

FERNANDO PUIG

REALISMO GIURIDICO E DOTTRINA CANONISTICA CONTEMPORANEA SULL'ESSENZA DEL MATRIMONIO (*)

1. Introduzione. — 2. La dottrina dominante nella prima metà del secolo XX. — 3. La dottrina italiana anteriore al Vaticano II. — 4. Amore, complementarità sessuale ed essenza del matrimonio. L'unione coniugale « nelle nature ». — 5. La reazione pastoralista. — 6. La reazione « teologizzante ».

1. *Introduzione.*

È ancora oggi la questione dell'essenza del matrimonio una domanda pertinente? Nel tempo del pensiero debole e della cancellazione delle grandi narrazioni, l'azzardo sta soprattutto nel fare la domanda. E invece, la risposta è affermativa: la domanda è pertinente. Proprio perché la realtà matrimoniale apre interrogativi attualissimi. Gli uomini e le donne si sposano, come si sono sposati da migliaia di anni. E sempre si sono chiesti cosa fosse quel bene così interiore e così esteriore a loro, così lucente e così paradossale. Insomma, quel bene così umano. Il sapere canonistico ha svolto lungo la sua storia uno sforzo straordinario nella direzione di capire l'essenza del matrimonio. Questo sapere è stato uno degli elementi più rilevanti nella cristallizzazione della comprensione occidentale-cristiana del matrimonio.

La dottrina canonistica del secolo XX si è vista interrogata sull'essenza del matrimonio, al meno da due punti di vista. Uno, la seco-

(*) All'origine di questo lavoro si trovano alcuni sviluppi dalla tesi dottorale in diritto canonico dell'autore, diretta dal Prof. C.J. Errázuriz M., discussa nella Pontificia Università della Santa Croce il 25 giugno 2003. Questa tesi, rielaborata, è stata pubblicata sotto il titolo *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona 2004.

larizzazione, teorica e pratica; l'altro, l'intensa luce del Concilio Vaticano II. Seguire il modo in cui si è confrontata con entrambi i fenomeni è utile per vedere come il sapere canonistico è ancora oggi un punto di riferimento chiave per la comprensione del matrimonio.

L'oggetto di questo lavoro è percorrere alcuni estremi di questo confronto, prendendo come prospettiva quella che ha guidato il realismo giuridico⁽¹⁾. Questa prospettiva è meritevole di atten-

(1) In questo contesto, con l'espressione «realismo giuridico» si designa, in estrema sintesi, l'itinerario e l'evoluzione del pensiero di J. HERVADA sull'essenza del diritto e la sua applicazione al matrimonio. L'essenza del diritto è intesa come «ciò che è giusto», vale a dire, come la realtà in se stessa giusta: «il *ius* o diritto non è, in questo senso, il diritto soggettivo, ma la cosa (...) (non è né un potere, né una facoltà)» (J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, p. 30). «La cosa diventa giuridica, si fa *ius*, o diritto, perché è dovuta. L'essere dovuta è una qualità della cosa, pertanto la cosa stessa è diritto o *ius*. Non soltanto il diritto soggettivo — che è pur sempre una facoltà della persona — è giuridico, ma anche la cosa perché l'essere dovuta è una qualità della cosa; è la cosa che è dovuta e che è esigibile» (*ibidem*, p. 33). «Il diritto in senso realista indica la relazione di attribuzione della cosa riguardo al soggetto d'attribuzione, e allo stesso tempo, una relazione bilaterale: la cosa sta — o può stare — in potere di un altro soggetto diverso dal soggetto di attribuzione; per questo motivo è una cosa dovuta, e, di conseguenza, è esigibile. La parola diritto o *ius* connota nella cosa la relazione di debito e di esigibilità» (*ibidem*, p. 34). Su questa percezione di una realtà in se stessa giusta spiega il realismo giuridico la giustizia e il luogo che spetta alla legge e al diritto soggettivo. La giustizia sarà dunque l'azione per cui si dà la cosa al soggetto d'attribuzione, la cosa giusta che è sua: «il giusto, il suo o la cosa giusta (perché lo si chiama in questi tre modi)» (*ibidem*, p. 30). «Dal canto suo la legge è diritto relativamente a la cosa giusta: è regola del diritto; la facoltà morale è diritto soggettivo in quanto insieme di manifestazioni di potere o di dominio sulla cosa» (p. 34). Alla base di tutta la visione si trova la realtà, la cosa. Solo in un secondo momento si scorge l'atto della giustizia, poiché «dare a ciascuno ciò che è suo presuppone che la cosa sia in potere di un altro o che da questi possa essere presa o danneggiata» (*ibidem*, p. 18). Anche la legge e il diritto soggettivo, nel senso che si è visto, girano intorno alla realtà giusta, che è ovviamente anteriore e fondante. Sotto questi presupposti, per il realismo giuridico l'essenza del matrimonio si esprime in un modo molto semplice: l'essenza del matrimonio «è» diritto. Questa affermazione è la conclusione dell'applicazione della visione del diritto come «ciò che è giusto» alla concreta realtà matrimoniale. Più avanti nel testo si mostrano alcuni profili di questa visione, incentrata sul fatto che la destinazione naturale dell'uomo alla donna, e reciprocamente, della donna all'uomo, diventa *ius suum* dell'altro attraverso il consenso matrimoniale, in modo che, in sostanza, nel matrimonio ciascuno dei coniugi deve all'altro ciò che è suo. Anzi, nella misura in cui la dimensione sessuale è configuradora della persona, il coniuge «deve se stesso all'altro». Alcuni dei lavori più significativi di J. HERVADA sul matrimonio e la sua essenza si possono trovare nei volumi: *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000; e, in tra-

zione per due ragioni. Perché il realismo giuridico ha preso in considerazione le correnti che si sono susseguite lungo gran parte del periodo di riferimento, e perché ha mantenuto, in questo tempo, una linea guida notabilmente uniforme che ancora oggi dà percepibili frutti di vitalità all'interno del sapere canonistico sul matrimonio. Queste due caratteristiche fanno del realismo giuridico contemporaneamente un testimone storico e un contributo con valore in se stesso, che riteniamo interessante agli effetti del nostro studio.

2. *La dottrina dominante nella prima metà del secolo XX.*

Il realismo giuridico si è confrontato con la dottrina canonica dominante nella prima metà del secolo XX. Questa dottrina in sostanza è costituita da lavori più o meno sistematici che spiegano il contenuto del Codice di Diritto Canonico del 1917. Questa corrente adopera la terminologia dei canonisti tradizionali ed è guidata da un orientamento decisamente pratico, palesato dal fatto che usa, senza una particolare distinzione, la prospettiva giuridica e quella morale. In sintesi, queste opere situano l'essenza del matrimonio nel *ius in corpus*.

duzione alla lingua italiana, in *Scritti sull'essenza del matrimonio*, Milano 2000. Altri autori, vicini sotto diversi profili al pensiero di J. HERVADA, hanno approfondito su diversi aspetti del pensiero di questo autore illuminandone aspetti delle sue tesi sul matrimonio. In modo non esaustivo, e facendo riferimento esclusivamente a opere sull'essenza del matrimonio, possiamo citare: A. DE LA HERA, *Relevancia jurídico canónica de la cohabitación conyugal*, Pamplona 1966; E. MOLANO, *Contribución al estudio de la esencia del matrimonio*, Pamplona 1977; tra le diverse opere di P.J. VILADRICH, spiccano al nostro scopo: *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, «Ius Canonicum» XII-23 (1972), pp. 267-313; *La agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1984, esp. pp. 129-177; *La definición de matrimonio*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona 2000, pp. 205-312; *El ser conyugal*, Madrid 2001. Molto vicino alla linea del realismo giuridico di J. HERVADA si trovano anche i lavori di C.J. ERRÁZURIZ: *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, «Scripta Theologica» 26 (1994), pp. 1021-1038; *La rilevanza della nozione essenziale del matrimonio nell'intero sistema giuridico matrimoniale*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, Pamplona 2000, pp. 441-447; *Verità del matrimonio indissolubile e giustizia*, «Ius Ecclesiae» XIII-3 (2001), pp. 577-590; e la presentazione del volume citato *Scritti sull'essenza del matrimonio*. In un senso un po' diverso, ma anche profondamente realista è la visione del diritto e del matrimonio di G. LO CASTRO; cfr. esp. *Tre studi sul matrimonio*, Milano 1992; *Matrimonio, diritto e giustizia*, Milano 2003.

Il realismo giuridico ha saputo capire che questa dottrina non era, né voleva essere, una teoria giuridica sull'essenza del matrimonio. Era, semplicemente, la formulazione più o meno tecnica, di quello di cui la vita della Chiesa nel momento storico aveva bisogno per compiere la sua missione nei confronti dei matrimoni cristiani, dal punto di vista pastorale, morale e giuridico⁽²⁾.

L'elemento tecnico di queste opere, scarso sotto diversi profili, è però utile nell'indicare due estremi basilari della riflessione in senso realistico di un'essenza del matrimonio: che questa essenza è intrinsecamente giuridica, e che questa realtà giuridica costituisce il punto d'aggancio tra il matrimonio *in fieri* e il matrimonio *in facto esse*⁽³⁾. Infatti, questi caratteri centrali del matrimonio restano fortemente sottolineati quando si identifica l'essenza del matrimonio con lo *ius in corpus*. Il realismo giuridico si arricchisce di questi elementi, che rimarranno sempre nel suo orizzonte costruttivo, superando però gli inconvenienti che derivano dal ridurre l'essenza del matrimonio allo *ius in corpus*.

Ciò da cui invece il realismo giuridico non potrà trarre profitto è la concezione dello *ius in corpus* come un potere. È questo il senso centrale dello *ius in corpus*: l'espressione *ius in corpus* esprime la posizione tipica diritto-dovere. Al diritto di uno dei soggetti è corrispettivo il dovere dell'altro e viceversa. Il contenuto di questa situazione giuridica fa riferimento a un potere: un potere di esigere il debito coniugale, e un potere di escludere i terzi dal rapporto coniugale. Non è in discussione che si tratta semplicemente di un potere⁽⁴⁾.

Il limite è in questo punto invalicabile: l'essenza del matrimonio non può essere il potere di esigere il debito coniugale (e quello

(2) Cfr. Prologo di P. LOMBARDÍA a l'opera di J. HERVADA, *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, Pamplona 1960, esp., pp. 19-22.

(3) Cfr. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Roma 1932, vol. I, pp. 12-18; vol. II, pp. 176-180; F.M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Torino-Roma 1950, pp. 4-6, 719-720.

(4) È quello che si desume delle diverse espressioni al riguardo, per esempio: «*Mutua potestas in corpus alterius*» (CAPPELLO, *De matrimonio*, cit., p. 14); «*Dominium in corpus alterius coniugis*» (GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, cit., II, p. 176); «*Facultas exigendi semper manet radicaliter, dum perdurat vinculum, sed exercitium potest vel suspendi vel in perpetuum amitti*» (CAPPELLO, *De matrimonio*, cit., p. 720).

di escludere). In sintesi, la ragione è doppia: un potere non si giustifica per se stesso, motivo per il quale l'essenza dovrebbe essere cercata nell'origine del potere, e cioè, nel matrimonio *in fieri*, per cui l'essenza del matrimonio nel matrimonio *in facto esse* resta senza una spiegazione propria; d'altro canto, il potere di agire cui si riferisce lo *ius in corpus* non copre tutta l'estensione del finalismo matrimoniale.

A questo riguardo deve essere sottolineato che, per gli autori che prendiamo in considerazione, i fini del matrimonio hanno veramente una rilevanza giuridica: il finalismo matrimoniale si inserisce nella volontà dei nubenti. Com'è possibile questo, se, come abbiamo appena detto, l'essenza del matrimonio si esprime soltanto nello *ius in corpus* inteso tecnicamente come un potere? Semplicemente, per la mancanza di rigore tecnico di queste spiegazioni del matrimonio. Da un lato, affermano che l'essenza del matrimonio è lo *ius in corpus*⁽⁵⁾; e dall'altro, proprio per la centralità che hanno i fini del matrimonio nella visione cristiana del matrimonio, gli attribuiscono una rilevanza giuridica essenziale. Questo significa anche che il matrimonio può essere dichiarato nullo per esclusione dei fini essenziali. Vuol dire questo che è mancata l'essenza del matrimonio? Questi autori non si pongono queste domande nel senso tecnico. Per loro è compatibile dire che l'essenza è lo *ius in corpus*, e che una volta dato il consenso su di esso, il matrimonio è valido, e poi, far valere come una causa di nullità l'assenza di un elemento vincolato ai fini del matrimonio, senza affermare che fa parte dell'essenza del matrimonio. Non c'è una riflessione di tipo dogmatico che riunisca questi elementi.

Il confronto del realismo giuridico con questa dottrina dominante prima del Concilio Vaticano II, sbocca certamente in una critica contro la mancanza di rigore in senso giuridico-scientifico, però anche in un apprezzamento per la prudenza di cui era portatrice e per la decisa centralità che concede alla tradizione dottrinale cristiana.

(5) «*Finis matrimonii principalis seu primarius est procreatio, et deinde educatio prolis (...). Et hi quidem sunt fines operis, seu ipsius matrimonii; sed nupturiens seu operans potest matrimonium inire ad alium quoque finem (...). Servata autem essentia, matrimonium quocumque fine initum, validum est*» (GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, cit., I, p. 18).

Questo giudizio globalmente positivo non significa che il realismo giuridico ritenga secondario il rigore scientifico, anzi, la domanda del realismo giuridico nei confronti di queste opere si trova nelle fondamenta: è veramente questo tipo di concezione del matrimonio il vero riflesso della dottrina giuridica tradizionale cristiana sul matrimonio? In un certo senso, il realismo giuridico mostra che questa dottrina canonistica era meno tradizionale di quanto voleva esserlo, e perciò ritiene che per rispondere fino in fondo a questa domanda si devono interrogare direttamente le fonti del pensiero giuridico tradizionale⁽⁶⁾.

Non potrà mai sapersi quale sarebbe stata l'evoluzione naturale della dottrina su cui abbiamo appena riflettuto. La forza della dottrina del Concilio Vaticano II apre un così vasto e profondo campo di studio, che la canonistica si trova di fronte ad un vero e proprio spartiacque. Le reazioni sono di diversa portata, però tutte convergono nel accettare che i tempi sono cambiati, tra l'altro perché pare che i temi siano cambiati.

3. *La dottrina italiana anteriore al Vaticano II.*

Prima di studiare le posizioni che prendono direttamente le mosse dai testi conciliari, deve farsi riferimento a una corrente dottrinale dai profili suggestivi che, soprattutto prima del Concilio, riflette seriamente e in modo originale sull'essenza del matrimonio.

(6) Un esempio di questa interrogazione diretta della dottrina tradizionale sul matrimonio, che si collega alla dottrina generale sul principio di finalità, è il seguente testo di J. HERVADA: «*en el proceso lógico de formación de esta doctrina la premisa no es la existencia en el matrimonio del ius ad actos per se aptos ad proles generationem y la conclusión la ordinatio ad prolem sino a la inversa; es decir, partiendo de esta ordenación del matrimonio (que es el prius lógico y ontológico) a la generación y del hecho que ésta es inalcanzable a la voluntad humana, se llega a concluir que el objeto del matrimonio es el ius in corpus. Lógica e importante consecuencia de la prioridad del fin sobre el objeto y de que el fin es la causa formal por la que una sociedad se especifica y se realiza su unidad, es que, según los autores cuyo pensamiento nos ocupa, la ordenación del matrimonio, como institución jurídica, a la generación (...) empapa, por así decirlo, y configura (toda) (...) la relación matrimonial*» (HERVADA, *Los fines del matrimonio*, cit., pp. 51-52). Il contesto del brano presentato riguarda il fine primario del matrimonio, ma la considerazione di fondo deve applicarsi, secondo il pensiero di J. HERVADA, a tutti i fini, ed alla ordinazione totale della realtà matrimoniale a loro.

Sono quegli autori della dottrina italiana che tra gli anni 50 e 60 del secolo XX, nella cornice di una riflessione globale sul diritto canonico⁽⁷⁾, approfondiscono anche il rapporto tra essenza e fini del matrimonio⁽⁸⁾. Quello che rende più interessante questa corrente di pensiero giuridico, anche per il realismo giuridico, è il desiderio di svolgere questa riflessione con categorie prettamente giuridiche, lasciando da parte, dunque, la mancanza di rigore della dottrina anteriore, protesa a confondere il piano giuridico con quello morale e anche pastorale.

Il dialogo con il realismo giuridico si stabilisce quindi al livello della concezione del diritto che si rende presente nei diversi contributi dottrinali, che a loro volta configurano la corrispondente comprensione dell'essenza del matrimonio.

Il confronto nell'ambito della nostra indagine sull'essenza del matrimonio s'incentra più concretamente sulle relazioni tra essenza e fini del matrimonio. Da questo punto di vista, questa corrente segue la scia di quella tradizionale, però proprio per capovolgerla. L'essenza del matrimonio è costituita anche in questo caso dallo *ius in corpus*, però il desiderio di purificare la teoria giuridica da qualsiasi residuo pastorale o morale, condurrà ad eliminare dall'orizzonte giuridico i fini del matrimonio, che diventano, a seconda degli autori, linee astratte di condotta⁽⁹⁾; fini di tipo religioso, etico o sociale, ma non giuridico⁽¹⁰⁾; oppure elementi accidentali

(7) Vanno ricordate qui le opere del recentemente scomparso P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941 e *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962; quella di O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel ordinamento canonico*, pubblicata come premessa nella sua opera incentrata sul matrimonio, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1950 (1^a ed.); e il lavoro di P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. I. Introduzione sistematica al Diritto della Chiesa*, Milano 1956.

(8) Cfr., paradigmaticamente, le opere: P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, vol. I, *Il Matrimonio*, Milano 1959; P. FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico*, Milano 1962; GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit.

(9) « Quanto ai fini del matrimonio quali sono stabiliti dal can. 1013, si deve dire che essi sono i fini del matrimonio in astratto, ma non debbono essere necessariamente presenti nei singoli matrimoni concreti né richiedono che su di essi si eserciti il consenso » (GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., p. 25).

(10) Facendo riferimento a l'espressione *procreatio prolis* come formulazione classica del fine primario, questo si qualifica, infatti, di « fine supremo e generico, più religioso, etico e sociale che non giuridico dell'intero istituto matrimoniale (...) (per cui) il vero fine giuridico proprio del sacramento-contratto, cioè del negozio matrimo-

del matrimonio⁽¹¹⁾. In seguito a questo oscuramento dei fini, l'essenza del matrimonio resta racchiusa nello stretto ambito del processo generativo⁽¹²⁾.

Il realismo giuridico apprezza l'impegno costruttivo di questa corrente dottrinale, e ne condivide l'intenzione di chiarire le relazioni tra diritto ed impegno morale e pastorale. Tuttavia, lo critica nel suo sviluppo basilare, che è in definitiva lo smarrimento del diritto nella forma. Proprio perché il realismo giuridico trova il diritto nella connessione tra la dimensione personale del matrimonio e l'ordinazione finale dell'essenza, non acconsente al sacrificio della persona in nome della purezza giuridica. In fondo, nelle opere della corrente a cui facciamo cenno, si finisce per attribuire la consistenza giuridica matrimoniale non all'intrinseca giuridicità radicata nelle persone, ma agli elementi formali che in ciascuna teoria giuridica prendono il sopravvento: il negozio giuridico come determinazione pubblica della relazione tra i coniugi⁽¹³⁾; l'adesione consensuale a un orientamento procreativo dello *ius in corpus*⁽¹⁴⁾; ov-

niale, (è) in effetti costituito dal reciproco diritto-dovere dei due contraenti di addivenire a una congiunzione sessuale diretta a la procreazione (...) senza che abbia alcuna rilevanza il fatto che poi questa possa o meno seguire e segua effettivamente» (D'AVACK, *Il Matrimonio*, cit., p. 81).

⁽¹¹⁾ «È solo nel can. 1081.2 che la procreazione della prole deve essere considerata in rapporto al momento dinamico del matrimonio (...). Da ciò consegue che, mentre in questo canone la *proles*, considerata *in suo principio*, cioè come *intentio prolis*, integra un elemento essenziale del matrimonio (...), nel can. 1013.1 la *proles*, considerata *in se ipsa*, non è altro che un elemento accidentale del matrimonio» (FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio*, cit., p. 49). Va ricordato che il canone 1013.1 del Codice di Diritto Canonico di 1917 elenca i fini del matrimonio: «*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis, secundarius mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*».

⁽¹²⁾ Non è che tutti gli autori di questa corrente siano in perfetta conformità sul modo di giungere a questa conclusione. Anzi, si può ben dire che la questione è stata oggetto di un acceso e proficuo dibattito, proprio per l'acume degli autori e il favorevole *humus* di riflessione giuridica che sono riusciti a creare. Comunque, il fatto è che l'essenza del matrimonio resta staccata dai fini, che rimangono privi di valenza giuridica. L'essenza del matrimonio, quindi, farà riferimento solo a questo processo generativo.

⁽¹³⁾ Così, il matrimonio «appare addirittura un'istituzione di pretto diritto pubblico, per la quale è il potere ecclesiastico che fissa autoritativamente tutti i compiti dei coniugi» (D'AVACK, *Il Matrimonio*, cit., p. 64).

⁽¹⁴⁾ «L'*ordinatio ad prolem*, cioè la *proles in suo principio*, costituisce un elemento essenziale del matrimonio, cioè un elemento la cui mancanza, dovuta a una

vero il semplice obbligarsi come espressione formale nel consenso⁽¹⁵⁾.

Il realismo giuridico, invece, nell'impostare la comprensione dei fini in stretta connessione con quelle inclinazioni naturali che si trovano alla base dell'unione matrimoniale, sostiene l'esistenza di un fondamento giuridico essenziale che si trova al livello naturale, e non a quello degli elementi giuridici formali, che in fin dei conti resta estrinseco alle persone⁽¹⁶⁾.

causa volontaria o ad una causa naturale, determina la nullità del matrimonio» (FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio*, cit., p. 53). Deve essere sottolineato, che nella visione di P. FEDELE, il riferimento a l'*ordinatio* non ha lo stesso senso che per il realismo giuridico. Mentre per il realismo giuridico l'*ordinatio* spetta a tutta la realtà matrimoniale (cfr. J. HERVADA, *La ordinatio ad fines en el matrimonio canónico (Reflexiones a propósito de un libro reciente)*, «Revista española de Derecho canónico» 53 (1963), pp. 439-499, *passim*), per P. FEDELE questa spetta solo al matrimonio *in fieri*, poiché «*proles* significa *intentio prolis* e la sua esclusione nel momento formativo del negozio matrimoniale, nel cosiddetto *matrimonium in fieri*, a differenza di quanto accade per la mancanza della prole nel *matrimonium in facto esse*, determina la nullità del matrimonio» (*L'ordinatio ad prolem nel matrimonio*, cit., p. 44).

⁽¹⁵⁾ La *deditio juris in corpus* «basta da sola (ove vi siano capacità e forma, requisiti, come dicemmo, in certo senso "esteriori" del negozio) a costituire il matrimonio e, d'altra parte, la mancanza di essa ha per conseguenza senz'altro la nullità del vincolo. Tale *deditio juris in corpus* va intesa, perché la si possa considerare come assenza del matrimonio, in senso nettamente giuridico e cioè formale (...); ciò che conta formalmente, cioè giuridicamente, è che in essa si abbia la consegna e l'accettazione reciproca della comunanza di vita, intesa come la intende la Chiesa» (GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., pp. 203-204).

⁽¹⁶⁾ Come dirà J. HERVADA, in termini che d'altronde servono a contestare che l'essenza del matrimonio possa essere ridotta a un solo diritto (lo *ius in corpus*): «*los fines nos aparecen como principios que, presentes en las normas de la ratio naturalis que señalan los derechos y deberes de los cónyuges, dan "sentido" a estos derechos y deberes, haciéndolos comprender en su peculiaridad y en su existencia. Dicho de otro modo, la ordenación al fin es (...) un criterio para comprender los derechos y deberes conyugales en su peculiaridad y en su existencia, y consecuentemente para conocer su extensión, sus límites, su abuso, etc. Los fines, como principio de orden, nos dan la medida de estos derechos y deberes*» (HERVADA, *La ordinatio ad fines en el matrimonio canónico*, cit., p. 477). Come spiega nel contesto della sua riflessione sul diritto naturale in generale: «Il giusto naturale ha come regola gli enunciati della ragione naturale: la norma giuridica naturale (...). Il diritto naturale — o insieme delle norme giuridiche naturali — è costituito dalle *prescrizioni della ragione naturale che enunciano un dovere di giustizia*» (J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 134-135). È chiaro che in questo brano s'utilizza l'accezione normativa del diritto naturale, consequenziale a l'accezione ontologica che rimanda a quello che è naturalmente giusto (cfr. *ibidem*, *passim*).

4. *Amore, complementarità sessuale ed essenza del matrimonio. L'unione coniugale «nelle nature».*

Con l'avvento del Concilio, come dicevamo, la canonistica resta fortemente interpellata dai cambiamenti nei toni e nei temi. Un primo atteggiamento di fronte alla necessità di mettere a fuoco in senso giuridico gli insegnamenti del magistero, particolarmente quello di *Gaudium et spes*⁽¹⁷⁾, si materializza nello sforzo per assimilare la centralità dell'elemento dell'amore nella riflessione giuridica essenziale sul matrimonio.

A questo proposito, alcuni autori tentano di trovare un posto per l'amore nella logica tradizionale, incentrata nello *ius in corpus* come essenza del matrimonio.

Una questione costantemente presente come limite, che in fondo è vista da molti autori come una minaccia potenziale, è quella di evitare interpretazioni nel senso di ritenere che la sussistenza dell'amore diventi una condizione d'esistenza del vincolo matrimoniale. C'è la consapevolezza che è quello che accade quando l'amore o qualsiasi altro elemento che si ritiene essenziale viene ridotto a semplice «fatto». Questo rischio è accuratamente evitato in alcune proposte dottrinali⁽¹⁸⁾, che però ritengono sufficiente ipotizzare un diritto che faccia riferimento in se stesso all'amore e alla vita coniugale, accanto al diritto essenziale, vale a dire, lo *ius in corpus*⁽¹⁹⁾.

(17) Una parte non indifferente delle riflessioni giuridiche si incentrerà nella comprensione di diverse espressioni come *instauratur* o *sese mutuo tradunt atque accipiunt* di questo testo: «*Intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur. Ita actu humano, quo coniuges sese mutuo tradunt atque accipiunt, institutum ordinatione divina firmum oritur, etiam coram societate; hoc vinculum sacrum intuitu boni, tum coniugum et prolis tum societatis, non ex humano arbitrio pendet*» (Concilio Vaticano II, Cost. Past. *Gaudium et spes*, 7-XII-1965, n. 48). Cfr. per esempio, U. NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, Roma 1968, p. 77; V. FAGIOLO, *Essenza e fini del matrimonio secondo la Costituzione pastorale Gaudium et spes del Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *L'amore coniugale. Annali di dottrina e giurisprudenza canonica*, Città del Vaticano 1971, p. 79.

(18) «*Non respicit enim merum factum instaurationis communitatis vitae, sed ius-obligationem ad hanc intimam communitatem vitae et amoris*» (NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii*, ob. cit., p. 77).

(19) «*Ineuntes enim matrimonium non solum suo consensu personali "sese mutuo tradunt atque accipiunt" in ordine ad actus proprios vitae coniugalis sed intimam*

Il realismo giuridico, pur ritenendosi a sua volta interpellato dalla novità conciliare sull'amore, sceglie una via diversa. La ragione di questa mancanza d'accordo è che lo schema in cui s'ipotizza un nuovo diritto, riproporrebbe nell'ambito dell'amore quello che neanche nell'ambito dello *ius in corpus* si ritiene soddisfacente, e cioè, la riduzione della consistenza essenziale del matrimonio a condotte dovute tra i coniugi⁽²⁰⁾.

La questione veramente problematica è come capire quelle condotte siano appunto «dovute». L'aggancio tra condotte e vincolo giuridico non è una questione irrilevante, anzi, è il punto chiave della penetrazione veramente sostanziale nell'essere matrimoniale. In fondo, un approfondimento nettamente giuridico dell'essenza del matrimonio richiede di dar ragione proprio del carattere «dovuto» delle condotte, per ricollegarle ad un vincolo d'unione stabile tra le persone che non dipenda, nella sua esistenza, dell'avvenuto adempimento delle condotte. In sintesi, ipotizzare un nuovo diritto accanto allo *ius in corpus*, stavolta progettato sull'amore coniugale, crea più problemi di quanti ne risolve.

Il realismo giuridico invece trova una spiegazione del luogo dell'amore consona con la rilevanza essenziale del diritto nel nucleo della realtà matrimoniale. Lungi da trovare un conflitto tra amore e diritto⁽²¹⁾, propone un'integrazione fondata nella concezione secondo la quale l'amore è un possibile oggetto del diritto⁽²²⁾: un amore oggettivamente «dovuto»⁽²³⁾.

communione vitae et amoris coniugalis instaurant, id est, mutuuum ius mutuamque obligationem sibi creant ad "intimam communitatem vitae et amoris coniugalis"» (Ibidem).

⁽²⁰⁾ «*Traditio et acceptatio personae humanae non potest concipi nisi relate tantum ad determinatas actiones vel prestationes. Quod quidem non impedit quominus hae actiones vel praestationes sint maxime vitales ac totam personam humanam quodammodo afficientes*» (NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii*, cit., p. 75).

⁽²¹⁾ Con i limiti derivati dell'uso della nozione di «istituzione» e di «ordinamento» che non raggiungono fino in fondo il livello ontologico delle persone implicato nella relazione matrimoniale (cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios*, III, *Derecho Matrimonial* (1), Pamplona 1973, pp. 221-222), S. LENER ha offerto un notevole contributo per armonizzare, in questo contesto, amore e diritto: «Una volta costituita la società, il dono reciproco delle persone è oggettivamente comandato della stessa costituzione o legge fondamentale dell'ordinamento matrimoniale» (S. LENER, *Il matrimonio come ordinamento giuridico. Strutture e fine della società coniugale*, «Civiltà Cattolica» (1966), III, p. 122).

⁽²²⁾ «*Si advertimos que la primaria y más fundamental inclinación de la volun-*

Ovviamente, un'integrazione di questo genere presuppone che l'unione, come tale, sia stabilita nel livello più profondo possibile dell'essere personale. E, infatti, questa è probabilmente l'intuizione più ricca di conseguenze del realismo giuridico: l'unione matrimoniale, pienamente giuridica, è « unione nelle nature dei coniugi »⁽²⁴⁾.

Chiarire il senso profondo di questa espressione e le sue implicazioni supera i limiti di questo lavoro. Nonostante alcuni punti salienti di questa intuizione del realismo giuridico si possono mo-

tad hacia un bien es el amor, que el matrimonio es una realidad racional quiere decir que es la unión del varón y mujer proveniente del amor de dilección, esto es, de aquel amor específicamente humano (movimiento de la voluntad) regulado y medido por la razón» (J. HERVADA, *La identidad del matrimonio*, «Persona y Derecho» VIII (1981), p. 296).

⁽²³⁾ «*La exigencia de permanecer unidos no nace de suyo del amor, sino de las exigencias de justicia inherentes a la unión varón-mujer. No es del amor de donde nace la exigencia de la unión, sino que de esta unión nace la exigencia del amor, el deber de amarse, presupuesto el compromiso aceptado»* (J. HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, «Persona y Derecho» I (1974), p. 101). Va superata, dunque, la tendenza a identificare il contenuto giuridico del matrimonio come un complesso di condotte e prestazioni; una volta capita l'orientazione giuridica intrinseca e reciproca tra i coniugi, il passaggio alla fondamentale rilevanza dell'amore diventa semplice: «*cumplir con las obligaciones matrimoniales no puede concebirse como un mero satisfacer determinadas prestaciones ni menos como el dar ciertas cosas, sino que siempre consiste — de manera unitaria y radical — en amar la persona del propio marido o mujer, en buscar su propio bien precisamente como cónyuge, y de modo inseparable como padre o madre de los propios hijos»* (ERRÁZURIZ, *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, cit. p. 1032). Vid., anche, VILADRICH, *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, cit., *passim*.

⁽²⁴⁾ Una parte importante del lavoro di J. HERVADA sul matrimonio consiste nello spiegare la valenza di questa espressione, che è la traduzione metafisica e giuridica, sulla scia di SAN TOMMASO D'AQUINO, dell'*una caro* biblica. Tra gli abbondanti sviluppi di questa idea spuntano quelli contenuti in: *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, cit., pp. 27-142; *¿Qué es el matrimonio?*, «Ius Canonicum» XVII-33 (1977), pp. 17-32; *La identidad del matrimonio*, «Persona y Derecho» VIII (1981), pp. 283-310; *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, «Persona y Derecho» IX (1982), pp. 149-179; *Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer*, «Persona y Derecho» XI (1984), pp. 345-359; *Liber-tad, naturaleza y compromiso en la sexualidad*, «Persona y Derecho» XIX (1988), pp. 99-119. Notevole sintesi in VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal*, ob. cit., pp. 129-177. Abbiamo abbozzato una sintesi della riflessione matrimonialista di HERVADA, con quella sul diritto naturale, a proposito della comprensione dell'unità nelle nature nel capitolo conclusivo del lavoro *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona 2004.

strare osservando, come abbiamo fatto fino a questo momento, il confronto con altre proposte dottrinali sull'essenza del matrimonio, proprio in quanto incidono sulle due dimensioni di questa comprensione dell'essenza del matrimonio: da un lato, il livello naturale-coniugale dell'unione e, dall'altro, il fatto che l'unione naturale-giuridica si stabilisca a quel livello.

La specificità coniugale dell'unione è stata intravista dalla maggior parte della dottrina. Spesso, ciò nonostante, è mancata l'accentuazione giusta, che consente di trovare a questo livello la base reale dell'unione matrimoniale. Questo lavoro di delimitazione della specificità coniugale implicata nel matrimonio va fatto con molta cura⁽²⁵⁾, poiché la posta in gioco è alta: gli estremi del biologismo e della spiritualizzazione dell'unione matrimoniale sono in agguato, se si sbaglia nel valutare la dimensione oggettivamente in gioco nel rapporto matrimoniale. In alcuni casi si è arrivato a ridurre la complementarità sessuale ad una semplice relatività d'opzioni individualistiche, dove l'ambito matrimoniale, privato di finalità oggettive, diventa un semplice ambiente d'esercizio della libertà sessuale⁽²⁶⁾.

(25) È apprezzabile in questo senso lo sforzo di P.A. BONNET (*L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. I. Il momento costitutivo del matrimonio*, Padova 1976, pp. 304-313) che, però, a nostro modo di vedere, rischia di restare alquanto sbilanciato per il fatto di voler attingere alla distinzione senza poggiare direttamente sulle «nature» dei coniugi.

(26) È questa, secondo noi, la conclusione a cui si giunge analizzando l'opera matrimonialista più recente di K. LÜDICKE. Infatti, questo autore afferma che un elemento strutturale della comunità coniugale è il fatto che i rapporti sessuali e la paternità si portino a termine in modo concordato, secondo il volere di entrambi i coniugi (K. LÜDICKE, *Matrimonium ordinatum ad prolem: Ehe und Nachkommenschaft nach dem Recht des CIC/1983*, «Revue de droit canonique» 43 (1993), p. 115). L'apparente ovvietà dell'affermazione non deve portare a confusione. Quello che è specifico nella posizione di K. LÜDICKE è definire essenzialmente il matrimonio come quello «spazio di legittimità» (*Erlaubnisraum*) in cui si decide sull'esercizio della sessualità. Si vede con chiarezza quando si afferma che nei casi di esclusione della prole, questa esclusione in se stessa non fa invalido il matrimonio, perché non esiste un dovere di fronte a terzi di rendere fecondo il matrimonio o di far sì che sia aperto alla procreazione. In questo senso si dice che il matrimonio non è nullo quando i coniugi si mettono d'accordo per non avere figli, per il fatto che non sono obbligati da nessuno ad avergli, e nessuno può limitare i diritti che si sono scambiati per mezzo del consenso matrimoniale. Sarebbe, invece, invalido nel caso in cui si verificasse un abuso dall'eguale diritto che riguarda i coniugi di decidere tutto quello che fa riferimento alla paternità e ai rapporti sessuali (cfr. LÜDICKE, *Matrimonium ordinatum ad prolem*, cit.,

Il realismo giuridico, nel situare l'unione coniugale nel livello delle nature, trova non solo una dimensione nella quale si equilibrano le dimensioni fisiche e spirituali, in quanto ambedue sono coinvolte, e cioè, il livello naturale, ma anche una prima attribuzione naturale, la destinazione di un sesso all'altro, che fonda l'unione giuridica concreta di ciascun matrimonio, appunto l'unione giuridica naturale⁽²⁷⁾. Né il corpo maschile è destinato al corpo femminile, né reciprocamente gli spiriti di uomini e donne sono destinati a unirsi come tali spiriti: sono la mascolinità e la femminilità, in quello che hanno di diverso, ad essere naturalmente, per attribuzione creazionale, non solo complementari ma proprio « destinate » all'unione. Ovviamente, con una destinazione libera in quanto la natura nella dimensione coniugale è sottomessa all'istanza razionale e libera⁽²⁸⁾.

p. 116). Qui il punto non è tanto il riferimento alla prole, quanto il fatto che si capisce la giuridicità come una costrizione esterna e riduce il matrimonio a uno spazio di decisione concordata, senza nessun riferimento a una ordinazione finale nei coniugi che orienti loro sul giusto o l'ingiusto.

(27) Se si coglie in profondità la sessualità come dimensione naturale, si apre la strada alla relazionalità, e, con questa relazionalità, alla base della giustizia naturale: la relazione di diritto naturale. Questa prospettiva spiega non solo l'essenza del matrimonio nell'ambito dell'*in facto esse*, ma anche nell'*in fieri*. Infatti, come dice J. HERVADA « *el compromiso, o acto de consentimiento matrimonial (...) asume el deber-ser de la vida matrimonial (...). Consiste sustancialmente en el acto por el cual cada contratante asume al otro según su estructura natural sexuada y, por tanto, según el orden natural (esto es, según naturaleza) y se da y entrega al otro, proyectando al futuro, a la historia, el desarrollo de la vida matrimonial conforme con la estructura natural asumida. Sintéticamente se podría exponer la función del compromiso parafraseando las certeras palabras de un antiguo matrimonialista: el consentimiento matrimonial — el compromiso — asume como deber-ser la inclinación natural* » (HERVADA, *Libertad, naturaleza y compromiso en la sexualidad*, cit., pp. 105-106). L'antico matrimonialista è TOMÁS SÁNCHEZ, in questo suo celebre passaggio: « *Cohabitandi obligatio oritur ex ipsamet contractus conjugali natura. Constat ex particula illa in matrimonii definitione posita, individuum vitae consuetudinem retinens. Praeterea, quia natura ipsa inclinans ad maris et foeminae conjunctionem, ad propagandam sobolem, inclinatur ad eorum cohabitacionem, ut soboles ipsa commodius educetur, ergo cum contractus conjugalis ipsam naturae inclinationem in obligationem deducat, cohabitandi obligatio ex ipsa matrimonii natura orietur* » (*De sancto matrimonii sacramento disputationum libri tres*, lib. IX, disp., 4, n. 3).

(28) Mediante il patto coniugale si genera un vero e proprio dominio di quello che è stato attribuito e donato tra i coniugi, però per il fatto di essere un dominio « giusto », si sviluppa attraverso atti liberi dell'altro coniuge. È un dominio « *a través de la respuesta del otro, respuesta que es "debida"* », esto es, *necesaria en cuanto obliga-*

5. *La reazione pastoralista.*

Un punto forte del dibattito sull'essenza del matrimonio, è quello nel quale le posizioni diventano estreme fino a presentarsi come vere e proprie « reazioni » di fronte a le visioni tenute per sicure. Si possono vedere, da questo punto vista, due reazioni principali: la reazione pastoralista e quella « teologizzante ». Pur nel loro estremismo e nella loro diversità, queste proposte sollevano dei problemi interessanti, soprattutto quando non risparmiano critiche a quelle soluzioni finte o di compromesso, che nascondono i problemi reali.

La reazione pastoralista, nella sua presenza più estrema, prende di mira la concezione tradizionale sull'essenza del matrimonio per il fatto di concentrare la spiegazione dell'essenza del matrimonio intorno allo *ius in corpus* e al contrattualismo. Queste categorie sarebbero il principale ostacolo contro l'affermazione della persona nel matrimonio⁽²⁹⁾.

Sotto questo profilo, la reazione pastoralista si presenta come una « sincera » rottura con il passato⁽³⁰⁾, che viene identificato con il diritto autoritariamente imposto alla libertà personale. In sostituzione, si propongono soluzioni di tipo pastoralista all'unica problematica che si prende in considerazione: il dilagare dei fallimenti matrimoniali. Sono diverse le questioni di principio compromesse nella reazione pastoralista. Prendiamo in considerazione solo quella che fa riferimento all'essenza del matrimonio.

ción y libre en cuanto que de becho puede ser negada» (HERVADA, *La identidad del matrimonio*, cit., p. 289).

⁽²⁹⁾ « (...) après avoir réfléchi plus attentivement sur les textes mêmes du Concile Vatican II, je suis convaincu qu'il y a là une conception essentiellement différente. Tandis que la conception du Code est nettement contractualiste, celle de la constitution *Gaudium et spes* est nettement personnaliste » (P. HUIZING, *La conception du mariage dans le Code, le Concile et le 'Schema de sacramentis'*, « *Revue de droit canonique* » 27 (1977), p. 135). L'occasione di questo lavoro, come indica il suo titolo, è l'elaborazione del Codice di Diritto Canonico di 1983, che viene criticamente considerato — nella fase dello « *Schema de sacramentis* » — come il risultato di un accomodamento tra la concezione del Codice (del 1917) e quella del Concilio Vaticano II (*ibidem, passim*).

⁽³⁰⁾ Una certa solennità e fatalità farà dire a P. HUIZING que la sua concezione significa « *l'écroulement de tout notre bâtiment juridique ingénieux. Mais c'est une conséquence inévitable* » (HUIZING, *La conception du mariage*, cit., p. 142).

La reazione pastoralista nega che il matrimonio abbia un'essenza giuridica: la distinzione tra realtà matrimoniale essenziale e vita matrimoniale vissuta è inesistente. Tutt'al più il matrimonio potrà ritenersi oggetto di valori privati o pubblici, più o meno meritevoli di tutela legale, che dovrà tener conto prioritariamente della volontà individuale dei *partner* e che sarà sempre dipendente dal modello culturale vigente. Il fatto è che la reazione pastoralista non è propriamente una teoria, e molto meno una teoria giuridica. L'uso di una terminologia giuridica in questo contesto, è puramente strumentale, in vista di soluzioni pragmatiche⁽³¹⁾.

Il realismo giuridico è a questo proposito una proposta forte, che si confronta con il pastoralismo, non per questioni di territorialità scientifica ma per esigenze interne di difesa della verità della persona e del matrimonio. Nel pastoralismo, tutto resta tendenzialmente sciolto nella vita matrimoniale, nel divenire effettivamente verificato⁽³²⁾. Con queste basi diventa assurdo postulare un dover essere propriamente matrimoniale: i fatti solo si confrontano con altri fatti. La soluzione è inquietante, giacché nelle relazioni personali inarticolate giuridicamente, un confronto di fatti rischia di degenerare in un confronto di poteri, di forza. E non è da stupirsi

(31) La questione non è solo che le soluzioni che si propongono siano più o meno azzardate, ma è tutto il discorso che si presenta carico di una certa retorica che ostacola il dialogo scientifico. Per esempio, quando si dice che «*C'est un contresens de parler d'une union personnelle valide ou invalide, d'un amour conjugal valide ou invalide*» (HUIZING, *La conception du mariage*, cit., p. 142). Un altro esempio di questo modo proteico di esprimersi può vedersi in questo brano: «*En cas d'échec irrémédiable du couple, il s'agira de constater, humainement et raisonnablement, que les époux n'ont pas trouvé dans le mariage, voire dans le sacrement de mariage, le "ressort" qui aurait dû leur permettre, à travers et par-delà leurs faiblesses ou leurs défaillances, de cheminer vers un épanouissement relatif de leur amour conjugal et vers une foi plus explicite (...). On constatera nécessairement qu'une évolution a eu lieu et que cette évolution ne correspond pas au tracé caractéristique de l'évolution du mariage chrétien c'est-à-dire du mariage devant aboutir à une unité humaine et spirituelle toujours plus poussée*» (J. BERNHARD, *Perspectives renouvelées sur l'hypothèse de la consommation existentielle et dans-la-foi du mariage chrétien*, «*Revue de droit canonique*» 24 (1974), p. 342).

(32) È proprio questo il contenuto a cui evoca il nome della teoria di BERNHARD sulla *consommation existentielle et dans la foi* e il suo sviluppo (cfr. *Perspectives renouvelées*, cit., *passim*; *Réflexion sur la dynamique de l'engagement matrimonial en droit canonique*, «*Revue de droit canonique*» 27 (1977), pp. 290-301).

che un rapporto di questo genere finisca per cristallizzarsi in una sottomissione del debole da parte del forte⁽³³⁾.

Il fatto che la reazione pastoralista non sempre si proponga con accenti di contestazione aperta, non fa che promuovere delle soluzioni apparentemente moderate che, in un certo senso, nascondono la capacità di dissoluzione che abbiamo appena accennato⁽³⁴⁾. Anzi, è possibile che alcune proposte dottrinali abbiano,

(33) Agli autori della reazione pastoralista, come si è visto, piace presentare una conflittualità essenziale tra la dimensione personale del matrimonio e quella giuridica. Indipendentemente della scarsità degli argomenti che adoperano a questo scopo (come, per esempio, la creazione di una nozione di *droit personaliste* di profili piuttosto scuri; cfr. HUIZING, *La conception du mariage*, cit., p. 139) è interessante mettere in rilievo che la questione non può risolversi se non con una visione profonda della realtà personale: «*cuando al hombre se le aplica la noción de persona y se le despoja de la noción de naturaleza, desaparece automáticamente toda posibilidad de hablar de un orden objetivo, porque es la naturaleza la que es capaz de ser norma de conducta; no la persona considerada como pura existencia. Por eso el orden grabado en el ser del hombre es denominado Derecho natural y no Derecho personal o de la persona. La persona es sujeto de derechos subjetivos y de deberes, pero — sin considerar su naturaleza — no es ley o norma*» (HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, cit., p. 128). Alcune riflessioni interessanti sul «personalismo» degli autori della reazione pastoralista si trovano in J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (I precedenti remoti del canone 1095 CIC'83)*, «*Ius Ecclesiae*» IV-1 (1992), pp. 79-150.

(34) Uno dei rischi più concreti dell'atteggiamento esclusivamente pastoralista (diverso ovviamente dell'orientamento pastorale che ha tutto il diritto canonico per il fatto di essere il diritto della Chiesa) è quello di piegarsi alla separazione tra comprensione oggettiva dell'uomo e evoluzione culturale o storica, che conduce necessariamente a tradurre l'attenzione alle necessità personali e ecclesiali in un pragmatismo, eventualmente giustificato con ragioni di tipo culturale e storiche. A nostro avviso, è quello che accade con la posizione di L. ÖRSY. Questo autore prende spunto da una giusta attenzione alle diverse sensibilità culturali in materia matrimoniale: «*We have to be careful not to make an exaggerated version of Western personalistic philosophy so absolute that the marriages of Christians living in another culture should be considered invalid (...). None the less, it will remain a key concept in the law of marriage, steadily interpreted and refined, but never quite defined*» (L. ÖRSY, *Marriage in Canon Law*, Delaware 1988, pp. 51-52). Il vero problema è che si sviluppa una teoria globale di quello che è culturale e storico, e la si proietta su tutta la riflessione sul matrimonio, non escludendo elementi essenziali di questa realtà: «*(...) through a historical process, the church has formed the prudential judgment that for the sake of the common good, no dispensation from the bond of a sacramental and consummated marriage must be given (...). If ever in history prudence would dictate a different judgment, the light and strength of the Spirit will be there again to guide the church*» (ÖRSY, *Marriage in Canon Law*, cit., p. 277). Questi atteggiamenti pastoralisti lasciano trasparire in fondo

senza nemmeno saperlo, questi presupposti: è un rischio ulteriore derivante dall'aver staccato la riflessione fondamentale sul matrimonio, dalle soluzioni ritenute «tecniche» ai problemi della pastorale e della pratica giuridica⁽³⁵⁾.

In sintesi, la reazione pastoralista è stata la posizione dottrinale che ha messo a nudo la crisi di senso che si traduce nell'opposizione tra natura e cultura ed, in ultima analisi, tra natura e libertà. Il realismo giuridico si confronta con questo tema, e ripristina gli elementi che consentono di parlare di una «realtà matrimoniale oggettiva».

Forse è questo il punto in cui il realismo giuridico ha sviluppato una riflessione più profonda e coerente. Indipendentemente della priorità cronologica concreta tra gli studi di J. HERVADA sul matrimonio e sul diritto, è evidente la coerenza della sua concezione, fortemente imperniata sul realismo come prospettiva primaria. Lo studio dell'essenza del diritto chiarisce l'ambito in cui l'es-

un vero e proprio scetticismo sulla possibilità di cogliere punti centrali delle realtà più profondamente umane, che restano alla fine assoggettate all'arbitrarietà del singolo o di chi deve decidere nel caso concreto. L'opzione scettica e prammatica è insinuata in questa parole, in riferimento a aspetti essenziali del matrimonio, che chiudono il lavoro di ÖRSY: «*There is no way of answering such questions with precision in our present state of knowledge; nor is it necessary to answer them before action can be taken*» (ÖRSY, *Marriage in Canon Law*, cit., p. 294).

⁽³⁵⁾ È quello che accade quando si pretende di fondare l'unione coniugale sulle «personalità, qualità ed attitudini» del coniugi, nella prospettiva di rivalutare il valore della relazione matrimoniale come «relazione interpersonale» (cfr. J.M. SERRANO, *Acerca de algunas notas específicas del derecho y deber conyugal*, «Revista española de Derecho canónico» 30 (1974), n. 85, pp. 19-23). Con questa intenzione, si focalizza la unione matrimoniale in una sorta di complementarità soggettiva, certamente interessante dal punto di vista psicologico ma piuttosto lontana del concreto problema giuridico: la interpersonalità «(...) da una parte, porterà a una acuta valutazione delle singolarità irripetibili proprie di ogni individuo; e dall'altra, a una non meno accurata valutazione delle due personalità, delle qualità e delle attitudini, per discernere non solo la loro entità autonoma e separata, ma anche il loro essere e la loro funzionalità nell'interazione di ogni singola coppia umana» (SERRANO, *Ispirazione conciliare nei principi giuridici del matrimonio canonico*, in *Il codice del Vaticano II*, Bologna 1985, p. 38). Una critica profonda dal punto di vista dei presupposti del realismo giuridico, alle opinioni di SERRANO (concretamente nell'ambito dei suoi contributi giurisprudenziali sull'incapacità nel matrimonio) si trova in 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, pp. 101-135.

senza del matrimonio va mostrata, e lo studio dell'essenza di una relazione giuridica concreta che è quella matrimoniale è un ambito reale e concreto dove si mettono alla prova le conclusioni a cui si è pervenuto sull'essenza del diritto. La convergenza dei risultati è probabilmente la miglior prova di realismo e dunque di verità. Naturalmente, i limiti di questo lavoro non ci consentono di approfondire queste tematiche⁽³⁶⁾.

6. *La reazione «teologizzante».*

Quella che abbiamo denominato reazione «teologizzante» merita un breve commento. Ha pure delle connessioni con questioni di fondo riguardanti la concezione della realtà, particolarmente in ciò che fa riferimento al rapporto tra il naturale e il soprannaturale⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Una sintesi notevole dell'armonia tra le intuizioni di HERVADA sul diritto come ciò che è giusto, e del matrimonio come *una caro* (nella sua traduzione metafisica come «unità nelle nature») si trova in queste parole di ERRÁZURIZ: «se il diritto è ciò che è dovuto a una persona da un'altra in giustizia, secondo la classica definizione romana di giustizia come *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (*Digesto*, 1, 1, 10), nella quale il diritto è visto come oggetto della giustizia, allora l'aspetto giuridico è costitutivo ed essenziale della relazione matrimoniale. La peculiarità di questa relazione risiede giustamente nel suo oggetto, che sono le stesse persone dei coniugi in quanto tali. Il giusto matrimoniale non sono certe prestazioni dei coniugi, e molto meno determinati beni patrimoniali legati all'unione: sono le persone del marito e della moglie nella loro reciproca condizione di coniugi. Sono loro che si appartengono reciprocamente senza perdere per questo la loro intrasferibile libertà e responsabilità personale, ossia senza trasformarsi in oggetto dell'altra parte» (C.J. ERRÁZURIZ, *Verità del matrimonio indissolubile e giustizia*, cit., pp. 587-588).

⁽³⁷⁾ Secondo CORECCO l'unica connessione esistente tra i due ambiti sarebbe precisamente la realtà matrimoniale: «Senza il sacramento del matrimonio anche la Chiesa rimarrebbe disincarnata e in posizione estrinseca rispetto all'esperienza storica dell'umanità, entro la quale il matrimonio ha conservato, sia pure in modo non esclusivo, la centralità di significato ricevuto nell'economia della creazione. La Chiesa diventerebbe in questo modo una semplice sovrastruttura rispetto alla storia reale dell'uomo, poiché non la compenetrerebbe con l'efficacia della sua Grazia in uno dei suoi elementi imprescindibilmente costitutivi» (E. CORECCO, *Il sacramento del matrimonio: cardine della costituzione della Chiesa*, in *Ius et communio. Scritti di Diritto Canonico*, Lugano-Casale Monferrato 1997, vol. II., p. 577). Come può vedersi, il sacramento del matrimonio riceve una accentuazione quasi assoluta come strada per la realizzazione dell'ecclesialità nella storia. Questa affermazione, però, è portatrice d'un oscuramento della valenza della natura umana, dovuto all'idea della Chiesa che si difende. Infatti, la

Va sottolineato che la sfiducia di fronte alla conoscenza razionale, che emerge di questa posizione dottrinale, inalberata come resistenza alla secolarizzazione, presenta paradossalmente i profili di una resa⁽³⁸⁾. L'assorbimento della realtà matrimoniale naturale in quella soprannaturale fino a negarla, equivale a costruire la propria casa su un'isola, con le macerie del ponte che l'univa al resto del mondo. L'encomiabile intenzione ultima, quella di proteggere l'identità soprannaturale del matrimonio cristiano, può diventare alla fin fine un ostacolo per l'evangelizzazione della cultura e del matrimonio.

sintesi di storia dell'umanità penetrata dalla storia della Chiesa e ripresa dopo la superazione del peccato, si tradurrebbe nella vigenza dei consigli evangelici e nel matrimonio elevato alla dignità sacramentale. Perciò «in quanto memoria dello stato di giustizia originale e segno profetico dello stato della natura umana nella visione beatifica, essi costituiscono l'elemento di continuità tra i due poli della storia dell'umanità: lo stato originale e lo stato finale, in cui lo stato di giustizia originale sarà restaurato e superato dalla visione beatifica» (CORECCO, *Il sacramento del matrimonio: cardine*, cit., pp. 575-576). La posizione di CORECCO è fortemente dipendente di quella di HANS URS VON BALTHASAR, *Christlicher Stand*, Einsiedeln 1977, esp. pp. 51-314.

⁽³⁸⁾ Questa sfiducia si estende a tutto quello che poggia sulla natura umana, come è il caso della socialità naturale che sottostà alla medesima. Questa socialità naturale, e il diritto naturale che ne è cardine, è ritenuta indipendente della socialità ecclesiale che resta racchiusa in se stessa ed esclusivamente riconoscibile attraverso la fede: «Non si tratta più di stabilire il nesso tra una realtà divina conosciuta solo razionalmente, ed una naturale, ma tra la realtà divina, soprannaturale e trascendente, conoscibile solo per fede, con quella ecclesiale, che per definizione e già una realtà sacramentale, vale a dire una realtà soprannaturale immanente — perché incarnata — nella storia, ma non conoscibile razionalmente» (E. CORECCO, *Diritto*, in *Ius et communio. Scritti di Diritto Canonico*, Lugano-Casale Monferrato 1997, vol. I., p. 129). La traduzione di questa posizione nell'ambito del diritto è quella di abbandonare gli strumenti razionali, a beneficio di quelli prettamente teologici: «La canonistica deve perciò abbandonare ogni preconcezione giusnaturalistico-filosofica del diritto, non solo di estrazione razionalistica ma anche cristiana, come quella elaborata dal pensiero medioevale nella sintesi tomistico-suaresiana. Questa nozione formale di diritto era stata elaborata in funzione di un sistema filosofico o teologico in cui il diritto era considerato primariamente come fenomeno antropologico-naturale. L'unità tra il diritto divino-positivo e quello canonico-umano non può perciò essere stabilita attraverso la mediazione del diritto naturale» (*Ibidem*). Una riflessione sui fondamenti di questa corrente, fatta dalla prospettiva del realismo giuridico può vedersi in C.J. ERRÁZURIZ, *Brevi annotazioni circa il pensiero di Eugenio Corecco (A proposito del libro di E. Corecco, Theologie et droit canon. Écrits pour une nouvelle théorie générale du droit canon)*, «*Ius Ecclesiae*» 5 (1993), pp. 753-762; anche, dello stesso autore, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del Diritto Canonico*, Milano 2000, pp. 69-75.

Poiché si rende non riconoscibile la rivelazione della restaurazione della «verità del principio» sul matrimonio, si consacra un'incomunicazione totale tra il matrimonio come realtà umana e il matrimonio come realtà ecclesiale sacramentale.

Il realismo giuridico è pronto a pagare il prezzo della fatica, che peraltro gli impone la realtà: esiste un'unica ed identica realtà matrimoniale naturale, nel matrimonio sacramentale e in quello non sacramentale⁽³⁹⁾. Esiste, dunque, un'essenza del matrimonio, profondamente radicata nelle nature e quindi nelle persone dei coniugi, che è unica per tutti i matrimoni veramente tali. Le luci che il cristiano riceve sul matrimonio attraverso la Rivelazione illuminano non solo il disegno soprannaturale, ma anche quello naturale e di conseguenza attribuiscono al pensiero cristiano una responsabilità di fronte a tutti gli uomini.

Concludendo, il realismo giuridico, con la forza della tradizione su cui poggia, non ha risparmiato lo sforzo del dialogo, di porsi le stesse domande che si fanno i contemporanei, di schierarsi con loro quando è possibile e in contrasto con loro quando non lo è. Il risultato è una visione che sorge nella comunità scientifica dei canonisti, appunto perché ritiene che sia questo un luogo dove il pensiero cristiano ha messo a fuoco la verità naturale e soprannaturale sul matrimonio con particolare precisione.

⁽³⁹⁾ La visione del matrimonio come unità nelle nature, centrale nel pensiero di HERVADA, riempie di profondità la interpenetrazione tra contratto e sacramento, nella terminologia della tradizione teologica e canonica: «*la dimensión sobrenatural no es una realidad "ocasional" (dada con ocasión de) respecto del matrimonio sino una dimensión que "penetra" en toda la realidad conyugal, de modo que, respetando siempre las relaciones entre naturaleza y gracia, la dimensión sobrenatural (...) supone, recoge, sana, levanta y engrandece a la institución natural*» (J. HERVADA, *La sacramentalidad del matrimonio*, in *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona 1987, p. 315; anche in *Una Caro. Estudios sobre el matrimonio*, cit., pp. 694-695).

