

## Ombretta Fumagalli Carulli

### **Il Concilio Vaticano II e il matrimonio canonico: capacità e consenso nella convergenza tra pastorale e diritto.**

Prolusione all'inaugurazione dell'anno giudiziario ecclesiastico.  
Tribunale Ecclesiastico Regionale Pedemontano. Torino, 23 febbraio 2013.

**Sommario 1. Aggiornamento conciliare ed ermeneutica della riforma. 2. Il collegamento tra Concilio e codificazione. 3. L'armonizzazione conciliare del matrimonio canonico tra conclusione del Concilio e promulgazione del CIC. 4. L'impronta conciliare nella disciplina vigente. 5. Problemi aperti. 6. Conclusione.**

#### **Premessa.**

L'argomento affidatomi è vasto. Lo tratterò anzitutto con metodo diacronico, sia tratteggiando il percorso che dal Concilio ha condotto ai due Codici, della Chiesa latina e delle Chiese orientali, sia soffermandomi sull'armonizzazione conciliare effettuata da dottrina e giurisprudenza nei circa 20 anni che vanno dalla chiusura del Concilio alla pubblicazione del Codice della Chiesa latina. Prenderò poi in considerazione le novità del *Codex iuris canonici* più direttamente collegate allo spirito conciliare. Cercherò infine di rappresentare qualche problema aperto.

#### **1. Aggiornamento conciliare ed ermeneutica della riforma.**

Il termine "aggiornamento" è la chiave di lettura del Vaticano II più cara ai canonisti. Appare già nell'annuncio di Giovanni XXIII di volere convocare l'Assise conciliare (25 gennaio 1959), quando il Papa afferma di considerare la revisione della codificazione "coronamento" del Concilio<sup>1</sup>. Il suo significato è esposto nel discorso di apertura (11 ottobre 1962): il ventunesimo Concilio Ecumenico, è detto, "vuole trasmettere integra, non sminuita, non distorta, la dottrina cattolica, che, seppure tra difficoltà e controversie, è divenuta patrimonio comune degli uomini. Questo non è gradito a tutti, ma viene proposto come offerta di un fecondissimo tesoro a tutti quelli che sono dotati di buona volontà (n. 6.2). "Però è detto nello stesso passo- noi non dobbiamo soltanto custodire questo prezioso tesoro, come se ci preoccupassimo della sola antichità, ma, alacri, senza timore, dobbiamo continuare nell'opera che la nostra epoca esige, proseguendo il cammino che la Chiesa ha percorso per quasi venti secoli" (n. 6.3). "Occorre che questa dottrina certa ed immutabile, alla quale si deve prestare un assenso fedele, sia approfondita ed esposta secondo quanto è richiesto dai nostri tempi" (n. 6,5).

L'attenzione ai segni dei tempi, così da scoprire segnali di speranza in mezzo a tante tenebre<sup>2</sup>, come il rivolgersi a tutti gli uomini di buona volontà (non solo dunque ai cristiani), per papa Giovanni sono preoccupazioni costanti e insieme perenni metodi di lavoro, che caratterizzeranno anche l'enciclica *Pacem in terris*, scritta pochi mesi prima della sua morte come manifesto della Chiesa che si apre ai "tempi nuovi".

<sup>1</sup> *Discorso ai Cardinali radunati nella Basilica di san Paolo, 25-01-59*, in AAS 51 (1959), p. 68.

<sup>2</sup> Giovanni XXIII, *Humanae salutis*, Documento d'andizione del Concilio Ecumenico Vaticano II, 25 dicembre 1961, in AAS 54 (1962), pp. 5-13.

Il termine "aggiornamento" è suggestivo, ma anche polisemico. Dai lavori del Concilio sino ai nostri giorni, una continua dialettica lo intende in due modi opposti e contrastanti. C'è chi vi ravvisa la continuità con il passato e chi, al contrario, la discontinuità. In superamento di questa giustapposizione, il Magistero pontificio parla di "novità nella continuità". In questa linea è già Paolo VI (*Ecclesiam suam*, n. 52), e poi Giovanni Paolo II (sin dall'Udienza generale 1 agosto 1979 d'inizio Pontificato e poi continuamente ricordata). Essa è ripresa da Benedetto XVI sin dal discorso programmatico alla Curia romana (22 dicembre 2005), quando il Pontefice si domanda perché sia stata tanto difficile la recezione del Concilio in grandi parti della Chiesa. "Tutto dipende o egli risponde- dalla giusta interpretazione del Concilio o, come diremmo oggi, dalla sua giusta ermeneutica". E prosegue: "I problemi della recezione sono nati dal fatto che due ermeneutiche contrarie si sono trovate a confronto e hanno litigato tra loro. L'una ha causato confusione, l'altra, silenziosamente ma sempre più visibilmente, ha portato frutti. Da una parte esiste un'interpretazione che vorrei chiamare "ermeneutica della discontinuità e della rottura" essa non di rado si è potuta avvalere della simpatia dei mass-media, e anche di una parte della teologia moderna. (í ). All'ermeneutica della discontinuità si oppone l'ermeneutica della riforma".

## 2. Il collegamento tra Concilio e codificazione.

Nell'ermeneutica della riforma rientra il collegamento tra Concilio e codificazione canonica. L'"aggiornamento" diviene il filo rosso della *revisio* e traspare in molti punti dello *ius conditum*: dalla sistematica adottata da entrambe le codificazioni, alle categorie giuridiche scelte tra le più rivelatrici della sostanza teologica, ai contenuti specifici dei nuovi canoni e persino alla loro formulazione letterale.

Quanto in particolare alla nuova sistematica, nel *Codex* della Chiesa latina i titoli dei libri centrali evocano il *Mysterium Ecclesiae* e i *Tria Munera*<sup>3</sup>. Più esplicitamente la Costituzione Apostolica *Sacrae Disciplinae Leges*, sottolinea che il rinnovamento della codificazione è frutto di "un grande sforzo di tradurre in linguaggio canonistico" la dottrina del Vaticano II. Anche la prima codificazione delle Chiese Orientali, il *Codex Canonum Ecclesiae Orientalium* (promulgato il 18 ottobre 1990), traduce puntualmente in termini giuridici la rinnovata ecclesiologia conciliare<sup>4</sup>. Pure la riforma della Curia romana, promulgata il 28 giugno 1988 con la Costituzione apostolica *Pastor bonus*, è ispirata al Concilio e usa sue categorie<sup>5</sup>.

Un così vasto disegno riformatore, che pone Giovanni Paolo II tra i più grandi legislatori della Chiesa, scaturisce da una sua precisa intenzione: "Restaurare la vita cristiana".<sup>6</sup> Il che significa, tra l'altro ed anzitutto, rinnovare il diritto, eliminando ogni antinomia tra Spirito e Legge; dunque fare convergere tra loro pastorale e diritto.

<sup>3</sup> Il Libro Secondo è intitolato al "Popolo di Dio" come architrave nuovo del *Munus regendi*. Il Libro Terzo è intitolato al *Munus docendi*. Il Libro Quarto, intitolato al *Munus sanctificandi*, colloca il matrimonio non più tra le *res* (com'era nel 1917), ma tra i Sacramenti.

<sup>4</sup> Sulla Chiesa come "mistero di comunione" poggia, ad esempio, la specifica dialettica tra Chiesa universale e varietà delle Chiese patriarcali, discendente dalla costituzione dogmatica *Lumen Gentium* (23 d).

<sup>5</sup> Un esempio: il termine "diaconia" designa il servizio caratterizzante l'ufficio dei pastori.

<sup>6</sup> Giovanni Paolo II, Cost. Apost. *Sacrae Disciplinae Leges*, in AAS 75 (1983), Pars II, p. VIII.

La convergenza tra pastorale e diritto nella materia matrimoniale è resa visibile dall'introduzione in entrambe le codificazioni di un capitolo del tutto nuovo, dedicato alla cura pastorale e agli atti da premettere alla celebrazione del matrimonio<sup>7</sup>. Esso precede la disciplina delle nullità. Esalta il matrimonio come cammino di santità con nuove norme non incidenti sulla validità del vincolo, ma comportanti doveri dell'autorità ecclesiastica di accompagnare con strumenti pastorali la scelta matrimoniale dei nubendi. Al giurista abituato a confrontarsi con le categorie della dogmatica civilistica propria ai sistemi di diritto codificato, può apparire bizzarro distinguere tra validità e illiceità. Ma si tratta di peculiarità canonistica, che consente di applicare la richiesta degli stessi Padri Conciliari di più incisivi equilibri tra diritto e pastorale. Tutto ciò, comunque, nel rispetto del diritto naturale alle nozze, da garantire anche a chi non possa o non voglia la particolare preparazione spirituale prematrimoniale.

Nonostante queste novità ed altre (sulle quali ci soffermeremo in prosieguo), nell'immediato post-Concilio varie polemiche, miranti a delegittimare la stessa ragion d'essere del diritto per la Chiesa, si riversano nella materia matrimoniale: dalle accuse di eccesso di giuridismo, evocanti antiche tesi già di Lutero, alle presunte impossibilità di tradurre pienamente in termini giuridici la dimensione spirituale del vincolo coniugale focalizzata dai documenti conciliari. Ma, come spesso avviene nel cammino della Chiesa, esse, anziché distruggere il diritto, danno impulso a un benefico percorso innovatore, intrapreso dalla migliore dottrina e giurisprudenza con gli strumenti giuridici consentiti dalla peculiare elasticità del diritto canonico. Avviene così che nei 20 anni che separano chiusura del Concilio ed entrata in vigore del nuovo *Codex*, un'evoluzione interpretativa armonizza la forma del vecchio *Codex* alla sostanza dei documenti conciliari, influenzando anche la riforma del matrimonio nel frattempo iniziata dall'apposita Commissione pontificia. In quegli anni si affermano e si assestano diverse metodologie coniuganti tra loro pastorale e diritto.

Le ricadute sono spesso sorprendenti. Talvolta sono eterodosse. Un esempio per tutte nella materia matrimoniale: la tesi di J. Bernhard sull'inconsumazione esistenziale e nella fede. Grazie ad un'arguta ma inaccettabile<sup>8</sup> applicazione della sottolineatura degli elementi spirituali (umani e fideistici) del vincolo matrimoniale, operata dal Concilio, essa sostiene che, come la Chiesa tradizionalmente consente lo scioglimento per inconsumazione fisica, così dovrebbe consentire lo scioglimento ogni volta che tra due persone, tra le quali sia sorto un matrimonio valido, non vi sia un'intesa sotto il profilo sia del rapporto esistenziale, sia della fede.

La tesi non è stata accolta dal *Codex* per varie ragioni. La Tradizione e la prassi secolare non hanno mai fatto rientrare nella potestà vicaria del Pontefice la possibilità di sciogliere il matrimonio sacramentale rato e consumato<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Rinvio a O.FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, con cinque sentenze rotali commentate a cura di A.Sammassimo, Milano, 2008, p. 29 ss.

<sup>8</sup> Rinvio per un più ampio esame a O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003., p.216 ss; ID., *Innovazioni conciliari e matrimonio canonico*, in *Dir. eccl.* 1978- 1-2, p. 341 anche per le ampie citazioni bibliografiche; ID, *La relazione dinamica tra il can 1082 e il can.1081 cod.iur.can.*, traduzione italiana della relazione tenuta al colloquio internazionale di diritto canonico di Strasburgo 10 maggio 1978, in *Il matrimonio canonico dopo il Concilio: capacità e consenso*, Milano 1978, p. 99 ss. Una sintesi della teoria in questione è in J. BERNHARD, *Réflexion sur la dynamique de l'engagement matrimonial en droit canonique (A propos d'un livre récent)*, in *Rev. droit can.*, 3-4, 1977, p. 290 ss.

<sup>9</sup> In questi termini si espresse Giovanni Paolo II intervenendo alla Rota nell'occasione della solenne apertura dell'anno giudiziario ecclesiastico, il 21 gennaio 2000. Rifacendosi a un precedente

L'accoglimento, inoltre, avrebbe, di fatto, travolto il principio dell'indissolubilità, aprendo la porta a casi di divorzio ancor più ampi delle più divorziste legislazioni statali, che la Chiesa nel suo Magistero non cessa di criticare. Si sarebbe cioè verificata, per dirla con le espressioni di Benedetto XVI, un'«inaccettabile ermeneutica della rottura».

Per ricordare un altro tema, sul quale il confronto tra pastorale e diritto, allora e tuttora, è oggetto di polemiche, si pensi al ri-matrimonio dei divorziati. Se il matrimonio è loro vietato da principi irrinunciabili come l'indissolubilità, non perciò la pastorale si deve disinteressare della situazione concreta vissuta dai soggetti. Lo ricorda costantemente il Presidente del Pontificio Consiglio per la Famiglia, l'Arcivescovo Vincenzo Paglia.

### 3. L'armonizzazione conciliare del matrimonio canonico tra conclusione del Concilio e promulgazione del CIC.

Per chi crede nell'ermeneutica della riforma (ben diversa dall'ermeneutica della discontinuità o rottura), non è difficile trovare, già negli anni che vedono all'opera la Commissione per la revisione del *Codex*, la novità nella continuità. Un punto qualificante diviene la rilettura in chiave giuridica di antichi testi che alla canonistica appaiono profetici di posizioni emerse al Concilio. Per fare un esempio, che ci introduce alla più importante tra le novità della materia matrimoniale - la traduzione in termini giuridici della dimensione unitiva delle nozze (pressoché assente nella formula letterale del *Codex* del 1917)-, l'*intima communitas vitae et amoris*, di cui tratta *Gaudium et Spes* (n. 48), è collegata dalla dottrina all'espressione di San Tommaso del matrimonio come *maxima amicitia*<sup>10</sup>, che va ben oltre l'unione sessuale e comprende il *totius domesticae conversationis consortium*.

La schiera degli Autori con i quali intrattenere il dialogo è fitta. Riguarda gli autori contemporanei, come quelli del passato. Va dai Padri della Chiesa (latina o greca) ai giganti del pensiero medievale (San Tommaso d'Aquino, ma non solo lui), agli esponenti della Riforma Cattolica (Bellarmino), ai grandi pensatori del Seicento (come Sanchez), ai moralisti del Sette (Sant'Alfonso Maria de' Liguori) ed Ottocento, ai Maestri del Novecento della scuola italiana, francese, tedesca e spagnola.

Analoga metodologia è presente nella migliore giurisprudenza, specie dei Dicasteri della Curia Romana, tra i quali primeggiano per tradizione e autorevolezza i Tribunali Apostolici della Rota e della Segnatura. Ricordo, in particolare, l'eco che ebbe la giurisprudenza rotale *coram* Vincenzo Fagiolo (Uditore Rotale, poi Cardinale, che aveva avuto un ruolo nel Vaticano II, partecipandovi come esperto) sulla rilevanza giuridica dell'amore coniugale, con affermazioni del tutto discontinue

---

intervento di Pio XII del 1941, egli ribadì che la non estensione dello scioglimento ai matrimoni rati e consumati «è insegnata dal Magistero della Chiesa come dottrina da tenersi definitivamente, anche se essa non è stata dichiarata in forma solenne mediante un atto definitivo».

<sup>10</sup> Il citato testo tomistico è quello nel quale San Tommaso definisce l'amicizia coniugale come l'amicizia massima, perché in essa uomo e donna «*adunantur non solum in actu carnalis copulae, quae etiam inter bestias quamdam suavem facit amicitiam, sed etiam ad totius domesticae conversationis consortium*» (*Summa contra gentes*, III, 123). Si veda O. GIACCHI, *Significato e valore delle nuove norme dello Schema iuris recogniti de matrimonio*, in *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica*, Studi raccolti e presentati da O. Fumagalli Carulli, Milano, 1981, I, p. 411; ID., *L'esclusione del matrimonio ipsum. L'esclusione dello *dius ad vitae communionem**, *ibid.*, p. 355 ss.

rispetto al passato. E' metodologia applicata, pur con estrema prudenza, anche nei Tribunali Ecclesiastici Regionali, come quello che oggi ospita questa solenne inaugurazione.

Diversi passi conciliari s'impingono all'attenzione del canonista. Se il passo di *Gaudium et Spes* n. 48, poc'anzi ricordato, delinea il matrimonio *in facto esse* quale òintima comunità di vita e di amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie, da un altro passo dallo stesso testo emerge la nuova visione del consenso, o *matrimonium in fieri*, come òatto umano col quale i coniugi mutuamente si danno e si ricevono. Quel òsi danno e si ricevono è inteso come messaggio, rivolto ai nuovi codificatori come agli interpreti più innovativi, di non limitare l'oggetto del consenso al solo *ius in corpus*, ma di estenderlo alla persona. Non meno importante per il canonista, intento a tradurre in termini giuridici le espressioni del Concilio, è la definizione (*Gaudium et Spes*, n. 49) dell'amore coniugale come òatto eminentemente umano, òche abbraccia il bene di tutta la persona, arricchendo di particolare dignità le espressioni del corpo e della vita psichica e unendo insieme valori umani e divini, così da condurre gli sposi al libero e mutuo dono di se stessi.

A questi testi fanno costante riferimento dottrina e giurisprudenza nella consapevolezza che un diritto, come quello canonico, che nella conciliazione tra sostanza e forma vede un obiettivo irrinunciabile<sup>11</sup>, non può rimanere indifferente di fronte alla visione del òmutuo dono di se stessi, esaltata dal Concilio. L'armonizzazione conciliare<sup>12</sup>, insomma, è intesa come un vero e proprio imperativo pratico, che consente di dilatare la lettera della legge grazie alla peculiare elasticità dell'interpretazione della legge canonica. E' così ampliato l'oggetto del consenso al di là dello *ius in corpus*, per comprendervi la reciproca donazione delle persone dei due sposi: una *res matrimonialis* dunque più ampia. *Una caro* è intesa come unione dei cuori oltre che dei corpi. Gli interrogativi sulla rilevanza giuridica dell'amore coniugale<sup>13</sup> nei suoi rapporti con il consenso animano dibattiti tra i più interessanti. La dottrina si preoccupa non solo di calare nelle fredde forme del diritto un elemento così impalpabile come l'amore, cercando categorie adeguate (lo *ius ad vitae communionem*, il *bonum coniugum*). Cerca, nel contempo, di evitare che si giunga alla conclusione che, finito l'amore, debba o possa considerarsi giuridicamente finito anche il matrimonio, con un inaccettabile *vulnus* dunque al principio dell'indissolubilità.

La comunione di vita matrimoniale, come giuridicamente fondata su un rapporto interpersonale, che va oltre il pur importante rapporto sessuale, fa capolino in significative sentenze rotali, che ritengono angusta la delimitazione dell'oggetto al solo òdiritto nel corpo perpetuo ed esclusivo in ordine agli atti per sé atti alla procreazione della prole, di cui al can. 1081 §2 del *Codex* del 1917. La materia che

---

<sup>11</sup> E' ormai considerato un classico l'antico scritto di O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto canonico*, pubblicato nel 1940 e oggi in *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica*, cit., I, p. 109 ss.

<sup>12</sup> Rinvio anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali a O. FUMAGALLI CARULLI, *Armonizzazione conciliare e tutela della persona nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Dir.eccl.*, 1987, 2, p. 500 ss.; ID. *La dimensione spirituale del matrimonio e la sua traduzione giuridica*, in AA. VV., *Il matrimonio oggi tra crisi e rinnovamento*, Atti del Convegno internazionale promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica (Milano 9-10 aprile 1979), in *Ius*, 1-2, 1980, p. 27 ss.; ID., *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, cit., p. 181 ss.; FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, p. 103 ss.

<sup>13</sup> Per una disamina più articolata dello *status quaestionis* negli anni tra chiusura del Concilio e pubblicazione del nuovo *Codex* rinvio a O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, p. 163 ss., 200 ss.

più si presta a quest'opera è quella della incapacità psichica<sup>14</sup>, grazie alla lacuna presente nella codificazione di allora, che consente un ancor più innovativo diritto vivente.

Agli sforzi riformatori ci si sente tanto più spronati, perché nel frattempo Giovanni Paolo II insiste sull'importanza del rapporto interpersonale di comunicazione di vita con vita, che nasce dal matrimonio. E' la catechesi sulla coppia umana d'inizio pontificato a fornire gli spunti più indicativi.

#### 4. L'impronta conciliare nella disciplina vigente.

Guardando ora al *Codex* oggi vigente, in gran parte frutto di quest'interpretazione evolutiva compiuta alla luce della doverosa armonizzazione conciliare, la sintesi della novità nella continuità è nella definizione del matrimonio *in facto esse*, introdotta *in obliquo* nel can. 1055 con un felice intreccio tra elementi procreativi ed elementi unitivi. Sfidando l'antica massima *omnis definitio in iure periculosa est*, per la prima volta il *Codex* del 1983 definisce il matrimonio *consortium totius vitae indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad proles generationem et educationem ordinatum*. Con particolare pregnanza evocativa, il *con-sortium* fa riferimento all'unione delle *sortes* in modo più forte del termine *communio*. Quel *totius vitae* (anziché *omnis*) significa non tanto e non solo per tutta la vita, bensì di tutti gli aspetti della vita. La duplice *ordinatio* (sostitutiva dell'elenco dei fini contemplati nella precedente codificazione al can.1012) integra sul piano del diritto l'*ordo procreationis* (codificato nel 1917, e che nel 1983 dunque rappresenta la continuità) con l'*ordo caritatis* (poco presente, se non assente, nella disciplina del 1917 e che perciò diventa la novità).

Il can.1055, pietra angolare del sistema vigente, appare alla dottrina una svolta di civiltà. Il mio compianto Maestro, Orio Giacchi, che aveva contribuito a redigere il nuovo canone da consultore della Commissione Pontificia per la *revisio*, lo rilevò con espressioni che mi piace qui ricordare: «Il nuovo canone offre una luminosa proposta, un formidabile invito per ogni cristiano che si sposi. «Si tratta di quel paio di ali dato all'umanità nel quale il grande storico positivista Ippolito Taine vedeva il contributo del Cristianesimo alla formazione dell'uomo civile, sopra e fuori la cieca sordità dell'uomo animale, il contributo di cui Goethe si dichiarava riconoscente alla Chiesa»<sup>15</sup>.

Anche le norme disciplinanti il *matrimonium in fieri* recano l'impronta conciliare. Il consenso - che continua a essere elemento essenziale e insostituibile- è precisato come l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio (can. 1057 § 2). Rispetto al precedente *Codex*, l'oggetto del consenso è allargato: dal diritto nel corpo perpetuo ed esclusivo in ordine agli atti per sé atti alla generazione della prole (come testualmente affermava il *Codex* del 1917) alle persone degli sposi.

Pure nella materia dell'errore sulle qualità della persona causato da dolo risuona l'eco delle critiche sollevate in seno al Vaticano II da alcuni Padri conciliari contro l'assenza nel *Codex* del 1917 di una norma in materia. In effetti, la natura del matrimonio come comunità di vita (secondo la definizione conciliare) postula un consenso libero da sotterfugi e inganni su qualità fisiche o morali, la cui presenza o

<sup>14</sup> In materia di immaturità affettiva una significativa sentenza è dell'allora Decano della Rota, S.R.R. *coram* Lefebvre, 31 gennaio 1976, in *Dir. eccl.*, 3-4, 1977, p. 261 ss.

<sup>15</sup> GIACCHI, *Significato e valore delle nuove norme dello Schema iuris recogniti*, cit., p. 407

assenza possa turbare la futura vita in comune. Il can. 1098 accoglie queste obiezioni.

In tema dell'incapacità psichica, *l'incapacitas assumendi onera coniugalia* (can. 1095 n. 3) risente dell'armonizzazione conciliare. La fattispecie per lungo tempo durante i lavori preparatori è circoscritta alla causa di natura psicosessuale. Una lunga elaborazione produce un allargamento interpretativo: dall'incapacità all'*usus corporis* (tipizzante la tradizionale impotenza) la giurisprudenza passa all'incapacità all'uso esclusivo del corpo (così, ben prima del Concilio, la *coram* Sabattani 21 giugno 1957, in materia di ninfomania), sino a delineare, dopo il Concilio, un capo autonomo<sup>16</sup> di *impotentia moralis*, non meno grave ed egualmente invalidante dell'impotenza fisica. L'influenza conciliare del matrimonio come *consortium totius vitae* porta all'ulteriore passo: l'incapacità ad assumere tutti gli *iura matrimonialia*, di natura anche solo psichica.

La dimensione unitiva compare altresì fuori della capacità e consenso. In materia di consumazione si richiede che essa sia compiuta *humano modo* (can. 1061, in trasposizione letterale di *Gaudium et Spes* n. 49), ponendosi dunque fine alla precedente disputa se la realizzazione dell'atto coniugale in modo violento o irrazionale (es. sotto droga) integrasse la nozione giuridica di consumazione. Il soggetto può dunque, in caso di consumazione estorta con vizi che tolgono la volontarietà dell'atto, chiedere lo scioglimento da matrimonio rato e non consumato.

In breve: l'incontro delle persone e non solo dei corpi, l'intreccio nel patto matrimoniale di elementi personalistici e procreazionisti, da lava ardente, che l'armonizzazione conciliare effettuata da dottrina e giurisprudenza riversa nella complessa opera di *revisio*, si solidificano nei nuovi canoni oggi vigenti<sup>17</sup>.

L'armonizzazione conciliare non termina con l'entrata in vigore del *Codex*. Essa continua a essere la più importante guida interpretativa. Un'interpretazione, configgente con lo spirito del Vaticano II, tradirebbe le attese e le impostazioni degli stessi codificatori.

## 5. Problemi aperti

Nonostante il rodaggio di questi 30 anni, vari problemi dividono dottrina e giurisprudenza. Ne enuncio tre a titolo certamente non esaustivo, traendoli da fattispecie coinvolgenti il rapporto con la fede o con la dimensione unitiva del vincolo matrimoniale, con aspetti, cioè, particolarmente focalizzati dal Concilio. Per ognuno cercherò di dare una mia soluzione, nella consapevolezza tuttavia che la questione è da altri risolta in modo differente.

Il primo riguarda la defezione formale dalla Chiesa. Si collega al seguente interrogativo generale: chi ha rotto con la Chiesa deve continuare a essere soggetto alle leggi meramente ecclesiastiche? Certamente il *semel catholicus semper catholicus* vale per il diritto divino, in conseguenza del carattere indelebile del battesimo. Ma per le altre leggi? A fronte di questi interrogativi, serpeggianti già nel Concilio, il *Codex* della Chiesa latina (peraltro non seguito dal *Codex* delle Chiese Orientali<sup>18</sup>) sceglie di respingere la proposta, avanzata da alcuni consultori, di non

<sup>16</sup> Cfr. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit., p. 39 ss.

<sup>17</sup> Per un'analisi più articolata delle posizioni di dottrina e giurisprudenza rinvio a FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, p. 95 ss.

<sup>18</sup> La clausola *nec actu formali ab ea defecerit* prevista nel can. 57 §1 dello *Schema* del CCEO del 1978 fu soppressa nella sessione del 30 marzo 1979. Si veda *Nuntia* 8 (1979), p. 26-27.

sottoporre al dovere di osservanza delle leggi ecclesiastiche chi si è separato con atto formale dalla Chiesa. Accoglie questa proposta solo per la materia matrimoniale. E statuisce che, in deroga al can. 11 (secondo il quale tutti i battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti sono tenuti all'osservanza delle leggi ecclesiastiche), i cattolici, che con atto formale abbandonano la Chiesa cattolica non sono tenuti alla forma canonica di celebrazione per la validità del matrimonio (can. 1117). Né vige per loro l'impedimento di sposare non battezzati (*disparitas cultus*: can. 1086 §1). Né li riguarda la proibizione di sposare cristiani non cattolici (*mixta religio*: can. 1124). La triplice novità mira a garantire lo *ius connubii* al cattolico che, avendo abbandonato formalmente la Chiesa, non si sposa in forma canonica. Il suo matrimonio, celebrato per lo più in forma civile, secondo l'innovazione in questione, è da considerarsi valido matrimonio canonico, con tutte le conseguenze in materia di indissolubilità, e, se celebrato tra battezzati, anche sacramentale. La novità suscita subito una serie di obiezioni giuridiche e di difficoltà pratiche. A fronte di una possibile interpretazione estensiva dell'*actus formalis defectionis*, con Lettera Circolare<sup>19</sup>, spedita ai Presidenti delle Conferenze Episcopali il 13 marzo 2006, il Pontificio Consiglio dei Testi Legislativi fornisce un'interpretazione restrittiva<sup>20</sup>, che limita l'efficacia della clausola ai soli casi nei quali la formale defezione sia motivata da ragioni teologiche e sia manifestata alla autorità competente. Di conseguenza la validità del matrimonio celebrato in altre forme pubbliche diviene una possibilità più teorica che reale. L'interpretazione restrittiva consente, tra l'altro, in campo diverso da quello matrimoniale, di risolvere una questione bisognosa di chiarimento: evita che sia ritenuto abbandono formale il fenomeno, presente nei paesi centro-europei, del *Kirchenaustritt*, dichiarazione effettuata dal cattolico davanti al funzionario civile delle tasse di non appartenere alla Chiesa. Questa dichiarazione non è considerata abbandono con atto formale, poiché risponde non a ragioni teologiche ma a ragioni tributarie (non pagare la tassa per il culto, *Kirchensteuer*). Nel settore matrimoniale, tuttavia, una cinquantina di Conferenze Episcopali, rappresentative dei cinque Continenti, fa presente una serie di esperienze negative. Il M.P. *Omnia in mentem* 26 ottobre 2009 abbandona la clausola *actus formalis defectionis ab Ecclesia Catholica*, evidenziandone alcune distorsioni applicative<sup>21</sup>. Se il problema è chiuso allo stato normativo attuale, la discussione critica rimane tuttavia aperta. La dottrina<sup>22</sup> rileva (contro una ragione addotta dal M.P. per sopprimere la clausola) che,

---

<sup>19</sup> *Communicationes* 38 (2006), p. 170-184.

<sup>20</sup> La Lettera Circolare ricorda che l'*actus formalis defectionis ab Ecclesia* deve essere un atto giuridico valido, posto da persona canonicamente abile in conformità alla normativa canonica (cann.124-126), e che deve essere emesso in modo personale, cosciente e libero. Ne individua tre elementi (o momenti) costitutivi: 1. Decisione interna di uscire dalla Chiesa cattolica; 2. Attuazione e manifestazione esterna di questa decisione; 3. Recezione da parte della autorità ecclesiasticamente competente di tale decisione. La Lettera precisa, inoltre, che l'atto va manifestato dall'interessato in forma scritta, davanti all'autorità competente della Chiesa cattolica (Ordinario o parroco proprio), alla quale unicamente compete giudicare se nel singolo atto di defezione esista per davvero la volontà di rompere i vincoli della professione di fede, dei sacramenti e del governo ecclesiastico. Integra, dunque, una defezione formale ogni atto di apostasia, eresia o scisma (nel primo caso la defezione riguarda la fede, nel secondo i sacramenti, nel terzo il governo della Chiesa), che non solo si manifesti esternamente, ma sia altresì ricevuto dall'autorità ecclesiastica.

<sup>21</sup> Tre distorsioni in particolare hanno peso. La prima distorsione applicativa, denunciata dalle Conferenze Episcopali, è che la clausola si presta a un incentivo all'apostasia nei luoghi dove i fedeli cattolici sono in numero esiguo o dove vigono leggi matrimoniali che stabiliscono discriminazioni tra i cittadini per motivi religiosi. La seconda distorsione è che essa rende difficile il ritorno di quei battezzati che desiderano contrarre un nuovo matrimonio canonico dopo il fallimento del precedente. La terza è il rischio della resurrezione dei matrimoni clandestini.

<sup>22</sup> M.A. ORTIZ, *L'obbligatorietà della forma canonica matrimoniale dopo il M.P. Omnia in mentem*, in *Ius Ecclesiae*, 22 (2010), p. 481 ss.

se il legislatore ha ritenuto elevata la possibilità di fallimento del matrimonio dei fedeli, che hanno formalmente abbandonato la fede cattolica, ed ha perciò aperto loro una porta per un augurabile riavvicinamento alla fede, chi ha formalmente abbandonato la Chiesa quasi sicuramente non si sposerà in forma canonica (a meno che sia l'altro nubente a chiederlo). Sottolinea altresì che sono spesso motivo di scandalo le situazioni di matrimoni civili dichiarati nulli dopo una lunga convivenza, con la conseguente facilità di sposarsi in Chiesa una volta sciolta quell'unione. Si domanda pertanto se davvero valesse la pena sacrificare un diritto naturale come lo *ius connubii* o non si potesse adottare altra soluzione: ad esempio sopprimere la forza irritante della forma canonica, recuperando un suggerimento, già avanzato durante i lavori conciliari e ripreso in sede di *revisio*<sup>23</sup>. Il tema, dunque, è tutt'altro che chiuso sul piano dottrinale.

Il rapporto consenso-fede entra in gioco per un secondo e ben differente problema: *quid iuris* ove con atto positivo di volontà si escluda la dignità sacramentale? Che fare dell'antica massima teologica *Qui vult contractum, vult sacramentum*, consolidata anche in giurisprudenza<sup>24</sup>? Oggi<sup>25</sup> sembra prendere piede la tendenza di riconoscere autonomia alla volontà di esclusione del sacramento in casi-limite, nei quali la volontà negoziale è integra e matura e l'atteggiamento del soggetto non è di impreparazione dal punto di vista soprannaturale (nel qual caso il matrimonio è comunque valido), ma piuttosto di frontale contrapposizione concettuale riguardo alla natura sacramentale del matrimonio. In queste ipotesi rientrano i casi eccezionali, di cui parla l'Esortazione Apostolica *Familiaris Consortio* (22 novembre 1981), nella quale Giovanni Paolo II tratta l'intera tematica dei rapporti tra fede e consenso relativamente al momento dell'ammissione alle nozze. Il n. 68 si rivela di straordinaria importanza anche giuridica, non solo pastorale. La prima parte di questo testo riporta un ragionamento tradizionale: il matrimonio esiste già nell'Economia della Creazione; è lo stesso patto coniugale istituito dal Creatore *al principio*. Anche coloro che chiedono di sposarsi per motivi più di carattere sociale che di carattere religioso, in forza del loro battesimo sono *inseriti* in un vero e proprio cammino di salvezza. Volere stabilire ulteriori criteri di ammissione alle nozze, basati sulla valutazione del grado di fede dei nubenti, comporterebbe *sottolinea* il Pontefice- gravi rischi: *pronunciare giudizi infondati e discriminatori; sollevare dubbi sulla validità di matrimoni già celebrati; contestare o mettere in dubbio la sacramentalità di molti matrimoni di fratelli separati dalla piena comunione con la Chiesa cattolica, contraddicendo così la tradizione ecclesiale*. Dopo avere riproposto la dottrina tradizionale, secondo la quale basta volere il contratto perché sorga il sacramento, il Papa pone una significativa eccezione. L'ammissione alle nozze deve

---

<sup>23</sup> *Communicationes* 10 (1978), p. 96-97.

<sup>24</sup> C. BURKE, *La sacramentalità del matrimonio: riflessioni canoniche*, in AA. VV., *Sacramentalità e validità del matrimonio nella giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano 1995, p. 156.

<sup>25</sup> La dottrina presenta varie posizioni. In generale si rinvia a AA. VV., *Il matrimonio sacramento nell'ordinamento canonico vigente*, Città del Vaticano 1993. Per le differenze tra ignoranza o errore da un lato e, dall'altro, intenzione contro la sacramentale dignità rinvio a FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, cit., p.206 ss.; ID., *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, p. 112 ss. e p. 151 ss. Sempre interessanti le osservazioni di E. CORECCO, *L'inseparabilità fra contratto matrimoniale e sacramento alla luce del principio Gratia perfecit, non destruit naturam*, in *Communio* 1974, p.1010 ss. Si veda anche U. NAVARRETE, *Diritto fondamentale al matrimonio e al sacramento*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1, 1988, p. 72 ss.; Z. GROCHOLEWSKI, *L'esclusione della dignità sacramentale del matrimonio come capo autonomo di nullità matrimoniale*, in *Mon. eccl.*, 1996, p. 239. Più di recente, G. BERTOLINI, *Fede, intenzione sacramentale e dimensione naturale del matrimonio*, in *Dir. eccl.* II, 2001, p. 1405 ss.

essere negata se i nubenti mostrano di rifiutare in modo esplicito e formale (*aperte et expresse*) ciò che la Chiesa intende compiere nel celebrare il sacramento del matrimonio. A mio avviso, la stessa argomentazione deve valere ove l'atteggiamento di radicale rifiuto, pur non manifestato in sede di ammissione alle nozze, connoti, al momento della celebrazione, la volontà del nubente, inducendolo ad irridere alla sacramentalità. In tal caso ci troveremmo, a mio parere, in un'ipotesi di esclusione dell'*aliquid essenziale elementum*, di cui parla il can. 1101 §2, in un caso cioè di simulazione parziale. Né potrebbe ritenersi leso il principio dell'inscindibilità tra contratto e sacramento. Al contrario il rapporto tra ordine della Creazione e ordine della Salvezza porta alla conclusione della invalidità. Chi irride alla dignità sacramentale pone, infatti, il proprio matrimonio fuori della storia della salvezza per una ragione teologica: per lui, che è battezzato, non è possibile regredire all'ordine della creazione. Non potendo egli porre in essere un matrimonio che sia solo contratto naturale, il sacramento non viene a esistere. L'inscindibilità tra contratto e sacramento perciò non opera solo nel senso che il contratto nullo invalida il sacramento, ma anche nel senso che il sacramento nullo invalida il contratto<sup>26</sup>.

Il terzo interrogativo riguarda l'*intentio contra bonum coniugum*. Si tratta di simulazione totale o parziale? Questo punto a tutt'oggi divide dottrina e giurisprudenza, come divise il *coetus de matrimonio* della Commissione Pontificia per la revisione. Giova al proposito ricordare che il problema di dare consistenza giuridica agli elementi spirituali e intimi della comunione di vita cominciò a delinearsi in tempi remoti e di molto anteriori al Vaticano II. Arturo Carlo Jemolo, nel 1941, nel suo fortunato volume sul matrimonio, riscontrò con rammarico che la normativa del 1917 portava a considerare valido il matrimonio contratto da chi intendeva fare soffrire il consorte. Egli aveva tratto dal romanzo *Cime tempestose* (al quale più o meno in quegli anni era ispirato il film *Voce nella tempesta*, di grande successo popolare) il caso dell'uomo che sposa la donna, proponendosi di usarla per colpire lei stessa e la sua famiglia, sfogando il proprio odio e attuando ricatti<sup>27</sup>. La visione prevalentemente sessuale procreativa, propria al *Codex* allora vigente - affermava non senza sconcerto Jemolo-, non consentiva di valutare ipotesi simili come matrimoni nulli<sup>28</sup>, nonostante l'evidente conflittualità con il nocciolo d'amore proprio al messaggio cristiano. A distanza di tanti anni, la visione conciliare del matrimonio come intima comunità di vita e di amore coniugale (*Gaudium et Spes*, 48) e la doverosa opera di aggiornamento del vecchio *Codex* diventano finalmente l'occasione per dare a queste ipotesi soluzione normativa. La categoria giuridica più appropriata, in attesa del varo del nuovo *Codex*, è ravvisata nell'immediato post Concilio in dottrina nello *ius ad vitae communionem*, ampiamente utilizzata in giurisprudenza a proposito del consenso del soggetto incapace psichicamente (l'incapacità al rapporto interpersonale<sup>29</sup>) e che, per intuibili ragioni di simmetria, pare ragionevole applicare anche al consenso del soggetto capace. La via è esplorata nei lavori di revisione. Il primo degli Schemi predisposti dalla Commissione

---

<sup>26</sup> FUMAGALLI CARULLI, *La dimensione spirituale del matrimonio e la sua traduzione giuridica*, cit., p. 49. ID. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, p. 151 ss.

<sup>27</sup> JEMOLO, *Il matrimonio in diritto canonico*, cit., p. 76

<sup>28</sup> Contro le conclusioni di Jemolo in favore della nullità, argomentandosi dall'assenza del matrimonio, quale ricavabile dal diritto divino, GHERRO, *Diritto canonico. II. Diritto matrimoniale*, Padova, 2005, p. 205

<sup>29</sup> Anche per le opportune citazioni rinvio al mio *Innovazioni conciliari e matrimonio canonico*, in *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit., p. 36 ss.

Pontificia<sup>30</sup> testualmente introduce l'esclusione dello *ius ad vitae communionem* come nuova ipotesi di simulazione parziale. I timori poi che l'espressione possa essere eccessivamente dilatata in sede interpretativa spingono alla formulazione, nel secondo Schema, di un testo più preciso: l'esclusione dello *ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt*. Si ritiene -in altri termini e a mio avviso correttamente- che solo l'esclusione del nucleo essenziale del rapporto interpersonale possa provocare la nullità, non invece i rivestimenti meramente esistenziali legati a singole culture o abitudini sociali e appartenenti all'effimero del rapporto<sup>31</sup>. Quell'esclusione, insomma, segnala l'opportunità di limitare la nullità ai casi più gravi, come quello evidenziato da Jemolo. Un brano di Orio Giacchi, difensore nella Pontificia Commissione di revisione dell'espressione *ius ad ea quae essentialiter constituunt vitae communionem*, è particolarmente rivelatore, anche per la corretta distinzione tra semplice aridità affettiva (irrilevante ai fini della validità) ed esclusione degli aspetti essenziali del rapporto interpersonale (invalidante il vincolo): «E questa -scrive Giacchi- una formula in cui l'impalpabile concetto dell'amore viene reso più penetrante ed insieme più ricco di realtà concrete, traducendolo veridicamente nelle cose che costituiscono essenzialmente la comunione di vita. Va dunque considerato nullo il matrimonio nel quale con positivo atto di volontà (non è dunque rilevante di per sé l'aridità affettiva, l'insensibilità morale, l'inerzia spirituale) si esclude quel rapporto interpersonale che è costituito dal punto di vista positivo di due fattori strettamente interdipendenti, i cui termini possono essere suggeriti dalla spiritualità cristiana di un S. Tommaso d'Aquino e di un S. Francesco di Sales: l'amor benevolentiae dell'uno verso l'altro, per cui si vuole il bene dell'altra persona, e la *communio vitae* per cui quel volere il bene dell'altro non è staccato dal proprio bene, ma è parte essenziale di esso ed è quella *adunatio ad totius domesticae conversationis consortium* che illumina il celebre testo tomista sull'unione coniugale<sup>32</sup>. Tuttavia, nonostante l'elaborazione sostanzialmente e tecnicamente soddisfacente, entrambe le espressioni sono abbandonate a un certo punto del lungo iter della revisione<sup>33</sup>. Le ragioni sono diverse, non ultima l'irrigidimento della parte più conservatrice della giurisprudenza in ordine a qualunque rilevanza dell'amore coniugale<sup>34</sup>. Il legislatore opta per una formulazione generica: l'esclusione dell'*aliquid essenziale elementum* (can. 1101 §2). Si noti l'incongruenza: se l'intenzione del legislatore è di non dilatare eccessivamente il nuovo capo di nullità, il risultato va in senso contrario. Quanto più ampia o

<sup>30</sup> *Communicationes*, 7 (1975), 27; 9 (1977), 117-146; 345-378; 10 (1978), 86-127

<sup>31</sup> Rinvio alle osservazioni svolte in O. FUMAGALLI CARULLI, *Essenza ed esistenza nell'amore coniugale: considerazioni canonistiche*, in *Eph. iur. can.*, 1980, p. 205 ss.; ID., *Sull'esclusione dello ius ad vitae communionem nel matrimonio canonico*, in *Riv.dir.civ.*, 1977, p. 553 ss

<sup>32</sup> Il citato testo tomistico è quello nel quale San Tommaso definisce l'amicizia coniugale come la amicizia massima, perché in essa uomo e donna *adunantur non solum in actu carnalis copulae, quae etiam inter bestias quamdam suavem facit amicitiam, sed etiam ad totius domesticae conversationis consortium* (*Summa contra gentes*, III, 123). Si veda GIACCHI, *Significato e valore delle nuove norme dello Schema iuris recogniti de matrimonio*, in *Stato e Chiesa nell'esperienza giuridica*, cit., p. 411; ID. *L'esclusione del matrimonio ipsum*. *L'esclusione dello ius ad vitae communionem*, *ibid.*, p. 355 ss.

<sup>33</sup> Le ragioni sono diverse. Il rischio di identificare lo *ius ad vitae communionem* con l'inclinazione sentimentale delle passioni, piuttosto che con la donazione reciproca oggetto di volontà, la conseguente difficoltà di tradurre in termini giuridici l'*elementum amoris*, il timore che sull'onda di una qualche sua valorizzazione giuridica prendesse piede la tesi dell'inconsumazione esistenziale e nella fede, con la conseguenza di considerare giuridicamente indissolubili solo i matrimoni caratterizzati dalla piena e profonda integrazione interpersonale.

<sup>34</sup> Una buona sintesi della dottrina sull'amore coniugale è in P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel Codice di diritto canonico*, Torino 1998, p.40 ss.

indeterminata è l'espressione letterale di una norma, tanto più numerose sono le figure enucleabili in sede interpretativa. Lo dimostra l'interpretazione dottrinale<sup>35</sup>, che fa rientrare nel concetto di *bonum coniugum* elementi ulteriori rispetto a quelli che, circoscritti al rapporto di integrazione reciproca tra i due coniugi, prima della pubblicazione del *Codex* vigente, si riteneva dovessero costituire il concetto giuridico di *consortium vitae*. Vi è chi collega il *bonum coniugum* agli altri *bona*<sup>36</sup>, considerando perciò invalido il matrimonio di chi nega il diritto dell'altro alla partecipazione comunione nelle decisioni riguardanti l'educazione della prole (in collegamento dunque con il *bonum prolis*). Altri ravvisa esclusione del *bonum coniugum* in colui che, escludendo l'intimità<sup>37</sup> proprio alla relazione coniugale, rifiuta l'esclusività dei diritti della coppia coniugale e prevede una partecipazione di terze persone (come i genitori o la famiglia d'origine) in ordine alle medesime. Altri ancora fa rientrare l'esclusione del *bonum coniugum* nella simulazione totale<sup>38</sup>. Personalmente continuo a essere convinta che la *communio personarum* (ricavabile dalle fonti bibliche, dalla tradizione teologico-pastorale della Chiesa, dai testi, anche recenti, del Magistero pontificio) porti ad enucleare tre aspetti del rapporto interpersonale, la cui esclusione con positivo atto di volontà invalida il matrimonio. I tre aspetti sono: la considerazione dell'altro come persona, la comunione con lei, il volere il suo bene. Mi spiego meglio: il soggetto che si rivolge alla Chiesa cattolica per celebrare il suo matrimonio deve aderire, almeno implicitamente, alla concezione cristiana delle nozze. Dovrebbe dunque orientare la sua volontà anzitutto verso la persona in quanto tale (l'altro io nella comune umanità, di cui parla *Mulieris Dignitatem*). In secondo luogo dovrebbe volere instaurare con lei l'unione delle *sortes* (il *con-sortium vitae*). Infine dovrebbe volere il bene di lei. Ma il diritto canonico, anche al fine di salvaguardare il diritto naturale alle nozze ai più aridi, non chiede che ai fini della validità il nubente voglia positivamente questi tre aspetti. Basta non ne escluda anche solo uno, secondo il meccanismo proprio alla simulazione. Qualche esempio mi auguro possa fare comprendere che i casi di nullità da me prospettati sono l'eccezione, non la regola; essi devono essere presenti già al momento della celebrazione e sono ben diversi sotto il profilo sostanziale dall'incompatibilità di carattere prevista da talune legislazioni divorziste. Esclude la considerazione dell'altro come persona chi ha una tale disistima del consorte da ritenerlo essere inferiore, negandogli la pari nativa dignità. Negli ambienti o nelle culture sorde all'emancipazione femminile, ciò avviene facilmente nei riguardi della donna. Ma anche negli ambienti più evoluti può aversi un modo distorto di vedere il rapporto uomo-donna. Un esempio letterario è nell'*Aspasia* di Giacomo Leopardi. Un verso è rivelatore: «Perché io te non amai, ma quella Diva / che già vita or sepolcro ha nel mio cuore». Al posto della donna reale, dunque, oggetto della volontà è la mitizzazione della persona al punto che il soggetto non «vede» la donna reale, ma la Diva, frutto della sua immaginazione. Come esempio della seconda ipotesi, penso al soggetto che prende sì in considerazione la

<sup>35</sup> A titolo esemplificativo si veda FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2008, p. 157 ss.; ID., *Il governo universale della Chiesa e di diritti della persona*, cit., p. 191 ss.; R. BERTOLINO, *Matrimonio canonico e bonum coniugum. Per una lettura personalistica del matrimonio cristiano*, Torino 1995; AA.VV., *Il bonum coniugum nel matrimonio canonico*, Studi giuridici, Città del Vaticano 1996; P. PELLEGRINO, *Il bonum coniugum: essenza e fine del matrimonio canonico*, in *Dir. eccl.*, 3-4, 1996, p. 804 ss.

<sup>36</sup> Per il collegamento con il *bonum prolis*, si veda M.F. POMPEDDA, *Il bonum coniugum nella dogmatica matrimoniale canonica* (1998), in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, II, Milano 2002, p. 106 ss.

<sup>37</sup> GHERRO, *Diritto matrimoniale*, cit. p. 206

<sup>38</sup> P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo*, Milano 1998, p. 140 s.

persona, ma volendo per così dire sposare un particolare di lei e solo quello: il suo corpo, il suo patrimonio, la sua posizione sociale. A differenza dell'esempio precedente, la considerazione della persona non manca; è limitata a una presenza del tutto oggettuale. Si pensi all'intellettuale misantropo, che sposa una donna ignorante, escludendo ogni unione spirituale o intellettuale con lei, come pare avvenuto nel matrimonio di Heine, almeno a stare alle ciniche dichiarazioni dello scrittore. Altro caso ancora (tutt'altro che raro): l'uomo che si sposa unicamente per trasmettere il suo nome, volendo la moglie solo come macchina per i figli (secondo la teoria già di Lutero<sup>39</sup>), escludendo il più complesso consorzio di vita con lei. Quanto al terzo profilo, l'esclusione del bene dell'altro caratterizza i casi di uomini e donne che non solo si propongono di non amare il consorte, ma addirittura pianificano di farlo soffrire e di questa sofferenza si vantano. Per alcuni esempi letterari penso (oltre ai personaggi, sopra ricordati, del romanzo *Cime tempestose*) a Stelio Effrena del *Piacere* di Gabriele d'Annunzio o al personaggio del marito nella novella *Krotkaia* di Dostoevskij. Lo ripeto: giuridicamente non è chiesto ai nubenti di volere positivamente ognuno dei tre aspetti sopra indicati, anche se, ovviamente, è auspicabile per la buona riuscita del matrimonio. Siamo nel campo giuridico della simulazione parziale ed è pertanto rilevante l'atto positivo di volontà di esclusione anche di uno solo di essi.

## 6. Conclusione.

Sui temi tuttora aperti (altri meriterebbero di essere evidenziati, ma il discorso sarebbe troppo lungo) dottrina e giurisprudenza avranno modo di confrontarsi con tutti gli strumenti interpretativi consentiti dal diritto, tra i quali desidero ricordare l'*aequitas canonica*, peculiarità canonistica stranamente in disuso nella dottrina come nella giurisprudenza. Sia pure con questa riserva, non posso non dare atto all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale di avere spesso cercato e colto l'interrelazione tra Concilio e Codici. Contrariamente ai detrattori, la riforma del diritto della Chiesa, oltre a ridefinire i rapporti giuridici con categorie e contenuti più appropriati alla *societas spiritualis*, si è rivelata espressione profetica di un'*Ecclesia semper reformanda* nei suoi aspetti umani e insieme consapevole dei principi irrinunciabili fissati dal suo Divino Fondatore.

Su un punto dobbiamo riflettere. A distanza di 30 anni dalla pubblicazione del *Codex*, ed a 50 anni dal Concilio, se sembrano abbandonati i virulenti tentativi dell'immediato post Concilio di delegittimare in radice il diritto canonico, sta diffondendosi una pericolosa crisi del vivere secondo il diritto, di cui è spia la superficialità nell'affrontare la scelta matrimoniale. Difficile dire se ciò derivi da scarsa conoscenza da parte degli stessi *christifideles* delle norme matrimoniali o se derivi piuttosto dall'insofferenza dei giovani d'oggi per qualunque norma di diritto, o sia uno dei tanti effetti della secolarizzazione distruttrice di ogni senso del sacro nella civiltà occidentale.

Certo è che l'indebolimento del senso di obbligatorietà morale del diritto canonico è fenomeno al quale è urgente porre rimedio. Chiama in causa l'impegno responsabile dell'intero *Populus Dei*, degli ecclesiastici come dei laici, delle parrocchie come dei movimenti. Come ha osservato un eminente canonista, il card. Julian Herranz, questo

---

<sup>39</sup> Sulla contrapposizione tra concezione di Lutero che fonda il matrimonio unicamente su base sessuale e quella di Calvino che nella moglie vede una creatura di compagnia si veda il bel saggio di A. BELLINI, *Il matrimonio in Lutero e Calvino*, in AA. VV., *Amore e matrimonio nel pensiero filosofico e teologico moderno*, Milano 1976, p. 66 ss.

fenomeno rischia di sminuire, sino ad annullarla del tutto, la portata morale e la necessità pastorale della legge ecclesiastica<sup>40</sup>, che invece erano e continuano a essere le ragioni profonde della riforma, volta ósi è detto sopra, riprendendo la Costituzione *Sacrae Disciplinae Leges*- a òrestaurare la vita cristianaö.

Il rimedio piú urgente sta, a mio parere, in un supplemento di dialogo tra pastorale e diritto, che conduca ad un'equilibrata collaborazione tra diritto e pastorale senza che il diritto si riduca a mera tecnica ògiuridistaö e che la pastorale cessi di servirsi del diritto. Ad esempio: la preparazione pastorale al matrimonio, giustamente esaltata dal Concilio, non può prescindere dal render edotti gli sposi dei lineamenti giuridici essenziali del matrimonio. Mi domando: almeno il can. 1055, con la definizione giuridica del matrimonio, è sviscerato nei corsi prematrimoniali e, se sí, vi è adeguata competenza giuridica in chi istruisce i futuri sposi? Eò curioso, in proposito, che nel recente documento (22 ottobre 2012) della òCommissione Episcopale per la famiglia e la vitaö, *Orientamenti pastorali sulla preparazione al matrimonio e alla famiglia*, tra le fonti di riferimento che ònon possono mancare all'òinterno di un percorso formativo delle coppie che chiedono di sposarsi in Cristo e nella Chiesaö, siano citati il *Lezionario per la Messa degli sposi*, il *Rito del matrimonio*, alcuni documenti magisteriali (dal documento pastorale *Evangelizzazione e sacramento del matrimonio* del 1975, al *Direttorio di pastorale familiare per la Chiesa in Italia* del 1993, al Sussidio pastorale *Celebrare il òmistero grandeö dell'amore del 2006), ma non il Codice di diritto canonico.*

Termino facendo mia l'osservazione di un religioso, che spesso ha predicato gli esercizi spirituali davanti al Papa, Padre Raniero Cantalamessa. Nella Seconda Predica di Avvento 2012, egli si è domandato quale sia il significato del Concilio, inteso come l'insieme dei documenti prodotti: òLi lasceremo da parte per attenderci tutto dallo Spirito?ö. òLa risposta ó ha detto- è contenuta nella frase con cui Agostino riassume il rapporto tra la legge e la grazia: -È stata data la legge perché si cercasse la grazia ed è stata data la grazia perché si osservasse la leggeö. Se lo Spirito, come Padre Cantalamessa insegna, non dispensa affatto dal valorizzare i decreti del Vaticano II e, al contrario, spinge a studiarli e a metterli in pratica, lo stesso valga per la legge canonica, da insegnare, interpretare ed applicare tenendo sempre presente che essa è coronamento del Concilio.

---

<sup>40</sup> Rimangono condivisibili i timori enunciati dal card. Julian Herranz nel tracciare il bilancio di *Vent'anni di esperienza canonica (1983-2003)*, Giornata Accademica 24 gennaio 2003, Pontificio Consiglio dei Testi legislativi [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/intrptxt/documents/rc\\_pc\\_intrptxt\\_doc\\_20030124\\_academical-day-herranz\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20030124_academical-day-herranz_it.html)