



diritto & religioni

Semestrale
Anno VII - n. 1-2012
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

13



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno VII - n. 1-2012
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, F. Di Donato, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, F. Facchini
A. Bettetini, G. Lo Castro
P. Colella, A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro
F. Balsamo
S. Testa Bappenheim
F. Falanga
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fucillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Iván Ibán - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura

Sulla natura del matrimonio canonico.

La copulatheoria

MARIO TEDESCHI

È legittimo che di un istituto giuridico antichissimo come il matrimonio ciascun ordinamento abbia sviluppato nel tempo una propria ideologia. Meno lecito che tali configurazioni appaiano molto divergenti fra di loro – perché qualche punto in comune dovrebbe pure potersi rinvenire – o addirittura intrinsecamente contraddittorie.

I fini del matrimonio canonico risalgono a S. Agostino e sono, com'è noto, il *bonum prolis*, il *bonum fidei* e il *bonum sacramenti*¹; il matrimonio cioè serve alla continuazione della specie, deve essere considerato indissolubile ed è ammantato del crisma della sacralità perché conforme alla volontà divina e utile all'edificazione di vita dei coniugi. Senza il loro consenso il matrimonio non sussiste: sono i nubendi a celebrarlo rimanendo il ministro di culto un mero teste qualificato².

Il consenso costituisce pertanto l'essenza del matrimonio canonico ma questo si perfeziona soltanto con la consumazione, che garantisce la procreazione e risponderebbe nel contempo ad altre esigenze insite nella natura umana, quelle che il vecchio *Codex* indicava con il termine "*remedium concupiscentiae*" (can. 1013 §1), che oggi fortunatamente è venuto meno anche se tutti gli altri aspetti relativi alla *copulatheoria* permangono, continuando a sussistere la distinzione tra il matrimonio *ratum et non consummatum*³ e quello che invece può considerarsi perfetto perché è intervenuta la consumazione (can. 1015 c.i.c. '17).

L'atto giuridico che dà origine al matrimonio e che si basa sul consenso è il "*matrimonium in fieri*", il vincolo duraturo che ne deriva il "*matrimonium*

¹ S. AGOSTINO, *De bono coniugali*, I, II: in c. 10, C. 27,2.

² Cfr. oltre note nn. 4 e 7.

³ Cfr. JOSEPHUS CASORIA, *De matrimonio rato et non consummato, Dispensationis processus canonici doctrina et praxis*, Officium Libri Catholici, Romae, 1959.

in facto". È il consenso quindi la *causa efficiens* del matrimonio sacramento. Lo *ius in corpus* è solo uno dei fini. D'altra parte, era noto l'insegnamento di Ulpiano: "*nuptias non concubitus, sed consensus facit*" (l. 30, D., 50, 17), che escludeva fosse necessaria la consumazione. Così anche S. Tommaso che parlava di "*carnalis commistio*" (*S. Th.*, III *Suppl.*, q. 45, a. 1)⁴.

La divisione non è recente, risale alla patristica ed ha diviso la scuola di Bologna, per la quale era necessario oltre il consenso anche la consumazione, e quella di Parigi, per la quale l'aspetto materiale era del tutto superfluo⁵. A una concezione di tipo biologico se ne contrapponeva un'altra di tipo teologico.

Lungi da me qualsiasi intenzione di contraddire Graziano e i suoi seguaci – i contrasti fra l'altro sono proseguiti sino ai nostri giorni solo che si pensi alle diverse posizioni sull'*amor coniugalis* espresse dal Graziani, attestato sulle concezioni consumistiche, e quindi poco disposto a valorizzarlo, e dal De Luca, più propenso nei confronti di quelle personalistiche⁶ – ma un fatto è a mio avviso indiscutibile: che il matrimonio sussiste anche nel caso in cui non sia stato consumato; lo stesso vecchio *Codex* parlava, prima del *remedium concupiscentiae*, di *mutuum auditorium* (can. 1010 §1).

Ciò è del tutto scontato per il matrimonio civile, che prescindendo dal fine della procreazione e consente il matrimonio in tarda età per potersi sostenere reciprocamente, ma lo è anche per quello di diritto canonico in una certa misura, perché prevede il matrimonio casto, ma soprattutto perché non tutti i matrimoni sono coronati dalla nascita dei figli e non per questo sono nulli; dirò di più: anche nel caso di acclarata infertilità o impotenza, i coniugi possono decidere di non porre in discussione il vincolo matrimoniale e di farlo sussistere⁷.

Il consenso è molto di più dell' *affectio maritalis* di romana memoria, si sostanzia in una solenne dichiarazione volta a creare una comunità di vita che serva per il reciproco sostegno – oltre che per l'educazione della prole eventuale –, e che duri per tutta la vita, perché questa ne sia, per l'appunto, edificata⁸.

⁴ Cfr. VINCENZO DEL GIUDICE, *Sommario di diritto matrimoniale canonico*, Estratto dalle *Nozioni di diritto canonico*, del medesimo autore a cura e con aggiunte del prof. GAETANO CATALANO, V ed., Milano, 1979, p. 5 ss.

⁵ Cfr. *Op. ult. cit.* p. 19.

⁶ Cfr. ERMANNO GRAZIANI, *La Chiesa e il matrimonio*, in *Dir. eccl.*, 1970, I, p. 278 ss.; LUIGI DE LUCA, *La Chiesa e la società coniugale*, *ivi*, p. 257 ss.

⁷ Cfr. ANASTASIO GUTIERREZ, *Il matrimonio, essenza – fine – amore coniugale*, Società Editrice Napoletana, Napoli, 1974.

⁸ Cfr. GINESIO MANTUANO, *Consensus matrimoniale e consortium totius vitae*, Centro Studi "Attilio

Anche chi è laico o acattolico può convenire sulla definizione che del matrimonio canonico dà il Del Giudice: “L’unione stabile di un uomo e di una donna, posta in essere per volere di entrambi al fine di completarsi spiritualmente e fisicamente, aiutarsi a vicenda e di procreare, allevare ed educare i figliuoli”, che è poi simile a quella del vecchio *Codex*. I caratteri essenziali sarebbero, a suo avviso, quelli della concorde volontà delle parti, della stabilità del vincolo e della procreazione. Diversi dai caratteri le proprietà che si sostanziano nell’unità e nell’indissolubilità⁹.

Nessun accenno alla consumazione anche se questa costituisce il presupposto della procreazione. L’unione di cui parla non è certamente quella sessuale ma un’unione di vita.

Dal matrimonio nasce la famiglia (cfr. art. 29 Cost.), cellula primaria della società, ed è per questo che i due istituti hanno avuto una tale fortuna e un legame così rilevante.

Rispetto a considerazioni talmente evidenti, indiscutibili su un piano naturale e sociale, e pertanto giuridico, che bisogno c’era di trattare il matrimonio per i suoi aspetti biologici parlando, oltre che di *remedium concupiscentiae*, di *ius in corpus* – che Filippo Vassalli assimilava ironicamente ad un diritto reale¹⁰ –, e di debito coniugale; o di *copula perfecta* e *satisfactiva*; perché si è voluto legare la procreazione alla consumazione; perché sono stati scritti trattati di medicina legale canonistica¹¹ che andrebbero bene anche per un esame di ginecologia; perché nelle sentenze canoniche si sono trattati aspetti che non solo giustificano il disagio di chi si accosta al matrimonio canonico, così bene evidenziato dal D’Avack nel 1974 per l’inaugurazione dell’anno giudiziario dei Tribunali del Vicariato di Roma¹², ma non danno alcuna particolare copertura ai matrimoni legittimamente celebrati ancorché non ne sia seguita una consumazione per impossibilità o per scelta delle parti?

Questo vale in una dimensione patologica dell’istituto matrimoniale, quella processuale, tendente ad acclararne o meno la nullità, ma non ha

Moroni” di Diritto Matrimoniale e della Famiglia, Macerata, 2006, anche per una opportuna analisi storica e comparatistica.

⁹ Cfr. VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰ Cfr. FILIPPO VASSALLI, *Del “ius in corpus”, del “debitum coniugale” e della servitù d’amore ovverosia “La dogmatica ludica”*, Roma, 1944.

¹¹ Cfr. VINCENZO MARIA PALMIERI, *Medicina legale canonistica*, Morano, Napoli, 1955; LUCIANO MUSSELLI-MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto canonico*, II ed., Monduzzi, Bologna, 2005, p. 124 ss.

¹² Cfr. PIETRO AGOSTINO D’AVACK, *Per una riforma giuridica del matrimonio canonico*, in *Dir eccl.*, 1974, I, p. 3 ss.

niente a che vedere con quella fisiologica, che deve tendere per l'appunto a tracciarne i caratteri e i fini. Il matrimonio cioè non può essere riguardato solo in previsione della sua nullità, per cui può essere comoda una sua configurazione su un piano medico-biologico. Che un avvocato rotale incorra in ciò è comprensibile, meno che l'ordinamento giuridico canonico lo consenta perché per questo l'istituto matrimoniale dovrebbe essere ben altra cosa, una comunità di vita.

I Comandamenti invitano a non desiderare la donna d'altri; gli *ordinati in sacris* fanno voto di castità, rinunziano nel rito latino al matrimonio; ci sono, come detto, matrimoni casti; perché allora la Chiesa ha ritenuto di dare tanto valore alla sessualità e di giustificarla solo attraverso il matrimonio¹³? Perché ciò che nel mondo antico era considerato un piacere è divenuto in quello giudaico cristiano una colpa, da limitare e regolare anche attraverso il matrimonio.

La morale sessuale però è molto mutata nel tempo. Non è più il matrimonio, sempre che lo possa essere stato in passato, a poterla giustificare. Appaiono difficilmente configurabili le perizie volte ad acclarare la verginità di una donna nel caso in cui il matrimonio non è stato consumato perché può non essere vergine già in precedenza. È impensabile che il rapporto sessuale possa essere giustificato solo se non esclude la nascita dei figli, nella realtà avviene tutto il contrario; e sarebbe bene su un piano demografico che ciò avvenisse? I metodi contraccettivi sono così largamente diffusi che è del tutto evidente che ci si muove in direzione diversa. Nonostante tutto ciò si continua a parlare di *copulatheoria* e di consumazione *perfecta*. Si continua a concedere una dispensa – mero atto amministrativo – per il matrimonio rato e non consumato piuttosto che procedere ad un giudizio di nullità, per cui non può essere resa esecutiva nel nostro ordinamento¹⁴. Questi gli effetti dell'eccessiva importanza attribuita alla consumazione.

Grazie anche ad una rivalutazione dell'*amor coniugalis* voluta dal Concilio Ecumenico Vaticano II, il criterio personalistico sembra oggi più conforme ai tempi di quello meccanicistico.

La Cost. *Gaudium et spes* affronta il problema della dignità del matrimonio

¹³ Cfr. MARIA LUISA TACELLI, *Sessualità e consenso. Ratio peccati e ratio contractus nella disciplina canonistica delle nozze cristiane*, Jovene, Napoli, 2006, p. 353 ss.

¹⁴ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Sugli effetti civili della "dispensa super rato et non consummato" nell'ordinamento italiano*, in *Jus et munera. Studi di diritto canonico ed ecclesiastico in onore di Mons. Vincenzo Scancararra*, a cura di GUIDO GIUSTINIANO, Napoli, 1997, p. 239 ss.; in *Studi in onore di Piero Bellini*, II, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1999, p. 681 ss.; e in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XIV, Salamanca, 1998, p. 245 ss.

e della famiglia (nn. 47-52) e della loro santità (n. 48), incentrando nell'amore coniugale (n. 49), nella fecondità (n. 50) e nell'accordo tra l'amore umano e il rispetto della vita (n. 51), la propria attenzione. Il matrimonio, nota bene, "non è stato istituito... soltanto per la procreazione" ma si basa sul mutuo amore (n. 50)¹⁵, concetto ripreso da Paolo VI nella *Humanae vitae*, dove parla di comunità di amore e di reciproca donazione personale¹⁶. E la Cost. *Apostolicam actuositatem* pone il matrimonio a fondamento della famiglia e della società (n. 11)¹⁷.

Ciò comporta una tardiva rivalutazione dell'essenza giuridica del matrimonio canonico di stampo personalistico e una configurazione diversa da quella ricevuta in un recente passato.

Dal vecchio al nuovo *Codex* la definizione del matrimonio è mutata in meglio, sia per il riferimento al *foedus* (can. 1055 §1), che per il venir meno del termine *remedium concupiscentiae*. Ma i suoi caratteri sono rimasti gli stessi e così l'eccessivo valore dato alla consumazione anche in rapporto alla procreazione. Su ciò sarebbe lecito auspicare un intervento oltre che della dottrina anche della giurisprudenza – che però appare difficilmente prevedibile – per rendere i caratteri del matrimonio molto più vicini ai tempi; per dirimerne le differenze con gli altri ordinamenti – sia statali che confessionali –; e per porre la persona al centro dell'ordinamento canonico¹⁸.

Oggi risulta infatti del tutto attuale la tesi del Doms, secondo il quale il matrimonio si sostanzia nella reciproca personale donazione di se stesso da un coniuge all'altro, purché di sesso diverso, il che non esclude l'aspetto biologico e la procreazione; e del Krempel, che sottolinea soprattutto la necessità di una comunanza di vita¹⁹.

Per un ripensamento dell'esperienza romanistica dell'*honor matrimonii* lo Scavo Lombardo, il quale, partendo dalla disparità di vedute in dottrina

¹⁵ Cfr. *I documenti del Concilio Vaticano II*, introduzioni di KARL RAHNER-HERBERT VORGRIMLER, VII ed., Paoline, Roma, 1968, p. 360 ss.

¹⁶ Cfr. *A.A.S.*, 60 (1968), p. 485 ss.

¹⁷ Cfr. *I documenti ...*, cit., p. 642 ss.

¹⁸ Cfr. FRANCESCO MISSAGLIA, *Osservazioni sul principio personalistico nell'individuazione dell'essenza del matrimonio canonico*, in *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, a cura dell'Istituto di diritto ecclesiastico e canonico dell'Università di Napoli, 1, Jovene, Napoli, 1978, p. 245 ss.; MARIO TEDESCHI, *Chiesa e diritti della persona*, in *Dir. rel.*, 12, 2011, p. 68 ss.

¹⁹ Cfr. HERBERT DOMS, *Vom Sinn und Zweck der Ehe*, Breslau, 1935; trad. it. di E. BIONDI, ID., *Significato e scopo del matrimonio*, Roma, s.d.; BERNHARDIN KREMPPEL, *Die Zweckfrage der Ehe in neuer Beleuchtung, begriffen aus dem Wesen der beiden Geschlechter im Lichte der Beziehungsleber des hl. Thomas*, Benziger, Einsiedeln, Zurich, 1941; sui quali cfr. ENRICO DI ROBILANT, *Il fine e l'essenza del matrimonio in alcune recenti dottrine*, in *Dir. eccl.*, 1951, I, p. 697 ss.

sulla nozione giuridica di società coniugale, che non può essere data dall'*honor matrimonii*, porta come esempio il matrimonio segreto, valido in foro interno²⁰.

Uno studio recente fa correttamente risalire ai decretisti ed ai decretalisti il concetto di matrimonio come *vitatio fornicationis*, destinato alla procreazione. “L’idea della sacramentalità delle nozze” – si dice – è stata introdotta “per compensare, bilanciare e riscattare definitivamente, sul piano etico, il peccato insito nella sessualità”²¹. Anche se la castità resta un bene, solo la sessualità procreativa è ritenuta degna e onesta. La copula si fonda sul *remedium*. Anche per i consensualisti, si nota, l’oggetto del consenso si sostanzierebbe nello *ius in corpus*, garantendo la liceità della copula²². “La procreazione, la fedeltà e l’indissolubilità cioè rendono onesta la sessualità umana perché contrastano la concupiscenza”²³. Si può escludere la prole – si ammette – rimanendo il matrimonio valido, ma la funzione delle nozze resterebbe il *remedium concupiscentiae*²⁴. È del tutto evidente che tali concezioni, basate ancora sul vecchio *Codex*, costituiscono un vero passo indietro.

Diversa la posizione di chi sottolinea l’avvenuta scissione tra sessualità e procreazione, ponendo in rapporto la sessualità con il desiderio e il corpo, e i fondamenti metagiuridici del matrimonio, ritenuto molto opportunamente *sacramentum amoris*²⁵. È su questa strada che bisogna procedere.

Che bisogno c’è di giustificare la sessualità che è un fatto naturale sia dentro che fuori il matrimonio? Se il matrimonio è una comunità di vita il sesso costituisce solo un aspetto di tale unione non il fine principale. Il matrimonio non si perfeziona, come non si giustifica, solo con la copula, perché sussiste anche in sua assenza con scopi e fini altrettanto nobili della procreazione. Ed è bene che questo una volta per tutte venga compreso.

²⁰ Cfr. LUIGI SCAVO LOMBARDO, *Riflessioni preliminari per l’individuazione dell’essenza giuridica del matrimonio (Tentativi di un orientamento)*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano, 1963, p. 1399 ss.

²¹ Cfr. MARIA LUISA TACELLI, *op. cit.*, p. 355.

²² Cfr. MARIA LUISA TACELLI, *op. cit.*, pp. 358, 360, 363 e 365.

²³ Cfr. MARIA LUISA TACELLI, *op. cit.*, p. 369.

²⁴ Cfr. MARIA LUISA TACELLI, *op. cit.*, pp. 378-379 ss.

²⁵ Cfr. ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell’età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007.