

HÉCTOR FRANCESCHI F.

UNA COMPRENSIONE REALISTICA DELLO *IUS CONNUBII* E DEI SUOI LIMITI

A. Premessa: si può parlare di un «diritto al matrimonio»? — B. Lo «*ius connubii*» e i suoi limiti in una visione realistica della persona umana e del matrimonio. — 1. Lo «*ius connubii*» come fondamento del sistema matrimoniale vigente e come guida dell'azione pastorale della Chiesa. — 2. Concretizzazione dello «*ius connubii*» nel sistema matrimoniale. *a)* È un diritto fondamentale della persona. *b)* Per i fedeli cattolici, lo «*ius connubii*» è un diritto fondamentale del fedele. *c)* In quanto diritto fondamentale, lo «*ius connubii*» è un diritto inalienabile, irrinunciabile e perpetuo. *d)* È un diritto che ha un suo contenuto determinato dalla stessa natura ed ha i suoi limiti, come può essere la difesa di altri beni: la fede, la vita e la libertà. *e)* Il suo fondamento si trova nella complementarità tra uomo e donna. — 3. Principi di interpretazione delle limitazioni allo «*ius connubii*» nel sistema giuridico matrimoniale. — 4. L'esercizio dello «*ius connubii*»: alcune proposte e considerazioni concrete. *a)* Principio generale. *b)* La libertà del consenso. *c)* I requisiti della persona: l'interpretazione del canone 1095 alla luce del principio generale dello «*ius connubii*». *d)* La forma canonica «*ad validitatem*» e il riconoscimento e protezione dello «*ius connubii*». *e)* Esercizio dello «*ius connubii*» dei battezzati: la retta intenzione e la mancanza di fede. — C. Conclusione: Lo «*ius connubii*» come fondamento e principio di tutto il sistema matrimoniale canonico e come criterio operativo dell'azione pastorale.

A. *Premessa: si può parlare di un «diritto al matrimonio»?*

Per rispondere a questo interrogativo, penso che può servire una domanda che mi rivolse un filosofo, qualche anno fa, quando stavo iniziando una ricerca sullo *ius connubii* lungo la storia del sistema matrimoniale canonico. In un colloquio informale, mi chiese: «su cosa stai facendo ricerche?». Alla mia risposta: «sullo *ius connubii*», mi disse: «ma esiste un diritto al matrimonio?». Questa domanda, rivoltami alcuni anni orsono, mi obbligò a ripropormi l'utilizzo di un termine classico, presente già nel diritto romano e frequentemente utilizzato dalla dottrina, ma con un contenuto fossiliz-

zato e riduzionistico, come se fosse una semplice constatazione del fatto che il sistema giuridico determina — in modo piuttosto positivista — chi può e chi non può contrarre matrimonio.

Tuttavia, lo studio delle fonti storiche del Diritto Canonico — soprattutto il Decreto di Graziano e i libri delle Decretali — ci mostra chiaramente la centralità dello *ius connubii* nel sistema matrimoniale della Chiesa e nella sua applicazione ai casi concreti, come un principio che è stato sempre presente nella *mens* del legislatore canonico e dell'autorità che doveva decidere circa un matrimonio che si voleva celebrare o che era stato celebrato. Tutto il sistema matrimoniale della Chiesa ci si presenta come uno sforzo di determinazione — anziché di limitazione — del diritto al matrimonio, inteso come presupposto sul quale agiva l'autorità ecclesiastica, e fondato sulla stessa natura del matrimonio e sul suo carattere sacramentale quando celebrato tra battezzati, per cui l'ordinamento della Chiesa non lo si dovrebbe interpretare come un tentativo di determinare *a priori* i requisiti per celebrare il matrimonio o per il riconoscimento di quello già celebrato, a partire da determinate condizioni che avrebbero la loro origine in un sistema giuridico estrinseco alla realtà matrimoniale. Da questa prospettiva realistica dello *ius connubii*, che non dubitiamo a qualificare come un diritto fondamentale del fedele, ci accingiamo allo studio della sua natura e dei suoi limiti.

B. *Lo « ius connubii » e i suoi limiti in una visione realistica della persona umana e del matrimonio.*

Lo studio dei principali momenti dell'evoluzione del sistema matrimoniale canonico dalla prospettiva del riconoscimento, della protezione e della regolamentazione dello *ius connubii* come fondamento e principio di interpretazione del sistema matrimoniale, ci porta alla consapevolezza della necessità di un ripensamento del contenuto del diritto fondamentale al matrimonio. Lo scopo di questa relazione è quello di tentare di raggiungere una migliore comprensione di questo diritto fondamentale della persona e del fedele che, a nostro avviso, sin dagli esordi dell'ordinamento matrimoniale della Chiesa è stato sempre presente e ha informato e incoraggiato il progresso del sistema matrimoniale come esigenza di risposte giuste alla luce della verità sulla persona umana e sul matrimonio nella società e nella Chiesa. Da questa prospettiva, sarà possibile superare un'interpretazione del sistema matrimoniale canonico che tante volte

— poiché chiusa nel testo scritto della norma positiva — non tiene conto del realismo giuridico e delle esigenze di giustizia intrinseche alla relazione coniugale e alle altre relazioni familiari.

1. *Lo «ius connubii» come fondamento del sistema matrimoniale vigente e come guida dell'azione pastorale della Chiesa.*

Nella stragrande maggioranza dei trattati di diritto matrimoniale canonico, lo *ius connubii* viene ridotto ad una piccola introduzione al capitolo sugli impedimenti. Si inizia citando il canone 1058, a norma del quale: «tutti possono contrarre il matrimonio, se non ne hanno la proibizione dal diritto», per poi passare immediatamente allo studio degli impedimenti. La causa principale di questo è stata l'ubicazione dello *ius connubii* nei canoni generali sugli impedimenti nella codificazione del 1917. Benché il canone sia passato ai canoni generali sul matrimonio tanto nel CIC 1983 quanto nel CCEO 1990, la dottrina continua a far riferimento a questo principio soltanto in relazione agli impedimenti.

Ma dallo studio del sistema matrimoniale si evince con chiarezza la centralità dello *ius connubii* nel Diritto matrimoniale canonico, come fondamento del sistema matrimoniale che, benché non sia stato formalizzato sin dagli inizi, è stato sempre presente come criterio oggettivo nella determinazione della soluzione giusta nel caso concreto che veniva sottoposto all'autorità ecclesiastica⁽¹⁾. Possiamo quindi affermare che, ancor prima delle Codificazioni della Chiesa, lo *ius connubii* è stato elemento fondante del sistema matrimoniale e criterio di interpretazione delle singole disposizioni giuridiche sul matrimonio, nonché elemento essenziale per la soluzione delle nuove situazioni apparse lungo la storia della Chiesa.

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; come difesa del vincolo contratto, una volta celebrato il matrimonio. Questa difesa del diritto al matrimonio ha avuto diverse manifestazioni: 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 dei fedeli

(1) Abbiamo realizzato uno studio sull'argomento che verrà presentato in H. FRANCESCHI, *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano 2003 (in corso di stampa).

non in piena comunione con la Chiesa, fino ad arrivare all'attuale normativa, secondo la quale la forma è richiesta solo ai battezzati nella Chiesa cattolica, o in essa accolti, e da essa non separati mediante atto formale (cfr. can. 1117); poi, l'operato della Chiesa per dare risposta alle domande sulla validità o meno dei matrimoni celebrati, poiché anche questo è un modo concreto di venire incontro alle esigenze dello *ius connubii*; successivamente, incoraggiando e favorendo la cerimonia liturgica di celebrazione del matrimonio; infine, determinando con chiarezza la natura e la portata degli impedimenti, affinché ci fosse la necessaria certezza giuridica nei confronti dell'esercizio dello *ius connubii*.

Da questo punto di vista, determineremo il contenuto e i limiti del diritto al matrimonio nel momento attuale. Malgrado vi sia nella legislazione vigente una disposizione normativa che vuole essere una positivizzazione di una esigenza di diritto naturale quale è lo *ius connubii*, resta ancora il dubbio se questa positivizzazione fatta nel canone 1058 CIC sia sufficiente per esprimere la portata e la centralità dello *ius connubii* nel sistema matrimoniale canonico⁽²⁾.

L'inerzia della dottrina nella comprensione del senso e del contenuto del canone 1058 ha fatto sì che gli autori continuassero a limitare il contenuto di questa espressione — diritto al matrimonio — ad un criterio di interpretazione dei canoni che limitano la capacità o l'abilità per celebrare il matrimonio, senza tener conto della profondità di questo principio che è, allo stesso tempo, e ancora di più, fondamento del sistema matrimoniale e dell'azione pastorale della Chiesa nei confronti del matrimonio, fino al punto di poter affermare che un sistema giuridico che non riconosca e difenda la capacità e la libertà per contrarre il matrimonio di tutti coloro che non ne siano impediti da cause gravi e determinate, libertà e capacità la cui origine si trova nella natura stessa del matrimonio come realtà personale e allo stesso tempo con una intrinseca dimensione sociale — ed ecclesiale —, sarebbe un sistema ingiusto e quindi non veramente giuridico.

(2) Tra i canoni che stabiliscono quali siano i diritti fondamentali dei fedeli, c'è un unico canone — il can. 219 — nel quale si fa un riferimento seppur indiretto a questo diritto fondamentale, quando si dice che i fedeli hanno il diritto di essere immuni da qualunque coazione nella scelta del proprio stato di vita.

Per vedere fino a che punto lo *ius connubii* ha operato come fondamento del sistema matrimoniale della Chiesa, è molto utile studiare questo sistema nel suo evolversi lungo la storia, tenendo conto dei diversi pilastri sui quali poggia l'esercizio del diritto al matrimonio: la centralità del consenso nel sistema matrimoniale canonico; il suo oggetto, la libertà dei contraenti e l'insostituibilità del consenso; gli impedimenti matrimoniali e la loro relazione con lo *ius connubii*; il principio formale quale requisito del consenso e la forma canonica *ad validitatem* come requisito stabilito dall'autorità; lo *ius connubii* nel suo esplicarsi, cioè come diritto che non cessa con la celebrazione del matrimonio ma che implica anche il riconoscimento, difesa e promozione delle diverse relazioni familiari. Infine, l'analisi di alcuni casi, che possiamo definire come *casi limite* — il diritto al matrimonio degli schiavi, dei malati di lebbra, dei minorenni — giova alla comprensione dello *ius connubii* come presupposto e motivo principale del sistema matrimoniale della Chiesa. Se questa consapevolezza si è persa, i motivi si trovano nelle vicende che ha attraversato il matrimonio lungo la storia, che hanno fatto sì che l'attenzione si incentrasse sul problema di quale è l'autorità competente per regolare l'istituto matrimoniale — quella ecclesiale o quella civile —, discussione nella quale i contraenti sembra abbiano poco da dire, se non aderire ad uno o all'altro sistema normativo, inteso questo in senso piuttosto positivista.

La realtà però non è questa. Lo *ius connubii* è un diritto fondamentale della persona e del fedele, e il suo contenuto non va stabilito dal sistema giuridico, dai Pastori o dalla comunità ecclesiale, ma dalla stessa natura del matrimonio e, nel caso dei battezzati, dalla sua dimensione sacramentale e, quindi, dalla vocazione matrimoniale della maggioranza dei fedeli⁽³⁾. Tenendo conto del Magistero di Giovanni Paolo II sul matrimonio e la famiglia, possiamo sostenere che lo *ius connubii* ed il suo esercizio sarebbero una manifestazione del potere sovrano della famiglia⁽⁴⁾, il quale ha la sua prima manife-

(3) Cfr. J.I. BAÑARES, *Comentario al can. 1058*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1063-1071.

(4) 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

stazione nel diritto di costituire la famiglia mediante il matrimonio, come afferma Viladrich⁽⁵⁾.

Lo studio della storia dell'istituto matrimoniale aiuta a riscoprire questa centralità dello *ius connubii*, e pensiamo che, nell'interpretazione ed applicazione del sistema matrimoniale vigente, e nella soluzione dei singoli problemi con cui si trovano i pastori nella preparazione e nella celebrazione del matrimonio, non si possa non tener sempre conto di questo fondamento del sistema matrimoniale. Altrimenti, si creerebbero delle situazioni di profonda ingiustizia, nella misura in cui l'agire delle autorità ecclesiali finirebbe per riconoscere a chi non è incapace o inabile, il diritto di contrarre un vero e valido matrimonio. Lo *ius connubii* non è soltanto il diritto di celebrare una cerimonia, ma è il diritto di fondare, mediante una decisione personale e libera, il vero matrimonio e la famiglia, e il diritto a che questi vengano riconosciuti dalle autorità sociali⁽⁶⁾.

2. Concretizzazione dello «*ius connubii*» nel sistema matrimoniale.

Il già citato canone 1058 è una chiara manifestazione dello *ius connubii*, ma non è senz'altro l'unica. Questo canone esprime uno degli aspetti del diritto al matrimonio, nella misura in cui afferma il diritto di tutti di celebrare il matrimonio. Ma questo diritto, che è conseguenza di un principio di diritto naturale, ha le sue manifestazioni e concretizzazioni in tutto il sistema matrimoniale della Chiesa.

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».

⁽⁵⁾ Cfr. P.J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel*, Pamplona 1969, p. 195-197. Viladrich, in questa sua monografia, afferma che questi diritti fondamentali, molto ben sviluppati nel Magistero della Chiesa, abbisognavano di un'adeguata formalizzazione anche nell'Ordinamento ecclesiale, perché altrimenti ci sarebbe stato un vuoto e persino una contraddizione tra il Magistero e l'ordinamento giuridico ecclesiale. In particolare, sullo *ius connubii* e la sua relazione con la libertà dei contraenti per fondare la famiglia, cfr. P.J. VILADRICH, *La famiglia sovrana*, in «*Ius Ecclesiae*», 7 (1995), p. 539-550.

⁽⁶⁾ S. GHERRO, *Il Diritto al matrimonio nell'Ordinamento della Chiesa*, Padova 1979, p. 74: «Alla Chiesa, in realtà, non spetta altra competenza, in materia, se non quella di riconoscere, nell'ambito della "capacità giuridica", del *Christifidelis* anche la sua, generica, "capacità matrimoniale". D'altro canto, poiché tale ultima "capacità" finisce per essere una pertinenza della stessa personalità, ogni divieto a contrarre matrimonio non può essere considerato che come eccezione a regola, pur se lo stesso sia determinato da una disposizione di origine divina».

Un diritto fondamentale senza un sistema che lo riconosca, lo protegga e lo promuova, resterebbe un principio inefficace⁽⁷⁾. Perciò, è necessario studiarlo in tutta la sua ricchezza, tentando di scorgere i suoi fondamenti, i suoi diversi aspetti e le sue caratteristiche. Altrimenti, il sistema matrimoniale vigente diventerebbe un insieme di norme positive che determinano i requisiti di un istituto giuridico, e la sua applicazione sarebbe in non poche occasioni una fonte di ingiustizia, anziché una risposta giusta alle esigenze della realtà matrimoniale. Benché il sistema codiciale — con norme generali e universali — abbia il vantaggio di indicare facilmente quale è il diritto vigente, ha in sé il rischio di impoverire l'operato del giurista a una mera interpretazione ed applicazione positivistica di norme scritte che non si fondano sulla necessità di conoscere la realtà del matrimonio e la giustizia del caso concreto, come pensiamo si facesse prima dei Codici, quando l'autorità doveva immedesimarsi nel caso concreto per trovare la soluzione giusta. Perciò, è necessario analizzare quali siano le caratteristiche, e le esigenze che ne derivano, del diritto al matrimonio.

a) *È un diritto fondamentale della persona.*

Lo *ius connubii* è un diritto fondamentale della persona, 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.

Questa inclinazione non implica soltanto la semplice attrazione tra i sessi, ma coinvolge l'uomo in tutte le sue dimensioni: corporea, affettiva e spirituale. La complementarità tra uomo e donna, secondo quanto detto, si concretizza nel matrimonio, unico cammino di esercizio della sessualità degno dell'uomo.

(7) Cfr. J.I. BAÑARES, *Introducción al Título VII. Del matrimonio*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1028: «Los sujetos que contraen "necesitan" el reconocimiento y la protección de la sociedad en la que viven a través de un sistema de normas: necesitan el reconocimiento de la relación establecida entre ellos, con sus particulares características; necesitan el reconocimiento de sus efectos propios: la relación de parentesco, cuestiones referentes a los bienes materiales y a la sucesión, etc.; necesitan poder resolver las dudas acerca de la existencia misma del vínculo, o acerca de la justicia en torno a una posible suspensión del deber de cohabitación conyugal». Da questa prospettiva, si capisce il sistema matrimoniale come una risposta giusta alle esigenze dello *ius connubii*.

Riteniamo opportuno non soffermarci ad analizzare le innumerevoli affermazioni del Magistero della Chiesa attinenti a questa realtà, per non allontanarci dalla nostra linea di esposizione⁽⁸⁾. Vogliamo adesso soltanto ribadire la centralità di questo diritto, che non ha la sua origine nel riconoscimento da parte della Chiesa o della società civile, ma in quella realtà così chiaramente rispecchiata dalla Scrittura: «l'uomo abbandonerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie e i due saranno una sola carne» (Gen 2,24). Cioè, il diritto al matrimonio e a formare una famiglia è un diritto fondamentale della persona umana, che va riconosciuto e protetto dalla società civile e dalla comunità ecclesiale, proprio come ha fatto la Chiesa lungo la sua storia. Come si afferma nella Carta dei diritti della famiglia:

Ogni persona ha il diritto alla libera scelta del proprio stato di vita, e perciò a sposarsi e a formare una famiglia oppure a restare celibe o nubile:

a) Ogni uomo e ogni donna, che ha raggiunto l'età del matrimonio e ne ha la necessaria capacità, ha il *diritto* di sposarsi e di formare una famiglia senza alcuna discriminazione; restrizioni legali all'esercizio di questo diritto, sia di carattere permanente che temporaneo, possono essere introdotte solamente quando sono richieste da gravi ed oggettive esigenze dello stesso istituto matrimoniale e della sua rilevanza sociale e pubblica; e devono, in ogni caso, rispettare la dignità ed i diritti della persona.

b) Coloro che desiderano sposarsi e formare una famiglia hanno il *diritto* di attendersi dalla società quelle condizioni morali, educative, sociali ed economiche che li mettano in grado di esercitare il loro diritto a sposarsi in piena maturità e responsabilità⁽⁹⁾.

È, peraltro, un diritto di tutti gli uomini, di carattere universale e non soltanto dei fedeli cattolici. La Chiesa riconosce il diritto al matrimonio di tutti gli uomini, benché in alcuni casi, motivata dall'esigenza di proteggere beni maggiori, come quello della fede, stabili-

⁽⁸⁾ Al riguardo, cfr. H. FRANCESCHI - J. CARRERAS, *Antropología jurídica de la sexualidad. Fundamentos para un Derecho de Familia*, Caracas 2000; H. FRANCESCHI, *Il diritto alla libera scelta del proprio coniuge quale diritto fondamentale della persona*, in «Ius Ecclesiae» 8 (1996), p. 154-170.

⁽⁹⁾ *Carta dei diritti della famiglia*, in «Enchiridion Vaticanum» 9, p. 468 ss.

sca per i fedeli divieti o proibizioni che a prima vista potrebbero sembrare una limitazione all'esercizio dello *ius connubii*, come capita, ad esempio, con l'impedimento di disparità di culto o con i requisiti per la lecita celebrazione del matrimonio con un battezzato non cattolico.

La regolazione dello *ius connubii* tra i non cattolici sarà competenza delle proprie comunità religiose o politiche, sempre rispettando le esigenze del diritto naturale al matrimonio di ogni persona, e salva la giurisdizione della Chiesa in alcuni casi particolari⁽¹⁰⁾. Se in qualche momento lungo la storia alcuni hanno messo in dubbio il diritto al matrimonio di tutti gli uomini, la Chiesa invece lo ha sempre difeso, senza limitarlo ai soli fedeli o ad alcune determinate categorie di persone.

b) *Per i fedeli cattolici, lo «ius connubii» è un diritto fondamentale del fedele.*

Non vi è nessun problema nell'affermare che i diritti fondamentali della persona umana, riconosciuti ampiamente dal Magistero della Chiesa, sono anche diritti fondamentali del fedele che devono essere riconosciuti, tutelati e promossi dall'ordinamento canonico. In questo senso, lo *ius connubii* è, e non potrebbe non esserlo, anche un diritto fondamentale del fedele nella Chiesa⁽¹¹⁾.

Tra due battezzati non ci può essere un valido matrimonio che non sia esso stesso sacramento (cfr. can. 1055 § 2). Quindi, dire a un battezzato che non può contrarre il matrimonio sacramentale non è altro che negargli lo *ius connubii*, sempre che vi siano le condizioni di capacità e abilità richieste dalla natura del matrimonio e, quando sia il caso, dall'ordinamento canonico, per la celebrazione del matrimonio.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J. LLOBELL, *La jurisdicción de la Iglesia sobre los matrimonios no obligados a la forma canónica*, in «Ius Canonicum» 37 (1997), p. 33-71.

⁽¹¹⁾ P.J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel*, Pamplona 1969, p. 328-329: «El fiel y el Derecho de la Iglesia están intrínsecamente afectados, por la realidad de los derechos fundamentales reconocidos por el Magisterio a toda persona humana, en la medida justa en que las categorías de hombre y fiel y de sociedad natural e Iglesia se hayan real y místicamente vinculadas, hasta el punto de convertirse en absurdas si se entienden estrictamente separadas». E non c'è dubbio che lo *ius connubii* è uno di questi diritti fondamentali che riguardano il fedele sia nella sua condizione di persona che di fedele.

Da quanto detto scaturisce una chiarissima conseguenza, anche nell'ambito del diritto: tra i battezzati si può parlare di un diritto al sacramento del matrimonio, che trova uno dei suoi fondamenti nella vocazione al matrimonio e nel diritto al matrimonio che ne scaturisce. Come afferma Schouppe: «Dato che per principio ogni matrimonio valido tra battezzati è sacramentale, alcuni canonisti parlano di un *diritto naturale al sacramento*. Può stupire che un diritto naturale come tale possa vertere su una realtà di ordine soprannaturale. Questa difficoltà svanisce se si analizza la situazione nel modo seguente: in realtà c'è un diritto naturale al matrimonio (naturale) che, tra battezzati, non si cancella ma si trasforma in un diritto fondamentale dei fedeli al matrimonio. E, dato che tra battezzati il matrimonio non può essere che sacramentale o non essere, si può parlare in questo caso di un diritto fondamentale *ratione baptismi* al matrimonio-sacramento»⁽¹²⁾.

In questo modo, si evita un'irreale separazione tra l'ordine della natura e quello della grazia nelle specifiche vicende personali della persona concreta: non può esserci un matrimonio tra battezzati che non sia sacramento, quindi si può concludere che lo *ius connubii* è anche una conseguenza del diritto fondamentale alla libertà nella scelta del proprio stato nella comunità ecclesiale, di cui al canone 219. Lo stesso legislatore fa riferimento al rapporto tra matrimonio e vocazione nel caso dei battezzati, quando, nel canone 226 § 1, afferma: «I laici che vivono nello stato coniugale, secondo la propria vocazione, sono tenuti al dovere specifico di impegnarsi, mediante il matrimonio e la famiglia, nell'edificazione del popolo di Dio».

Nel caso dei fedeli, inoltre, il fatto che il loro matrimonio sia anche esso stesso sacramento, non implica un diverso contenuto del diritto al matrimonio, perché lo *ius connubii* è il diritto a contrarre il matrimonio così come istituito da Dio, senza che il fatto che per i battezzati sia sacramento implichi delle esigenze nuove e diverse dal punto di vista della validità del matrimonio, benché il rapporto di appartenenza alla Chiesa comporti delle esigenze morali precise nei confronti del matrimonio che si vuole celebrare, sia per la Chiesa che per i fedeli⁽¹³⁾. Al riguardo sono molto chiare ed illuminanti le

⁽¹²⁾ J.P. SCHOUPPE, *Lo «Ius connubii» diritto della persona e del fedele*, in «Fidelium Iura» 3 (1993), p. 210-211.

⁽¹³⁾ J.I. BAÑARES, *Introducción al Título VII. Del matrimonio*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1032: «Ciertamente la

seguenti parole di Giovanni Paoli II nel suo recente discorso alla Rota Romana del 30 gennaio 2003: «Non si può infatti configurare, accanto al matrimonio naturale, un altro modello di matrimonio cristiano con specifici requisiti soprannaturali» (n. 8).

c) *In quanto diritto fondamentale, lo «ius connubii» è un diritto inalienabile, irrinunciabile e perpetuo.*

Nessuna autorità umana può disconoscere questo diritto di ogni persona. Così viene stabilito dalla Chiesa e dalla stragrande maggioranza degli Stati nel loro diritto costituzionale. Indubbiamente, in essi troviamo una grande diversità, e talvolta la concezione di questo diritto da parte dei diversi ordinamenti statali lascia molto a desiderare, soprattutto quando questo diritto fondamentale resta scollegato dalla realtà della complementarità tra mascolinità e femminilità e diventa un diritto con un contenuto impreciso e legato soltanto a mutevoli fattori culturali.

È anche un diritto irrinunciabile, in quanto tale, il che non toglie la possibilità di rinunciare al suo esercizio, per la scelta di un'altra vocazione o la decisione di non sposarsi. Questa possibilità di rinunciare liberamente all'esercizio dello *ius connubii* è uno dei fondamenti del diritto della Chiesa a stabilire alcuni degli impedimenti, come quelli di voto e di ordine sacro⁽¹⁴⁾.

È, infine, un diritto perpetuo, che accompagna la persona lungo la sua esistenza. Non si potrebbe affermare che una persona può perdere il diritto al matrimonio. Per capire la perpetuità bisogna tener conto della distinzione fatta poc'anzi tra il diritto e l'esercizio del di-

condición de fiel no modifica a la persona humana, ni trastoca el contenido de sus derechos fundamentales; y por tanto tampoco hace distinto el contenido del *ius connubii*. Pero sí lo modaliza. Desde el punto de vista del fiel, éste tiene la obligación moral de preparar, celebrar y desarrollar su matrimonio no sólo en consonancia con su vocación cristiana, sino como parte integrante de esa vocación. Desde el punto de vista de la Iglesia, ésta tiene la obligación de preparar a sus fieles para la celebración del matrimonio y ayudarles a vivirlo según su condición de hijos de Dios y miembros de la Iglesia; debe proteger la institución matrimonial como parte integrante del bien común sobrenatural de la Iglesia misma; y debe responder adecuadamente a las dudas que se planteen acerca de la validez o nulidad del matrimonio contraído».

⁽¹⁴⁾ Sulla distinzione tra lo *ius connubii* e il suo esercizio, cfr. J.I. BAÑARES, *Comentario al can. 1058*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1065-1066 e J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000, p. 254.

ritto. Non ci sono motivi, al di fuori di quelli stabiliti dal diritto naturale o dalle esigenze del bene comune, che possano far sì che resti in sospeso o venga perso il diritto al matrimonio di una persona che ne è abile e capace⁽¹⁵⁾.

d) *È un diritto che ha un suo contenuto determinato dalla stessa natura ed ha i suoi limiti, come può essere la difesa di altri beni: la fede, la vita e la libertà.*

Lo *ius connubii* non può essere interpretato come un semplice diritto di libertà, senza tener conto della verità sul matrimonio e sulla famiglia. Non è un diritto alla libertà nell'esercizio della sessualità, bensì il diritto a contrarre matrimonio come l'unica strada *umana ed umanizzante* nell'uso della sessualità, che non è un istinto corporale, ma una tendenza che ha il suo fondamento nella persona umana sessuata e, quindi, nella complementarità tra persona-uomo e persona-donna, e che implica tutta la persona nei suoi diversi elementi: corporale, degli affetti e spirituale⁽¹⁶⁾.

(15) Al riguardo, vorremmo fare un seppur breve riferimento a un problema recente e allo stesso tempo antico molto legato allo *ius connubii*: il diritto al matrimonio di coloro che sono stati contagiati dall'AIDS. Diciamo che il problema è allo stesso tempo antico perché le malattie altamente contagiose sono state presenti sin dagli inizi dell'umanità e, quindi, la canonistica ha cercato di dar risposta ai quesiti sollevati da questa problematica nei riguardi del diritto al matrimonio. Ci sono delle affermazioni del magistero ecclesiastico riguardanti il diritto a contrarre il matrimonio dei gravemente malati o delle persone affette da una malattia infettiva, come sarebbe il caso, molto esteso nella società di fine del XX secolo, dei malati di AIDS, di cui si potrebbe dubitare della capacità matrimoniale. Pensiamo che sono affermazioni importanti, in quanto oggi giorno si mette in discussione la capacità matrimoniale di questi. Al riguardo, cfr. PIO XI, Enciclica *Casti connubii*, n. 24, nella quale condanna il divieto di contrarre il matrimonio per fini *eugenetici*, e PIO XII, *Allocuzione ai partecipanti nel Convegno Internazionale di Genetica Medica, il 7 settembre 1953*, in AAS 45 (1953), 605-607: «Esiste certamente il diritto e, in molti casi, il dovere di avvertire quelli che sono realmente portatori di una eredità molto tarata, del gravame che possono far gravitare su sé stessi, sul coniuge o sulla discendenza; questo carico può diventare intollerabile. Ma sconsigliare non significa vietare. Ci possono essere altri motivi, soprattutto morali e di ordine personale, di tanta importanza che autorizzino a contrarre ed a usare il matrimonio anche nelle dette circostanze». Cfr. H. FRANCESCHI, *AIDS e capacità matrimoniale: approccio storico al problema delle malattie infettive nel matrimonio*, in S. GHERRO - G. ZUANAZZI (a cura di), *Matrimonio Canonico e AIDS*, Torino 1995, p. 77-90.

(16) Cfr. J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000, p. 254-255.

La concezione del diritto al matrimonio come un frutto della cultura, suscettibile perciò di superamento, ha fatto sì che questo diritto sia stato inteso in modo sbagliato. Più che un diritto alla realizzazione della vocazione all'amore nel matrimonio, è stato inteso come diritto all'assoluta libertà di scelta — senza nessun rapporto con la verità dell'uomo — nell'esercizio della sessualità.

Questa impostazione, d'accordo con l'imperante concezione della libertà — libertà come assenza assoluta di determinazioni o di finalità, anziché come capacità di scegliere il bene, di autodeterminazione al bene⁽¹⁷⁾ — ha avuto delle gravi conseguenze. Tutti i « successi » dei difensori dell'amore libero, del divorzio, del « matrimonio » tra omosessuali, delle unioni di fatto, sono stati impostati come una vittoria della libertà contro le imposizioni della cultura di un determinato momento, ormai superate; o come una conquista della libertà — indeterminazione —, sulla natura — la quale sarebbe necessariamente determinata⁽¹⁸⁾. Se per la cultura e la morale classiche dell'occidente il matrimonio era l'unione di un uomo e una donna per sempre, unione peraltro aperta alla fecondità, la cultura odierna ha smontato, ad uno ad uno, i fondamenti di questa concezione del matrimonio. Il primo elemento a subire questo assalto è stata l'indissolubilità: perché solo *per sempre*? Dovremmo avere il diritto ad una unione transitoria, non finché « la morte ci separi », ma finché vi sia l'amore, inteso come sentimento. La conseguenza di questa prospettiva è stata l'introduzione del divorzio. Nella stragrande maggioranza delle legislazioni questo atteggiamento ha portato non soltanto ad un « allargamento » del diritto al matrimonio, nel senso che le persone avrebbero il diritto di contrarre un matrimonio che si può sciogliere, ma ha portato anche al diniego dell'autentico diritto al matrimonio di molte persone, nel senso che lo Stato non ha voluto riconoscere il diritto a contrarre il matrimonio così come esso si intende, e cioè, uno, indissolubile ed aperto alla vita⁽¹⁹⁾.

(17) Cfr. T. ALVIRA, *Naturaleza y libertad*, Pamplona 1985, p. 103-128; J. CHOZA, *Manual de Antropología Filosófica*, Madrid 1988, p. 371-375; S. PINKAERS, *Las Fuentes de la Moral Cristiana*, Pamplona 1988, p. 485-498.

(18) Cfr. C.S. LEWIS, *Los cuatro amores*, Madrid 1991, p. 129-131.

(19) Cfr. J.M. MARTÍ, « *Ius connubii* » y regulación del matrimonio, in « *Humana Iura* » 5(1995), p. 149-176; A. DE FUENMAYOR, *El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble (el llamado divorcio opcional)*, in *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona 1993, p. 1331-1347.

Un altro passo avanti in questo svuotamento — sebbene molti lo interpretino come una conquista — è stata la mentalità e la cultura contraccettiva, che ha portato alla scissione tra sessualità e fecondità, con tutte le sue implicazioni, quali banalizzazione della sessualità, perdita della sua dimensione di mistero e del suo senso di responsabilità⁽²⁰⁾. Il matrimonio non sarebbe più un'unione tra uomo e donna aperta alla fecondità, ma un'unione con una qualunque finalità, che cercherebbe soltanto di soddisfare il desiderio di piacere e di realizzazione. Si tratta di un altro passo nel cammino verso l'intendimento dello *ius connubii* come semplice diritto di libertà nell'esercizio della sessualità, situazione che è più grave nei paesi in cui lo Stato obbliga i coniugi a regolare la natalità o promuove o persino impone politiche di sterilizzazione.

Uno degli ultimi passi, al quale abbiamo assistito con la risoluzione del Parlamento Europeo sul diritto al «matrimonio» fra gli omosessuali⁽²¹⁾, è stata la negazione dell'esigenza dell'eterosessualità: perché uno con una, solo un uomo con una donna? Non riconoscere il diritto al matrimonio a due uomini o a due donne, affermano, sarebbe negare l'esercizio del diritto al matrimonio. È questo l'ultimo gradino nello svuotamento dello *ius connubii*, che non sarebbe più un diritto con un contenuto determinato dalla stessa natura dell'uomo e del matrimonio — come si palesa dallo studio del sistema matrimoniale canonico lungo la storia —, ma un semplice diritto di libertà, intesa questa come libertà assoluta di determinazione e di scelta⁽²²⁾. Più che di diritto a contrarre matrimonio, si dovrebbe

⁽²⁰⁾ Cfr. A. RUIZ RETEGUI, *Sobre el sentido de la sexualidad*, en «Anthropotes» 4 (1988), p. 230-233.

⁽²¹⁾ Risoluzione del Parlamento Europeo del 8 febbraio 1994. Documento CEE A3-0028/94 «Risoluzione sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità». Questo documento arriva persino a difendere il diritto al matrimonio tra omosessuali e il diritto di adottare figli, raccomandando agli stati membri che facciano in modo da porre fine «agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni; a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori ovvero di adottare o avere in affidamento dei bambini» (n. 14), facendo sì che lo *ius connubii* diventi un diritto senza un contenuto specifico radicato nella realtà delle cose, nella natura umana.

⁽²²⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Riflessioni in merito a gravi iniziative antifamiliari*, in «L'Osservatore Romano», 21-22 febbraio 1994, p. 1 e 5; F. D'AGOSTINO, *L'identità della famiglia*, in «Rivista di teologia morale», 102 (1994), p. 189-196; P. SCHLESINGER,

parlare di diritto di contrarre; che cosa? Da quella prospettiva della sessualità umana e della libertà personale, nessuno lo saprebbe definire.

Questo svuotamento dei sistemi matrimoniali si è anche concretizzato nel dilagare di leggi e normative che tentano di regolare le «unioni di fatto» come un'alternativa al matrimonio, dato che non si sa più cosa esso sia, per cui fa lo stesso che vi sia o meno impegno, riconoscimento sociale, contenuti specificamente matrimoniali, ecc. L'unica cosa sarebbe avere un qualche riconoscimento formale da parte dell'autorità costituita allo scopo di avere qualche beneficio, soprattutto di ordine economico, benché alcune nazioni abbiano già dato a queste unioni, persino a quelle omosessuali, alcuni degli effetti legali del vero matrimonio, come è il caso della possibilità di adottare dei figli⁽²³⁾.

Contro questa impostazione del diritto al matrimonio, dobbiamo difendere una visione più conforme alla *verità* sull'uomo e sul matrimonio, che tiene conto della natura della sessualità umana come essenzialmente diversa da quella animale in tutti i suoi piani o livelli. Lo *ius connubii* ha un contenuto che va specificato — più che limitato — dalla stessa natura umana⁽²⁴⁾.

Quello che ha fatto la Chiesa durante i secoli è stato delineare questo diritto, sempre nel rispetto del suo contenuto naturale, anche tenendo conto della condizione di persona-fedele dei contraenti del matrimonio tra cristiani: è questo il motivo di alcune delle limitazioni all'esercizio del diritto al matrimonio tra i fedeli cristiani. Parliamo, ad esempio, dei requisiti di capacità, dell'impedimento di età, di quello di vincolo precedente, come esigenze di diritto naturale; o degli impedimenti di disparità di culto, ordine sacro, voto di castità, come esigenze che scaturiscono dalla natura sacramentale del matrimonio tra battezzati e dalle relazioni che si danno tra i diversi membri e condizioni nel Popolo di Dio che è la Chiesa.

Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali, in «Vita e pensiero» 4(1994), p. 250-255.

⁽²³⁾ Cfr. J.I. BAÑARES, *Derecho, antropología y libertad en las uniones de hecho*, in «Ius Canonicum» 39 (1999), p.187 ss.; J. FORNÉS, *Matrimonio y uniones de hecho*, in «Ius Canonicum» 40 (2000), p. 395 ss.; D. GARCÍA-HERVÁS, *Panorámica legislativa sobre uniones de hecho*, in «Ius Canonicum» 41 (2001), p. 319 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. A.M. VEGA GUTIÉRREZ, *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona 2002.

Perciò, possiamo affermare che il diritto al matrimonio, dal punto di vista del suo contenuto essenziale, determinato dalla sua natura, implica le seguenti realtà che, a nostro avviso, sono state sempre riconosciute dalla Chiesa, benché in alcuni momenti la loro esplicitazione non sia stata sufficientemente chiara nel sistema matrimoniale:

a) diritto a contrarre matrimonio uno, indissolubile ed aperto alla fecondità, e al riconoscimento, difesa e promozione di questo diritto da parte della comunità ecclesiastica e civile⁽²⁵⁾.

b) diritto di fondare una famiglia, perché il diritto al matrimonio e il suo riconoscimento sarebbero la prima manifestazione di una realtà: la sovranità della famiglia in quanto realtà che ha una propria autonomia e che non si riduce all'insieme delle persone che la costituiscono, ma è una vera comunità di persone che si colloca come realtà unitaria, con i suoi diritti e doveri di fronte agli altri⁽²⁶⁾.

c) diritto a contrarre matrimonio così come la propria fede lo intende. Per questo, il diritto a contrarre matrimonio nella propria fede e al riconoscimento di questo matrimonio da parte dello Stato, non è soltanto un problema di libertà religiosa o di libertà di coscienza, ma un vero e proprio problema di rispetto del diritto al matrimonio⁽²⁷⁾.

e) *Il suo fondamento si trova nella complementarità tra uomo e donna.*

Lo *ius connubii* è, certo, un diritto fondamentale della persona, ma il suo esercizio non può che essere un esercizio di due, cioè, di coloro che hanno in progetto la celebrazione del matrimonio.

Il diritto fondamentale alle nozze si potrebbe capire in diversi modi: come diritto individuale della persona, intesa come realtà a sé, autonoma dagli altri, secondo la concezione individualistica dell'uomo; o come diritto della persona in quanto essere chiamato alla

⁽²⁵⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, n. 16.

⁽²⁶⁾ Cfr. J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari*, in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Milano 1998, p. 1-76.

⁽²⁷⁾ Cfr. P.J. VILADRICH, *El «ius connubii» y la libertad religiosa. Una reflexión sobre la libertad de la persona, la soberanía conyugal y el poder del Estado*, in *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México 1996, p. 163-188.

relazione e alla costituzione della comunione-comunità familiare, secondo una vera impostazione *personalista*, come quella del Vaticano II. Sotto questa luce, si concepisce il diritto al matrimonio come un diritto fondamentale della persona, ma con un indirizzo, un contenuto ed un modo di esercizio determinati dalla sua stessa natura. Sarebbe, quindi, il diritto che due persone, uomo e donna, chiamati dalla stessa natura alla complementarità tra di loro, hanno al riconoscimento e alla protezione della loro decisione di contrarre il matrimonio e fondare una famiglia, nonché al riconoscimento e alla difesa della relazione coniugale da loro fondata e delle altre relazioni familiari che ne derivano. Non avrebbe perciò nessun senso parlare di esercizio dello *ius connubii* di una singola persona che per le personali circostanze non ha nemmeno la possibilità di portare avanti un concreto progetto matrimoniale con una determinata persona: non è che lo si neghi, ma, per la natura delle cose, lì non si può parlare di un diritto a contrarre il matrimonio.

Questa specificazione può aiutare a capire perché non ci potrà mai essere il diritto al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, in quanto questo diritto è un diritto che scaturisce dalla complementarità uomo-donna, che solo può essere esercitato da un uomo e una donna che vogliono celebrare matrimonio e costituire una famiglia. Sottolineare questa caratteristica dello *ius connubii* aiuta a fare luce sui problemi odierni: la pretesa di riconoscimento del matrimonio tra omosessuali, il perché degli impedimenti, il carattere relativo di alcuni di essi, ecc. Perciò, quando il Codice di Diritto Canonico al canone 1055 definisce il patto coniugale come un atto dell'uomo e della donna, non è che limiti lo *ius connubii* alle unioni eterosessuali, ma non può essere altrimenti per la natura delle cose e, quindi, non fa altro che positivizzare una realtà iscritta nella modalizzazione sessuale della persona umana e nella complementarità che ne scaturisce, come ha tentato di fare sin dalle origini del sistema matrimoniale canonico.

3. *Principi di interpretazione delle limitazioni allo «ius connubii» nel sistema giuridico matrimoniale.*

La natura dello *ius connubii* come diritto fondamentale della persona e del fedele, fa sì che l'interpretazione di tutte le norme giuridiche che implicino una limitazione di questo diritto fondamentale si debba sempre fare in modo stretto e, per tanto, che le autorità ecclesiali non possono creare dei divieti al matrimonio non specifi-

cati nell'ordinamento giuridico. La stessa formulazione del canone riguardante questo diritto ci obbliga a riconoscere il diritto al matrimonio di ogni uomo e di ogni donna, finché non sia stabilita l'incapacità o l'inabilità le quali, come abbiamo ribadito più volte, non rispondono ad una decisione arbitraria del legislatore, ma alle esigenze intrinseche della realtà matrimoniale e della condizione dei fedeli nella Chiesa. Allo stesso modo, dobbiamo affermare che, per la natura di questo diritto della persona, c'è un diritto non solo al riconoscimento da parte dell'autorità, ma alla promozione e difesa da parte di questa. Questo è uno dei motivi del favore di cui gode il matrimonio nel sistema giuridico della Chiesa di cui al can. 1060⁽²⁸⁾.

I principi di interpretazione delle limitazioni allo *ius connubii* si possono riassumere nei seguenti:

a) Qualsiasi limitazione del diritto al matrimonio va ritenuta eccezionale e necessariamente prevista dalla legge. A norma del canone 10, sono irritanti o inabilitanti soltanto quelle leggi che espressamente lo abbiano stabilito. In questo senso si devono interpretare tutte le norme che determinano una limitazione all'esercizio dello *ius connubii*.

b) A norma del canone 18, le limitazioni allo *ius connubii* sono sottoposte a interpretazione stretta, in quanto restringono il libero esercizio di un diritto⁽²⁹⁾.

c) Nel dubbio di fatto o di diritto sulla capacità o sull'abilità di una persona, non si deve proibire il matrimonio né dichiararne la nullità. Esempi di questo principio li troviamo nel can. 1084 § 2, secondo il quale non si può impedire il matrimonio né dichiararne la nullità se l'impedimento di impotenza è dubbio, e nel canone 1060 sul favore di cui gode il matrimonio, che si concretizza anche nella presunzione di validità fintanto che non si provi la nullità.

4. *L'esercizio dello «ius connubii»: alcune proposte e considerazioni concrete.*

Da quanto finora detto, possiamo stabilire quali siano le determinazioni, specificazioni e limitazioni dello *ius connubii* nel sistema ma-

⁽²⁸⁾ Riguardo al can. 1060 sul *favor matrimonii*, cfr. M.A. CERCAS, *El «favor matrimonii» en el proceso codificador del 1917*, Roma 1997.

⁽²⁹⁾ Can. 18: «Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitum coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi».

trimoniaie canonico. Come dicevamo all'inizio, questo diritto non si collega soltanto al sistema degli impedimenti, ma è direttamente in rapporto con tutto il sistema matrimoniale⁽³⁰⁾. In questo modo, lo *ius connubii* informerebbe la legislazione matrimoniale in tutte le sue concretizzazioni. In questo epigrafe faremo anche qualche breve riferimento ad alcune delle principali problematiche attuali del sistema matrimoniale alla luce della natura e del contenuto dello *ius connubii* come fondamento del sistema matrimoniale, senza però affrontare in profondità i diversi argomenti, perché lo scopo è soltanto quello di evidenziare alcune mancanze del sistema — o della sua applicazione concreta — che abbisognano di modifiche o, almeno, di più adeguate interpretazioni o applicazioni da parte dei giuristi e dei pastori⁽³¹⁾.

a) *Principio generale.*

Lo *ius connubii*, in quanto principio generale del sistema, è dichiarato dal già citato canone 1058, a norma del quale: «Tutti possono contrarre il matrimonio, se non ne hanno la proibizione dal diritto». Ma questa non è l'unica manifestazione di questo diritto che troviamo nel Codice.

Il canone 219, secondo il quale tutti i fedeli hanno il diritto di essere immuni da qualsiasi costrizione nella scelta del proprio stato di vita, benché si riferisca alla scelta di stato in generale, sarebbe anche una manifestazione, benché generica, del diritto al matrimonio inteso in tutta la sua ricchezza, come diritto a sposarsi o meno e alla libera scelta del proprio coniuge, così come alla decisione libera di

⁽³⁰⁾ Il rapporto tra lo *ius connubii* e gli impedimenti lo abbiamo analizzato nei capitoli I-III di H. FRANCESCHI, *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano 2003 (in corso di stampa), perché i dubbi e le perplessità sulla competenza della Chiesa per stabilire dei divieti al matrimonio si erano palesati in tutto il periodo corrispondente al Diritto Classico, fino al Concilio di Trento, il quale diede una risposta definitiva. Per le questioni più recenti e le perplessità sorte durante le codificazioni nei confronti di alcuni impedimenti e dei requisiti di capacità, cfr. S. GHERRO, *Il Diritto al matrimonio nell'Ordinamento della Chiesa*, cit., p. 55-134.

⁽³¹⁾ Nel sistema matrimoniale canonico, oltre alle concretizzazioni dello *ius connubii* e al suo esercizio alle quali faremo riferimento, ci sono altre sulle quali non ci soffermiamo per le ragioni sopra esposte. Per i divieti al lecito esercizio del diritto al matrimonio — matrimonio misto, divieti amministrativi, divieti in via giudiziaria, ecc. — rimandiamo a H. FRANCESCHI, «*Ius connubii*» y sistema matrimonial, in AA.Vv., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona 2000, p. 503-506 e alla bibliografia ivi citata.

fondare il matrimonio e la famiglia mediante il consenso personalissimo dei contraenti. Questo canone 219, d'altra parte, ricorda quelle prime proposte fatte circa un canone generale sul diritto alla scelta del matrimonio o del celibato nei lavori di redazione del Codice del 1917 che alla fine non vennero prese in considerazione: « Cuilibet, lege naturae, ius est ad matrimonium, nemini autem fieri potest obligatio illud contrahendi, ideoque licitus est, imo et potior, status [religiosi] caelibatus »⁽³²⁾.

Sarebbe, però, auspicabile, in una futura revisione della legislazione della Chiesa, che ci fosse un'esplicitazione più chiara e univoca di questo diritto fondamentale della persona e del fedele nell'ordinamento della Chiesa perché, a nostro avviso, la affermazione generica del canone 219 non rispecchia sufficientemente l'importanza e la centralità del diritto fondamentale al matrimonio nell'ordinamento canonico, in generale, e in quello matrimoniale, in particolare: si limita ai fedeli, perché riguarda la scelta dello stato di vita nella Chiesa; fa riferimento soltanto ad un aspetto dello *ius connubii*, che è quello del diritto di essere immune da qualsiasi costrizione; non parla esplicitamente del matrimonio, ma della scelta di stato in generale⁽³³⁾.

L'ordinamento canonico, formalizzando in modo più chiaro questo diritto fondamentale della persona e del fedele, farebbe un migliore servizio alla promozione e difesa dello *ius connubii*⁽³⁴⁾.

b) *La libertà del consenso.*

Il canone 1057 § 1 consacra un'altra conseguenza dello *ius connubii* come diritto della persona. Quel diritto di sposarsi o meno ha

⁽³²⁾ Voto di F. DESHAYES (1905) in ASV, *Fondo Commissione cod. Diritto Canonico*, scat. 35, n. 50.

⁽³³⁾ È della stessa opinione Bañares. Cfr. J.I. BAÑARES, *Comentario al can. 1058*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1064-1065.

⁽³⁴⁾ P.J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel*, Pamplona 1969, p. 341-342: « Poner de relieve tales raíces, no sólo mediante la especulación, sino también mediante una técnica jurídica encaminada a garantizar su efectividad positiva, equivale a la defensa y promoción más intensa del respeto que la dignidad y libertad de la persona humana debe recibir de todo orden jurídico positivo. Semejante misión, y el compromiso testimonial que comporta para el Derecho canónico, exige a la canonística un replanteamiento a fondo de la presencia y eficacia jurídicas del Derecho divino natural y positivo ». Non vi è dubbio che molto si è fatto con la codificazione del 1983, ma molto si può ancora fare per riuscire in un più chiaro riconoscimento dello *ius connubii* e degli altri diritti fondamentali nell'ordinamento canonico.

le sue concretizzazioni. Una di queste è la libertà di fondare il matrimonio e la famiglia mediante il patto coniugale tra l'uomo e la donna, patto che «non può essere supplito da nessuna potestà umana». Questa esigenza è stata difesa dalla Chiesa sin dai suoi inizi, come si evince dallo studio dei principali momenti dello sviluppo del sistema matrimoniale canonico lungo la storia. Persino in momenti in cui le pressioni fatte dalla società sono state fortissime per limitare la libertà dei contraenti nei confronti dei genitori, la Chiesa ha sempre ribadito la libertà di scelta e la necessità del consenso personale e libero come unica forza capace di fondare il matrimonio.

Nel Codice troviamo molte altre norme che rispecchiano questa esigenza di diritto naturale: l'impedimento di ratto (can. 1089), che è stato conservato nelle nuove codificazioni come impedimento a sé stante, malgrado ci siano state delle proposte di eliminazione durante i processi di codificazione; la nullità del matrimonio per violenza o timore grave, come capi di nullità con un fondamento nel diritto naturale e come un modo concreto di difendere lo *ius connubii* in quanto libertà di scelta dello stato matrimoniale e della persona dell'altro contraente (can. 1103)⁽³⁵⁾; la nullità del matrimonio a causa del dolo come manipolazione ingiusta — mediante l'inganno — del processo di formazione della volontà matrimoniale e, pertanto, come attentato alla libertà nella scelta matrimoniale (can. 1098), rispecchiando in questo modo la necessità che il consenso matrimoniale sia un atto minimamente personale che si possa qualificare come «atto personale e libero del contraente».

Per quanto riguarda i requisiti del consenso matrimoniale libero e personale, pensiamo che si debba fare una precisazione alla luce dello *ius connubii* come diritto fondamentale che determina i giusti modi di regolare e riconoscere il matrimonio da parte dell'ordinamento positivo, cioè, come diritto che precede lo stesso ordinamento e in buona misura lo determina.

Così come successe per molto tempo con il canone sul timore nel Codice del 1917 e poi in quello del 1983 sull'applicabilità o meno del canone 1103 anche al matrimonio dei non cattolici, per quanto riguarda il canone 1098 è ancora totalmente aperta la questione sulla natura del dolo invalidante, perché la dottrina e la giurisprudenza

⁽³⁵⁾ Cfr. H. FRANCESCHI, *Il diritto alla libera scelta del proprio coniuge quale diritto fondamentale della persona*, in «*Ius Ecclesiae*», 8 (1996), p. 154-170.

continuano a dibattere se questa norma sia di diritto naturale o di diritto positivo. Senza entrare nella discussione, vogliamo soltanto dire che l'impostazione stessa del problema ci potrebbe trarre in errore, perché si parte dal presupposto che ciò che fa il legislatore è semplicemente aggiungere per diritto positivo altri requisiti al consenso valido — non parliamo della forma o dei requisiti di abilità, ma della stessa definizione di consenso naturalmente sufficiente e della capacità naturale —. Un conto è che il legislatore possa determinare, per ragioni gravi, alcuni impedimenti di diritto ecclesiastico, come da sempre ha fatto, ma tutt'altra cosa è che per una norma positiva dica che a partire dalla sua promulgazione si determini la nullità di alcuni matrimoni per «mancanza» di un requisito del consenso da esso stabilito, o perché vi è un vizio al quale il legislatore ha ritenuto opportuno concedere efficacia invalidante di un consenso che altrimenti sarebbe stato valido. Dallo studio del sistema matrimoniale è costantemente venuta fuori la preoccupazione dell'autorità ecclesiastica per non decidere nei singoli casi in base a concetti astratti o a categorie da essa preconcepite. Nel caso delle norme che regolano i requisiti naturali del consenso, a nostro avviso, più che di determinazioni di diritto positivo che limitano le nozioni naturali di «capacità» o di «validità», quello che troviamo sono specificazioni fatte dal legislatore per tentare di concretizzare nel modo più chiaro possibile i requisiti del consenso alla luce della sua natura.

Sia nel Decreto di Graziano che nelle Decretali, si vede nelle singole decisioni il costante sforzo per determinare che cosa sia il matrimonio, quale la sua causa efficiente, quali i suoi requisiti naturali, per poi poter dare una risposta giusta al caso concreto. Benché il sistema, ai nostri giorni, sia totalmente diverso, perché utilizza la tecnica codificatrice mediante la quale si crea un sistema normativo generale di applicazione universale, pensiamo che nella sua attuazione si debba ancora rispettare quello spirito dello *ius vetus* nel quale si cercava di stabilire la verità del caso, non semplicemente di determinare in un modo piuttosto positivistico i requisiti di un determinato istituto canonico. In questo senso, pensiamo che il canone 1098 non può che essere il risultato di una migliore comprensione della realtà del matrimonio e del consenso che ne è l'unica causa efficiente⁽³⁶⁾.

(36) Sugli antecedenti dottrinali e giurisprudenziali del canone 1098 e sul suo fondamento giuridico cfr. T.J. ZÁRRAGA COLMENARES, *El dolo en el derecho matrimonial*

Altrimenti, il sistema matrimoniale canonico — come è successo con la stragrande maggioranza degli ordinamenti civili — diverrebbe un insieme di norme positive poco legato alle esigenze intrinseche dell'istituto matrimoniale e dello *ius connubii* come diritto fondamentale della persona e del fedele. Alla luce di quanto detto, le determinazioni fatte dal legislatore vanno intese più come concretizzazioni necessarie di ciò che è naturalmente indeterminato e quindi richiede una cornice giuridica certa che permetta un'adeguata comprensione ed applicazione delle esigenze naturali del consenso.

c) *I requisiti della persona: l'interpretazione del canone 1095 alla luce del principio generale dello «ius connubii».*

Durante i lavori di redazione del Codice del 1917, in una discussione sul canone riguardante l'impotenza, Gasparri affermò in un suo intervento presso la Congregazione dei Cardinali: «la Chiesa non può impedire *pure et simpliciter* e in modo assoluto il matrimonio ad una persona abile *iure naturae*, essendo il matrimonio un diritto di natura. Essa può moderare questo diritto, escludendo per esempio il matrimonio con persona consanguinea, ma non può condannare per sempre una persona al celibato. Onde nel caso la Chiesa potrebbe soltanto dichiarare il diritto naturale (...) tale dichiarazione del diritto naturale nel Codice sarebbe una definizione *ex cathedra*»⁽³⁷⁾. Pensiamo che queste parole di Gasparri nei confronti dei limiti del Legislatore ecclesiastico nella dichiarazione di quello che è esigenza del diritto naturale (non entriamo in quello che dice della dichiarazione *ex cathedra*), siano molto attuali per quanto riguarda l'interpretazione ed applicazione del canone 1095, in quanto è — e non può non esserlo — una specificazione delle esigenze naturali del consenso matrimoniale.

Infatti, uno degli ambiti nei quali nell'odierna applicazione dell'ordinamento canonico si corre il rischio di non operare in modo conforme con il diritto fondamentale al matrimonio dei fedeli è quello dell'applicazione del canone 1095, nella misura in cui un'ina-

canónico y su fundamentación jurídica, Colección canónica de la Universidad de Navarra, Pamplona 1999. Cfr. anche H. FRANCESCHI, *La connessione tra l'errore nella qualità «directe et principaliter intentata» ed il dolo invalidante del consenso matrimoniale*, in «*Ius Ecclesiae*» 6 (1994), p. 573-608.

⁽³⁷⁾ Congregazione dei Cardinali del 14 maggio 1906, in ASV, *Fondo Commissione cod. Diritto Canonico*, scat. 56.

deguata comprensione della norma porti ad una concezione della capacità come qualcosa che non si presume in ogni contraente, perché si mette come misura una nozione più ideale che realistica del matrimonio⁽³⁸⁾.

Per la stessa natura del matrimonio e del consenso matrimoniale, per l'esercizio del diritto al matrimonio si richiedono delle condizioni precise, che indicano quello che il Legislatore ha chiamato requisiti di capacità e di abilità. Conseguenza di queste esigenze naturali sono il canone che si riferisce all'incapacità a contrarre matrimonio (can. 1095) e molti dei canoni sugli impedimenti⁽³⁹⁾.

Parlando del canone 1095, è interessante constatare come sin dai primi momenti della sua redazione, nei consultori del *Coetus* «De matrimonio» ci fu la preoccupazione di non fare una norma che chiedesse più di quello che esige la natura per contrarre il matrimonio. In una delle prime discussioni sull'inclusione o meno di un canone sull'incapacità di assumere, fatta nella sessione III, *Adunatio* IV del 14 novembre 1967⁽⁴⁰⁾, uno dei consultori ebbe il dubbio se con questo nuovo canone non si limitasse l'esercizio di un diritto naturale:

«L'eccellentissimo terzo Consultore pensa che queste incapacità di cui si parla non rientrano nelle classiche nozioni di impotenza né di difetto del consenso. Quindi, con questa norma si introdurrebbe un nuovo impedimento che restringe il diritto naturale al matrimonio. È per tanto necessario studiare con attenzione se questo nuovo impedimento veramente abbia il suo fondamento nella stessa natura del matrimonio»⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. E. TEJERO, *Naturaleza jurídica de la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio y «Ius Connubii»*, in «Fidelium Iura» 6 (1996), p. 227-333.

⁽³⁹⁾ La distinzione tra l'incapacità e l'inabilità non è tanto chiara, dato che alcuni degli impedimenti — come l'età e l'impotenza — sembrano far riferimento più ad un'incapacità che a una qualche realtà che renda inabile.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *Communicationes*, XXXII (2000), p. 262-265.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 264: «Exc. mus tertius Consultor censet omnes illas incapacitates, de quibus sermo fuit, submissi non posse sub notione traditionali impotentiae neque sub notione traditionali defectus consensus. Unde introducitur novum impedimentum quod restringit ius naturale ad matrimonium. Oportet ergo profundius inquirere utrum novum illud impedimentum revera nitatur in ipsa natura matrimonii».

Si propone quindi che la discussione su questo canone consti sugli atti e sia rimandata a una commissione di esperti affinché valutino la convenienza di legiferare o meno sull'incapacità consensuale, cosa che successivamente venne fatta e diede luogo al canone 1095. Pensiamo che questa preoccupazione dei codificatori per non limitare l'esercizio dello *ius connubii* laddove la natura non lo limita, è e dovrebbe sempre essere un criterio di cui tener conto al momento di interpretare e di applicare il canone 1095 ⁽⁴²⁾.

Perciò, una visione adeguata del diritto al matrimonio come diritto fondamentale della persona e del fedele, ci porta necessariamente alla retta comprensione della capacità per il matrimonio. Invece, alcune interpretazioni del canone 1095, che hanno il loro fondamento in una visione idealizzata del matrimonio e della libertà umana, possono portare ad una visione smisuratamente esigente e perfezionistica della capacità per il matrimonio, confondendo il minimo necessario per il matrimonio con l'ideale per un sicuro esito positivo della relazione che si instaura con il consenso, senza distinguere tra la vera incapacità o impossibilità e le difficoltà, talvolta gravi, che potrebbero esserci nel caso concreto ⁽⁴³⁾. Non possiamo confondere difficoltà con incapacità, anche perché le difficoltà, con l'aiuto della lotta personale e della grazia divina, possono essere superate. In questo senso, sono stati di grande interesse i discorsi del Romano Pontefice al Tribunale della Rota Romana, soprattutto quelli degli anni 1987, 1988 e 1997, nei quali si fa una netta distinzione tra impossibilità e difficoltà, normalità canonica e normalità psichiatrica, matrimonio valido e matrimonio ideale, libertà reale e libertà assoluta ⁽⁴⁴⁾. Citiamo, al riguardo, le parole del Pontefice nel suo discorso del 1997: «Questa realtà essenziale è una possibilità aperta in linea di principio ad ogni uomo e ad ogni donna; anzi, essa

⁽⁴²⁾ Al riguardo, cfr. S. GHERRO, *Il Diritto al matrimonio nell'Ordinamento della Chiesa*, Padova 1979, *passim*. In particolare, le p. 29-40, 49-53. L'autore, ancor prima del nuovo Codice, mette in guardia contro un'interpretazione dell'incapacità di assumere che finisca per negare il diritto al matrimonio di persone che per natura, ed anche secondo l'ordinamento giuridico, avrebbero la capacità per esercitare questo diritto.

⁽⁴³⁾ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'incapacità relativa: «status quaestionis» e prospettiva antropologico-giuridica*, in AA.Vv., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, p. 101-135.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores* del 5 febbraio 1987, in AAS 79 (1987), p. 1457; 25 gennaio 1988, in AAS, 80 (1988), p. 1180-1183; 27 gennaio 1997, in AAS 89 (1997), p. 486-489.

rappresenta un vero cammino vocazionale per la stragrande maggioranza dell'umanità. Ne consegue che, nella valutazione della capacità o dell'atto del consenso necessari alla celebrazione di un valido matrimonio, non si può esigere ciò che non è possibile richiedere alla generalità delle persone. Non si tratta di minimalismo pragmatico o di comodo, ma di una *visione realistica della persona umana*, quale realtà sempre in crescita, chiamata ad operare scelte responsabili con le sue potenzialità iniziali, arricchendole sempre di più con il proprio impegno e con l'aiuto della grazia»⁽⁴⁵⁾.

Chiarita questa distinzione tra il minimo necessario affinché ci possa essere il matrimonio, non c'è dubbio che in sede di preparazione i pastori devono fare uno sforzo per non tendere al minimo giuridicamente necessario, nel senso che debbono aiutare i nubendi a raggiungere la maturità non solo necessaria perché si possa parlare di consenso matrimoniale libero, responsabile e personale, ma anche per garantire le possibilità di successo dell'unione che stanno per fondare. In questo senso, ci potrebbero essere dei casi in cui il pastore, senza negare totalmente la celebrazione, consigli chiaramente ai nubendi la non celebrazione di un matrimonio che, già sin dall'inizio, sembra portato all'insuccesso. Anche in questi casi, pensiamo, devono andare insieme una grande carità e l'amore per la verità, entrambe indirizzate al fine ultimo della pastorale, che è la salvezza delle anime. In questa opera di discernimento, il pastore deve stare attento a non intaccare il diritto fondamentale al matrimonio: una cosa è sconsigliare e tutt'altra è vietare. Inoltre, per quanto riguarda la determinazione dell'esistenza o meno della capacità psichica per il matrimonio, non sembra possibile l'acquisizione della certezza sull'incapacità di una persona senza un'accurata analisi, che di solito necessita dell'aiuto dei periti, come viene richiesto quando si vuol dichiarare la nullità del matrimonio per incapacità psichica di uno o di entrambi i coniugi. È per questo che pensiamo che il parroco può sconsigliare la celebrazione ma non può impedirla, dato che non ha gli elementi tecnici che gli permettono di avere la certezza sull'incapacità, e finché non consta con certezza che una persona è inabile o incapace, non si può vietare il matrimonio (cfr. can. 1058). Tuttavia, quando ci siano motivi seri per pensare all'incapa-

⁽⁴⁵⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 27 gennaio 1997, n. 5, in AAS 89 (1997), pp. 486-489.

cità, la cosa più prudente sarà portare la questione all'esame e decisione dell'ordinario del luogo il quale, per vietare la celebrazione, dovrà servirsi dell'aiuto dei periti che confermino la reale incapacità di uno o entrambi i contraenti.

Comunque, ciò che non si può ammettere è un doppio metro per misurare la capacità, cioè, uno per il momento celebrativo e uno diverso per il momento di crisi o di nullità. Non si può accettare che, in sede di celebrazione, tutti sono capaci, e poi, quando arriva la crisi e il fallimento, in sede di nullità, pochi lo sarebbero. La capacità, si intende, deve essere presente al momento celebrativo, e il pastore, se si rendesse conto delle gravi mancanze personali, dovrebbe agire come pastore e fare in modo di evitare un matrimonio che, già al momento celebrativo, si vede improntato alla nullità. Bisogna però agire con discernimento, perché è in gioco il diritto fondamentale al matrimonio, e nel dubbio si deve stare per la validità e per la capacità di contrarre il matrimonio. Anche in questi casi, carità e verità messe insieme gioveranno al bene delle anime, e molte volte la soluzione non sarà vietare, ma sconsigliare e convincere i nubendi dell'inadeguatezza della celebrazione.

d) *La forma canonica « ad validitatem » e il riconoscimento e protezione dello « ius connubii ».*

La forma canonica *ad validitatem* sarebbe anche una specificazione sul modo di esercitare lo *ius connubii* nella Chiesa che, però, risponde alla stessa natura del matrimonio e della famiglia, in quanto realtà *sociali* nella Chiesa. Da sempre vi è stata l'esigenza della forma nella celebrazione del matrimonio, ma diversi motivi gravi spinsero la Chiesa, a partire da Trento, a esigere la forma canonica come requisito per la validità della manifestazione del consenso. Consapevole di questo, la Chiesa ha ammesso diverse eccezioni a questo principio: la forma straordinaria di celebrazione, la dispensa dalla forma canonica, la supplenza della facoltà in alcuni casi, la convalidazione e la sanazione nella radice, ecc.

Vi è però nella giurisprudenza ancora imperante un'interpretazione dei canoni riguardanti la forma che, a nostro avviso, non tiene conto della natura e delle finalità della forma canonica e della sua relazione con lo *ius connubii*. L'esigenza della forma canonica per la validità del matrimonio dei battezzati, ai nostri giorni, non riguarda soltanto la necessità di certezza formale degli atti giuridici, funzione anch'essa importante, ma deve essere vista piuttosto come un modo

efficace di offrire un servizio ai fedeli, allo scopo di garantire una celebrazione del matrimonio non soltanto valida, ma anche lecita e fruttuosa, quindi, come una garanzia per l'adeguato esercizio dello *ius connubii* ⁽⁴⁶⁾. Si dovrebbe per tanto evitare un'interpretazione formalistica tale che la forma diventi più un ostacolo alla fondazione del matrimonio e della famiglia che un servizio ad essi. Un ambito concreto nel quale si vede questa necessità di equilibrio tra *ius connubii* ed esigenza di certezza giuridica è quello dell'interpretazione delle norme sulla supplenza della facoltà di assistere al matrimonio, perché la giurisprudenza anche recente della Rota Romana continua a fare un'interpretazione troppo ristretta delle fattispecie nelle quali opererebbe la supplenza, facendo sì che vengano dichiarati nulli dei matrimoni per errori formali nei quali si è incorsi in perfetta buona fede.

Salva qualche eccezione, la giurisprudenza continua a fare un'interpretazione restrittiva della supplenza di facoltà, determinandone l'inapplicabilità ai casi di delega particolare. Dinanzi a questa interpretazione restrittiva della supplenza di facoltà, ci pare che l'esperienza giuridica di tanti secoli di esistenza della normativa sulla forma *ad validitatem*, ci dovrebbe portare all'ammissione della supplenza di facoltà anche nei casi di mancanza di delega particolare, sempre che questa mancanza non sia dovuta a una volontà di inosservanza della legge ecclesiastica. Non ci sembra, inoltre, che una tale interpretazione delle norme sulla supplenza renda inutile tutta la normativa sulla forma *ad validitatem*, perché essa sarà sempre una via eccezionale che mira a evitare delle nullità per cause meramente formalistiche ⁽⁴⁷⁾. Nei casi nei quali non c'era la facoltà di assistere al

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 1631. Il Catechismo spiega che il matrimonio dei battezzati è un atto ecclesiale e in seguito dà le ragioni per cui di solito si esige la forma canonica per la sua celebrazione: «È per questo motivo che la Chiesa normalmente richiede per i suoi fedeli la *forma ecclesiastica* della celebrazione del matrimonio. Diverse ragioni concorrono a spiegare questa determinazione: — Il matrimonio sacramentale è un atto *liturgico*. È quindi conveniente che venga celebrato nella Liturgia pubblica della Chiesa. — Il matrimonio introduce in un *ordo* — ordine — ecclesiale, crea dei diritti e dei doveri nella Chiesa, fra gli sposi e verso i figli. — Poiché il matrimonio è uno stato di vita nella Chiesa, è necessario che vi sia certezza sul matrimonio (da qui l'obbligo di avere dei testimoni). — Il carattere pubblico del consenso protegge il "Sì" una volta dato e aiuta a rimanervi fedele». Sulla funzione della forma canonica cfr. M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio*, Pamplona 1995, p. 179-186 e la relazione dello stesso Ortiz in questo numero della rivista.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. A. NITA, *La suplenca de la facultad de asistir al matrimonio en caso de*

matrimonio per mancanza di delega, ma vi era stato l'errore comune di fatto o di diritto o il dubbio positivo e probabile, a nostro avviso, tenendo conto della legge vigente, dovrebbe operare la supplenza di facoltà, per garantire la validità dei matrimoni celebrati in totale buona fede e volendo contrarre un valido matrimonio in Cristo e nella Chiesa. Altrimenti, si condannano alla nullità dei matrimoni per difendere una legislazione positiva interpretata in modo formalistico. Invece, se si vuole rispettare lo *ius connubii* e agire conformemente al principio generale del *favor matrimonii*, il quale informa tutto il sistema matrimoniale della Chiesa, si dovrebbero evitare quelle interpretazioni restrittive della supplenza che possono ledere un bene fondamentale della comunità ecclesiale, come è ogni singolo matrimonio.

Vorremmo, invece, evidenziare come, ancor'oggi, si scorga nella giurisprudenza maggioritaria una visione un po' troppo formalistica della legislazione matrimoniale nei confronti della celebrazione della nozze. Pensiamo che una visione che tenga più conto delle dimensioni personale ed ecclesiale del consenso matrimoniale dovrebbe ammettere gli strumenti per evitare che delle esigenze legali siano più un intralcio che un mezzo per proteggere il bene del matrimonio e, pertanto, l'esercizio dello *ius connubii*. Ci auguriamo che, sulla scia di quanto abbiamo detto sulla centralità dello *ius connubii* come fondamento del sistema matrimoniale e come criterio di interpretazione di esso, nonché di gran parte della dottrina canonica dei nostri giorni, la giurisprudenza rotale continui ad aprirsi ad un'interpretazione non più restrittiva della supplenza della facoltà per assistere al matrimonio nei casi di mancanza di delega particolare, allorché vi

error común, a la luz de la jurisprudencia de la Rota Romana, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona 2000, p. 601-609. L'autore, per il quale ci sarebbe l'errore comune anche nel caso della mancata delega *ad casum*, afferma: «L'ammissione di questa nozione di errore comune, e di conseguenza della supplenza nella delega *ad casum*, non significa la distruzione della norma che stabilisce la forma sostanziale del matrimonio. La supplenza esiste per i casi eccezionali e soltanto si applica nel momento in cui si dia una di queste ipotesi: errore comune *di fatto* o *di diritto* o dubbio positivo e probabile. Pertanto, come regola generale, restano i canoni che stabiliscono la forma sostanziale del matrimonio. Inoltre, si deve tener conto che l'assistenza a un matrimonio può essere lecita o illecita: si deve presumere che al teste qualificato non soltanto interessano i minimi per la validità dei suoi atti giuridici — i quali, a loro volta, sono anche pastorali —, ma cerca anche il rispetto delle esigenze di liceità, le quali obbligano anche moralmente» (p. 609). La traduzione è nostra.

siano stati tutti gli altri requisiti del patto coniugale e il matrimonio sia stato celebrato con la consapevolezza e con la volontà di fondare la relazione coniugale e la famiglia nella Chiesa e davanti alla Chiesa, in perfetta buona fede e con l'intenzione di osservare tutto quanto ha stabilito l'ordinamento ecclesiale⁽⁴⁸⁾.

e) *Esercizio dello «ius connubii» dei battezzati: la retta intenzione e la mancanza di fede.*

Un'ultima questione alla quale faremo riferimento in questa epigrafe sull'applicazione della normativa matrimoniale alla luce dello *ius connubii* come diritto fondamentale del fedele è quella della celebrazione del matrimonio dei cattolici allontanati dalla fede. Il problema è stato oggetto di accese discussioni, che esulano dall'ambito della nostra indagine. C'è un passo dell'Esortazione Apostolica *Familiaris Consortio*, 68 che indica i binari da percorrere nella soluzione di queste situazioni e dà una risposta al problema della celebrazione del matrimonio dei fedeli allontanati dalla fede, rispettando il loro diritto fondamentale al matrimonio⁽⁴⁹⁾.

«Il sacramento del matrimonio ha questo di specifico fra tutti gli altri: di essere il sacramento di una realtà che già esiste nell'economia della creazione, di essere lo stesso patto coniugale istituito dal Creatore "al principio". La decisione dunque dell'uomo e della donna di sposarsi secondo questo progetto divino, la decisione cioè di impegnare nel loro irrevocabile consenso coniugale tutta la loro vita in un amore indissolubile e in una fedeltà incondizionata, implica realmente, anche se non in modo pienamente consapevole, un atteggiamento di profonda obbedienza alla volontà di Dio, che non può darsi senza la sua grazia. Essi sono già, pertanto, inseriti in un vero e proprio cammino di salvezza, che la celebrazione del sacramento e l'immediata prepara-

⁽⁴⁸⁾ Per uno studio della giurisprudenza della Rota Romana sulla supplenza di facoltà per assistere al matrimonio, cfr. J. CARRERAS, *Forma canonica e «favor matrimonii» in una recente sentenza rotale*, in «*Ius Ecclesiae*» 6 (1994), p. 179-216; H. FRANCESCHI, *Forma canonica e supplenza di facoltà in alcune decisioni rotali recenti*, in «*Ius Ecclesiae*», 14 (2002), p. 186-220.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. A. MIRALLES, *Fede e sacramento del matrimonio*, in «*Annales Theologici*» 9 (1995), p. 55-70.

zione alla medesima possono completare e portare a termine, data la rettitudine della loro intenzione.

(...) Tuttavia, non si deve dimenticare che questi fidanzati, in forza del loro battesimo, sono realmente già inseriti nell'alleanza sponsale di Cristo con la Chiesa e che, per la loro retta intenzione, hanno accolto il progetto di Dio sul matrimonio e, quindi, almeno implicitamente, acconsentono a ciò che la Chiesa intende fare quando celebra il matrimonio. E, dunque, il solo fatto che in questa richiesta entrino anche motivi di carattere sociale non giustifica un eventuale rifiuto da parte dei pastori»⁽⁵⁰⁾.

I pastori, quindi, devono ammettere al matrimonio quei battezzati che, mancanti di fede, chiedono spontaneamente di celebrare il loro matrimonio in chiesa⁽⁵¹⁾. Ci sono diverse possibilità pastorali che tengono conto di queste situazioni e che, senza negare il diritto al matrimonio — al matrimonio-sacramento, nel caso dei battezzati — possono dar risposta alle difficoltà che si potrebbero presentare in questi casi. Pensiamo alle diverse possibilità di celebrazione stabilite dal rituale del matrimonio, alla possibilità della dispensa della forma canonica in alcuni casi previsti, ecc.

Se manca la fede in uno o in entrambi i contraenti, non si può per questo chiudere la porta al matrimonio sacramentale, unica possibilità per i battezzati, in quanto tra di loro o c'è sacramento o non c'è matrimonio.

Questa realtà è stata espressa con molta chiarezza da Giovanni Paolo II nelle parole sopra citate della *Familiaris Consortio*. D'altra parte, stabilire *a priori* un determinato grado di fede nei contraenti implicherebbe calpestare un diritto fondamentale, quale è il diritto al matrimonio⁽⁵²⁾. Questo vale anche perché, data l'identità tra ma-

⁽⁵⁰⁾ GIOVANNI PAOLO II, Es. Ap. *Familiaris Consortio*, 68.

⁽⁵¹⁾ Sul rapporto tra fede e sacramento del matrimonio, cfr. M. GAS I AIXENDRI, *Essenza del matrimonio e rifiuto della dignità sacramentale alla luce del recente discorso del Papa alla Rota*, in «Ius Ecclesiae» 13 (2001), p. 122-145; M.A. ORTIZ, *Sulla rilevanza della volontà contraria alla dignità sacramentale del matrimonio*, in «Il Diritto Ecclesiastico» 110/II (1999), p. 359-370; C.J. ERRÁZURIZ, *La rilevanza canonica della sacramentalità del matrimonio e della sua dimensione familiare*, in «Ius Ecclesiae» 7 (1995), p. 561-572.

⁽⁵²⁾ Cfr. H. FRANCESCHI, *La preparazione al matrimonio*, in P.A. BONNET-C. GULLO (a cura di), *Diritto Matrimoniale Canonico*, I, Città del Vaticano 2002, p. 319-

trimonio e sacramento, sarebbe sbagliato esigere ai contraenti una speciale volontà, diversa da quella di volere veramente sposarsi, cioè, donarsi nella loro coniugalità con quello che essenzialmente essa significa. Lo ha ribadito di recente il Pontefice con le seguenti parole: «L'importanza della sacramentalità del matrimonio, e la necessità della fede per conoscere e vivere pienamente tale dimensione, potrebbe anche dar luogo ad *alcuni equivoci*, sia in sede di ammissione alle nozze che di giudizio sulla loro validità. La Chiesa non rifiuta la celebrazione delle nozze a chi è *bene dispositus*, anche se imperfettamente preparato dal punto di vista soprannaturale, purché abbia la retta intenzione di sposarsi secondo la realtà naturale della coniugalità. Non si può infatti configurare, accanto al matrimonio naturale, un altro modello di matrimonio cristiano con specifici requisiti soprannaturali»⁽⁵³⁾.

L'atteggiamento dei pastori, più che di rifiuto, deve essere di accoglienza. Se c'è quella rettitudine di intenzione a cui si faceva riferimento, il pastore deve approfittarne per riavvicinare di nuovo alla fede quelli che si erano allontanati: la preparazione al matrimonio e la stessa celebrazione del matrimonio sono degli ottimi momenti per un rinnovamento della vita di fede, e l'amore — carità — sponsale potrà diventare il cammino per riavvicinarsi a Dio. In questo modo, nel rispetto della verità sul consenso matrimoniale e sull'identità tra matrimonio e sacramento tra i battezzati, i pastori potranno trovare i mezzi e le soluzioni per venire incontro ai singoli problemi, rispettando il diritto al matrimonio di ogni persona e di ogni fedele che è alla base del sistema matrimoniale canonico e che deve necessariamente informare le soluzioni pastorali che non possono non essere anche rispettose della giustizia.

Soltanto quando i contraenti manifestano una volontà che chiaramente non è matrimoniale, perché escludono qualche elemento o proprietà essenziale del matrimonio (cfr. can. 1101 § 2), il pastore dovrà rifiutare la celebrazione poiché, da quanto abbiamo detto sulla natura dello *ius connubii*, questo diritto fondamentale non può essere inteso come un diritto assoluto a sposarsi. In tale concezione,

342; T. RINCÓN PÉREZ, *Preparación para el matrimonio y el «ius connubii»*, in *El matrimonio. Cuestiones de Derecho administrativo-canónico*, Salamanca 1990, p. 37-79.

⁽⁵³⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 30 gennaio 2003, n. 8.

il diritto appare come pretesa soggettiva il cui oggetto sarebbe quello che le parti vogliono, staccandosi dalla verità del matrimonio. Nel contempo, per questa visione soggettivistica, l'oggetto di un tale diritto viene a coincidere con una formalizzazione ecclesiale, anch'essa in qualche modo assolutizzata come dovuta indiscriminatamente a chiunque la chieda, e dimenticando il senso della formalizzazione, che rimanda anche alla verità matrimoniale, poiché ne è il riconoscimento ecclesiale.

Lo *ius connubii* è, invece, il diritto di fondare il matrimonio, che è sacramento tra i battezzati, e soltanto i contraenti hanno quel potere sovrano di dare vita al vincolo mediante il loro consenso matrimoniale, potere che non può essere supplito da nessuno. Se quello che loro vogliono non è il matrimonio, allora la cerimonia verrebbe svuotata e il segno falsato. È per questo che Giovanni Paolo II afferma: «Quando, al contrario, nonostante ogni tentativo fatto, i nubendi mostrano di rifiutare in modo esplicito e formale ciò che la Chiesa intende compiere quando si celebra il matrimonio dei battezzati, il pastore d'anime non può ammetterli alla celebrazione. Anche se a malincuore, egli ha il dovere di prendere atto della situazione e di far comprendere agli interessati che, stando così le cose, non è la Chiesa ma sono essi stessi ad impedire quella celebrazione che pure domandano»⁽⁵⁴⁾. Da lì l'importanza dell'adeguata realizzazione dell'interrogazione dei contraenti, il cui scopo principale è assicurare l'esistenza di una vera volontà matrimoniale, nonché venire incontro agli errori e alle decisioni sbagliate, più frequenti ai nostri giorni, data la forte presenza di modelli anti-matrimoniali, sia negli ambienti nei quali molte volte crescono i giovani, sia nei mass-media della stragrande maggioranza delle nazioni di antica tradizione cristiana⁽⁵⁵⁾.

C. *Conclusion: Lo «ius connubii» come fondamento e principio di tutto il sistema matrimoniale canonico e come criterio operativo dell'azione pastorale.*

Tenuto conto della centralità dello *ius connubii*, e del suo carattere di diritto fondamentale che va riconosciuto, protetto e promosso dalla Chiesa, nella ricerca di soluzione ai casi concreti, l'atteggia-

⁽⁵⁴⁾ *IBID.*, Es. Ap. *Familiaris Consortio*, 68.

⁽⁵⁵⁾ Sull'argomento, cfr. la relazione di P. Bianchi in questo stesso volume.

mento dovrà essere sempre quello di cercare la verità, perché solo nella verità può esserci giustizia e salvezza. Questa centralità dello *ius connubii* farà sì che il sistema matrimoniale canonico venga inteso non come un insieme di norme positive la cui applicazione dipenderà dalle circostanze del caso, bensì come una risposta alle esigenze della *res iusta* matrimoniale.

Il sistema matrimoniale, più che un corpo normativo astratto che regola un istituto giuridico, è stato e deve continuare ad essere una risposta giusta alle esigenze intrinseche della realtà matrimoniale e del diritto fondamentale al matrimonio che ha il suo fondamento nella persona umana e nella sua modalizzazione sessuale in persona-uomo, persona-donna, sulla quale si fonda la complementarità.

La tecnica codificatrice — propria dei venti Codici —, che deve concretizzare in norme universali le esigenze di giustizia nella Chiesa, alcune che provengono dalla natura umana e dalla sua elevazione soprannaturale, altre dipendenti dalle concrete determinazioni storiche e quindi mutabili, ha il rischio di farci dimenticare che la dimensione di giustizia, soprattutto in un ambito così importante come è il matrimonio nella Chiesa, non viene determinata primariamente ed esclusivamente da quello che il legislatore stabilisce in un momento dato, ma piuttosto dalla natura stessa del matrimonio e dalla condizione del fedele nella Chiesa. Per questo, il sistema matrimoniale — e coloro che lo applicano — si dovrà sempre confrontare con il diritto fondamentale al matrimonio, per valutare la giustizia nella decisione del caso concreto.

In questo modo, lo *ius connubii* appare come fondamento e criterio di interpretazione ed applicazione del sistema matrimoniale canonico nel suo insieme, nonché come forza innovatrice del sistema, qualora l'esperienza nell'applicazione del sistema matrimoniale palesi mancanze concrete che meritino una migliore regolamentazione giuridica di un singolo aspetto della realtà matrimoniale.

Speriamo che questa nostra esposizione abbia raggiunto il suo scopo iniziale, vale a dire, riuscire a comprendere il sistema matrimoniale della Chiesa come una risposta giusta alle esigenze del diritto fondamentale al matrimonio, vuoi con la soluzione ai casi concreti nei primi secoli, vuoi con le norme generali fino ad arrivare al sistema matrimoniale vigente.

Questa consapevolezza del senso e del fondamento del sistema matrimoniale della Chiesa, eviterà un pericolo che è sempre in agguato nei sistemi giuridici che seguono la tecnica codificatrice e

che, a nostro avviso, si è manifestato non di rado anche nella Chiesa, in modo particolare da quando in essa esiste un corpo normativo positivo, ben definito, contenuto in un Codice. Parliamo del rischio che i canoni del Codice diventino un insieme di norme tecniche da applicare al caso concreto, senza però tener conto della verità del vincolo coniugale e dei diritti e doveri che scaturiscono dalla sua stessa natura.

Come dicevamo in diversi momenti della nostra esposizione, nello stesso modo in cui lungo la storia il legislatore della Chiesa ha fatto uno sforzo per rispettare la realtà delle cose e costruire un ordinamento canonico che rispecchi fedelmente la realtà del matrimonio e della famiglia, anche gli autori che sviluppano la scienza canonistica e gli operatori del diritto — pastori, giudici, ecc. — non possono non tener conto che l'ordinamento canonico non è fine a se stesso, ma è uno strumento per riconoscere e difendere in modo efficace una realtà centrale nella vita della Chiesa e della società, quale è il matrimonio e il diritto fondamentale a costituirlo: lo *ius connubii*.

