non può esistere un contratto matrimoniale valido che non sia per ciò esso stesso sacramento”.

Già allora il codice pio-benedettino mostrava la centralità del consenso, espressa perfettamente dal can. 1081 § 1 nel quale era scritto: “*Matrimonium facit partium consensus inter personas jure habiles legitime manifestatus; qui nulla humana potestate suppleri valet*”. Risultava evidente che l’elemento creatore del vincolo coniugale era identificato nel consenso delle parti, quale espressione della reciproca volontà dei nubendi di unirsi per sempre, accompagnato dalla capacità, oltre che, dall’uso della forma per la sua manifestazione. In realtà, poiché la capacità e la forma, erano, come sono tutt’oggi, imposti dall’ordinamento per ragioni generali esterne ai soggetti, il requisito del consenso è invece richiesto, prima che dall’ordinamento, dalla stessa natura sostanziale del matrimonio ed interessa, in primo luogo, i due sposi ed il modo interiore nel quale si costituiscono gli elementi sostanziali.

Per identificare l’oggetto del consenso, la dottrina riteneva che dovesse individuarsi nella reciproca *deditio iuris in corpus perpetui et exclusivi*¹⁰, quale essenza del matrimonio di ciascun coniuge nei confronti dell’altro. Il consenso matrimoniale era definito come l’atto di volontà con cui ciascuna delle parti contraenti, dà e accetta lo “*ius in corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*” (can. 1081 § 2). Esprimendo il consenso a volersi come coniugi per la vita, i nubendi manifestavano la volontà di donarsi attraverso atti idonei alla procreazione della prole, in perpetuo, cioè sino a quando il vincolo restasse in vita, ed in modo esclusivo, ossia esclusivamente tra di loro. In una tale accezione, la procreazione della prole costituiva, come indicava espressamente il codice, il “fine primario del matrimonio”¹¹ (can. 1013).

Partendo da questo presupposto, si può ben comprendere come l’oggetto essenziale del consenso previsto dal precedente codice, configurato nello *ius in corpus*, aveva un riferimento troppo fisico, cd. *iuscorporalista*¹². Lo *ius in corpus*, cioè il diritto

¹⁰ Cfr., O. FUMAGALLI CARULLI, *La relazione dinamica tra il can. 1082 e il can 1081 Cod. Iur. Can.*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 34 (1978), p. 251. Per O. GIACCHI, voce *Matrimonio canonico (elementi)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXV, Milano 1975, p. 898: “*La deditio iuris in corpus perpetui et exclusivi* è dunque l’essenza del matrimonio [...] Essa spiega inoltre tutta quella serie di invalidità che nascono dall’opposizione della volontà a consegnare ed accettare in modo perpetuo ed esclusivo lo *jus in corpus*”; P. GISMONDI, *Il diritto della Chiesa dopo il Concilio*, Milano 1973, p. 181: “L’essenza del matrimonio *in fieri* [...] non può consistere che nello stesso consenso matrimoniale; l’essenza del matrimonio *in facto*, invece, si identifica con l’oggetto del consenso [...] e cioè con lo *ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem* (can. 1081 § 2)”.

¹¹ Con il codice del 1917 la procreazione è intesa in un’accezione diversa rispetto a quando avviene oggi. Con la precedente codificazione, il matrimonio poteva ritenersi valido anche se uno dei due nubendi fosse stato affetto da *impotentia generandi*, o da sterilità, purché fosse dotato di *potentia coëndi*, ossia la capacità all’atto sessuale.

¹² Cfr. P. A. D’AVACK, *Per una riforma giuridica del matrimonio canonico*, in *Dir. Ecl.*, 1974, pp.3 e ss.; E. DIENI, *Tradizione “iuscorporalista” e codificazione del matrimonio canonico*, Milano, 1999;

perpetuo ed esclusivo sul corpo dell'altro coniuge, implicava esclusivamente la consegna e l'accettazione mutua (*mutua traditio*) di un diritto¹³.

Un tale modo di intendere il matrimonio fu certamente destinato ad essere superato per due ordini di motivi: da un lato, il modello sociale matrimoniale, che si era conosciuto fino ad allora, entrò in crisi a causa dei profondi cambiamenti che andavano coinvolgendo sia la vita individuale che collettiva dell'uomo, sia la progressiva scomparsa del modello patriarcale della famiglia, sia il processo di emancipazione della donna; dall'altro, prendeva sempre più piede l'insegnamento del Concilio Vaticano II, attento non solo ai valori fondamentali della persona umana, ma anche alle esigenze pastorali, che, pur senza sminuire o trascurare la dimensione sociale dell'istituto, ne ha sottolineato l'intima comunità di vita e di amore coniugale, oggetto del patto tra gli sposi.

Fu così che, durante il Concilio Vaticano II, con la *Cost. Gaudium et spes* si sostituì tale concetto con quello di "*mutua donatio atque acceptatio coniugum*". Tale concetto fu poi espresso da Paolo VI nella *Enc. Humanae vitae* (25 luglio 1968): "Il matrimonio è una reciproca donazione personale, loro propria ed esclusiva, mediante la quale gli sposi tendono alla comunione delle loro persone, con la quale si perfezionano a vicenda, per collaborare con Dio alla generazione e all'educazione di nuove vite".

Si desume come l'insegnamento del Concilio Vaticano II abbia trasferito questa visione personalistica del consenso nel nuovo codice di diritto canonico del 1983. Oggi il consenso comprende oltre allo "*ius in corpus*", anche lo "*ius ad vitae consortium*", alla comunità di vita propriamente matrimoniale.

Quanto esposto fino ad ora, ha costituito un punto di riferimento su cui si è costruita la nuova disciplina codicistica. Nelle disposizioni generali del Titolo VII, Libro IV sul matrimonio, a cominciare dal can. 1055, che traccia sin da subito una definizione del matrimonio diretta a metterne in luce gli aspetti più significativi, il matrimonio viene definito, innanzitutto, come *foedus*, patto, un termine di provenienza biblica, dove il codice precedente usava il termine *contractus*, questo segna il superamento della concezione contrattualistica in favore di quella personalistica.

¹³ Cifra. S. LENER, *L'oggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, in AA. VV., *L'amore coniugale*, Città del Vaticano 1971, p.146-147, in cui l'autore specifica: "non si nega il potere-dovere dei coniugi di compiere tra loro gli atti idonei alla generazione della prole. Si nega invece, anzitutto che l'oggetto del contratto matrimoniale sia codesto *ius* o il contenuto dello stesso (atti o prestazioni) e si nega poi, che fonte o causa efficiente (diretta) di detto *ius* sia la *tradiitio*, che ciascun nubente ne farebbe all'altro".

L'oggetto materiale del consenso sono le persone stesse dei nubendi; il matrimonio visto nella sua totalità, come *consortium totius vitae* (can. 1055 § 1 e can. 1057 § 2), che include non solo l'aspetto puramente sessuale ma anche, la relazione interpersonale che nasce dalla totale e mutua donazione ed accettazione, ricomprende l'insieme di tutto ciò che costituisce la vita coniugale nel suo complesso.

In questo modo, data l'attuale definizione del can. 1057 ed alla luce della nuova normativa, si può affermare che oggetto formale del consenso matrimoniale sia il *foedus* irrevocabile, e quindi non più soltanto lo "*ius in corpus*" affermato nel codice precedente, ma la persona stessa dei contraenti, i quali si accettano reciprocamente in quanto coniugi, così da formare il *consortium totius vitae*, base del *foedus* tra uomo e donna ed elevato da Cristo alla dignità di sacramento per i battezzati.

Per concludere, in sostanza, possiamo dire che i due codici propongono la medesima dottrina teologica sul matrimonio, ma le differenze linguistiche che adottano, sono però significative di un progresso che la teologia del matrimonio ha compiuto nel XX secolo.

Il codice pio-benedettino si presenta strettamente in termini giuridici, adottando il termine '*contractus*' riferito allo '*ius in corpus*', proponendo la gerarchia classica dei fini ed offrendo una visione del matrimonio essenzialmente orientata alla procreazione ed educazione della prole, senza mai menzionare l'amore coniugale, considerato un elemento agiuridico tanto da non intaccare per nulla la sostanza giuridica del matrimonio¹⁴.

L'attuale codice in vigore assume oggi tratti personalistici e biblici, affiancando il biblico 'patto' al giuridico '*contractus*' e lasciando emergere un'idea che il matrimonio rifletta l'alleanza tra Dio e l'uomo; riferisce poi il patto matrimoniale non solo al diritto

¹⁴ L'estrema conseguenza dell'irrelevanza giuridica dell'amore era la comune ammissione della piena validità del matrimonio contratto senza amore, purché fossero salvaguardati il fine primario e le proprietà essenziali. Sulla base del CIC 1917, A. C. JEMOLO si esprimeva così: "Persino nel caso estremo di colui che con un intento di vendetta familiare sposasse una donna con la precisa intenzione di farla soffrire, di rendere la sua vita un martirio, e di fare soffrire ed umiliare i suoi parenti, si avrebbe un peccato mortale da parte sua, ma solo che egli non avesse con positivo atto di volontà escluso la '*traditio-acceptatio*' dello '*ius in corpus*', né alcuno dei tre elementi, della prole, della fedeltà e della indissolubilità, il matrimonio resterebbe valido, non potendo invalidarlo la intenzione '*causam dans*', il fine pravo propositosi; valido ancora nel caso dell'uomo che, sempre senza escludere la '*traditio-acceptatio*' ed i tre beni, già meditasse l'uccisione della moglie", *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, p. 76; cit. in S. D. KOZUL, *Evoluzione della dottrina circa l'essenza del matrimonio dal CIC al Vaticano II*, Vicenza, 1980, p. 168, nota 21.

di compiere atti sessuali sul corpo dell'altra persona, ma al dono reciproco di tutta la persona, eliminando di conseguenza anche la gerarchia classica dei fini.

1.2 Dalla concezione contrattualista del matrimonio all'attuale visione personalistica

Risulta interessante affrontare il problema del rapporto tra l'atto (*foedus*) da cui trae origine il vincolo coniugale e lo status coniugale (*consortium totius vitae*) che da quell'atto inizia. Questo è di notevole rilevanza nell'ordinamento ecclesiale per il passaggio da una concezione contrattualistica del matrimonio, ad una visione, oggi, personalistica.

Lo studio del diritto canonico attribuisce particolare importanza all'analisi dei termini *foedus* e *consortium vitae* o *consortium coniugalis* introdotti in materia matrimoniale solo con il nuovo codice canonico¹⁵.

Infatti, la parola *foedus*, nel codice pio-benedettino, si ritrova una sola volta e per di più in materia non matrimoniale, con il significato di vincolo naturale, la cui esistenza era richiesta affinché i chierici potessero lecitamente coabitare con persone dello stesso sesso. Lo stesso è avvenuto per l'espressione *consortium vitae*, presente solamente in due disposizioni normative, in materia di separazione e di *actio spoliis*, con il significato di convivenza maritale.

Con l'entrata del codice del 1983 il termine *foedus* si presta ad esprimere una concezione matrimoniale diversa, rappresentando la natura dell'atto che dà origine al vincolo coniugale, mentre l'espressione *consortium vitae* indica l'oggetto dei diritti e doveri dei coniugi, individuati dal can. 1055 § 1 e nella norma che fissa il presupposto

¹⁵ G. LO CASTRO, *Il foedus matrimoniale canonico*, in *Tre studi sul matrimonio canonico*, Milano 1992, spiega che nel precedente Codex del 1917, sia il *foedus* che il *consortium vitae* erano espressioni linguistiche sinonimiche, il cui uso non era ricadeva in particolari significati. La non univocità del termine *foedus* nel linguaggio del magistero della Chiesa è dimostrata inoltre dal fatto che esso, talora, è servito ad indicare lo stesso consenso matrimoniale: è noto in tal senso il passo della *Cost. Gaudium et spes* che parla di *foedus coniugii seu* (ossia) *irrevocabilis consensu personalis*, inteso come momento generativo della realtà matrimoniale. Allo stesso modo non appare univoca neppure l'espressione *consortium totius vitae*. Basti osservare sul punto, il diverso uso da parte del Legislatore nel codice dei canoni delle Chiese orientali, rispetto a quello dello stesso Legislatore nel codice per la Chiesa latina. Per quest'ultimo il Legislatore ha voluto distinguere la convivenza matrimoniale dal *consortium vitae*, mentre tale distinzione non viene fatta nel codice dei canoni delle Chiese orientali, ove il *consortium vitae* indica semplicemente il rapporto matrimoniale nella sua semplice convivenza maritale.

di consapevolezza minima, per identificare il consenso matrimoniale (can. 1096), per qualificare la natura del matrimonio in luogo del termine *societas*, adoperato nel codice del 1917¹⁶.

Il passaggio in esame, da una concezione contrattualistica dell'istituto matrimoniale ad una personalistica sarebbe indicato, *in primis*, da una maggiore e prevalente attenzione per la *intima comunitas vitae et amoris coniugalis*, al cui interno si manifesta il vero amore e unione tra uomo e donna; *in secundis*, dal silenzio serbato dal magistero conciliare sulla gerarchia dei fini matrimoniali, che avrebbe comportato il superamento della concezione oggettivistica del vincolo coniugale (caratterizzato dal raggiungimento del primario obiettivo della procreazione ed educazione della prole).

Il superamento della visione contrattualistica, affermata oggi, è concentrato sugli intenti personali di chi contrae matrimonio. Sotto il profilo linguistico il rilievo sacramentale e soprannaturale, oltre che giuridico del matrimonio, possono essere colte nella recente legislazione canonica, ove si parla di *foedus* matrimoniale e non soltanto di contratto; ove affermandola, ma senza escluderla, non si enfatizza *l'ordinatio ad prolem*, nell'ambito di una gerarchia dei fini, quale era prevista dal can. 1013 del codice del pio-benedettino; ove si parla del bene dei coniugi (*bonum coniugum*), oltre che di generazione ed educazione della prole come finalità del *consortium totius vitae*. Proprio la rivalutazione del concetto di *bonum coniugum* (che approfondirò in seguito) costituisce l'ulteriore conseguenza della visione personalistica del matrimonio, elemento innovatore. La novità di questa realtà e la sua obiettiva complessità hanno reso arduo a dottrina e giurisprudenza la sua precisa configurazione concettuale, arrivate comunque ad affermare che il matrimonio altro non è che un rapporto intra ed interpersonale tra i coniugi, realizzato nella reciproca dedizione, voluta nella donazione d'amore dagli stessi sposi.

Tutto questo porta a ripensare sotto nuovi termini questo rapporto tra atto e stato matrimoniale, sulla base delle innovazioni apportate dal nuovo codice all'istituto e lo si evince anche dal dato normativo-giuridico, ed in particolare dalla maggiore

¹⁶ “Il termine *foedus*, che dovrebbe rappresentare la natura dell'atto che dà origine al matrimonio, sembrerebbe avere un significato più ampio, meno tecnico, del termine contratto e può vantare un'assonanza con il linguaggio biblico, che il secondo non presenta”.

“Il termine *consortium vitae*, specie se specificato come *omnis vitae*, parrebbe meglio prestarsi a significare la condivisione da parte dei coniugi dei momenti complessivi della loro vita, secondo una dimensione spirituale ed umana, che sarebbe resa meno bene da una espressione giuridica”. Cifra G. LO CASTRO, *Il foedus matrimoniale canonico*, in *Tre studi sul matrimonio canonico*, Milano, 1992, p. 11.

estensione dei vizi del volere, oggi comprendenti anche il dolo (prima non contemplato nel precedente codice), nella diversa regolamentazione del consenso condizionato e nelle diverse sfumature in tema di simulazione. Quest'ultime due però non saranno oggetto della seguente trattazione.

Modificata la concezione del rapporto coniugale, sul piano normativo non vi sono novità di sostanza per quel che riguarda il contenuto necessario e sufficiente del consenso, ove nel nuovo codice al can. 1096 è stabilito, in termini che quasi riprendono quelli della corrispondente norma del 1917 al can. 1082, che “perché si possa avere il consenso matrimoniale, è necessario che i contraenti almeno non ignorino che il matrimonio è la comunità (dice la nuova norma) – una *societas* (recitava la vecchia) – permanente tra l'uomo e la donna – diretta alla procreazione dei figli (vecchia norma) – ordinata alla procreazione della prole mediante *cooperatione aliqua sexuali* (nuova norma)”.

Proprio in materia di consumazione, il Concilio ha evidenziato come di essa si possa parlare nel campo del diritto soltanto quando non sia stata strappata con violenza od estorta con l'inganno, non potendo parlare, in queste ipotesi, di *actus humanus*, bensì solo di *actus hominis*. Precisamente in questa linea, modellata esaltando la visione personale del vincolo, si è mosso il nuovo *Codex Iuris Canonici*, richiedendo che l'unione degli sposi avvenga in *humano* modo, con una innovazione che, se può apparire in un certo senso scontata, è tuttavia necessaria, poiché si pone direttamente contro un famoso responso del S. Ufficio del 1949, il quale invece sembrava vedere unicamente nella materialità della *copula carnalis*, comunque ottenuta ed avvenuta. Nel codice del 1983 l'identità del vincolo, resta sempre la stessa, in quanto la nuova codificazione non ha trasformato ciò che costituisce l'oggetto del contratto matrimoniale, che era e rimane il reciproco scambio fra le parti dei loro diritti e doveri¹⁷.

¹⁷ S. R. ROTA, *Nullitatis matrimonii*, 31 maggio 1985, Pinto, Ponente, in *Diritto Ecclesiastico*, vol. II, p. 48-49.

1.3 Il matrimonio come contratto-sacramento

Dall'analisi esposta precedentemente, oggi, si ammette pacificamente che il matrimonio canonico è un contratto consensuale, ossia si ritiene che dal punto di vista della struttura, l'elemento centrale ed imprescindibile del negozio è costituito dal consenso, ovvero lo scambio od incontro delle volontà. A ciò si è giunti non senza una lunga e contrastata evoluzione che ha avuto il suo culmine verso la metà del XII secolo, quando si crearono sul tema due posizioni nettamente contrapposte: da un lato, la scuola di Bologna e dall'altro, la scuola di Parigi.

Con la teoria consensuale, la scuola di Parigi, della quale fu esponente fra i più autorevoli Pietro Lombardo, ha sottolineato che l'indissolubilità assoluta del matrimonio comincia già ad esistere al momento dello scambio del consenso matrimoniale tra gli sposi. Mentre la scuola di Bologna, con la sua teoria copulativa, ha insegnato che sarebbe soltanto grazie alla consumazione, che il matrimonio cristiano diventa un sacramento perfetto ed indissolubile. Sarà per l'appunto la tesi parigina ad affermarsi, sicché oggi possiamo dire che il matrimonio è un contratto consensuale formale, nel senso che, causa efficiente, necessaria e sufficiente della costituzione del negozio è unicamente la volontà degli sposi, manifestata nella forma tassativamente prevista dal Legislatore a partire dal Concilio di Trento, a pena di invalidità del negozio.

Il matrimonio si perfeziona dunque con il solo consenso, senza che occorra la "*tradictio rei*" come avviene nei contratti reali. Tale concetto era già ben conosciuto sin dai primi tempi del diritto matrimoniale canonico, in cui nei testi romani era nota la frase: "*matrimonium solo consensu perficitur*"¹⁸, che indicava che il matrimonio sarebbe stato considerato comunque perfetto, e quindi valido, senza la necessaria unione dei corpi tra l'uomo e la donna, ma a tal fine era sufficiente il reciproco scambio dei loro consensi. Anche l'insegnamento del primo Cristianesimo era nel senso che non occorresse in alcun modo la consumazione, affinché si potesse ritenere validamente sorto il matrimonio. La stessa fonte, la possiamo ricavare anche da un fatto storico

¹⁸ Nel diritto romano tale frase assumeva un significato completamente differente rispetto al nostro modo di intendere. Affermava la permanenza della *affectio maritalis* del marito verso la moglie che era essenziale nel matrimonio, perché considerato rapporto di fatto e non nascente da un contratto. Mentre, nel diritto della Chiesa, essa significava che il matrimonio si considerava valido ove ci fosse stato comunque l'incontro dei consensi, senza che si dovesse attendere previamente l'unione dei corpi, P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel codice di diritto latino*, Torino, 1998, p.12-13.

qual è il matrimonio tra Maria e Giuseppe, fondato sull'amore di Dio e al tempo stesso su un matrimonio non consumato.

Quanto esposto andrebbe di pari passo con quanto il Concilio di Trento ha ribadito sull'indissolubilità della *intima communitas vitae et amoris*, che è instaurata *irrevocabilis consensu* e che una volta costituita *non ex humano arbitrio pendet*.

Inoltre, rispetto ad ogni altro tipo di contratto, il matrimonio canonico è contornato da un'altra particolarità, nel senso che è per sua natura "*sacer et religiosus*" in quanto sacramento.

Il codice pio-benedettino al can. 1012 statuiva che il matrimonio canonico è contratto e sacramento insieme, stabilendo che è stato elevato da Cristo a sacramento e affermando di conseguenza che non vi può essere valido matrimonio-contratto che non sia perciò esso stesso anche sacramento e per converso, non vi può essere sacramento del matrimonio senza la validità del contratto.

Oggi, invece, il nuovo *Codex Iuris Canonici* non utilizza più l'espressione "il matrimonio canonico è contratto e sacramento insieme" ma, anche se in chiave diversa, giunge ad affermare lo stesso concetto all'interno del can. 1055. Riprendendo dunque l'analisi del can. 1055, si rileva che il matrimonio non è più semplicemente un contratto matrimoniale come indicava il precedente codice e si evidenzia che non ogni matrimonio è sacramento; lo è solo quello tra due battezzati. Perciò, il matrimonio-sacramento è cosa distinta dal matrimonio canonico, infatti, si potrebbe affermare in tal senso, che ogni matrimonio-sacramento è canonico, ma non ogni matrimonio canonico è sacramento. Il can. 1055 § 2 ribadisce che tra i battezzati non può sussistere un valido contratto matrimoniale, che non sia perciò esso stesso sacramento. Conseguentemente, la natura sacramentale del matrimonio dipende dal fatto che i nubendi abbiano ricevuto il battesimo, anche se poi, nella quotidianità non si impegnano ad un'effettiva professione della pratica religiosa.

Data questa concezione, ne discendono due principali aspetti giuridici dell'istituto coniugale: l'essere il consenso degli sposi elemento essenziale, da cui discende il carattere contrattuale del matrimonio e la sua regolamentazione da parte della Chiesa avente giurisdizione esclusiva, dalla quale discende il suo carattere sacramentale. Entrambi questi aspetti si intrecciano tra loro nel senso che, da un lato, il consenso delle parti è anche elemento essenziale del sacramento, poiché di questo sono ministri i due sposi e dall'altra parte, la giurisdizione della Chiesa sul matrimonio

non si limita solo al suo aspetto sacramentale, ma ne investe anche quello contrattuale, determinando le condizioni di vita dell'atto.

Ne discende che il profilo sacramentale non è una qualità accidentale, esterna e aggiunta al contratto matrimoniale, ma è parte della stessa essenza del vincolo, un effetto che si produce necessariamente per volontà dell'ordinamento con la perfezione della fattispecie contrattuale. Inoltre, in quanto sacramento, il matrimonio è un mezzo di grazia, nel senso che se viene posto in essere tra soggetti che siano parte della Chiesa, esso, *ex opere operato*, ossia per virtù propria, produce nei nubendi gli effetti della grazia sacramentale. Questo spiega perché, per la sussistenza del sacramento del matrimonio occorre che vi sia completa coincidenza tra volontà vera e volontà manifestata. In difetto di un simile incontro dei consensi, il contratto non verrebbe ad esistenza e così neppure il sacramento, e ciò comporterebbe che il rapporto coniugale sarebbe solo apparente, non essendo in realtà mai nato. Se la volontà manchi o difetti di qualche elemento essenziale, questa non può essere sostituita da alcuna altra volontà umana e neppure dall'ordinamento. Nel diritto canonico matrimoniale vale il principio della volontà vera, che si presume conforme alle parole e ai segni usati nell'esprimere il consenso con una presunzione, che può essere però travolta dalla prova contraria (can. 1101).

Se la sacramentalità è una dimensione che fa parte dell'ontologia del matrimonio cristiano, è opportuno chiedersi come si colloca una tale dimensione in rapporto al consenso matrimoniale. Detto in altre parole, cosa devono fare gli sposi battezzati per contrarre valido matrimonio? E nel caso in cui una delle due parti non abbia ricevuto il battesimo? L'atto del consenso deve includere il sacramento?

Per rispondere alle seguenti domande serve rifarsi allo stesso concetto di oggetto del consenso, per capire se gli sposi oltre ad indentificare la persona dell'altro, hanno realmente colto l'essenziale dimensione naturale della loro coniugalità, la quale implica fedeltà, indissolubilità, unità e potenziale procreazione della prole. Questi aspetti sono i tratti essenziali di quello che i coniugi devono intendere per costituire un valido vincolo, senza i quali, il matrimonio non verrebbe nemmeno ad esistenza, né per i battezzati, né per i non cristiani.

In ordine alla seconda domanda, il can. 1059 specifica che il matrimonio non è regolato soltanto dal diritto divino naturale, ma anche dalle leggi canoniche, anche quando solo una delle due parti sia cattolica. Perciò, quando in un matrimonio

canonico una parte è acattolica, se questa ha ricevuto un battesimo valido, quel matrimonio è sacramento; mentre se una parte non è battezzata, quel matrimonio non è certamente sacramento, pure venendo regolamentato dalla legislazione canonica (cfr. can. 1086 §1 e cann. 1125-1126).

Il can. 1086 che regola l'impedimento di disparità di culto, in un matrimonio in cui una parte non è battezzata, afferma che mancando il battesimo ad una delle parti, il matrimonio non è sacramento. Lo può diventare solamente quando la parte non battezzata riceve il battesimo, allora, quel matrimonio naturale, celebrato secondo il sistema matrimoniale canonico, diventa sacramento in ragione della ricezione del battesimo, “*ianua sacramentorum*” (can. 849).

Il matrimonio riferito invece a due persone battezzate è specificatamente indicato con il termine *sacramentum* (can. 1055 § 2). Per poter accedere al matrimonio *coram Ecclesia*, in altre parole, è sufficiente il dato formale del battesimo, anche se poi nel concreto, come detto in precedenza, la pratica religiosa non viene professata con rigore.

In conseguenza della grazia sacramentale, inoltre, il matrimonio canonico, come evidenzierò in seguito, ha due caratteristiche intrinseche ed essenziali: l'unità e l'indissolubilità (can. 1056).

L'unità consiste nella unicità ed esclusività del vincolo, nel senso che un solo uomo può essere unito con una sola donna e viceversa. La Chiesa considera proprio del matrimonio l'essere costituito tra un solo uomo e una sola donna ed essere questo perpetuo, escludendo qualsiasi forma di poligamia.

L'indissolubilità, invece, consiste nell'unità proiettata nel tempo, ossia nella perpetuità del vincolo, nel divieto che esso, validamente contratto e consumato, sia sciolto per atto di volontà dei coniugi o di una qualsiasi autorità umana. Per il fatto stesso di essere sorto validamente, il matrimonio celebrato tra nubendi battezzati nella Chiesa cattolica è unico e indissolubile, per diritto divino e per diritto umano. Di contro, il matrimonio celebrato tra infedeli, cioè tra non battezzati o tra cristiani non battezzati in una confessione non cattolica, è unico ed umano, ed è retto dal diritto civile del luogo della celebrazione.

La tematica sulla fede-sacramento del matrimonio in questi ultimi anni ha interessato il dibattito ecclesiale da un punto di vista teologico, pastorale e giuridico. Tale problematica è sorta dal fatto che, ai nostri giorni, la presenza di battezzati non

più credenti risulta rilevante. Questa nuova situazione ha riaperto la riflessione sul rapporto che esiste tra fede e sacramenti.

Il riconoscimento del matrimonio naturale elevato a matrimonio-sacramento è frutto di riflessioni dottrinali, che hanno contribuito a fornire delle precisazioni sulla realtà sacramentale del matrimonio e sulla fede richiesta, affinché si realizzi un matrimonio sacramento.

Coloro che hanno messo in forte discussione la sacramentalità del matrimonio sono Lutero e i riformatori, in polemica con la dottrina ecclesiastica del matrimonio. La loro posizione era quella di non riconoscere la sacramentalità del matrimonio, vedendo lo stesso fondato nell'ordinamento divino della creazione; lo identificavano come segno dell'agire misericordioso di Dio e dell'unione di Cristo con le sue membra. Lutero attaccò, la pratica ecclesiastica di subordinare il matrimonio al diritto canonico.

Alle critiche mosse dai riformatori risponde il Concilio di Trento con la dottrina del sacramento del matrimonio.

Il Concilio, innanzitutto, stabilì nel numero di sette i sacramenti della Chiesa cattolica, nei quali tra di essi venne incluso anche il matrimonio; approvò, poi, la dottrina del sacramento-matrimonio e dodici canoni relativi, dichiarando solennemente la perpetuità e solennità del vincolo matrimoniale. Tale principio venne richiamato rifacendosi al passo Gen. 2, 23-24¹⁹ che è posto a fondamento dell'unione tra uomo e donna per dar vita ad una sola carne.

Il primo dei dodici canoni sul sacramento del matrimonio stabilisce che “Se qualcuno dirà che il matrimonio non è in senso vero uno dei sette sacramenti della legge evangelica, istituito da Cristo, ma che è stato inventato dagli uomini della Chiesa, e non conferisce la grazia, sia anatema”.

¹⁹ Gen. 2, 23-24: E l'uomo disse: “Questa, finalmente, è ossa delle mie ossa e carne della mia carne. Ella sarà chiamata donna perché è stata tratta dall'uomo. Perciò l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà alla sua moglie, e saranno una stessa carne.”

1.4 L'essenza del matrimonio canonico: l'unità e l'indissolubilità.

L'oggetto del consenso matrimoniale

Le proprietà essenziali del matrimonio sono quelle qualità che ne caratterizzano l'essenza per sua natura, così che senza di esse il matrimonio non può esistere. Il can. 1056 ne enumera due per il matrimonio canonico: l'unità e l'indissolubilità, che insieme conseguono una peculiare stabilità (*peculiarem firmitatem*) in ragione del sacramento.

Queste due proprietà, pur formalmente distinte, sono in realtà strettamente connesse l'una con l'altra. L'indissolubilità altro non è che la pienezza dell'unità, perché la capacità di essere marito e moglie si realizza in tutta la sua pienezza solamente quando si orienta e si dispiega in rapporto a una sola donna o a un solo uomo, in modo tale che esclusivamente la morte ponga limite a tale capacità.²⁰

La proprietà essenziale dell'*unità* consiste nel fatto che il matrimonio canonico è possibile unicamente in una coppia, formata da un solo uomo e una sola donna, che diventano perciò marito e moglie.²¹ Questa proprietà corrisponde a quella che si chiama monogamia, che comporta l'esclusione di ogni altra forma di poligamia, sia nella forma della poliandria (unione di una donna con più uomini), sia nella forma della poliginia (unione di un uomo con più donne) simultanea al rapporto in essere con il coniuge. Queste ultime due forme di relazione si pongono in netto contrasto con i fini istituzionali del matrimonio, quale definito nel can. 1055, poiché rendono problematica la realizzazione del *consortium totius vitae*, non potendo un coniuge dare se stesso contemporaneamente a più coniugi, come richiesto dalla definizione stessa del consenso matrimoniale di cui al can. 1057 § 1, poiché il vincolo coniugale è unico ed esclusivo. L'unità diventa così sinonimo di fedeltà coniugale e si contrappone nettamente a qualunque forma di relazione extraconiugale che porti l'uomo o la donna ad avere un rapporto fisico con un'altra persona, rapporto che secondo l'insegnamento della Chiesa e delle Sacre Scritture deve essere riservato esclusivamente al solo coniuge.

²⁰ Rif. P. MONETA, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, ed. Il Mulino, Bologna, 2014, p. 36.

²¹ "Matrimonii unitas in eo consistit, ut sit coniugium unius cum una", l'autore riporta la distinzione tra unità perfetta, se, morto un coniuge, l'altro non passa a nuove nozze, e imperfetta, se invece, un coniuge, dopo la morte dell'altro, contrae un nuovo matrimonio, F. M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. V, in *De iure matrimoniali orientalium et de iure italico post concordium vigente*, Torino, 1950, p.36.

Il vero fondamento dell'unità del matrimonio canonico si rinviene, chiaramente, nella stessa volontà divina rivelata, scritta nelle Sacre Scritture. Nel testo più antico della Genesi è detto esplicitamente: "Per questo l'uomo [...] si unirà a sua moglie e i due saranno una sola carne" (*Gen.* 2,24)." Solo in seguito, con la storia patriarcale, riferita in *Gen.* 12-50, insieme all'istituto del divorzio, si diffuse tra i costumi del popolo d'Israele, anche la poligamia. Ma Gesù volle restituire il matrimonio al progetto originario del Creatore riaffermandone, con l'indissolubilità, anche l'unità (*Mt* 19,9 "Perciò io vi dico: Chiunque ripudia la propria moglie, se non in caso di concubinato e ne sposa un'altra, commette adulterio").

Considerato che la poligamia non era conosciuta né presso i Greci, né presso i Romani, nonostante ciò fu unanime l'insegnamento dei Padri riguardo all'essenziale unità del matrimonio. In particolare, Agostino indicò per il matrimonio cristiano una ragione ancora più profonda, la sua capacità di essere l'unione dell'anima con Dio. Con il tempo, poi, la poligamia fu proibita anche dalla legge civile.

L'*indissolubilità* è quella proprietà per cui un vincolo validamente costituito non può essere sciolto. Riferita al matrimonio esprime la perpetuità del legame coniugale ed esclude la possibilità di sciogliere il vincolo con il divorzio²².

Il CIC del 1983 si limita ad indicare, accanto all'unità, anche l'indissolubilità. Si parla di indissolubilità *estrinseca* ed *intrinseca*. La prima comporta l'impossibilità dello scioglimento del vincolo coniugale da parte di qualsiasi autorità umana, compresa anche quella ecclesiastica. Tuttavia, c'è da dire, che non ostante questa impossibilità, per così dire assoluta, si ammettano delle eccezioni, sia nel caso di matrimonio rato e non consumato di cui al can. 1142, sia per privilegio paolino (cann. 1143-1147)²³, sia per privilegio petrino (cann. 1148-1149)²⁴. La seconda accezione consiste nell'impossibilità di scioglimento del vincolo coniugale sia da parte della stessa causa

²² "Indissolubilitas opponitur divortio et excludit solutionem vinculi nisi per mortem alterius coniugis", F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum*, Tom. V, *Ius Matrimoniale*, p.31.

²³ In base al privilegio paolino i matrimoni sono sciolti, in favore della fede (*in favor fidei*), cioè per favorire l'esercizio della fede cristiana del credente, quando uno dei due coniugi, sposatisi senza essere battezzati, riceva successivamente il battesimo e l'altro coniuge si rifiuti di continuare la convivenza o di coabitare pacificamente senza offesa al Creatore.

²⁴ Il privilegio petrino è quella speciale autorità vicaria di cui gode ancora il Romano Pontefice, in forza del quale un matrimonio può essere sciolto in favore della fede, analogamente a quanto si verifica con il privilegio paolino. Tale possibilità di scioglimento si configura nei casi di matrimoni intercorsi tra un infedele e una parte cristiana battezzata in una confessione non cattolica, anche in caso di consumazione (che non hanno perciò carattere sacramentale, come lo hanno invece quelli tra due persone battezzate nella Chiesa cattolica), allorquando la parte convertita al cattolicesimo non possa più convivere con l'altra.

che l'ha costituita, ossia la volontà dei coniugi, sia da parte della pubblica autorità umana in quanto umana. Non esclude, però, che esso possa essere sciolto da una parte di una causa esterna diversa, come l'autorità divina e in suo nome l'autorità ecclesiastica.

Nella prospettiva del vigente can. 1056, anche per l'indissolubilità, come per l'unità, il fondamento si rinviene nei fini stessi del matrimonio e della sua essenza perpetua. L'indissolubilità qualifica il rapporto coniugale come un rapporto perpetuo, e si contrappone in questa visione, in senso contrario al divorzio, inteso come scioglimento, come risoluzione del vincolo coniugale, con il conseguente recupero dello stato libero da parte dei coniugi e conseguente possibilità per gli stessi di contrarre nuove nozze. Essa rende reciproco l'impegno assunto all'atto della celebrazione nuziale e lo rende irrevocabile sino alla morte di uno dei due coniugi, qualsiasi siano le vicende della vita coniugale.

Il convincimento della Chiesa sull'esistenza di questa indissolubilità, si basa sull'insegnamento di Cristo che, condannando la pratica del divorzio allora ampiamente in uso in Israele e consentita dalla legge di Mosè, ha fatto riferimento ad un'originaria istituzione del Creatore: "Per questo l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie e i due saranno una carne sola?; così che non sono più due, ma una carne sola. Quello dunque che Dio ha congiunto, l'uomo non lo separi" (*Mt* 19, 5-6). In questo senso il divorzio si presterebbe ad essere considerato come foriero di una deviazione dell'originario volere di Dio sul matrimonio.

Queste due proprietà appena esposte, oltre che essere connesse strettamente tra loro, si legano ad un altro elemento fondamentale dell'istituto matrimoniale dal quale nasce estrinsecamente il consenso.

Riprendendo, dunque, dalla lettura del can. 1057 § 1 CIC del 1983, la quale risulta profondamente diversa da quella che le corrispondeva nel can. 1081 § 1 del precedente codice pio-benedettino, si stabilisce che il consenso è l'unica causa efficiente del matrimonio, l'elemento creatore. Essendo poi, un atto interno e personale di colui che lo pone in essere, esso dovrà essere manifestato esternamente, in modo che ciascuno dei coniugi possa conoscere la volontà dell'altro.

Per la valida costituzione del matrimonio canonico devono ricorrere contemporaneamente tre requisiti:

1. Il consenso delle parti;

2. L'abilità giuridica, naturale e canonica, delle parti;
3. La manifestazione legittima, naturale e canonica, del consenso²⁵.

Il consenso, come atto di volontà, è espressione che si decide liberamente e spontaneamente a manifestare e a stabilire un impegno, essenzialmente reciproco, di un'intima comunità di vita e d'amore esclusiva, orientata al bene comune e alla possibile procreazione ed educazione della prole.

La disciplina del consenso matrimoniale canonico rinvie, dunque, il proprio cardine fondamentale nel principio del consenso, sancito dal can. 1057, secondo il quale il matrimonio, come stato di vita (o "*matrimonium in facto esse*"²⁶) è posto in essere e costituito esclusivamente dal consenso delle parti legittimamente manifestato tra persone giuridicamente capaci di esprimerlo ("*matrimonium in fieri*"²⁷), consenso che nessun potere umano può supplire. Questo comporta che non bisogna riconoscere come valido un matrimonio, tutte le volte in cui non si possa individuare il consenso dei nubendi, da qui, l'affermazione "*qui nulla humana potestate suppleri valet*" (can. 1057 § 1, seconda parte) che impone che non possano ammettersi eccezioni.

Il can. 1057 CIC, dopo aver sancito nel primo paragrafo il fondamentale principio di unicità, inteso nel senso di insostituibilità del consenso da parte di qualsivoglia autorità o potere esterno alla coppia, nel successivo paragrafo precisa in che cosa questo debba consistere. Esso costituisce un atto di volontà irrevocabile proveniente da entrambe le parti, ciascuna delle quali si dona all'altra ed ognuna accetta l'altra nella sua totalità, al fine di porre in essere uno stato di vita matrimoniale (can. 1057 § 2 "Il consenso matrimoniale è l'atto di volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio"). È da tale atto umano, con il quale i coniugi mutuamente si danno e si ricevono, che nasce anche davanti la società l'istituto matrimoniale, che possiede stabilità per l'ordinamento divino. Su questo principio si consolida l'intera disciplina giuridica canonica del consenso, che attribuisce rilevanza ad ogni fattispecie del difetto del consenso, sancendone la nullità del matrimonio. Se non si intendesse tale, il

²⁵ Vedi S. ARDITO, *Natura del matrimonio canonico e la sua preparazione*, in *Il matrimonio canonico in Italia*, a cura di E. Cappellini, Queriniana, Brescia, 1984 pp. 65-67.

²⁶ Matrimonio come 'rapporto' considerato nel suo aspetto permanente, cioè lo status coniugale. Si intende tutto quanto viene prodotto dal consenso e che dà luogo al vincolo coniugale, in altre parole, è frutto del patto matrimoniale, che ha come effetto costitutivo il *consortium totius vitae*.

²⁷ Matrimonio con 'patto' visto nel suo momento costitutivo. È il consenso delle parti che manifestato legittimamente e secondo la debita forma canonica, costituisce il patto coniugale.

consenso potrebbe esser supplito dal volere del Legislatore, che invece, in senso contrario lo vuole garantire unicamente come voluto dalle parti.

Da quanto appena esposto, emerge come il Codice del 1917 intendeva l'istituto matrimoniale in chiave quasi esclusivamente copulatoria. Difatti, il matrimonio era visto essenzialmente come un contratto col quale l'uomo e la donna danno e accettano, l'uno nei confronti dell'altro, una serie di diritti e doveri, tra i quali spicca, come diritto essenziale e caratterizzante, lo *ius in corpus*, il diritto personalissimo, perpetuo ed esclusivo, che ciascun coniuge dà all'altro sul proprio corpo per il compimento di atti sessuali o come si esprimeva il codice, in relazione a quegli atti di per sé idonei alla generazione della prole.²⁸

In coerenza con questa impostazione i fini del matrimonio nel 1917 erano tre, uno primario, la "*procreatio et educatio prolis*" e due secondari il "*mutuum adiutorium*" (l'aiuto reciproco in cui poteva essere ricompreso, con una certa larghezza interpretativa, anche l'amore tra i coniugi) e il "*remedium concupiscentiae*" (ossia il legittimo soddisfacimento degli impulsi sessuali). Questa gerarchia dei fini del matrimonio in favore della finalità procreativa viene meno con l'entrata in vigore del nuovo Codice che riporta quali fini essenziali all'istituto, il *bonum coniugum* e *la generatio et educatio prolis*.

Questo cambiamento nel modo di concepire il matrimonio venne ripreso dallo stesso Concilio Vaticano II che affermò nella Costituzione *Gaudium et spes*: "E così l'uomo e la donna, che per il patto di amore coniugale non sono più due, ma una sola carne, prestandosi un mutuo aiuto e servizio con l'intima unione delle persone e delle loro attività, sperimentano il senso della propria unità e sempre più pienamente la raggiungono. Questa intima unione, in quanto mutua donazione di due persone, ed il bene dei figli, esigono la piena fedeltà dei coniugi e ne reclamano l'indissolubile unità". Ciò che se ne ricava dal documento conciliare, è una concezione del matrimonio visto essenzialmente come un rapporto interpersonale, unione di amore tra uomo e donna; per contro, ne è scaturita una valutazione più equilibrata della finalità procreativa del matrimonio, tradizionalmente considerata come scopo primario dell'unione coniugale.

Il testo conciliare rimanda al dato divino. Le Sacre Scritture consentono di poter comprendere lo stato di vita matrimoniale e conseguentemente l'oggetto del

²⁸ Questo modo di intendere, nei suoi connotati essenziali, il matrimonio si ricava dalla definizione che dà il codice del consenso matrimoniale: "*Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*" (can.1081), P. MONETA *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, Ed. Il Mulino, Bologna 2014, nota p. 21.

consenso risulta costituito dagli stessi nubendi e specialmente dalla loro dimensione sessuale²⁹. Quanto affermato trova la sua ragione d'essere nell'attrazione che spinge la donna verso l'uomo e questo verso la donna. In questo modo l'una diviene per l'altra un dono incommensurabile.

1.5 Le finalità del matrimonio: il *bonum coniugum* e il *bonum prolis*

Nell'ambito della nuova visione personalistica del matrimonio offerta dal Concilio Vaticano II³⁰, che ha segnato il superamento della concezione contrattualistica del vincolo coniugale, si giunge ora, ad una attenta analisi delle finalità proprie del matrimonio canonico: il *bonum coniugum* e il *bonum prolis*.

Tra le finalità essenziali del matrimonio, il vigente codice ha inserito il *bonum coniugum*, quale elemento paradigmatico della lettura personalistica del matrimonio, come esposto precedentemente. È nota la nozione di matrimonio contenuta nel precedente codice ormai abrogato, quale contratto avente ad oggetto lo scambio dello *ius in corpus* perpetuo ed esclusivo in ordine agli atti idonei alla procreazione della prole (can. 1081 § 2 del CIC 1917), ove la pur prevista cooperazione tra i coniugi, espressa dal “mutuo aiuto” e “rimedio alla concupiscenza”, era prevalentemente intesa in senso materiale e fisico-sessuale, ma comunque posta in posizione subordinata rispetto alla primaria finalità procreativa ed educativa dei figli (can. 1013 § 1 del CIC 1917).

Il termine in esame, tuttavia, essendo di nuova formulazione nel contesto giuridico, ha reso difficile la sua interpretazione in merito al suo significato e alla sua configurazione giuridica. Ancora oggi, nonostante i numerosi contributi della dottrina, non pare siano state raggiunte chiarificazioni omogenee sulla questione. Sussiste un mutuo accordo nel ritenere *l'ordinatio ad bonum coniugum* un elemento essenziale del matrimonio, che non può essere dunque rifiutato dai nubenti a pena di compromettere la validità dello stesso, ma, al di là di questa generica qualificazione, quando si cerca di

²⁹ P. A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, p. 21, in cui si specifica che la sessualità è un modo d'essere che investe totalmente l'uomo, con la conseguente inclinazione a vivere il proprio “sono” in una dinamica unitaria. La sessualità è un modo di fondo, in cui egli è in tutto e quindi qualcosa senza cui non possono essere realmente pensate né realizzate le sue restanti caratteristiche ed i suoi rapporti essenziali; è in effetti una proprietà della natura umana dell'uomo.

³⁰ CONCILIO VATICANO II, costituzione dogmatica *Lumen gentium*, n.11; costituzione *Gaudium et spes* n. 47-52; decreto *Apostolicam actuositatem*, n.11

rappresentare il suo rapporto con altre componenti essenziali del *consortium omnis vitae* e il suo contenuto specifico, le opinioni sono molto varie e non sempre riconducibili ad una concezione unitaria. Anche la Rota Romana si è occupata ampiamente del *bonum coniugum*, in origine principalmente sotto il profilo della capacità psichica a comprendere e ad assumere i diritti e i doveri essenziali del matrimonio (can. 1095 §§ 2-3), in seguito, poi, sotto il profilo della simulazione parziale (can. 1101 § 2, quest'ultima non oggetto della trattazione).

Queste difficoltà concettualiste sulla nozione di *bonum coniugum* portano ad un approfondimento del perché questo concetto è stato di così difficile interpretazione. Un primo motivo, lo potrei riscontrare nel fatto che, definire il significato e il valore del bene dei coniugi nel matrimonio chiama in causa anche altri elementi, per così dire, metagiuridici che attengono a risvolti psicologici, sociologici, morali o culturali del modo di vivere e di pensare il rapporto coniugale³¹. Questi aspetti sono certamente importanti per capire ed interpretare il volere dei nubendi in vista delle nozze e devono essere certamente inquadrati all'interno del rapporto tra il *bonum coniugum* e il *consortium totius vitae*.

Un'altra causa che potrebbe contribuire a rendere incerta la nozione di *bonum coniugum* è l'ambiguità della sua origine, non essendo, per l'appunto, la sua interpretazione stata sempre omogenea.

È noto, come anche la riflessione cristiana sul matrimonio, non si sia evoluta in modo unitario, ma sia stato il frutto del sovrapporsi di varie tradizioni che hanno esaminato il rapporto nuziale secondo differenti impostazioni assiologiche e in relazione alle diverse esigenze socioculturali della propria epoca. Nei primi secoli, il matrimonio, sappiamo, era considerato come una realtà di natura sociale e l'attenzione veniva posta principalmente sullo stato di vita coniugale, quale ambito in cui gli sposi sono chiamati a realizzare specifici *officia*, personali e sociali, di valenza religiosa. È in questo contesto che viene elaborata da Agostino la teoria dei *tria bona matrimonii*, con un'ottica prevalentemente etica: *bonum prolis*, *bonum fidei* e *bonum sacramenti*, che si identificano rispettivamente nella procreazione dei figli, nella fedeltà reciproca e nell'indissolubilità.

³¹ G. ZUANAZZI, *Il bonum coniugum: profili socio-psicologici*, in AA.VV., *Il «bonum coniugum» nel matrimonio canonico*, cit., 63-78. Sotto il profilo psicologico, il *bonum coniugum* viene individuato in due dimensioni che fanno parte della dinamica interna della coppia: la promozione del benessere psico-fisico degli sposi e il loro perfezionamento reciproco.

Nel *De bono coniugali*, scritto nel 401, Agostino, descrivendo la bontà di quello *status* che è il matrimonio, indica nel *bonum proles* la causa prima, naturale e legittima a contrarre le nozze. La procreazione è il primo motivo per cui il matrimonio è stato istituito da Dio e l'atto sessuale, benché peccaminoso in quanto frutto di concupiscenza, è per sua natura ordinato alla procreazione, quindi tale 'bene' è buono in virtù della bontà che proviene ad esso dal fatto della prole.

Il *bonum fidei*, cioè la fedeltà mutua, che tra i coniugi dev'essere inviolabilmente custodita e difesa, impone il reciproco adempimento del dovere coniugale, ovvero la convivenza per tutta la vita in una unione paritaria e fedele. È un bene che non deve mai venire meno, che non ammette infrazioni extraconiugali.

Il *bonum sacramentum* consiste nell'indissolubilità del vincolo che non si identifica direttamente con la fedeltà coniugale, ma conferisce a quest'ultima un significato più alto. Secondo Agostino, in riferimento a tale *bona*, è escluso dal matrimonio ogni possibilità di un'unione multipla (poligamia, poliandria) a causa del significato stesso della parola sacramentale e della rilevanza dell'istituto matrimoniale, significato che potremmo opinabilmente, far prevalere anche su quella di procreazione.

Per riassumere questa sintetica presentazione del concetto agostiniano dei *tria bona matrimonii* ho trovato interessante un ottimo sunto nelle parole di Alves Pereira, l'autore si esprime così: "Questa trilogia forma le tre colonne che sostengono tutta la dottrina di Agostino intorno al matrimonio. Tutti gli altri beni della società coniugale emanano da queste tre sorgenti. Tutte le proprietà essenziali del matrimonio sono inquadrare in questa triplice forma. Il matrimonio è uno stato di vita onesto, perché è una società indissolubile dell'uomo e della donna, istituito da Dio e simbolizzante a sua volta una unione mistica e santa in grado di obbligare i due sposi a una unione casta e a una mutua fedeltà in vista della generazione fisica e della rigenerazione morale dei figli. È certo che, in questo modo, è possibile giungere a una sintesi di tutta una dottrina del vescovo d'Ipbona intorno al matrimonio."³²

Dal XII secolo, con la scolastica medioevale, si cerca di definire il rapporto tra il patto naturale e il sacramento, con un'attenzione centrata sul *consensus*, momento costitutivo del matrimonio. La dottrina tradizionale dei *tria bona* viene ancora

³² B. ALVES PEREIRA, *La doctrine du mariage selon saint Augustin*, Parigi, 1930, p. 40; traduzione italiana di L. Dattrino (*Il matrimonio secondo Agostino*, p.83). Cifra A. PAWLOWSKI, *Il bonum fidei nella tradizione canonica e la sua esclusione nella recente giurisprudenza rotale*, Ed. Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2002, pp. 46-47.

richiamata nel senso di giustificazione morale, soprattutto a proposito dei rapporti sessuali che appartengono al momento consumativo dell'unione sponsale. La trattazione del matrimonio, invece, distingue e inquadra i vari aspetti del connubio entro le categorie logico-formali. I *bona matrimonii* acquisiscono pertanto un valore ulteriore, assumendo ciascuno una rilevanza distinta a seconda del rapporto con la sostanza del matrimonio³³. I *bona* che sono indicati come i fini del matrimonio, inoltre, sono sistemati organicamente e distinti tra fini primari e fini secondari³⁴.

Nel XIII secolo la riflessione accentua, poi, la natura contrattuale del matrimonio e il consenso è configurato come uno scambio vicendevole di diritti e di doveri in ordine alla materia matrimoniale. Tra i coniugi si instaura un vincolo di reciproca appartenenza diretto a realizzare una comunità di vita corrispondente ai *bona matrimonii*. Questa impostazione è ancora rispecchiata nel codice pio-benedettino, nel quale la sostanza del consenso è individuata nella *traditio-acceptatio* dello «*ius in corpus perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*» (can. 1081, § 2).

Il progresso operato dall'insegnamento conciliare sulla natura del matrimonio, descritto come "intima comunità di vita e di amore coniugale", ha comportato una più attenta considerazione dei valori personalistici ed esistenziali qualificanti l'unione coniugale, con l'individuazione del *bonum coniugum* quale ordinazione naturale dell'istituto ed il definitivo abbandono della gerarchia dei fini. Secondo il Concilio, il bene dei coniugi consiste nella reciproca integrazione e progressivo perfezionamento degli sposi, mediante la mutua assistenza, l'intima unione delle loro persone e delle loro attività. Una comunione coinvolgente ogni dimensione in cui è implicata tutta la persona, non solo nella sfera fisica o sessuale, ma anche intellettuale, volitiva, affettiva, spirituale e morale. È questo ciò che viene comunemente definito *bonum coniugum*, alla

³³ I *bona* ricevono diversa configurazione giuridica. In particolare, si rileva, quanto all'essenza del matrimonio, la prevalenza del *bonum sacramenti*, che non può mai essere disgiunto dal connubio stesso, mentre la prole e la fedeltà, nei fatti, possono mancare (PIETRO LOMBARDO, *IV sent.*, D. XXXI, 1-3). Quanto alle cause, invece, si considerano più importanti la prole e la fedeltà ma, si avverte, considerate *in suis principiis*: «*ut pro "prole" accipiatur intentio prolis, et pro "fide" debitum servandi fidem*» (TOMMASO D'AQUINO, *IV sent.*, d. 31, q. 1, a. 3, *resp.*). «*In seipsis*», invece, prole e fedeltà non sono indispensabili per la validità del matrimonio «*quia esse rei non dependet ab usu suo*» (*ibidem*).

³⁴ La prima sistemazione organica si trova in ISIDORO DI SIVIGLIA (*Etymolog.*, l. IX, c. VII, 27), ed è basata sulle parole della Scrittura: «*prima est causa prolis, de qua legitur in Genesi ...; secunda causa adiutorii, de qua ibi in Genesi ...; tertia causa incontinentiae, unde dicit Apostolus ...*». In seguito, TOMMASO D'AQUINO ordina i fini secondo i progressivi livelli della legge di natura evidenziati dalla dottrina aristotelica: la procreazione, sul piano comune agli animali (*finis principalis*) e il mutuo aiuto, sul piano sociale e razionale proprio dell'uomo (*finis secundarius*) (*IV sent.*, d. XXVI, q. 1, a. 1, ad I; *Suppl.*, q. 41, a. 1).

cui base si trova l'amore coniugale, che permette un'unione di vita indirizzata al raggiungimento di questi specifici fini.

Occorre chiarire in quale senso la nozione di *bonum* viene assunta nella disciplina del nuovo contesto personalistico. Il can. 1055 che accomuna il *bonum coniugum* con la procreazione ed educazione della prole (*bonum prolis*), sembra confermare l'interpretazione che considera il bene dei coniugi un fine essenziale del matrimonio. L'opinione maggioritaria in dottrina, in effetti, è concorde nel ritenere il *bonum coniugum* una delle finalità del matrimonio e si sottolinea come il bene dei coniugi non sia semplicemente una motivazione soggettiva nel contrarre le nozze, ma l'obiettivo istituzionale cui è diretto per sua natura l'istituto.

Muovendo dalla lettura in combinato disposto dei cann. 1055, § 1 (il patto matrimoniale «*indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum*») e 1057 § 2 (sulla volontà, espressa nel consenso coniugale, di reciproca donazione e accettazione dei coniugi per costituire il consorzio matrimoniale), è dato ormai acquisito dall'attuale interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che il bene dei coniugi è un elemento essenziale del matrimonio, che attiene alla natura stessa del *consortium totius vitae* ed è, pertanto, oggetto del consenso matrimoniale. Sembrano dunque due gli aspetti importanti da sottolineare nel rapporto tra amore coniugale e consenso matrimoniale.

Il primo è l'unione tra l'amore coniugale e le facoltà razionali, l'intelletto e la volontà, volute nella decisione di sposarsi. L'amore è visto come una funzione attiva, che individua l'altra persona come un bene e la sceglie per condividere un progetto di vita comune. L'amore diventa perciò una forma di conoscenza e anche un impegno a vivere con l'altro e per l'altro³⁵. L'intelletto e la volontà che formano il consenso matrimoniale ricevono contenuto e significato proprio dall'amore coniugale³⁶.

Il secondo aspetto da considerare è l'efficacia dell'amore coniugale nel momento costitutivo del matrimonio. L'amore che implica il dono di sé determina la costituzione del consorzio coniugale, un'unione che proprio dall'amore coniugale

³⁵ «...l'amore personale non è solo motivo di scelta, ma esprime un'intenzionalità: [...] è cioè una volontà che s'investe del fine e lo assume come tale. Pertanto, incide sostanzialmente nel processo decisionale e anzi costituisce il grado più alto della volizione, essendo la persona come tale il suo principio e il suo termine», G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, in *Studi giuridici XCIII*, 2012, cit., p. 102

³⁶ «È vero che ciò che alla fine conta è intendere e volere, ma si intende e si vuole nella luce dell'amore» (G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, in *Studi giuridici XCIII*, 2012, cit., 95).

riceve i suoi connotati essenziali, ossia di essere una forma particolare di comunione, nella quale l'oggetto sono le persone dei nubendi.

La donazione d'amore, anche se libera all'origine, una volta manifestata nell'incontro delle volontà dei coniugi, qual è il consenso matrimoniale, genera l'impegno a rispettare quanto promesso. L'amore donato diventa amore dovuto, obbligo nei confronti dell'altro per causa di giustizia³⁷. Da questo vincolo fondamentale che rende marito e moglie una coppia, si sviluppano, come conseguenza, gli specifici diritti e doveri reciproci che riguardano singoli aspetti dell'esistenza familiare e che, nel loro complessivo intersecarsi, formano il tessuto della comunione di vita e di amore coniugale. A ragione, pertanto, si può affermare che l'amore coniugale sia, contemporaneamente, la causa efficiente e l'oggetto del consenso matrimoniale. Ne è la causa, perché genera la scelta e l'impegno verso una persona determinata; l'oggetto, perché l'essenza del consorzio coniugale sta nella *deditio* reciproca, cioè nell'unione di due persone che si appartengono l'una all'altra e si obbligano a perseguire insieme il bene di ciascuna³⁸.

Occorre, inoltre, considerare anche il risvolto pratico del bene dei coniugi, che esige dai coniugi medesimi atteggiamenti e comportamenti concreti e coerenti, funzionali alla sua realizzazione. Queste attività divengono oggetto di diritti e di doveri vicendevoli tra i nubendi.³⁹ Ma non tutti gli atti utili a raggiungere la perfezione ideale della coppia rientrano nel contenuto essenziale della relazione coniugale, ma solo quelli necessari e sufficienti a concretizzare i presupposti minimi dell'*ordinatio ad bonum coniugum*, senza i quali il negozio non sarebbe autenticamente coniugale. Pertanto, per valutare se i coniugi, al momento delle nozze, avessero capacità adeguata a comprendere ed assumere la sostanza del connubio o non ne abbiano escluso un elemento essenziale, occorre prendere in considerazione, come oggetto di riferimento, solo le situazioni giuridiche soggettive che attengono agli atti specifici ed essenziali per conseguire l'istituto.

³⁷ G. LO CASTRO, *L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali*, in Id., *Tre studi sul matrimonio*, Milano, 1992, cit., 205.

³⁸ «non quale *ius ad amorem* – ben inteso – autonomamente considerato ..., ma quale *ius* alla reciproca *deditio* delle persone, ordinata al loro bene: dunque, anche al loro reciproco volere il bene l'uno dell'altro» (R. BERTOLINO, *op. cit.*, 55).

³⁹ P. J. VILADRICH, l'autore precisa come l'oggetto dei diritti non siano i fini, ma gli atti idonei a realizzarli, *Il consenso matrimoniale*, Roma, 2001.

Prendendo ancora le mosse da quanto esposto nel can. 1055 § 1, nella formulazione del testo sopraccitato il *bonum coniugum*, sebbene sia nominato per primo, tale posizionamento non deduce che esso sia privilegiato rispetto al *bonum prolis*. L'enunciato canonico nella sua nuova formulazione non ha inteso stabilire una gerarchia di suddetti fini, poiché entrambi risultano oltre che essenziali anche inseparabili. Semplicemente, il Legislatore ha voluto seguire l'ordine cronologico con cui si succedono nel cammino che gli sposi debbono percorrere affinché, la donazione dell'uno nei confronti dell'altra giunga alla sua pienezza. Pertanto, anche se la generazione della prole segue, in ordine strettamente cronologico il bene dei coniugi, l'uno esiste perché esiste l'altro ed insieme trovano il loro coronamento.

La generazione della prole a sua volta è anteposta cronologicamente all'educazione dei figli. Raccogliendo il magistero pontificio, il can. 1136 così riassume: "I genitori hanno il dovere gravissimo e il diritto primario di curare, secondo le proprie forze, l'educazione della prole, sia fisica, sociale e culturale, sia morale e religiosa". E per assolvere questo compito "è necessario che i genitori cooperino strettamente con i maestri delle scuole, cui affidano i figli da educare; i maestri da parte loro nell'adempimento del proprio dovere collaborino premurosamente con i genitori, li ascoltino volentieri e inoltre siano istituite e grandemente apprezzate le loro associazioni o riunioni" (can. 796 § 2).

Va evidenziato, senza dubbio, un altro tratto fondamentale di tale 'bene'. Quando parliamo di procreazione della prole, tale termine va tenuto ben distinto dalla procreatività. Quest'ultima, nel suo significato di "intenzione della prole", non può essere mai assente dal consenso matrimoniale, perché il matrimonio non può aversi senza le sue proprietà essenziali. L'effettività della procreazione invece, benché sia un fine del matrimonio, non è essenziale ad esso, perché non è necessario che il matrimonio raggiunga sempre i suoi fini⁴⁰. Ne consegue che distinguiamo la procreatività come proprietà, dalla procreazione come fine essenziale⁴¹. Considero che qualificare il "*bonum prolis*" come elemento di procreatività, nella sua categoria di proprietà matrimoniale essenziale, non soltanto segnerebbe una maggiore precisione

⁴⁰ Esiste dunque uno "*ius ad procreativitatem*", in cui la disponibilità per procreare cade sotto il dominio della volontà dell'altro. Non esiste invece uno "*ius ad prolem*", perché l'effettiva procreazione non cade sotto il dominio della volontà, ma rimane sempre un dono di Dio.

⁴¹ Se non si osserva questo rigore terminologico, si può arrivare a affermare che il matrimonio è ordinato ad una delle sue proprietà, o che ha una delle sue proprietà come fine.

terminologica, bensì contribuirebbe a una migliore comprensione del delicato equilibrio che esiste fra gli elementi essenziali che integrano il matrimonio.

Di fondamentale importanza e collegata a suddetta tematica, sorge spontaneo un interrogativo. Cosa dovesse accadere nel caso in cui i figli non dovessero arrivare? In questo caso il matrimonio conserverebbe, nella intenzione degli stessi sposi, la sua ordinazione alla generazione e alla educazione della prole, magari in altre forme, come per esempio l'adozione o l'affidamento o la collaborazione con altre famiglie. Giovanni Paolo II in merito ha affermato: “Non si deve tuttavia dimenticare che, anche quando la procreazione non è possibile, non per questo la vita coniugale perde il suo valore. La sterilità fisica infatti, può essere occasione per gli sposi di altri servizi importanti alla vita della persona umana, quali ad esempio l'adozione, le varie forme di opere educative, l'aiuto ad altre famiglie, ai bambini poveri o disabili”⁴². Ecco, dunque, che risulta quanto sopra esposto, la procreazione anche se non raggiunge sempre i suoi fini resta comunque un elemento basilare ai fini dell'istituto, che può svilupparsi sotto forme alternative.

Nella trattazione appena esposta ritengo che l'aver reso l'*ordinatio ad bonum coniugum* un elemento essenziale, abbia reso il reciproco aiuto dei coniugi un momento centrale, perché a mio avviso sarebbe inconsueto volere il bene dell'altro, senza anche assumersi questo specifico impegno, senza la dichiarata consapevolezza non solo di voler accettare l'altro, ma anche di aiutarlo nella buona e nella cattiva sorte. Visto così, il *bonum coniugum* allarga senz'altro la prospettiva e la orienta decisamente alla comunione di vita, nella quale la convivenza, l'amore, la collaborazione nella vita familiare esprimono con precisione la realizzazione delle persone e il loro bene che si estrinseca anche nella *generatio et educatio prolis*. Ritengo inoltre che il bene dei coniugi oltre ad indicare una prospettiva di arricchimento personale, non si deve limitare solo alla necessità di un aiuto di fronte alle difficoltà, ma deve palesemente essere aperto al raggiungimento di alti ideali morali, quali sono gli insegnamenti provenienti dalla Chiesa cattolica.

⁴² GIOVANNI PAOLO II, Esortazione Apostolica *Familiaris Consortio*, 14, San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi), 1982. È bene ricordare ancora una volta quanto afferma il Concilio sul tema della prole desiderata, ma non arrivata: “Il matrimonio tuttavia non è stato istituito soltanto per la procreazione; il carattere stesso di alleanza indissolubile tra persone e il bene dei figli esigono che anche il mutuo amore dei coniugi abbia le sue giuste manifestazioni, si sviluppi e arrivi a maturità. E perciò anche se la prole, molto spesso tanto vivamente desiderata, non c'è, il matrimonio perdura come comunità e comunione di tutta la vita e conserva il suo valore e la sua indissolubilità” Concilio Ecumenico Vaticano II, *Cost. Gaudium et Spes*, 1965, 50.

1.6 Lo *ius connubii*: il ‘diritto’ ad accedere al matrimonio canonico

Non si possono cogliere i complessi profili della invalidità del matrimonio se non si ha chiaro il concetto di *ius connubii*, in quanto da esso si deve procedere se si vuole conoscere l'ordinamento canonico matrimoniale della Chiesa.

Nel sistema vigente la tutela dello *ius connubii* è esplicitamente affermata al can. 1058, il quale stabilisce che “*omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur*”, ovvero che, tutti possono contrarre il matrimonio, se non ne hanno la proibizione del diritto. Si comprende che tale diritto spetta per principio a ciascun uomo, si tratta del riconoscimento di un diritto soggettivo al matrimonio e quindi alla possibilità per tutti di accedere alle nozze. La sua collocazione tra le disposizioni introduttive della parte matrimoniale esalta la centralità di questo diritto.

Da una prima lettura del can. 1058, il suo contenuto potrebbe sembrare del tutto ovvio e persino banale. Garantire a tutti il diritto al matrimonio (come si desume dal “tutti possono”) difatti potrebbe apparire scontato. Invece, da un approfondimento del tema, lo *ius connubii* appare essere la sintesi di altri diritti più specifici, costituzionali o meramente ecclesiastici. Punto di partenza di questo approfondimento è la visione generale dell'istituto, perché è in funzione di questo (*matrimonium in facto esse*) che lo *ius connubii*, in quanto incentrato sulla volontà dei nubendi (*matrimonium in fieri*), è tutelato.

Sulla base della lettura della disciplina canonica, pare evidente che due sono i requisiti fondamentali e necessari, rispettivamente di natura positiva il primo e negativa il secondo, affinché le parti siano in grado di donarsi ed accettarsi reciprocamente. Ne risulta che, da un lato le parti siano giuridicamente abili, perciò il consenso deve essere prestato da persone capaci, ossia abilitati ad esprimerlo validamente (can. 1057); dall'altro, che non ne abbiano la proibizione del diritto (can. 1058). In coerenza con questa impostazione, si comprende come il can. 1057, fondamentale per il nostro istituto, nell'indicare gli elementi costitutivi della validità del matrimonio, indica indirettamente, in senso contrario, anche quelli della invalidità: lo *ius connubii* non può essere tutelato e pertanto si ha nullità del matrimonio, quando vengono meno i requisiti di capacità, oppure quelli richiesti ai fini del consenso delle parti, o ancora quando manca la forma legittima.

Ancor prima della codificazione, lo *ius connubii* è stato elemento fondante del sistema matrimoniale e criterio d'interpretazione delle singole disposizioni giuridiche dell'istituto.

L'insegnamento cristiano sul matrimonio risale a tempi antichissimi e la sua attenzione è sempre stata posta sull'attitudine della persona ad unirsi con un'altra persona dell'altro sesso, instaurando insieme un rapporto di vita comune: ne consegue che il matrimonio non è una qualsiasi unione, ma solo quella specifica unione che nasce *ab origine* da una coppia eterosessuale e caratterizzata dall'indissolubilità e dall'apertura alla (eventuale) procreazione.⁴³

L'analisi del sistema matrimoniale ci dimostra che la Chiesa ha sempre protetto lo *ius connubii* come: libertà di contrarre, prima della celebrazione del matrimonio e difesa del vincolo-contratto, una volta celebrato il matrimonio. Questa tutela del diritto al matrimonio ha avuto diverse manifestazioni nel corso della storia: la non imposizione della forma canonica durante molti secoli e dopo Trento, i rimedi per evitare la nullità del matrimonio per difetto di forma, nel caso di fedeli non in piena comunione con la Chiesa, fino ad arrivare all'attuale normativa, secondo la quale la forma è richiesta solo tra battezzati nella Chiesa cattolica, o in essa accolti e da questa non separati mediante atto formale (cfr. can. 1117). La si riscontra poi nell'operato della Chiesa per dare risposta alle domande sulla validità o meno dei matrimoni celebrati, incoraggiando e favorendo la cerimonia liturgica di celebrazione ed infine, determinando con chiarezza la natura e la portata degli impedimenti, affinché ci fosse la necessaria certezza giuridica nei confronti dell'esercizio di questo diritto.⁴⁴

Speculare al diritto al matrimonio è il diritto ad ottenere la dichiarazione di nullità, nel caso in cui non siano stati rispettati i requisiti indicati dalla legge. Per esempio, nel caso in cui, il nubente abbia solo apparentemente esercitato lo *ius connubii*, nella realtà il matrimonio non si forma validamente, pertanto egli potrà chiedere ed ottenere il riconoscimento dell'invalidità. Ma è necessario dire che, essendo lo *ius*

⁴³ Già l'antico testo della Genesi forniva le linee fondamentali circa l'ordine naturale voluto da Dio Creatore; in *Gen.* 2, 18 ss. Si legge "Non è bene che l'uomo sia solo; gli voglio fare un aiuto che simile a lui" ed in *Gen.* 1, 27-28 "Crescete e moltiplicatevi". Linee fondamentali che sono ulteriormente chiarite dalla predicazione cristiana con il rispetto assoluto della fedeltà (*Mt* 5, 28: "Chiunque guarda una donna per desiderarla ha già commesso adulterio") e della indissolubilità (*Mt* 19, 6: "Ciò che Dio ha unito l'uomo non separi"). Il rinvio ai testi biblici è giuridicamente rilevante, in quanto la legge canonica lo considera strumento per l'individuazione di principi di diritto divino: di principi pertanto che né il Legislatore umano, né l'interprete possono disattendere.

⁴⁴ Cifra *Ius Ecclesiae*, 2003, vol. XV – n. 2 maggio-agosto 2003 p. 338-339.

connubii, un diritto naturale che preesiste al sistema giuridico, questo può subire delle limitazioni solamente per gravi e giustificate ragioni, questo per salvaguardare la struttura naturale del matrimonio voluta dal Creatore e dalla Chiesa che pongono delle restrizioni in merito. Queste restrizioni vincolano tutti, anche i non battezzati. La Chiesa riconosce il diritto al matrimonio di tutti gli uomini, benché in alcuni casi, motivata dall'esigenza di proteggere beni maggiori, stabilisce dei divieti o delle proibizioni che potrebbero limitare l'esercizio allo *ius connubii*, ma tali divieti (cioè gli impedimenti) devono trovare la loro fonte esclusivamente nella legge.

Per comprendere fino a che punto lo *ius connubii* ha operato come fondamento del sistema matrimoniale della Chiesa, è utile dare uno sguardo a questo sistema nel suo evolversi attuale. Tenendo conto del Magistero di Giovanni Paolo II sul matrimonio e la famiglia, possiamo sostenere che lo *ius connubii* ed il suo esercizio sarebbero un'espressione diretta del potere sovrano della famiglia⁴⁵, il quale ha la sua prima manifestazione nel diritto di costituirla mediante il vincolo coniugale. La dottrina cattolica riconosce così tradizionalmente a ciascun uomo un vero e proprio diritto naturale al matrimonio, affermando che "Ogni persona ha diritto alla libera scelta del proprio stato di vita, e perciò a sposarsi e formare una famiglia oppure restare celibe o nubile" (art. 1).

Lo *ius connubii* è, anzitutto, un diritto fondamentale della persona in quanto conseguenza della inclinazione naturale al matrimonio: tutti gli uomini per il fatto di essere tali, sono portatori di una tendenza al matrimonio che ha il suo fondamento nella complementarità tra i sessi; tale concetto non implica la sola semplice attrazione tra i sessi, ma coinvolge l'uomo in tutte le sue dimensioni: corporea, affettiva e spirituale, come richiamato anche in Gen. 2, 24.

Negare ad un battezzato la possibilità di contrarre un matrimonio sacramentale non è altro che negargli lo *ius connubii*, sempre che vi siano tutte le condizioni di capacità richieste dalla natura dell'istituto per una valida celebrazione. Quindi, nessuna autorità umana può disconoscere questo diritto di ogni persona, pertanto risulta essere un diritto inalienabile, irrinunciabile e perpetuo, che possiede una triplice giustificazione:

⁴⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle famiglie*, n. 18: "Sposarsi rimane, tuttavia, *la vocazione ordinaria dell'uomo*, che è abbracciata dalla più ampia porzione del popolo di Dio. È nella famiglia che si formano le pietre vive dell'edificio spirituale, di cui parla l'apostolo Pietro (cfr. 1 Pt. 2,5). I corpi dei coniugi sono dimora dello Spirito Santo (cfr. 1 Cor. 6,19). Poiché la trasmissione della vita divina suppone quella della vita umana, dal matrimonio nascono non solo i figli degli uomini, ma anche, in forza del battesimo, i figli adottivi di Dio, che vivono della vita nuova ricevuta da Cristo mediante il suo Spirito".

a) nella *ratio naturalis*, ossia nella necessità propria dell'ordine naturale della conservazione e propagazione della specie;

b) nella *ratio medicinalis*, cioè nella funzione propria del matrimonio di *remedium incontinentiae*, di istituto preventivo *contra morbum peccati*;

c) nella *ratio sacramentalis*, nell'essere il matrimonio un sacramento, ossia un mezzo per ricevere la grazia.

Lo *ius connubii*, è presunto *iuris tantum* nel senso che, può esser superato da prova contraria: sono infatti limiti al diritto a contrarre matrimonio gli impedimenti c.d. dirimenti⁴⁶ oppure l'incapacità a prestare un valido consenso di cui al can. 1095.

Possiamo quindi concludere affermando che il diritto al matrimonio dal punto di vista del suo contenuto essenziale, implica:

1. un diritto a contrarre uno ed un solo matrimonio, indissolubile ed aperto alla fecondità, al riconoscimento, alla difesa e alla promozione di questa facoltà da parte di tutta la comunità ecclesiastica e civile;
2. un diritto di fondare una famiglia che ne costituisce la primaria manifestazione, dettata dall'amore coniugale che si esplica nella procreazione e generazione della prole;
3. un diritto a contrarre matrimonio così come la fede lo intende.

⁴⁶ Attengono a circostanze che rendono la persona inabile a contrarre un matrimonio. Se nonostante ciò, la persona si sposa, contrae matrimonio invalidamente, salvo che nei casi in cui, quando sia possibile, abbia ottenuto la prescritta dispensa. Tali impedimenti, sono costituiti: dall'età, dall'impotenza, dal voto o dalla professione religiosa, dall'ordine sacerdotale, dal vincolo di un precedente matrimonio, dalla disparità di culto, dal ratto e dal legame di parentela.