

DE INCONSUMMATIONE PROUTI DIVORTII CAUSA IN IURE CANONICO ET IN IURE ITALICO

SUMMARIUM: 1. De aliquibus animadversionibus introductoriiis. 2. De inconsummatione et divortio in iure canonico. 2.1. De matrimonii indissolubilitate et consummatione. 2.2. De inconsummationis sensu. 3. De inconsummatione et divortio in iure italico. 4. De quibusdam animadversionibus conclusivis.

1. DE ALIQUIBUS ANIMADVERSIONIBUS INTRODUCTORIIS

Inconsummatio est causa divortii in utroque iure, canonico et italico. Dum tamen in Ecclesia perantiqum morem iuridicum constituit¹, in ordinamentum italicum factispecies nostra, ratione saltem habita matrimonii civilis, nuper immissa est, cum, post saecularem contentionem², per legem 1.XII.1970, n. 898³ divortium introductum est.

Nihilominus animadvertendum est canonicam

¹ De ortu huius instituti cfr. e.gr.: E. SAURWEIN, *Der Ursprung des Rechtsinstitutes der päpstlichen Dispens von der nicht volzogenen Ehe. Eine interpretation der Dekretalen Alexanders III. und Urbans III.*, Roma, 1980.

² Cfr. M. FIORE, *La vicenda del divorzio in Italia nei progetti di legge*, in AA.VV., *Studi sul divorzio*, a cura della cattedra di diritto ecclesiastico dell'Università di Roma, con saggio introduttivo di P.A. d'Avack, Padova, 1972, pp. 11-49; A. GALOPPINI, *Profilo storico del divorzio in Italia*, in AA.VV., *Commentario sul divorzio*, a cura di P. Rescigno, Milano, 1980, pp. 1-73.

³ Cfr. art. 3, 2, f).

factispeciem italico iuri diu externam non permansisse: primum, ante codicem civilem italicum anni 1865 revocationis gratia, quamvis interdum haud sine aliqua exceptione⁴, ipsi iuri canonico ad matrimonium quod attinet statutae ab ordinamentis Rerum Publicarum Italiae non adhuc unae (de hac iuridica condicione serotina ac mira exsecutio fuit sententia diei 14.I.1880⁵ romani tribunalis appellationis ad matrimonium⁶ inter Iosephum Garibaldi et Iosephinam Raimondi spectans); iterum propter art. 34 (et

⁴ Ita exempli gratia in Regno Sardoniensi art. 108 codicis civilis a rege Carolo Alberto promulgati anno 1837 statuit: «Il matrimonio si celebra giusta le regole, e colle solennità prescritte dalla Chiesa Cattolica, salvo ciò che è... stabilito riguardo ai non cattolici ed agli ebrei».

⁵ In *Foro italiano*, 5/1 (1880) col. 161-172 (cum adnotatione G. Giuliani, *ibidem*, col. 163-165).

⁶ De huiusmodi casu (sub ratione historica cfr. e.gr.: M. MULINACCI, *La bella figlia del lago. Il matrimonio Garibaldi-Raimondi alla luce di nuovi documenti inediti*, Torino, 1970; V. POLLI, *Garibaldi, Giuseppina Raimondi, Gigio Caroli*, Milano, 1982), sub iuridica ratione, cfr. defensionem ipsius G. Garibaldi a P.S. Mancini peractam et publicis iuris factam in *Questioni di diritto*, vol. II, Napoli, 1880, pp. 5-156 et improbationes agitatas a C.F. Gabba (cfr. *Confutazioni della sentenza della Corte di appello di Roma in causa Garibaldi-Raimondi*, Milano, 1880). Cfr. quoque e.gr.: M.R. SAULLE, *Appello Roma 26 dicembre 1879: Garibaldi c. Raimondi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 58 (1975) pp. 222-224; D. BARILLARO, *Raimondi-Garibaldi: matrimonio rato e non consumato*, in *Il diritto ecclesiastico*, 80/1 (1979) pp. 242-247; C. BERNARDINI, *Sulla esecutività civile della dispensa "super rato"*, in AA.VV., *Esecutorietà civile delle decisioni canoniche in materia matrimoniale*, Roma, 1983, pp. 61-63; C. BERNARDINI, *Giurisprudenza delle Corti italiane in tema di esecutività di sentenze ecclesiastiche dichiarative di nullità di matrimonio*, in AA.VV., *Giustizia e servizio. Studi sul nuovo codice di diritto canonico in onore di Mons. Giuseppe de Rosa*, Napoli, 1984, pp. 85-86.

intra fines huius effectus) pacti concordati, subsignati in Laterano die 29.II.1929 inter S. Sedem et Italiam, usque ad sententiam tribunalis constitutionalis n. 18 diei 22.I.1982⁷, quae canonicam factispeciem circa inconsummationem in iure italico exsecutioni mandari non posse decrevit, ita ut in novo concordato diei 18.II.1984 de hac re non iam amplius actum fuerit; attendendum praeterea est exsistentiam utriusque factispeciei (canonicae scilicet et civilis) uno eodemque tempore in iure italico — ab anno 1970 usque ad annum 1982 — haud parvi problematis causam fuisse⁸.

Nunc magna diversitas inter utramque factispeciem notanda est. Nam res nostra, canonice, inclusa est in aliqua oeconomia iuridica cui propriissimum est principium indissolubilitatis⁹, civilistice in italico ordi-

⁷ Cfr. huiusmodi sententiam, e.gr., apud, S. DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Milano, 1987, pp. 373-429, et *ibidem* adnotationes bibliographicas, pp. 428-429.

⁸ Cfr. C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio e divorzio*, in AA.VV., *Studi sul divorzio* (cfr. adn. 2), pp. 309-314; R. BOTTA, *Matrimonio rato e non consumato e divorzio: una nuova eccezione di incostituzionalità*, in *Il diritto ecclesiastico*, 84/1 (1973) pp. 240-258; C. MIRABELLI, *Profili costituzionali della legge sul divorzio*, in AA.VV., *Commentario sul divorzio* (cfr. adn. 2), pp. 89-91; R. BOTTA, *Nullità separazione e divorzio nel matrimonio religioso con effetti civili*, *ibidem*, pp. 193-194; M.E. POGGI, *Cause di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio*, *ibidem*, pp. 257-260; A. D'ANTONIO, *Il divorzio (L. 1º dicembre 1970, n. 898)*, Padova, 1983, pp. 142-143, 171-172.

⁹ Cfr. P.A. BONNET, *Il principio di indissolubilità nel matrimonio quale stato di vita tra due battezzati*, in *Ephemerides iuris canonici*, 36 (1980) pp. 9-60, in AA.VV., *Studi sul matrimonio*, a cura di P. Fedele, Roma, 1982, pp. 175-235.

namento, e contra, posita est in aliquo systemate quod — sicuti, non sine aliqua nimietate¹⁰, scriptum est¹¹ — in dissolubilitate, immo in divortii favore, nititur.

Nexus inter canonicam et civilem factispeciem certe deprehenditur in ipso ortu inconsummationis prouti causae divortii in lege italica. Re vera res nostra, quae in prioribus schematibus circa divortium non habebatur¹² et tantum immissa est in rogationem ad legum latorum coetum die 5.VI.1968¹³ latam, in comitante relatione explanatur simpliciter per revocationem ad ius canonicum¹⁴. Caeterum, quamvis diversis sub modis ac rationibus, relationes collegiorum legum latorum coetuum atque communicationes in generalibus conventibus ad hanc legem ferendam pertinentibus clare confirmant evocationem ad ius canonicum¹⁵.

Praeterea hac in re necessitudo inter ius canoni-

¹⁰ Cfr. F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, libro I, titolo VI, cap. 1°-5°, tom. I, parte II, Torino, 1981², pp. 611-613.

¹¹ Cfr. L. BARBIERA, vocem, *Divorzio, I) disciplina sostanziale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, p. 3 (ispius vocis). Cfr. infra, adn. 103.

¹² Quoad hoc cfr. C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), adn. 2, pp. 287-288; M.E. POGGI, *Cause di scioglimento* (cfr. adn. 8), p. 256.

¹³ Cfr. scripturam huius schematis e.gr. in *Il diritto ecclesiastico*, 79/2 (1968) pp. 440-442. Nostra factispecies inest in art. 3, 2,e) (cfr. *ibidem*, p. 441).

¹⁴ Cfr. relationem quae adiuncta est schemati n. 1 diei 5.6.1968, in *Atti parlamentari. Camera dei deputati. V legislatura. Disegni e proposte di legge. Documenti n. 1*, p. 20, cfr. quoque, in *Il diritto ecclesiastico*, 79/2 (1968) pp. 467-468.

¹⁵ Cfr. C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), pp. 289-291.

cum et italicum nitebatur quoque in voluntate aequandi divortio condicionem civium, usque adhuc diversam quoad hoc propter matrimonium diducendi facultatem, quae tantum spectabat, quamvis propter unicam hanc causam (id est, ob dissolutionem matrimonii rati et non consummati), ad contrahentes iuxta normam art. 34 pacti concordati anni 1929¹⁶. Huiusmodi ratio in mentem legem divortii rogantium etiam occurrit, sicuti relatio schema comitans liquido praebet¹⁷.

Ex alia parte revocatio ad canonicam factispeciem italicum legislatorem certe perduxit, prouti etiam patet ab argumento asseverato ab iis qui censuerunt schema illius legis, iam prima vice ab uno legum latorum coetu probatum die 28.XI.1969¹⁸, re vera emendandum esse (sicuti postea correctum est) quoad amissionem iuris divortium faciendi post duos annos a matrimonii celebratione. Nam emendatio illa efficiebatur et cogeatur ex defectus cuiuscumque termini temporalis ad materiam nostram quod spectat in iure Ecclesiae¹⁹.

¹⁶ Cfr. e.gr.: D. BARILLARO, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, in *Il diritto ecclesiastico*, 85/2 (1974) p. 377; M.E. POGGI, *Cause di scioglimento* (cfr. adn. 8), pp. 256-257; A. D'ANTONIO, *Il divorzio* (cfr. adn. 8), p. 141; L. BARBIERA, *vocem, Divorzio, I* (cfr. adn. 11), p. 5 (ipsius vocis).

¹⁷ Cfr. relationem quae adiuncta est schemati (cfr. adn. 14), in *Atti parlamentari*, p. 20, in *Il diritto ecclesiastico*, p. 468.

¹⁸ Cfr. scripturas, alias ad ceterorum latus dispositas, probatas a popularium legatorum coetu (vulgo, Camera dei deputati) die 28.11.1969 et a Rei Publicae Senatu die 12.X.1970, ad nostram rem quod attinet, in *Il diritto ecclesiastico*, 81/2 (1970) p. 414.

¹⁹ Cfr. *Atti parlamentari. Senato della Repubblica. V legislatura. Assemblea*, p. 17411.

Omnia, quae usque adhuc diximus, fidem afferunt legislatoris menti²⁰ in ordinamentum italicum transponendi canonicam dissolutionem matrimonii rati et non consummati. Observamur igitur iuridico illo quod appellatur translatio seu *transplantatio* alicuius factispeciei a iure canonico in ordinamentum italicum. Ante nostrae rei studium magnae utilitati est, prouti nobis videtur, brevi sermone ad aliquas generales notas circa normarum transplantationem attendere. Hoc lineamenta quoque nostrae ratiocinationis aliquo saltem modo definire potest.

Ante omnia animadvertendum est normarum transplantationem ab uno in aliud ordinamentum aliquid esse, in universo iuris et quidem omni tempore, usitatum²¹, in omnibus praeterea iuridicis regionibus, matrimoniali quoque haud excepta²², diffusum. Huiusmodi phaenomenon aliquando in ordinamenta inter se diversa²³ fluit, sicuti sunt canonicum et italicum, quae saepe quoad hoc copulantur²⁴. Transplantatio in compluribus causis²⁵ nititur. Aliquando, prou-

²⁰ Cfr. C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), p. 291.

²¹ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un' "Approccio" al diritto comparato* (*Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimburgh, 1974, traduzione di J. Morley e L. Lonardo), introduzione di L. Lonardo, Napoli, 1984, pp. 19-83.

²² Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme* (cfr. adn. 21), pp. 85-86.

²³ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme* (cfr. adn. 21), pp. 83-84.

²⁴ Cfr. quae, ratione habita matrimonii, animadvertit G.B. VARNIER (cfr. *Divorzio civile e dispensa canonica "super rato": una deludente realtà con qualche nuova prospettiva*, in *Il diritto ecclesiastico*, 98/1 (1987. Studi in onore di Luigi de Luca) pp. 1118-1119).

²⁵ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme* (cfr. adn. 21) p. 87.

ti fortasse in casu nostro, huic rei externae non sunt illecebrae alicuius veteris atque accepti usus, scientia et iurisprudencia locupletissimi, ad instrumenta iuridicae technologiae instituenda habilis.

Huiusmodi mutua ac continua commutatio nihil detrahit alicuius ordinamenti propriissimae identitati, positae atque infixae in illis notis quae ex singulis unam efficiunt communitatem, et quidem quocumque loco seu gradu (ad corporis exercitationem, ad vitam politicam, ad rem religiosam... spectantem), sive parvam, sive magnam, sive domesticam, sive internationalem, sive aliis externam, sive in aliis comprehensam²⁶. Proprietas uniuscuiusque iuris ceterum luculenter probatur rerum mutationibus quoad normarum significationes, quae fere semper, et ob diversas rationes, quamcumque transplantationem comitantur²⁷.

Ad summum res de qua agimus fecunditatem suam accipit, cum tellus "ordinamenti ad quem"prehendit normas translatas et ipsas alit propriis umoribus, qui generatim easdem trahunt ad alios exitus ratione habita "iuris a quo". Huiusmodi exitus in confusionem doctorum, qui conscii sunt de rei corruptione, incurrunt, non autem, communiter saltem, eorum qui in commercio iuridico cotidie versan-

²⁶ Cfr. sententiam nostram de pluralismo, quam alia occasione adumbravimus ratione sive sociali (cfr. vocem, *Pluralismo (in genere)*, a) *diritto canonico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milano, 1983, pp. 956-959) sive iuridica (cfr. "Continuità" e "discontinuità" nel diritto ecclesiale e nell'esperienza giuridica totale dell'uomo, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, a cura di G. Barberini, vol. I, Perugia, 1984, pp. 31-54).

²⁷ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme* (cfr. adn. 21), pp. 84-85.

tur quique malunt in normas notas, quamvis usu discrepantes, incumbere. Ex alia parte concursus ad iuridicas quaestiones solvendas haud spernendam virtutem habet etiam, cum, prouti fieri solet in commutationibus inter ius canonicum et italicum, norma transposita seu translatum institutum, in transplantatione, ratione habita originis non recte in novo ordinamento intelligitur²⁸.

Inquisitio nostrae factispeciei (cum suis immutabilitatibus ac praesertim mutabilitatibus) multis modis prodest, et quidem ad intelligentiam non tantum ipsius transplantationis in se spectatae, sed praecipue eiusdem phaenomeni effectus inter ordinamenta diversissima prouti sunt illud Ecclesiae et Italiae, maxime ipsius doctrinae quoad hoc neglegentia, nostra saltem aetate, perpensa. Hac ratione inquirere volumus exiguo sermone factispeciem de inconsummatione prouti divortii causa, ante omnia in iure canonico, deinde in italico ordinamento, aliquas breves conclusiones denique addendo.

2. DE INCONSUMMATIONE ET DIVORTIO IN IURE CANONICO

2.1 *De matrimonii indissolubilitate et consummatione*

Ad recte intelligendam inconsummationem prouti divortii causam in iure Ecclesiae, factispecies nostra, per eius contextum immediatum qui indissolubilitas est, in oeconomiam totius systematis matrimonialis inserenda est.

²⁸ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme* (cfr. adn. 21), pp. 86-87.

Indissolubilitas²⁹ constituit, iuxta can. 1056 c.c., aliquam matrimonii essentialem proprietatem³⁰. Agitur proinde de aliqua qualitate seu essendi modo qui deficere numquam potest in statu coniugii (de more appellato "matrimonium in facto esse"). Huiusmodi status a theologis et canonistis aetatis classicae (in quorum mente et codex iuris canonici anni 1983 nititur ad matrimonium quod attinet) ex notione "relationis" pendet. Nam apud scriptores XII et XIII saeculi "relatio" constituit optimum instrumentum per quod pluralitas subiectiva matrimonii propria in unum convertitur; propter hoc doctrina pedetemptim diffusa vinculum matrimoniale ad "relationem praedicamentalem" revocavit³¹.

Relationis notio in philosophia illius temporis optime praefinita est³². Ad mentem Aquinatis huiusmodi categoria «consistit tantum in hoc quod est ad aliud se habere»³³, id est «in ordine quodam unius rei

²⁹ Maiore cum amplitudine de indissolubilitate alibi egimus (cfr. *Il principio di indissolubilità* — cfr. adn. 9 —, in, *Ephemerides iuris canonici*, pp. 9-69, in, AA.VV., *Studi sul matrimonio*, pp. 175-235). In hoc studio novam quoque exploravimus viam ad hanc gravem quaestionem solvendam (cfr. *ibidem*, respective, pp. 52-69 et pp. 218-235).

³⁰ Cfr. quoque hoc P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano, 1985, pp. 13-16.

³¹ Cfr. F. SALERNO, *La definizione del matrimonio nella dottrina giuridica e teologica dei sec. XII e XIII*, Milano, 1965, adn. 18, p. 88.

³² Cfr. e.gr.: A. KREMPEL, *La doctrine de la relation chez Saint Thomas - Exposé historique et systematique*, Paris, 1952.

³³ *In libros physicorum*, 1.3, lect. 1, n. 6, in *S. Thomae Aquinatis opera omnia*, curante Roberto Busa, tom. 4, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1980, p. 77. Cfr. quoque eiusdem Aquinatis, *Summa theologiae*, 1, q. 32, a. 2 c, in *S. Thomae... opera* (cfr. supra in hac adn.), tom. 2, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1980, p. 235.

ad aliam»³⁴. Patet cogitationem de qua loquimur egregie necessitudinem seu vinculum inter virum et mulierem in matrimonio enuntiare, quoniam, si, verbis Scoti utendo³⁵, «esse essenziale relativi ut sic — sicuti peropportune Caietanus ait —, in ipso “ad” consistit»³⁶.

Notio nostra proinde optimum praebet auxilium ad intelligentiam essentiae ipsius “matrimonii in facto esse”. Caput in materia certe est locus quidam Hugucionis Pisani: «Dico ergo quod matrimonium non est aliquid, sed aliqua, non est unum sed duo scilicet vincula, quorum unum est in viro et eo coniungitur et colligatur uxori, alterumque est in uxore et eo coniungitur viro. Et illa duo vincula sese concomitantur quia si unum est et reliquum est, si unum desinit vel incipit esse, reliquum desinit vel incipit esse; et sunt duae qualitates vel potius duae relationes; et secundam unam earum vir dicitur respectu uxoris, secundum alteram uxor respectu viri. Secundum hoc ergo, coniunctio... non tenetur active vel passive, sed qualitative vel relative»³⁷.

³⁴ *In libros metaphysicorum*, 1.5, lect. 17, n. 4, in *S. Thomae... opera* (cfr. adn. 33), tom. 4 (cfr. adn. 33), p. 439.

³⁵ *In librum praedicamentorum quaestiones*, q. 28, n. 3, in *Ioannis Duns Scoti, doctoris subtilis opera omnia*, quae hucusque reperiri potuerunt, collecta, recognita, notis, scholiis et commentariis illustrata, a PP. Hibernis, Collegii Romani S. Isidori professoribus, tom. 1, Lugduni, 1639, p. 163. Paulo post adhuc scribit: «Relatio est essentialiter habitudo ad aliud» *ibidem*, q. 29, n. 6, in *Ioannis Duns Scoti... opera* (cfr. supra in hac adn.), tom. 1, p. 165.

³⁶ *Commentaria in Porphyrii Isagogen ad praedicamenta Aristotelis*, editionem curavit, praemissa Auctoris vitae operumque descriptione, I.M. Marega, Romae, 1934, c. 1, p. 31.

³⁷ Usi sumus exemplare quod huius loci Ugucionis *Summae* (in manuscriptu Bibliothecae Apostolicae Vaticanae, vat. lat.,

Ad effingendam essentiam "matrimonii in facto esse" categoria "relationis" ita illo tempore sese fundit ut communis evaderet³⁸. Re vera ad statum matrimoniale definiendum hoc verbo usi sunt, una cum canonistis, etiam magni scholastici: Alexander Halensis³⁹, Bonaventura Balneoregiensis⁴⁰, Albertus Magnus⁴¹, Joannes Duns Scotus⁴². Non aliter etiam Aquinas de hac re scripsit. «Relatio quae est matrimonium, ex una parte habet unitatem in utroque extremorum, scilicet ex parte causae, quia ad eandem numero generationem ordinatur; sed ex parte

2280, f. 260^r) a F. SALERNO peractum est (*la definizione del matrimonio* — cfr. nota 31 —, adn. 18, pp. 89-90).

³⁸ Cfr. F. SALERNO, *La definizione del matrimonio* (cfr. adn. 31), adn. 28, p. 32. Cfr. praesertim plurima loca doctrinae sive theologorum sive canonistarum saeculi XII et XIII, quam maxime in se ipsa pro hac re significantia, ab illustri canonista memorata (*ibidem*, adn. 28, pp. 28-32 et adn. 18, pp. 88-106).

³⁹ Cfr. *Glossa in quatuor libros Sententiarum Petri Lombardi*, nunc denuo reperta atque primum edita, studio et cura PP. Collegii S. Bonaventurae, tom. 4, *In librum quartum*, Quaracchi (Florentiae), 1957, d. 27, 1, g, p. 466.

⁴⁰ Cfr. *Commentaria in quatuor libros Sententiarum Magistri Petri Lombardi*, l. 4, d. 27, a. 1, q. 2, in *Doctoris Seraphici S. Bonaventurae, S.R.E. Episcopi Cardinalis, opera omnia* edita studio et cura PP. Collegii a S. Bonaventura, tom. 4, ad Claras Aquas (Quaracchi), 1889, pp. 677-678.

⁴¹ Cfr. *Commentaria in quatuor libros Sententiarum*, l. 4, d. 27, a. 1, in *Beati Alberti Magni, Ratisbonensis Episcopi, Ordinis Praedicatorum, opera omnia*, ex editione lugdunensi religiose castigata et pro auctoritatibus ad fidem vulgatae versionis accuratiorumque patrologiae textuum revocata auctaque B. Alberti vita ac bibliographia suorum a PP. Quétif et Echard exaratis, etiam revisa et locupletata cura ac labore Augusti Borgnet, vol. XXX, Parisiis, 1894, p. 128.

⁴² Cfr. *Quaestiones in lib. IV Sententiarum*, d. 26, q. unica, concl. 5, n. 16, in *Ioannis Duns Scoti... opera* (cfr. adn. 35), tom. 9, Lugduni, 1639, p. 597.

subiecti habet diversitatem secundum numerum; et ideo haec relatio est una et multiplex: et secundum quod est multiplex ex parte subiecti, significatur his nominibus uxor et maritus; secundum autem quod est una, significatur hoc nomine matrimonium»⁴³. Hac categoria isti Auctores non tantum intellexerunt omnia ad "matrimonium in facto esse" quod pertinet una comprehensione complecti, sed etiam declarare illam implexam condicionem in qua vir et mulier mutuo versantur. In hac condicione ipsi sese obligatos confitentur tota persona, quoniam ista, prouti *in diverso sexu* consistit⁴⁴ (et huiusmodi dissimilitudo suo modo totam fere subiectivitatem continet) naturaliter praeconstituta est restitutioni in unitatem totius hominis.

Nam sexualitas ad intimam constitutionem pertinet totius hominis, qui hoc modo fit vir vel mulier, prout cuiusque natura vivens dynamismum propriae existentiae in mensura haud permixtae unitatis quae vocare quoque possumus "Nos". Re vera sexualitas non est regionale quiddam, sed potius qualitas quae oritur ab ipso principio physico-psychico, quaeque — singulari sua ratione — conficit omnes hominis mensuras et una simul, sua vice, ab omnibus illis conficitur. Sexualitas non est *aliquid quod* homo reapse

⁴³ In *IV Sententiarum*, d. 27, q. 1, a. 1 a, ad 3, in *S. Thomae... opera* (cfr. adn. 33), vol. I, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1980, p. 584.

⁴⁴ De capitali habitudine inter sexualitatem et matrimonium cfr. quae alibi scripsimus (*L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. I. Il momento costitutivo del matrimonio*, Padova, 1976, pp. 61-182 et 291-314; *Introduzione al consenso* — cfr. adn. 30 —, pp. 17-21; *L'impedimento di impotenza*, in AA.VV., *Gli impedimenti al matrimonio canonico. Scritti in memoria di Ermanno Graziani*, Città del Vaticano, 1989, pp. 101-113).

habet una cum multis aliis rebus, sed habitus praecipuus in quo ipse *est* quoad omnia, et sine quo nec cogitare nec ad effectum adducere potest reliqua propria vitalesque quae supersunt necessitudines⁴⁵.

Propter huiusmodi caput vir et mulier vivunt dialecticam mutuam habitudinem, dynamicè perpetuo progredientem atque alterutrum sibi devincientem. Huiusmodi dynamismus, qui peragrat ab imo ad summum (vel potius e converso a summo ad imum) integrum hominem in corpore et spiritu⁴⁶, secum trahit "alteritatem" ut formet plenius in dies, una cum propria identitate ad differentias pertinente, personalitatem cuiusque propriam in sexuali nexu maiore vitalitate gaudentem. At intelligere reapse nequimus singularitatem huiusmodi necessitudinis sexualis, nisi spectamus virum et mulierem vivere tantum pro ipsa posse. Immo coniuges cotidie magis et magis extruere debent illam sexualem necessitudinem prouti aliquid singulare "Nos"⁴⁷, in quo una simul cum insuperabili

⁴⁵ Re vera sexualitas non est «puramente una determinazione regionale, funzionale, ma una proprietà della natura dell'uomo, che nasce dalla sua prima origine fisico-psichica, una proprietà, che — in un modo sempre particolare — condetermina tutte le dimensioni materialmente delimitabili dell'uomo, e che quindi, a sua volta, viene condeterminata da esse tutte. La sessualità non è qualcosa, che l'uomo "ha" "anche" accanto a molto altro, ma un modo di fondo, in cui egli è in tutto, e quindi qualcosa, senza cui non possono essere realmente pensate né realizzate le sue restanti caratteristiche e i suoi rapporti esistenziali» (U. RANKE-HEINEMANN, *La condizione sessuale fondamentale dell'uomo*, in AA.VV., *Chiesa uomo e società — Handbuch der Pastoraltheologie*, 1. Band, 4. Kapitel, Freiburg im Breisgau, 1970, traduzione di G. Conterno —, Brescia, 1970, pp. 31-32).

⁴⁶ Cfr. J. DE FINANCE, *L'affrontement de l'aure. Essai sur l'altérité*, Roma, 1973, p. 23.

⁴⁷ Cfr. G. MADINIER, *Conscience et amour. Essai sur le "Nous"*, Paris, 1962³.

alterutrius alteritate quaerendum est superamentum propriae angustiae funditus intellectae prouti alicuius rei reapse intolerabilis pro spiritu qui in se signum infiniti habet⁴⁸. Re vera illud quod dicimus “Nos” propriam depromit perfectionem, cum, aliquo saltem modo seipsum superando, petit alium, praesertim in sua transcendentia existimatum. Alius prouti “tu” quaeritur, proindeque veluti “non-ego” at una simul veluti unus cum ipso quaesito: “tu in me et ego in te”, verbis sacris analogice utendo⁴⁹.

Relatio matrimonialis exstat, magistra ac duce nostrae rei natura, in magno amoris fluxu qui a Deo est et in Deum consummatur⁵⁰. In mentem occurrit, una cum Joannis verbis — «Deus caritas est, et, qui manet in caritate, in Deo manet, et Deus in eo

⁴⁸ Cfr. J. ALFARO, *Cristologia e antropologia. Temi teologici attuali* (*Cristologia y antropologia. Temas teológicos actuales*, traduzione delle benedettine di Rosano), Assisi, 1973, pp. 399-400.

⁴⁹ Re vera «le *Nous* n'atteint sa plénitude que par un commun dépassement où chacun rejoint l'autre d'autant plus profondément qu'il vise en lui ce qui est plus que lui... Je veux que tu sois toi, donc non-moi, et cependant un avec moi. “Toi en moi et moi en toi”, s'il est permis d'employer ici, analogiquement, une formule sacrée» (J. DE FINANCE, *L'affrontement de l'autre* — cfr. adn. 46 —, p. 184).

⁵⁰ De hac re cfr. quae alibi praefinivimus (*L'essenza del matrimonio* — cfr. adn. 44 —, pp. 61-195. Cfr. quoque: *A proposito di talune questioni attuali in materia matrimoniale: amore coniugale, causalità matrimoniale nella sanazione in radice*, in *Il diritto ecclesiastico*, 83/1 — 1972 —, pp. 342-380; *De habitudine inter amorem coniugalem et matrimonium ratione habita ad structuram internam et externam eiusdem instituti matrimonialis*, in *Ephemerides iuris canonici*, 30 — 1974 —, pp. 60-107; *Amor coniugalis matrimoniumque in fieri prout Vetus et Novum Testamentum significant*, in *Periodica*, 65 — 1976 —, pp. 587-611; *Introduzione al consenso* — cfr. nota 30 —, pp. 27-33).

manet»⁵¹ — Augustini de illa re monitionem: «Sit tibi domus Deus, et esto domus Dei; manc in Deo, et maneat in te Deus. Manet in te Deus, ut te contineat: manes in Deo, ne cadas... Quomodo cadit quem continet Deus?»⁵².

Rebus sic stantibus intelligere facile possumus inter baptizatos, veluti organa Christi in Spiritu agentes⁵³, relationem matrimonialem *symbolum* esse amoris Christi et Ecclesiae; hoc modo augescit et una simul conficit nexus qui coniuges Christi capiti devincit. Huiusmodi symbolismus, de quo graviter Ecclesiae Patres⁵⁴ et magisterium⁵⁵, in Paulo nixi, instituerunt, maximi momenti et ponderis est ad altius perscrutandam et penitus intelligendam ipsam matrimo-

⁵¹ 1 Io, 4, 16.

⁵² In *epistolam ad Parthos tractatus*, 9, 1: P.L., 35, 2045.

⁵³ Cfr. M.J. SCHEEBEN, *I misteri del cristianesimo (Die Mystereien des Christentums*, hrsg. von J. Höfer, Freiburg im Breisgau, 1941, traduzione del testo definitivo tedesco con rifusione e aggiornamento delle note di I. Gorlani), Brescia, 1960³, pp. 591-592. Cfr. praeterea: P. ADNÈS, *Le mariage*, Tournai, 1963, p. 185.

⁵⁴ Cfr. P. COLLI, *La pericope paolina ad Ephesios, V, 32, nella interpretazione dei S.S. Padri e del Concilio di Trento*, Parma, 1951.

⁵⁵ Cfr. e.gr.: Concilii Oecumenici Basileensis — Ferrariensis — Florentini — Romani (sessione VIII, diei 22.XI.1439) Bullam unionis Armenorum, in *Conciliorum oecumenicorum decreta*, edidit Centro di documentazione — Istituto per le Scienze Religiose, Bologna, Basileae — Barcinone — Friburgi — Romae — Vindobonae, 1962, p. 526, 8-12; Leonis XIII Epistolam encyclicam, diei 10.2.1880, "Arcanum Divinae Sapientiae", in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, studio et cura E.mi Petri Card. Gasparri, vol. III, Roma, 1933, n. 580, 12, pp. 160-161; Pii XI Litteras encyclicas, diei 31.XII.1930, "Casti connubii", in A.A.S., 22 (1930) pp. 552-553; Pauli VI Litteras encyclicas, diei 25.VII.1968, "Humanae vitae", in A.A.S., 60 (1968) p. 486.

nialem relationem. Nam, iuxta christianam sententiam, symbolum alicuius rei tantum aliquid non dicit quod, veluti vacuum nomen et ab ipsa re disiunctum, illud enuntiat et significat, sed vere recteque rem symbolizatam ab intra declarat, et, prouti momentum concretum, eadem re symbolizata redundat ac plenum est⁵⁶.

In hac ratione totam virtutem suam acquirit Magisterium Concilii Vaticani II, a quo matrimonium dicitur «imago et participatio foederis dilectionis Christi et Ecclesiae»⁵⁷. Relatio matrimonialis, quoniam de hac re particeps est, suo modo vivit pactum amoris Christi et Ecclesiae quod cardo est totius oeconomiae salutis, ac proinde sese accomodat supernaturali illo exemplari seu sacramento magno, quod praeterea sua ex parte patefacit. Immo matrimonialis relatio summam invenit rationem ad ipsam suam existentiam quod attinet in ipso foedere dilectionis Christi et Ecclesiae. Re vera vir et mulier ab ipso Deo creati sunt ad Christi et Ecclesiae imaginem: hoc inchoat idem Paulus et probabiliter hoc quoad virum et mulierem depromere quoque possumus immediate ab ipsa Revelatione⁵⁸. Si quae diximus vera sunt (et

⁵⁶ Symbolum «non significa... qualcosa che, staccato dalla cosa simbolizzata... la notifici e sia pertanto vuoto di essa, ma significa la realtà che, in quanto elemento intrinseco, posto dalla cosa simbolizzata, manifesta questa stessa, la notifica, e, in quanto esistenza concreta della cosa simbolizzata stessa, ne è pieno» (K. RAHNER, *Sulla teologia del simbolo — Zur Theologie des Symbols*, in *Schriften zur Theologie*, Band IV, Einsiedeln, 1960, versione italiana di L. Marinconz — in *Saggi sui sacramenti e sull'escatologia*, Roma, 1965, p. 105).

⁵⁷ Constitutio pastoralis *de Ecclesia in mundo huius temporis*, n. 48 d, in *A.A.S.*, 58 (1966) p. 1069.

⁵⁸ «La relazione coniugale uomo-donna ha nell'unione Cristo-Chiesa... la suprema ragione della propria esistenza. La

res, nostro saltem iudicio, aliter fieri non potest), relatio matrimonialis christiana indissolubilitatis, Ecclesiae et Christi dilectioni propriae, particeps esse debet⁵⁹.

Ex alia parte huiusmodi relatio, quamvis semper secum totam humanam sexualitatem trahat, aliquando, minus saepe tamen, non implicat coniunctionem quoque carnalem⁶⁰, illam scilicet quae biblice vocatur (verbo anthropologicè humanorum sensuum pleno) "cognoscere"⁶¹. His in casibus non desideratur sexualitatem, etsi *radicitus* et mutuo omnibus suis partibus in matrimonio obligata sit, consummatione quoque corporali unitarie agere. De huius matrimonii specie, quam appellare etiam possumus "virginalem", vestigia aliqua iam apud Patres invenimus⁶².

coppia umana è stata creata in realtà da Dio a immagine di Cristo e della Chiesa: è quanto sembra suggerirci san Paolo, ed è probabilmente quanto si può ricavare direttamente dalla Scrittura e dalla rivelazione riguardo alla coppia umana» (P. ADNÈS, *Matrimonio e mistero trinitario*, in AA.VV., *Amore e stabilità nel matrimonio*, Roma, 1976, p. 12). Cfr. quoque: K. RAHNER, *Il matrimonio come sacramento* (*Die Ehe als Sakrament*, in *Schriften zur Theologie*, Band VIII, Einsiedeln, 1967, versione di A. Frioli), in *Nuovi saggi*, vol. III, Roma, 1969, p. 600.

⁵⁹ Cfr. J. BEYER, *Il mistero dell'amore e l'indissolubilità del matrimonio cristiano*, in AA.VV., *Amore e stabilità* (cfr. adn. 58), pp. 43-51.

⁶⁰ Cfr. P.A. BONNET, *L'essenza del matrimonio* (cfr. adn. 44), pp. 182-195.

⁶¹ Cfr. e.gr.: Gn., 4,1; 4,17; 4,25.

⁶² Cfr. e.gr.: AUGUSTINUM, *De nuptiis et concupiscentia*, 11, 12: P.L. 44, 420. Certe tempore Patrum huiusmodi relatio movebat plures dubitationes de qualificatione vere recteque matrimoniali, saltem apud aliquos Patres, prouti demonstrant disceptationes de matrimonio inter Mariam et Iosephum. De Ambrosii et Ioannis Crisostomi sententiis quoad hanc rem cfr. J.M. SOTO, *El matrimonio "in fieri" en la doctrina de S. Ambrosio y S.*

Ista duplex species matrimonii recidit quoque in symbologiam, qua alte matrimonium connotatur, sicuti supra vidimus. Re vera matrimonialis relatio plenitudinem suam sumit ab ipsa coniunctione carnali quae unionem etiam corporum perficit. Nam huiusmodi defectus, verbis Aquinatis utendo, «tollit perfectam significationem matrimonii, quae quidem consistit in coniunctione animorum... et in coniunctione corporum»⁶³. Ista definitio, quae ceteroqui de more est apud theologos et canonistas⁶⁴, probationem suam accipit ab ipso Ecclesiae magisterio⁶⁵. Rebus sic stantibus patet sermonem de indissolubilitate diversum esse posse, cum imago viri et mulieris, ad Christum et Ecclesiam quod attinet, haud adipiscitur plenitudinem in carnali coniunctione positam. Si causa quae talis deest, quoniam perfectionem suam symbolicam non habet, et effectus deinde deficit. Immo in «matrimonium virginalem» diversa occurrit symbolica doctrina⁶⁶. Nam — sicuti Angelicus Doctor docet —

Juan Crisostomo. *Estudio comparativo*, Roma, 1976, pp. 71-79 et 164-170.

⁶³ In *IV Sententiarum*, d. 27, q. 3, a. 1a, ad 3, in *S. Thomae... opera* (cfr. adn. 33), tom. 1 (cfr. adn. 43), p. 587.

⁶⁴ Cfr. P.M. ABELLAN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*, Granada, 1939, pp. 195-201; P. ADNÈS, *Le mariage* (cfr. adn. 53), p. 150; U. NAVARRETE, *Foedus coniugale, Amor, Sacramentum, attenta doctrina Concilii Vaticani II*, in AA.VV., *Acta Conventus Internationalis Canonistarum, Romae diebus 20-25 mai 1968 celebrati*, Roma, 1970, pp. 666-667, in AA.VV., *De matrimonio coniectanea*, Roma, 1970, pp. 513-514.

⁶⁵ Cfr. Pii XI Litteras encyclicas, diei 31.XII.1930, «Casti connubii», in *A.A.S.*, 22 (1930) p. 552.

⁶⁶ Cfr. P.M. ABELLAN, *El fin y la significación* (cfr. adn. 64), p. 198; T. RINCÓN, *Indisolubilidad e consumación en los siglos IX-XIII*, in *Ius canonicum*, 11/21 (1971) pp. 119-127.

huiusmodi species matrimonii «significat illam coniunctionem quae est Christi ad animam per gratiam; quae quidem solvitur per dispositionem spiritualem contrariam, scilicet peccatum»⁶⁷.

Duplices proinde sunt relationes matrimoniales (seu «matrimonia in facto esse»), quae tamen inter se definitam habent habitudinem, quae nec separatio plena nec unitaria commixtio duarum factispecierum est⁶⁸. Nexus de quo agimus modo nondum hodie superato his verbis enuntiatur a Bonaventura Balneoregiensi: «*Integritas* rei dupliciter accipitur, videlicet quantum ad *esse necessitatis*, vel quantum ad *esse completionis* sive plenitudinis. Si loquamur quantum ad *esse necessitatis*, verum est, quod Sacramentum matrimonii esse habet sine commixtione carnis; si autem quantum ad *esse plenitudinis*, sic est de eius integritate»⁶⁹.

Huiusmodi duplicitas matrimonialium relationum, nostro saltem iudicio et ex usu nostro, sinit ut legitime ac utiliter explanentur, in systemate canonico, ea omnia quae pertinent ad matrimonii indissolubilitatem, praesertim sub lumine ipsius symbologiae a theologis apte declaratae. Relatio matrimonialis (seu «matrimonium in facto esse»), dum semper indissolubilis est quando, consummata veritate quoque symbolica, perficitur in suo esse plenitudinis, dissolvi potest, certis condicionibus et per singularem potestatem R.

⁶⁷ In *IV Sententiarum*, d. 27, q. 1, a. 3 b, ad 1, in *S. Thomae... opera* (cfr. adn. 33), tom. 1 (cfr. adn. 43), p. 586.

⁶⁸ Cfr. P.A. BONNET, *L'essenza del matrimonio* (cfr. adn. 44), pp. 178-189.

⁶⁹ *Commentaria in quatuor libros Sententiarum* (cfr. adn. 40), l. 4, d. 26, a. 2, q. 3, in *Doctoris Seraphici... opera*, tom. 4 (cfr. adn. 40), p. 670.

Pontificis, cum, proprio ac diverso symbolismo, ponatur tantum in suo esse necessitatis.

Nunc, quae inchoavimus, lineamenta systematis matrimonialis, quamvis summatim, perficienda sunt.

Duplici coniugali relationi (seu duplici "matrimonio in facto esse"), inter quas praefinitus quem vidimus nexus viget, duplex quoque respondet actus constitutivus seu matrimonium in fieri⁷⁰. Potissimum, ex consensu oritur relatio coniugalis in suo esse necessitatis, et ex prima copula seu coniugali actu nascitur matrimonium in suo esse plenitudinis. Ad hoc consentit quoque Doctor Seraphicus qui, «distinguendo perfectionem duplicem sive duplicem integritatem *sufficientiae* et *plenitudinis*», asserit: «Et secundum hoc distinguunt iuristae matrimonium, scilicet matrimonium *ratum* et matrimonium *consummatum*»⁷¹.

2.2 *De inconsummationis sensus*

Ab adumbrata oeconomia patet identitas ipsius actus matrimonii consummativi. Huiusmodi actus declarare debet voluntatem constituendi coniugalem relationem in suo esse plenitudinis, id est conformandi "matrimonium in facto esse" in quo comprehenditur sexualitas usque ad carnalem cognoscentiam seu coniugale commercium. Ex hoc momentum singulare *primae* copulae, ex qua tantum oritur "matrimonium

⁷⁰ Cfr. P.A. BONNET, *L'essenza del matrimonio* (cfr. adn. 44), pp. 182-195.

⁷¹ *Commentaria in quattuor libros Sententiarum* (cfr. adn. 40), l. 4, d. 26, a. 2, q. 3, in *Doctoris Seraphici... opera*, tom. 4 (cfr. adn. 40), p. 670.

in facto esse" in suo esse plenitudinis⁷². Ex alia parte, ponendo hac ratione ipsam copulam in systema matrimoniale, efficit ut actus emineat proprie ac definite singularis; praeterea, ob eandem causam, huiusmodi actus sensu tantum biologico intelligi nequit. Eo magis quod coniugalis actus, semper instructus multis ex iis quae apud homines valent, sumit, praesertim in prima illa carnali coniunctione inter coniuges, prouti docet Concilium Vaticanum II, singularem virtutem, amorem declarantem veluti mutuam donationem propriae sexualitatis⁷³ usque ad coniugale commercium: «Haec dilectio [id est coniugalis amor] proprio matrimonii opere singulariter exprimitur et perficitur. Actus proinde, quibus coniuges intime et caste inter se

⁷² Significanter de hac re ALEXANDER HALENSIS scripsit: «"Individuam vitae" etc., notatur fides mutuae servitutis quam uterque habet in alterius corpore, de qua primo ad Cor., 7, 4: *Mulier non habet potestatem sui corporis, sed vir*; ad quam fidem non plene obligatur ex Matrimonio nisi post carnalem copulam... Dum autem fuit consensus tantum maritalis, cum institutione Domini, dictante Lege naturae, erat obligatio ad mutuam continentiam. Haec enim obligatio spiritualis est, quae ad vinculum spirituale consequitur. Si enim unus in unam solam consentit, obligatur ad continendum ab altera. Praeterea, ex eo quod facta est mulier in *adiutorium* viri, ut esset quasi socia eius, tenentur ad mutuam exhibitionem ex illo vinculo; nam obligati sunt ut sint quasi duo in carne una. Non potest ergo non providere suae carni vel quasi suae. Sed ex vinculo copulae carnalis, cum sint duo in carne una, habet utraque persona potestatem super carnem alterius, confirmante constitutione Apostoli cum dicit: *Mulier non habet* etc. Sed ortum habuit ab eo quod dixit Dominus: *erunt duo in carne una*» (*Glossa in quatuor libros Sententiarum*, d. 27, 1, c-d, tom. 4 — cfr. adn. 39 —, pp. 464-465).

⁷³ Ad altius pervestigandam habitudinem inter sexualitatem et institutionalizationem suam in matrimonio cfr. studia nostra iam supra memorata in adn. 44.

uniuntur, honesti ac digni sunt et, modo vere humano exerciti, donationem mutuam significant et foveant, qua sese invicem laeto gratoque animo locupletant»⁷⁴.

Singularem patefaciendo voluntatis actum, matrimonii consummatio intelligi nequit sensu "existentiali", iuxta aliquam canonisticam sententiam, ad cuius mentem matrimonii consummatio haberetur eo momento in quo contrahentes amorem proprium re vera perfecissent, id est reapse conformavissent vitae et amoris intimam communionem, symbolum Christi et Ecclesiae unionem *explicite* declarans⁷⁵. Huiusmodi consummationis intelligentia — et hoc impedit hanc quamvis auctoritate gravem doctrinam admittendi — eandem aequat cum "bono coniugum", quod, e

⁷⁴ Cfr. Constitutionem pastorem de Ecclesia in mundo huius temporis, n. 49 b, in A.A.S., 58 (1966) p. 1070.

⁷⁵ Cfr. J. BERNHARD, *Réinterprétation (existentielle) et dans la foi de la législation canonique concernant l'indissolubilité du mariage chrétien*, in *Revue de droit canonique*, 21 (1971) pp. 243-278. Cfr. quoque huius Auctoris e.gr.: *A propos de l'indissolubilité du mariage chrétien*, in *Revue de sciences religieuses*, 44 (1970) pp. 243-256; *A propos de l'hypothèse concernant la notion de "consommation existentielle" du mariage*, in *Revue de droit canonique*, 20 (1970) pp. 184-192; *Où en est la "dissolubilité" du mariage chrétien dans l'Eglise d'aujourd'hui? Etat de la question*, in *L'année canonique*, 15 (1971) pp. 59-82; *Perspectives renouvelées sur l'hypothèse de la "consommation existentielle et dans la foi" du mariage chrétien*, in *Revue de droit canonique*, 24 (1974) pp. 334-349; *Réflexion critique sur l'incapacité morale. Incapacité ou non-consommation existentielle du mariage*, *ibidem*, 25 (1975) pp. 274-286; *La durée du mariage et ses implications canoniques*, *ibidem*, 30 (1983) pp. 276-292; *Comment traduire en termes canoniques les cas de échec dans le mariage?* *ibidem*, 36 (1986) pp. 243-266. Pro aliqua aestimatione huius doctrinae, cfr.: *¿Caben en el cristianismo vocaciones irrevocables? La disolubilidad del matrimonio rato y consumado*, "Dossier" J.A. SOUTO curante, in *Ius canonicum*, 11/21 (1971) pp. 109-198.

contra⁷⁶, aestimandum est finis ipsius relationis matrimonialis⁷⁷. Consummatio, quod reliquum est, solidatur in aliquo actu praefinito, qui est carnalis copula quique, quoniam renuntiare debet certam contrahentium voluntatem, conformari debet *ex toto et ex integro* veluti *humanus*, ita ut matrimonium non consummetur nisi «per copulam positam cum advertentia mentis et libertate voluntatis»⁷⁸.

Coniugalisis actus de reliquo capax est apte aperiendi voluntatem circa mutuam donationem propriae sexualitatis. Nam in huiusmodi actu vir et mulier se invicem patefaciunt, atque mutuo se ipsos possidentes et accomodatos confitentur; coniugalisis actus reapse vera est amantium donatio, quae ob sexus diversitatem personalem amorem exprimendi capacem est in rerum natura; huiusmodi actu nemo sibi gratias persolvere debet, quoniam iste aliquid est ab alterutro tantum gratis datum. Propter hoc habet gravem virtu-

⁷⁶ Cfr. L. DE NAUROIS, *Le problème de la dissolution du mariage par l'Eglise*, in *Nouvelle revue théologique*, 103 (1971) p. 60.

⁷⁷ U. NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II, IV, Amor coniugalisis*, in *Periodica*, 57 (1968) pp. 192-193; P.A. BONNET, *L'essenza del matrimonio* (cfr. adn. 44), adn. 81, pp. 360-362.

⁷⁸ U. NAVARRETE, *De notione et effectibus consummationis matrimonii*, in *Periodica*, 59 (1970) p. 637, at in generali, cfr. *ibidem*, pp. 636-645. Praeterea cfr. e.gr.: P. MONETA, *Considerazioni sugli aspetti psicologici della consumazione del matrimonio*, in *Il diritto ecclesiastico*, 86/2 (1975) pp. 342-344 (cfr. eiusdem Auctoris, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 1986, pp. 187-189); P.A. BONNET, *L'impedimento di impotenza* (cfr. adn. 44), pp. 95-158 (in hoc studio ponitur notio de "consummatione interpersonali", pro qua cfr. etiam infra quae dicuntur in hoc studio).

tem personalem: fingitur persona alterius per alium, et quidem usque ad inconscii latebras⁷⁹. In sexuali colloquio homo totus, et quidem in plenitudine suae dignitatis et virtutis, adest; re vera hoc conventu vir et mulier declarant propriam voluntatem instituendi inter se dialecticam illam homini propriissimam per quam vehementer veritatem existentialem vivere possunt.

Quoniam coniugalis actus in singulari sua identitate declarare debet contrahentium voluntatem ad effectum adducendi in "matrimonio in facto esse" unionem quoque carnalem, tantum ad huiusmodi actum, in se ipsum circumscriptum, revocandum est, nulla habita ratione temporis, sive antecedentis⁸⁰, quamvis ipsum biologice et psychologice magni pon-

⁷⁹ Re vera vir et mulier in coniugali actu «si riconoscono come aperti l'uno all'altro, appartenenti l'uno all'altro, fatti l'uno per l'altro... L'atto coniugale... è... un reciproco dono reale delle persone che si amano reciprocamente, reso possibile dalla diversità della loro sessualità che permette di esprimere precisamente l'amore personale in direzione reciproca nell'atto d'unione sessuale matrimoniale; &r quest'atto nessuno degli sposi può ringraziare solo se stesso, ma ciascuno può solo averlo in dono dall'altro. Perciò questo atto ha un profondo valore personale. Esso plasma la persona dell'uno fino nelle profondità dell'inconscio attraverso e per l'altra persona» (H. DOMS, in AA.VV., *Mysterium salutis. Nuovo corso di dogmatica come teologia della storia della salvezza — Mysterium salutis. Grundriss heilgeschichtlicher Dogmatik*, hrsg. von J. Feiner und M. Löhrer, vol. II, Einsiedeln, 1967, edizione italiana a cura di F.V. Johannes —, vol. IV, Brescia, 1970, pp. 452-453).

⁸⁰ Cfr. J. MONEY, *Amore e mal d'amore. Sessualità, differenza di genere e legame di coppia* (*Love and Love Sickness. The Science of Sex Gender Difference and Pair-bonding*, Baltimore-London, 1980, traduzione italiana di L. Cornalba, edizione italiana a cura di R. Forleo), Milano, 1983, pp. 107-145.

deris sit, sive subsequentis, ad conceptionem scilicet quod attinet. Biologice loquendo, una cum J. Money, paucis exponere possumus coniugalem actum: pro mare ipse in ingressu seu introitu consistit, pro femina, e converso, in acceptione seu receptione constat⁸¹.

Rebus sic stantibus perscrutanda atque agnoscenda tantum sunt elementa quae huiusmodi actum coniugalem constituunt, videlicet omnia et singula elementa quae copulam coniugalem conformant, sive sint sive non sint in potestate voluntatis; aliis verbis perpendenda sunt organa genitalia sive viri sive mulieris quae, in eorum singularitate organica et in eorum plenitudine ad munus fungendum, conspirant ad efficiendum coniugalem concubitum⁸².

Huiusmodi elementa *ante omnia* sunt ordinis biologici, ac proinde inferenda sunt a natura et mechanica huius actus, in se ipsum et sine humanis adulterationibus⁸³ aestimati, iuxta speciem tamen se-

⁸¹ Cfr. J. MONEY, *La parafilia*, in AA.VV., *Sessologia (Handbook of Sexology)*, ed. J. Money and H. Musaph, Amsterdam, 1977, traduzione italiana di S.J. Voicu con la collaborazione di M. Girardet, edizione italiana a cura di R. Forleo), vol. II, Roma, 1978, p. 1160. De inquisitione mere biologica ipsius sexualis actus cfr.: V.H. MASTERS-V.E. JOHNSON, *L'atto sessuale nell'uomo e nella donna (Human Sexual Response)*, Boston, 1966, traduzione italiana di L. Marelli), Milano, 1978; V.H. MASTERS-V.E. JOHNSON, *Patologia e terapia del rapporto sessuale. Le insufficienze sessuali nell'uomo e nella donna (Human Sexual Inadequacy)*, Boston, 1970, edizione italiana), Milano, 1974.

⁸² Cfr. P.A. d'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Firenze, 1952, p. 673.

⁸³ Cfr. Pauli VI Litteras encyclicas, diei 25.VII.1968, "Humanae vitae", in A.A.S., 60 (1968) pp. 481-503; Joannis Pauli II Adhortationem apostolicam, diei 22.XI.1981, "Familiaris consortio", in A.A.S., 74 (1982) pp. 114-126.

cundum naturam integram et vulgariter quidem intellectam, quia agitur de quadam inclinatione homini naturaliter innata. Huiusmodi actus veluti unio physica naturali modo patrata et consummata comparet.

Coniugalis actus, in primis et semper biologice tantum aestimatus, *ad effectum adducendus est naturali modo*. Quoad hoc notatum est: «Unio dicitur naturalis, si fit immissione membri in vaginam (vas naturale). Omnis alius modus concubitus, speciatim ille qui fit per immissionem in “vas non naturale” (anum), vocari solet *sodomia imperfecta*»⁸⁴. Ex alia parte ad mentem S. Congregationis S. Officii, quamvis necessitas penetrationis membri virilis in vaginam habeatur, ad conjugalem copulam perficiendam et ad matrimonium consummandum non oportet «ut glans tota intra vaginam versetur»⁸⁵. Iuxta S. Officium igitur penetratio sufficiens occurrit in medium, duobus extremis vitatis, seu huiusmodi penetratio deprehendenda est, prouti adfirmatum est, «inter simplicem penetrationem vulvarem ex una parte, et comple-

⁸⁴ J. FUCHS, *De castitate et ordine sexuali*, Roma, 1963³, p. 76 (sed cfr. *ibidem*, pp. 76-99). Cfr. quoad hoc responsionem quoque S. Poenitentiarie diei 3.IV.1916 (in F. HÜRTH, *Leo XIII et Pius XI, de matrimonio christiano, “Arcanum divinae sapientiae” 10 febr. 1880, “Casti connubii”, 31 dec. 1930, Romae, 1953, p. 100*).

⁸⁵ Responsum S. Officii diei 1.III. 1941 in sua integritate hoc est: «Utrum ad copulam perfectam et ad matrimonii consummationem requiratur et sufficiat, ut vir aliquo saltem modo, etsi imperfecte vaginam penetret, atque immediate in ea seminationem saltem partialem naturali modo peragat; an tanta vaginae penetratio requiratur, ut glans tota intra vaginam versetur. R. *Affirmative* ad primam partem — *Negative* ad secundam partem» (in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae post codicem iuris canonici editae*, vol. I, Romae, 1966, n. 1599, col. 2050).

tam penetrationem membri virilis ex alia parte». Singillatim «necesse est ut habeatur verus ingressus per orificium membranae hymenealis intra canalem vaginae, ita ut vere dici possit partem aliquam organi virilis a parietibus vaginae involvi. Iuxtapositio organi contra orificium, etiamsi extrema pars glandis ipsam membranam superet, idque absque membranae laceratione aut anuli hymenealis distensione, non est sufficiens. Revera in hoc casu, dici non potest quamlibet penetrationem locum habuisse»⁸⁶.

Coniugalis concubitus *consummandus* quoque *est naturali modo*. Copula perfici ac exauriri debet secundum naturam et in loco suo naturali qui est mulieris vagina. Non est igitur habenda, veluti copula sensu proprio seu matrimonii consummativa, illa quae, onanisticis rationibus peracta, ad exitum suum vere naturalem non adducitur.

Coniugalis actus tamen iudicatus ex forma physica tantum ad matrimonium consummandum non sufficit, quoniam, per se, non declarat humanam voluntatem quae possit matrimonium in suo esse plenitudinis constituere; hoc ceteroqui patet ex doctrina quoque Concilii Vaticani II, quamvis a canonistis adhuc in tota sua latitudine non spectata: «Vir itaque et mulier, qui foedere coniugali “iam non sunt duo, sed una caro” (Mt. 19,6), intima personarum atque operum coniunctione mutuum sibi adiutorium et servitium praestant, sensumque suae unitatis experiuntur et plenius in dies adipiscuntur. Quae intima unio, utpote mutua duarum personarum donatio, sicut et

⁸⁶ R. BIDAGOR, *Quelques remarques sur les causes matrimoniales*, in *L'année canonique*, 6 (1958) p. 96, in AA.VV., *De matrimonio coniectanea* (cfr. adn. 64), p. 247.

bonum liberorum, plenam coniugum fidem exigunt atque indissolubilem eorum unitatem urgent»⁸⁷.

Coniugalis actus igitur significare debet, una cum illa physica, etiam *unionem personarum*⁸⁸, circumscriptam tamen alicui minimo, quod sinat tantum possibilitatem seu aptitudinem primigeniam ad dialogum inter coniuges humanae dignitati consentaneum; capacitas proinde de qua hic agimus non respicit perfectionem quae in ipso dialogo haberi potest quaeque ad "bene esse", non autem ad "esse", huiusmodi rei pertinet, quamvis ista perfectio hoc vitae momento summo et decretorio magni reapse sit ponderis. Re vera «unio tantum corporum sine unione personarum aliud est ac unio humanae dignitati conformis, iuxta vocationem divinam a Christo restauratam et vivificatam»⁸⁹. Aliis verbis personarum unio «pertinet ad integrationem unionis physicae, i.e. illam communionem in ordine psychico quae addenda est unioni corporum ad habendam unionem inter personas co-

⁸⁷ Constitutio pastoralis *de Ecclesia in mundo huius temporis*, n. 48 a, in *A.A.S.*, 58 (1966) p. 1068.

⁸⁸ In percelebri sua allocutione ad Unionem Catholicam Italicam inter Obstetrices diei 29.X.1951 Pius XII docet: «L'atto coniugale, nella sua struttura naturale, è un'azione personale, una cooperazione simultanea e immediata dei coniugi, la quale, per la stessa natura degli agenti e la proprietà dell'atto, è la espressione del dono reciproco, che, secondo la parola della Scrittura, effettua l'unione "in una carne sola"... L'atto coniugale, ordinato e voluto dalla natura, è una cooperazione personale, alla quale gli sposi, nel contrarre il matrimonio, si scambiano il diritto» (*A.A.S.*, 43 — 1951 —, p. 850).

⁸⁹ G. VERSALDI, *Via et ratio introducendi integram notionem christianam sexualitatis humanae in categorias canonicas. Gressus a "ius in corpus" (can. 1081, § 2 Codicis 1917) ad "sese mutuo tradunt et accipiunt" (can. 1057, § 2 novi Codicis)*, in *Periodica*, 75 (1986) p. 433.

niugum, ut in matrimonio christiano requiritur»⁹⁰. Propter thesaurum valorum humanorum in ipso comprehensorum vocare possumus huiusmodi *actum coniugalem veluti interpersonalem (copulam interpersonalem)*.

Tantum coniugalis actus ita conformatus, id est copula interpersonalis, constituere potest "matrimonium in facto esse" in suo esse plenitudinis seu relationem coniugalem in qua sexualitas reapse implicetur usque ad unionem carnalem, sicuti ceterum statuit can. 1061, § 1 c. 1: «Matrimonium... dicitur ratum et consummatum, si coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro». Factum negativum defectus copulae interpersonalis — propter causas et in oeconomia matrimoniali de quibus locuti sumus — efficere potest, iusta interveniente causa, dissolutionem matrimonii per actum Romani Pontificis ad normam can. 1142 c. 1: «Matrimonium non consummatum inter baptizatos vel inter partem baptizatam et partem non baptizatam a Romano Pontifice dissolvi potest iusta de causa, utraque parte rogante vel alterutra, etsi altera pars sit invita».

3. DE INCOSUMMATIONE ET DIVORTIO IN IURE ITALICO

Sermo de inconsummatione in iure italico nunc excolendus alius est ratione habita anteactae rationationis circa factispeciem canonicam peractae praesertim spectando eandem inconsummationem esse, potius quam essentielle momentum systematis matri-

⁹⁰ G. VERSALDI, *Via et ratio* (cfr. adn. 88), p. 441.

monialis, aliquem accidentem, veluti vices suae immissionis in ordinamentum, de quibus iam locuti sumus⁹¹, liquido declarant. Ab ipsa matrimoniali oeconomia tamen factispecies nostra aliquid quoad propriam significationem recepit ita ut quaedam momenta ipsius systematis summatim recolare iuvet.

Factispecies nunc agitanda⁹² inest in legibus di-

⁹¹ Cfr. supra, n. 1.

⁹² De hac factispecie Auctores aliquando egerunt, initium dicendi haud raro sumendo ab ipsa iurisprudencia. Inter studia quae ex professo rem nostram investigaverunt memorare possumus, e.gr.: E. BASTRERI, *L'inconsumazione del matrimonio prevista dal progetto di legge Fortuna: perplessità e dubbi interpretativi*, in *Le Corti di Brescia Venezia e Trieste*, 23 (1970) pp. 25-28; R. PELLEGRINI, *La consumazione del matrimonio nella legge italiana sul divorzio*, in *Homo. Nuova scienza*, 12/1 (1971) pp. 27-36; C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), pp. 287-314; R. BOTTA, *Matrimonio rato* (cfr. adn. 8), pp. 240-258; D. BARILLARO, *Brevi considerazioni* (cfr. adn. 16), pp. 337-384; G. DALLA TORRE, *Questioni attuali in materia di dispensa "super rato" e di divorzio per inconsumazione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3 (1974) pp. 115-133; F. FALCHI, *Riflessioni sulla rilevanza dell'inconsumazione nella dispensa da matrimonio rato e non consumato e nel divorzio*, ibidem, 3 (1974) pp. 1149-1187, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, vol. II, Milano, 1976, pp. 49-92; C. SCHWARZENBERG, *Divorzio per matrimonio non consumato, concepimento ante nuptias e presunzione ex art. 232 c.c.*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3 (1974) pp. 1097-1100; P. MONETA, *Considerazioni sugli aspetti* (cfr. adn. 78), pp. 340-346; F. SCARDULLA, *Il concetto di matrimonio non consumato con riguardo all'istituto del divorzio*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4 (1975) pp. 496-505; L. SIMONI, *Osservazioni in tema di dispensa super rato e di scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 29 (1975) pp. 1609-1616; N. MAROTTA, *Considerazioni sul concetto di inconsumazione del matrimonio con riguardo all'istituto del divorzio*, in *Temi*, 13 (1977) pp. 411-424; M.E. POGGI, *Sulla inconsumazione come causa di divorzio*, in *Giurisprudenza italia-*

vortium moderantibus (L. 1.XII.1970, n. 898; L. 1.VIII.1978, n. 436; L. 6.III.1987, n. 74). Laboriosa⁹³ introductio instituti divortii in ordinamentum italicum necessarie revertitur in matrimonialem disciplinam (quae continebatur in codice civili anni 1942, et proinde in aliqua lege Constitutioni anni 1948 praecedente) cuius caput — quantum nostra hic interest —, in art. 149 sancitum, erat indissolubilitas, ita ut matrimonium nulla humana potestate nullaue causa, praeterquam morte, dissolvi posset. Divortii lex non tantum in systema contrarium principium dissolubilitatis immisit, sed etiam⁹⁴, in signo Constitutionis, anticipavit aliqua elementa quae postea consecrabitur in totius iuris familiae recognitione (L. 19.V.1975, n. 151), quasdam regulas ipsius divortii legis sua ex parte confirmante, ita ut, quamvis aliquae rerum inconsequentiae habeantur, conformata sit oeconomia quae saltem ad mentem ipsius Constitutionis (praesertim art. 2, 3, 29, 30, 31) in unum cogi potest⁹⁵.

In matrimoniali systemate divortium munus habet praefinitum, per quem iuridice sancitur insanabilis

na, 129/1/2 (1977) col. 235-239; A. GALOPPINI, *Divorzio per inconsumazione e poteri del giudice*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 11 (1982) pp. 537-550; G.B. VARNIER, *Divorzio civile* (cfr. adn. 24), pp. 1112-1152; L. BARBIERI, *Alcune questioni in merito all'inconsumazione del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di Guido Saraceni*, a cura dell'Istituto di diritto ecclesiastico e canonico dell'Università di Napoli, Napoli, 1988, pp. 361-377.

⁹³ Cfr. supra, adn. 2.

⁹⁴ Cfr. L. BARBIERA, vocem, *Divorzio*, I (cfr. adn. 11), p. 2 (ipsius vocis).

⁹⁵ Cfr. in genere de art. 29-31 ipsius Constitutionis: M. BESSONE, *Art. 29-31*, in AA.VV., *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, pp. 1-145.

dissolutio vitae matrimonialis, quoniam iam probatur — sicuti eadem formula statutum est in art. 1 et in art. 2 legis de divortio — spiritualem et materialem communionem inter coniuges servare vel restituere non posse propter existentiam cuiusdam ex casibus de quibus in art. 3 eiusdem divortii legis. Aliis verbis, cum “matrimonium in facto esse” ad mentem legislatoris munus suum efficere amplius non possit (quoniam, prouti videtur, formula “communio spiritualis atque materialis inter coniuges” circumscribit causam typicam⁹⁶ ipsius matrimonii⁹⁷), putatur condicionem illam divortio sanari posse.

Divortium proinde in ordinamento italico constituit, praeter incertitudines ac contradictiones in legibus existentes, remedium ad irreparabilem corruptionem vitae coniugalitatis, quae in communione spirituali atque materiali inest⁹⁸. Huiusmodi remedium, dum in italico ordinamento clausolas duritiei quae vocantur ad protegendam praesertim filiorum vel alterutrius coniugis utilitatem⁹⁹ non habet, circumscri-

⁹⁶ Quoad huiusmodi notionem, cfr. A. STANKIEWICZ, *De causa iuridica foederis matrimonialis*, in *Periodica*, 73 (1984) pp. 203-234.

⁹⁷ De hac re cfr. e.gr.: F. SANTOSUOSSO, *In tema di causa giuridica del negozio matrimoniale*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack* (cfr. adn. 92), vol. IV, Milano, 1976, pp. 593-625. Cfr. praeterea e.gr.: C. MIRABELLI, *Profili costituzionali* (cfr. adn. 8), p. 83; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1986⁷, p. 403; L. BARBIERA, vocem, *Divorzio I* (cfr. adn. 11), p. 1 (eiusdem vocis).

⁹⁸ Quoad hoc cfr. G. STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio in Italia e l'esperienza giuridica dei principali ordinamenti europei*, Milano, 1976, pp. 12-17; M.E. POGGI, *Cause di scioglimento* (cfr. adn. 8), pp. 215-220.

⁹⁹ Prouti fit e.gr. in iure Germanico, ubi § 156 (post recognitionem BGB a lege 14.VI.1976 peractam) «stabilisce che il

bitur, articulo 3 L. 1.XII.1970, n. 898 cum suis subsequenter mutationibus, aliquibus casibus definite¹⁰⁰ statutis. Hoc modo patratio functionalis¹⁰¹ ipsius divortii definitur pro obiectiva certitudine executionis haud commissae tantum iudicis discretionalitati. Ex alia parte huiusmodi divortii moderatio — et praesertim ipsa oeconomia in qua institutum istud insertum est — confirmare aliquo modo potest, quicumque norma constitutionali quoad hoc absente¹⁰², conditionem de qua loquimur pathologicam reapse esse proindeque exceptionalem in vita matrimoniali, per se et inclinatione sua, perpetua, quamvis dissolutioni in aliquibus casibus obnoxia¹⁰³.

matrimonio non può essere sciolto, anche se è irrimediabilmente fallito, quando il mantenimento del vincolo è necessario nell'interesse dei figli minori nati dal matrimonio o quando il divorzio, a causa di circostanze eccezionali, abbia per il convenuto che vi si opponga — e tenuto conto anche degli interessi dell'attore — conseguenze di particolare gravità. Il secondo comma precisa peraltro che questo limite cade nei casi in cui la separazione duri da oltre cinque anni» (G. BADIALI, vox, *Divorzio*, V *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, p. 3, ipsius vocis).

¹⁰⁰ Cfr. e.gr. in hoc sensu: M.E. POGGI, *Cause di scioglimento* (cfr. adn. 8), p. 211; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. II, *La famiglia - le successioni*, Milano, 1985², p. 211. Analogicam extensionem singularum factispecierum asserit L. BARBIERA, qui tamen praefinit: «L'analogia può... portare solo a conclusioni operative modeste e contestate... con riguardo alle separazioni legali non completate dalla sentenza o dal decreto di omologazione» (vox, *Divorzio*, I — cfr. adn. 11 —, p. 3, ipsius vocis).

¹⁰¹ Cfr. G. STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio* (cfr. adn. 98), pp. 25-27.

¹⁰² Implicite tamen Constitutio aliquid de hac re diceret, iuxta C. MIRABELLI (*Profili costituzionali* — cfr. adn. 8 —, pp. 85-87).

¹⁰³ De hac re cfr. e.gr.: C. MIRABELLI, *Profili costituzionali* (cfr. adn. 8), pp. 81-87. Haec est ratio propter quam diximus

Una ex factis speciebus de quibus in art. 3 L. 1.XII.1970, n. 898 est matrimonii inconsummatio. Ante omnia animadverti haud possumus difficultatem hermeneuticam¹⁰⁴ huius factis speciei, sive ob normativae descriptionis defectum sive (aliter ac in iure canonico¹⁰⁵) propter occasionalitatem suae introductionis in ius. Hoc tamen impedire nequit investigationem ut recta intelligentia nostrae factis speciei reperiri possit.

Ad quaestionem nostram apte solvendam oportet ut elementa inquirantur matrimonialis oeconomiae quae necessaria reapse sint et una simul necessitudinem cum nostra factis specie habeant. Huiusmodi elementa sunt, nostro saltem iudicio, illa quae communionem spiritualem et materiale conformant. Agitur praeterea de elementis quae ad nostram factis speciem referuntur ab ipsa divortii lege. Huiusmodi communionis necessitas, quae iam liquido patet in eodem insuperabili nexu cum casibus in quibus divortium iuridice fieri potest, adfirmata quoque est ab aliquibus Auctoribus¹⁰⁶ asserentibus eandem esse matrimonii «causam».

Quid communio spiritualis et materialis significet, difficile est dictu. Praesertim requireretur investigatio aliqua quae longe exsuperat intentionem nostram in hoc studio peragendam. Prouti tamen nobis

sententiam a L. BARBIERA adfirmatam aliquo modo immoderatam esse (cfr. supra, adn. 11).

¹⁰⁴ Cfr. F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1971, adn. 1, p. 206; R. BOTTA, *Matrimonio rato* (cfr. adn. 8), p. 255.

¹⁰⁵ Cfr. supra, n. 2.1

¹⁰⁶ Cfr. supra, adn. 97.

videtur, Constitutione quoque perpensa¹⁰⁷, huiusmodi communio quae sequuntur fundamentaliter comprehendit. Ante omnia in ipsa communione inest coniugalit affectio veluti sui ipsius integra donatio (sive spiritualiter quoad personam sive materialiter quoad convictum et bona); hoc ceterum respondet necessitatibus familiae “unitatis” et “solidarietatis” ab ipso Constituyente positis. Ceterum istiusmodi communio significat ad summum illud: “non sunt amplius duo sed una caro”. Rebus sic stantibus ex hac communione oritur coniugum perfectio et apta filiorum personalitatis conformatio. Deinde ex hac communione quoque gignitur — et est quasi subiectivizatio illius affectionis de qua locuti sumus — fides (quam contrahentes momento matrimonii constitutivo et solemni quidem ratione sibi recipiunt) ad unitatem servandam familiae causa, eiusdem salutem commodis et rationibus alterutrius praeferendo, saltem quando coniugali solidaritati hoc expediat¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Quoad hoc cfr. C. CARDIA, *Il nuovo diritto di famiglia e i principi costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, vol. IV (cfr. adn. 97), pp. 227-230.

¹⁰⁸ In comunione spirituali et materiali potest «rinvenirsi una serie di implicazioni: a) l'*affectio* coniugale come donazione totale di sé (spirituale, nella persona, materiale, nella convivenza e nei beni) corrisponde a quelle esigenze di “unità familiare” e di “solidarietà” anche all'interno di detta società naturale, che sono state volute dal legislatore costituente; b) la comunione corrisponde in ultima analisi all'antico concetto divino “non sono più due, ma una cosa (carne) sola”; c) da questa intima e completa comunione consegue il reciproco perfezionamento delle personalità dei coniugi e la formazione della personalità dei figli; d) l'*affectio* si obbiettivizza nel reciproco, solenne impegno, che le parti si assumono all'atto della costituzione del vincolo, a restare uniti per il superiore interesse del nucleo, nei momenti in cui la solidarietà esige sacrificio, così come nei momenti di gioia» (F. SANTOSUOSSO, *In tema di causa* — cfr. adn. 97 —, p. 614).

Singillatim huiusmodi intelligentia communionis spiritualis et materialis, quae revocare etiam potest ad relationem sexualem de qua supra iam locuti sumus¹⁰⁹, maxime confirmatur ab art. 143 codicis civilis, post recognitionem ad ius familiae quod attinet anni 1975. Nam norma ista statuit, una cum illa fidei, convictus et adiumenti in familiae utilitatem, mutuam coniugum obligationem circa moralem et materiale curam. Agitur ceteroqui de aliqua norma ita in hac materia capitali ut in numero esset illarum quae notant habitum totius matrimonialis oeconomiae¹¹⁰.

De reliquo art. 143 codicis civilis declarat implicatum communionis principium, iuridice quoque coniugalem vitam exprimens, naturali modo comprehendere, simul cum omnibus suis elementis spiritualibus et materialibus, singularem complementarietatem

¹⁰⁹ Cfr. supra, adn. 44-51. Notanda est analogia inter huiusmodi verba et illa quibus Concilium Vaticanum II utitur in aliquo loco capitali: «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... Vir itaque et mulier, qui foedere coniugali «iam non sunt duo, sed una caro» (Mt. 19,6), intima personarum atque operum coniunctione mutuam sibi adiutorium et servitium praestant, sensumque suae unitatis experiuntur et plenius in dies adipiscuntur. Quae intima unio, utpote mutua duarum personarum donatio, sicut et bonum liberorum, plenam coniugum fidem exigunt atque indissolubilem eorum unitatem urgent» (Constitutio pastoralis *de Ecclesia in mundo huius temporis*, n. 48 a, in *A.A.S.*, 58 — 1966 — pp. 1067-1068).

¹¹⁰ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Nullità, separazione, divorzio*, in *AA.VV.*, *Commentario sul divorzio* (cfr. adn. 2), adn. 169, p. 157.

inter sexos existentem, carnali commixtione haud excepta¹¹¹. Praeterea, rebus sic stantibus, istius normae formula, attenta scilicet magna sua latitudine quae omnes amplectitur communes coniugum necessitates ad illas spirituales et oeconomicas haud circumscriptas, sinit ut praetergrediatur doctrina, ad persuadendum non accomodata¹¹², quae debitum coniugale cum convictu conectebat¹¹³.

In contextu spiritualis et materialis communionis, de qua locuti iam sumus, consummatio nihil aliud significat nisi perfectio omnium elementorum quae ad essentiam pertinent, ac proinde inchoatio alicuius status vitae vere recteque matrimonialis. Ex alia parte, cum fieri non posset ut exploraretur perfectio omnium huiusmodi elementorum praesertim spiritualium, de more satis est — prouti semper in ambitu saltem italico iudicatum est — si ad effectum adducitur sexualis unio, quoniam omnes coniugalis communionis partes, quamvis plerumque virtualiter ac potentialiter tantum, significat. Huiusmodi usitatus sen-

¹¹¹ Cfr. F. SANTOSUOSSO, *Delle persone... il matrimonio* (cfr. adn. 10), pp. 485-532; E. ROPPO, vocem, *Coniugi, I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. VIII, 1988, pp. 3-4 (ipsius vocis). Cfr. praeterea: M.E. POGGI, *Sulla consumazione come causa* (cfr. adn. 92), p. 238; R. BOTTA, *Nullità separazione* (cfr. adn. 8), p. 195; M.E. POGGI, *Cause di scioglimento* (cfr. adn. 8), pp. 265-266.

¹¹² Cfr. R. BOTTA, *Nullità separazione* (cfr. adn. 8), p. 195; E. ROPPO, vocem, *Coniugi, I)* (Cfr. adn. 135), p. 3 (eiusdem vocis).

¹¹³ Cfr. C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953³, p. 254; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di F. Vassalli, vol. III, tom. I, fasc. 1, Torino, 1957³, p. 418; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. I, Torino, 1962⁶, p. 605; A. DE CUPIS, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1988, pp. 47-48.

sus, prouti nobis videtur, relictus a legislatore non est. Nam ipse propriam ac diversam qualificationem phaenomeni consummationis non tribuit.

Sexualis unio proinde intelligenda est veluti coniunctio carnalis communi consensu et post matrimonium patrata secundum naturam¹¹⁴. Agitur proinde de aliqua notione quae fere non differtur ab illa proposita a medicis et biologiis¹¹⁵; ceteroqui legislator, nostro saltem iudicio, scientificam istam notionem cum alia, in propria aestimatione iuridici ponderis nostri phaenomeni nixa, non substituit¹¹⁶. Rebus sic stantibus, quoniam non respicit rationem facti a legi-

¹¹⁴ Cfr. L. BARBIERA, *VOCEM, Divorzio, I* (cfr. adn. 11), p. 6 (ipsius vocis). Cfr. praeterea, quamvis diversis rationibus et intentionibus e.gr.: L. BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, pp. 210-211; L. SIMONI, *Osservazioni in tema* (cfr. adn. 92), p. 614; G. STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio* (cfr. adn. 98), pp. 40-41; M.E. POGGI, *Sulla inconsumazione come causa* (cfr. adn. 92), p. 239; M.E. POGGI, *Cause di scioglimento* (cfr. adn. 8), p. 266; A. GALOPPINI, *vocem, Divorzio (diritto privato e processuale)*, in *Novissimo digesto italiano, Appendice*, vol. III, Torino, 1982, p. 95; G.B. VARNIER, *Divorzio civile* (cfr. adn. 24), pp. 1145-1147. Non aliter, ad substantiam saltem quod attinet, asserit iurisprudencia de merito (cfr. quoad hoc, A. D'ANTONIO, *Il divorzio* — cfr. adn. 8 —, p. 199).

¹¹⁵ Cui revocat e.gr.: D. BARILLARO, *Brevi considerazioni* (cfr. adn. 16), p. 379. Cfr. praeterea: F. FALCHI, *Riflessioni sulla rilevanza* (cfr. adn. 92), in *Il diritto di famiglia e delle persone*, p. 1165, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, p. 68. Cfr. etiam iam memoratam scientificam notionem (cfr. supra, adn. 81).

¹¹⁶ Cfr. tamen contrariam sententiam e.gr. assertam a C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), pp. 298-299; nuper hanc quoque adfirmavit sententiam L. BARBIERI, *Alcune questioni* (cfr. adn. 92), pp. 371-372.

slatore assumptam¹¹⁷, unio oralis vel analis sicuti illa in coetu aliquo patrata haberi non potest veluti matrimonii consummativa¹¹⁸. Ex alia parte ad consummandum matrimonium elementum aliquod unionis carnalis specificativum non requiritur sive agatur de fecunditate¹¹⁹ sive de sexuali satisfactione¹²⁰, nam

¹¹⁷ Cfr. L. BARBIERA, *Disciplina dei casi* (cfr. adn. 142), p. 211.

¹¹⁸ Cfr. L. BARBIERA, *Disciplina dei casi* (cfr. adn. 142), p. 211. Nam, sicuti cum auctoritate notatum est, «basta che fra i coniugi sia stato istaurato un rapporto sessuale per le vie normali... anche se le parti abbiano adottato accorgimenti diretti a impedire che il seme del marito fosse deposto nella vagina della moglie. Ciò è sufficiente a dar luogo a quella integrazione elementare delle due personalità, che» est «essenziale all'esistenza della comunione spirituale fra i coniugi», F. FINOCCHIARO, vox, *Matrimonio, II, matrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano, 1975, pp. 844-845. In eodem sensu cfr. e.g.: F. FALCHI, *Riflessioni sulla rilevanza* (cfr. adn. 92), in *Il diritto di famiglia e delle persone*, pp. 1169-1170, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, pp. 72-73; G. STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio* (cfr. adn. 98), p. 41; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone... il matrimonio* (cfr. adn. 10), p. 701; A. GALOPPINI, *Divorzio per inconsumazione* (cfr. adn. 92), adn. 7, p. 540; G.B. VARNIER, *Divorzio civile* (cfr. adn. 24), pp. 1145-1146; L. BARBIERA, vocem, *Divorzio, I* (cfr. adn. 11), p. 6 (ipsius vocis).

¹¹⁹ Cfr. e.g.: C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), p. 304; F. FALCHI, *Riflessioni sulla rilevanza* (cfr. adn. 92), in *Il diritto di famiglia e delle persone*, pp. 1166-1170, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, pp. 69-73; G. STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio* (cfr. adn. 98), pp. 40-41; M.E. POGGI, *Cause di scioglimento* (cfr. adn. 8), p. 266; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone... il matrimonio* (cfr. adn. 10), p. 700; L. BARBIERA, vocem, *Divorzio, I* (cfr. adn. 11), p. 6 (ipsius vocis).

¹²⁰ In hoc tamen sensu locutus est e.g. F. SANTOSUOSSO, *delle persone... il matrimonio* (cfr. adn. 10), p. 701.

coniecturam etiam huius interpretationis capere de lege vel de toto matrimoniali systemate minime possumus.

Consummatio ad communionem attinet spiritua-lem et materialem, ita ut veluti factum habere illam non possimus sed prouti actum¹²¹, quoniam tota provincia, de qua nunc agemus, iam imbuta est mente iuxta quam bonum in iure tutandum est unio inter homines libera et conscia¹²² (et hoc non tantum pro elementis spiritualibus viget sed etiam pro materialibus, copula carnali non excepta), eo magis quod huiusmodi actus matrimonii consummativus aestimandus est veluti obligatio aliqua ad normam art. 143 codicis civilis¹²³.

Quamvis tamen consummatio actus sit humanus, defectus huiusmodi actus seu inconsummatio merum est factum negativum. Nam divortii lex¹²⁴, ad incon-

¹²¹ In eodem sensu, cfr. e.gr.: C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), pp. 304-308; F. FALCHI, *Riflessioni sulla rilevanza* (cfr. adn. 92), in *Il diritto di famiglia e delle persone*, pp. 1172-1175, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, pp. 76-79; P. MONETA, *Considerazioni sugli aspetti* (cfr. adn. 78), p. 346; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone... il matrimonio* (cfr. adn. 10), pp. 701-702; A. GALOPPINI, *Divorzio per inconsumazione* (cfr. adn. 92), pp. 539-540; G.B. VARNIER, *Divorzio civile* (cfr. adn. 24), pp. 1145-1146.

¹²² Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Nullità, separazione* (cfr. adn. 137), p. 169.

¹²³ Hanc tenent sententiam e.gr.: C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), pp. 304-308; F. FALCHI, *Riflessioni sulla rilevanza* (cfr. adn. 92), in *Il diritto di famiglia e delle persone*, pp. 1172-1174, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, pp. 76-77; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone... il matrimonio* (cfr. adn. 10), pp. 701-702.

¹²⁴ «E ciò, sia perché la legge la classifica tra i fatti da cui si può dedurre l'impossibilità di mantenere o di ricostituire la comunione di vita coniugale, sia perché l'espressione è necessaria-

summationem quod attinet, respicit merum statum obiectivum¹²⁵ sine ulla causae aestimatione. Factum inconsummationis igitur, veluti defectus praecipui actus humani inconsummationis, iuxta speciem quam explicavimus, divortii causam constituit in italico iure ad normam art. 3 L. 1.XII.1970, n. 898.

4. DE QUIBUSDAM ANIMADVERSIONIBUS CONCLUSIVIS

Inquisitio de inconsummatione in iure canonico et italico in lucem ponit inter utramque factispeciem non adesse convenientiam perfectam seu parallelismum, qui alioqui grave periculum¹²⁶, in aestimandis transplantationibus ab uno in alium ordinamentum, constituit. Tantum asserere nobis licet inter canoni-

mente ampia in modo da comprendere le varie ipotesi in cui è impossibile un'attività sessuale normale tra i coniugi e che possono dipendere, di volta in volta, da cause imputabili od estranee ad uno o ad entrambi» (A. GALOPPINI, *Divorzio per inconsumazione* — cfr. adn. 92 —, pp. 540-541). At in alio sensu cfr. e.gr.: F. FALCHI, *Riflessioni sulla rilevanza* (cfr. adn. 92), in *Il diritto di famiglia e delle persone*, pp. 1174-1175, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, pp. 78-79. Cfr. praeterea A. D'ANTONIO, *Il divorzio* (cfr. adn. 8), adn. 253, p. 146.

¹²⁵ Cfr. in hoc sensu e.gr.: L. BARBIERA, *Disciplina dei casi* (cfr. adn. 142), p. 210; L. GRASSI, *La legge sul divorzio. Manuale di diritto sostanziale e processuale*, Napoli, 1971, p. 146; C. MIRABELLI, *Inconsumazione del matrimonio* (cfr. adn. 8), p. 308; F. SCARDULLA, *Il concetto di matrimonio* (cfr. adn. 92), pp. 501-504; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone... il matrimonio* (cfr. adn. 10), p. 702; A. GALOPPINI, *Divorzio per inconsumazione* (cfr. adn. 92), p. 540; L. BARBIERA, *vocem, Divorzio, I* (cfr. adn. 11), p. 6 (eiusdem vocis). Etiam iurisprudentia de merito, cum aliquibus tamen exceptionibus, isti sententiae communiter participat (cfr. A. D'ANTONIO, *Il divorzio* — cfr. adn. 8 —, p. 199).

¹²⁶ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto delle norme* (cfr. adn. 21), p. 14.

cum et italicum ius locum habuisse aliquam transplantationem et in transitu ab uno in aliud ordinamentum mutationes haud parvi ponderis evenisse.

Re vera factispecies nostra radices suas agere debuit in ordinamento quod multo discordat ab illo originis, praesertim quoniam ipsa minime momentum itineris salutis aeternae, prouti proprium est ecclesiali iuri, dicit, sed conformat tempus aliquod mortalis felicitatis, *ceteroqui* ad mentem alicuius iuris singularis, prouti in casu est ordinamentum italicum. Ex hoc oriri poterant inter utramque factispeciem *discontinuationes*¹²⁷; et studium nostrum huiusmodi diversitates declarare ac extollere conatum est.

Reapse, dum in italico iure inconsummatio prouti divortii causa aliquid tantum occasionaliter introductum declarat, aegre praeterea insertum in contextu totius matrimonialis oeconomiae, praesertim post integram recognitionem ad ius familiae quod spectat cum L. 19.V.1975, n. 151 peractam, in ecclesiali iure e contra elementum essenziale systematis est, constitutionem speciei "matrimonii in facto" in suo esse plenitudinis impediens una cum perfectione symbolica matrimonii, sacrum connubium inter Christum et Ecclesiam exprimente. Iuxta hanc rationem defectus consummationis fungitur virtute sua in aliqua generali scaena indissolubilitatem dicente, dum in iure italico huiusmodi factispecies, parvi ponderis pro praxi, in conspectu est, legis 1.XII.1970, n. 898 et praesertim legis 6.III.1987, n. 74 gratia, alicuius principii dissolubilitatis matrimonialis. Rebus sic stantibus mirum non

¹²⁷ Cfr. D. BARILLARO, *Brevi considerazioni* (cfr. adn. 16), pp. 381-383; G. DALLA TORRE, *Questioni attuali* (cfr. adn. 92), pp. 126-128; L. SIMONI, *Osservazioni in tema* (cfr. adn. 92), pp. 1614-1615.

est quoad hoc, sicuti vidimus, utrumque ius idem non sensisse.

Discontinuationes, quae negari omnino non possunt, haud prohibent tamen quin asseratur *continuitates* inter nostras factispecies quoque adesse. Praecipue, sicuti alias adfirmatum est¹²⁸, in utroque iure consummatio pertinet ad commixtionem carnalem inter virum et mulierem, prouti cotidianus usus docet. Immo huiusmodi consummatio viget in aliquo communi conspectu, qui est ille matrimonii institutionaliter revocantis ad humanam sexualitatem veluti structuram totius hominis, materialem igitur sed etiam, immo praesertim, spiritualem, aptam, sine ulla utriusque confusione et aequalitate perfecta, ad virum et mulierem complendos in illam praecipuam communionem, quam "Nos" vocavimus.

Huiusmodi convergentiae non sine pondere pro praxi quoque sunt. Ita, exempli gratia ad ordinamentum italicum quod spectat, canonica dispensatio super matrimonio rato et non consummato aliquam soliditatem probatoriam tribuere potest sententiae iudicis civilis ob matrimonii inconsummationem vel saltem aliquam praebere confirmationem circa dissolutionem communionis spiritualis et materialis in quo divortium ad mentem italicæ legis nititur. Hac ratione, iudicium iterando coram iudice canonico et civili, obtineretur parallelismus condicionum ex fonte disiunctarum ac ex materia propin quarum, et unitas ipsius experientiae iuridicæ ad effectum adduceretur maiore virium dispendio per processus pluralitatem¹²⁹. Eo magis si

¹²⁸ Cfr. C. MIRABELLI, *Profili costituzionali* (cfr. adn. 8), pp. 89-90.

¹²⁹ Re vera in hac ratione «potrà accadere che il provvedimento canonico concorra a dare consistenza probatoria alla inconsumazione quale causa di estinzione del rapporto matrimo-

consideramus canonicum concursum, saeculari peritia imbutum, in conspectu esse circumsectionis et difficultatis probationis, attentis praesertim intima natura facti explorandi ac processualis fraudis alea¹³⁰. In hac quoque mensura tamen vitanda est immoderata continuitas, quae se mendacem praebere potest, sicuti colligitur e diversa in utroque iure intelligentia circa sensum naturalem ipsius coniugalis actus.

Hoc et quibusdam aliis non obstantibus, studium huiusmodi transplantationis formae impellit ad non detrahendam de nostris factis speciebus matricem in utraque iuridica experientia communem. Ad summum huiusmodi momentum commune in ipsa notione matrimonii, aliquo modo conglutinata hominum sexualitati iuxta tamen divitissimum quem vidimus sensum, inest. Ceterum agitur de notione in cultura ingenua quam uterque ius vivit, fingit et cotidie excolit. Iste communis recessus permisit italico ordinamento e canonico iure transplantationem, quae inanis legislatoris voluntas non esset, sed aliquid novi, propter signum ordinamenti recipientis, et una simul aliquid, quamvis non adhuc vitalis, tamen in iuridica experientia vivi.

PIERO ANTONIO BONNET

niale pronunciata dal giudice civile... O, comunque, può dare corpo ad una verificata rottura della "comunione spirituale e materiale tra i coniugi", posta dalla legge civile a base caratterizzante la funzionalità del matrimonio. Se così fosse, attraverso una iterazione del giudizio ne deriverebbe un possibile parallelismo di situazioni separate nella fonte ma analoghe nel contenuto. Si che l'unità della esperienza si attuerebbe, con maggiore dispendio di attività giurisdizionale, attraverso la molteplicità delle procedure» (C. Mirabelli, *Alcune osservazioni in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1982*, in *Il diritto ecclesiastico*, 93/1 — 1982 — p. 471). Cfr. praeterea: G.B. VARNIER, *Divorzio civile* (cfr. adn. 24), pp. 1150-1152.

¹³⁰ Cfr. L. BARBIERA, *Disciplina dei casi* (cfr. adn. 114), p. 216.