

IL MATRIMONIO È CONTRATTO? (*Quæstio disputata*)

Premessa

La questione che intendiamo trattare è, di fatto, una *quæstio disputata*, secondo il significato che tale espressione aveva presso i maestri del medioevo. Con ciò vogliamo dire che il problema a proposito del matrimonio-contratto, non è soltanto una questione discussa ancora oggi tra gli autori, ma è una questione che, proprio come accadeva nel medioevo con le *quæstiones disputatæ*, offre la possibilità di mettere a fuoco un determinato problema ed approfondirne lo studio; vale a dire, una specie di strumento metodologico. Il nostro intento, quindi, altro non è che sottoporre di nuovo ad esame la natura contrattuale dell'istituto matrimoniale, per arrivare a conclusioni, per quanto possibile, veramente scientifiche; cioè, conclusioni libere da motivazioni personali, preferenziali, pregiudiziali, polemiche o che, comunque, esulano dagli interessi puramente giuridici. A questo proposito facciamo nostra la seguente osservazione del Prof. Arditò:

Notiamo, infine, che anche dopo il Concilio Vaticano II alcuni autori son tornati ad assumere atteggiamenti polemici o quanto meno carichi di perplessità verso la qualifica contrattuale del matrimonio in fieri, ma per ben altre ragioni: ritengono, infatti, di dover addebitare ad essa il mancato approfondimento nella teologia cattolica della realtà globale

della vita coniugale, sia in quanto istituto naturale, che in quanto sacramento¹.

1. Presentazione della questione

La questione che ci occupa è da anni discussa tra gli autori. È, quindi, una questione che a buon diritto può essere qualificata *annosa*. La questione della natura contrattuale del matrimonio, a causa della sua problematicità, ha avuto sempre grande importanza tra gli autori. Proprio per questo, ci sembra emblematico il fatto che già il Card. Gasparri, nel lontano 1932, con tono piuttosto scontroso, scrivesse:

*Nonnulli recentiores scriptores de matrimonio disputantes a voce contractus veluti abhorrent, quasi tale nomen aut matrimonium dedeceat aut matrimonii conceptum minus rectum ingerat. Horum assertores dum e una parte magnam ostendum temeritatem, ex alia longe a veritate aberrant, quippe quod matrimonium est verus contractus, licet ordinis longe superioris praesertim inter christianos*².

Veramente il tono è alquanto *rude* e, dal punto di vista metodologico, non molto «ortodosso», cioè, non è in conformità con le regole che devono presiedere il lavoro scientifico, e poco si addice al grande canonista. Ci riferiamo alla frase «e una parte magnam ostendunt temeritatem, ex alia longe a veritate aberrant». Per quanto riguarda l'altra frase, cioè, «quippe

¹ ARDITO, *Il matrimonio*, in AA.Vv., *Il diritto nel Mistero della Chiesa*, III. *La funzione di santificare della Chiesa: I sacramenti* (Quaderni di Apollinaris, 10), Roma 1980, 254.

² *De matrimonio*, vol. I, Romae 1932, n. 3; cf. WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, V: *De matrimonio*, Romae 1946, n. 34.

quod matrimonium est verus contractus», dobbiamo notare che si tratta di una affermazione troppo radicale e gratuita, la quale, in sé, non dimostra niente e costituisce, appunto, il centro della discussione. Proprio perché di discussione si tratta, la questione controversa deve essere chiarita. Nondimeno, ci troviamo davanti ad una opinione degna di essere presa in considerazione. Infatti, l'autore è nientemeno che il Card. Gasparri, cioè, un maestro indiscusso e che, a buon diritto, può essere considerato il padre «materiale» del Codice dell'anno 1917. Per di più, la sua affermazione si trova in un contesto concreto e qualificato dal punto di vista scientifico; vale a dire, nel suo *Commentario* allo stesso Codice. Ma non è solo il Gasparri che afferma decisamente la natura contrattuale del matrimonio. Gasparri è solo uno degli *innumerevoli* autori che prima o dopo il Concilio qualificano il matrimonio come contratto. Molti altri autori di meritata fama nel campo giuridico-canonico si sono pronunciati con vigore a favore del matrimonio-contratto. Ad esempio, Giménez Fernández, Wernz-Vidal, Cappello, Lefebvre, Lamas, Perozzi, García Barberena, Robleda, Montserrat, Michiels, Regatillo, O'Callaghan, Palmer, Bernárdez Cantón, Ardito, Pompedda, Aymans, Moneta, Guerro, Aznar Gil, Finocchiaro, Schouppe, Chiappetta, Castaño, ecc.³ [Più

³ Cf. GASPARRI, *De matrimonio*, vol. I, Romae 1932, n. 3; LAMAS, *El matrimonio como negocio jurídico forma*, Madrid 1941; GIMENEZ FERNANDEZ, *La institución matrimonial*, Madrid 1943, 117-118; WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, V: *De matrimonio*, Romae 1946, n. 34; LEFEBVRE, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?*, in *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger* 11 (1941) 300-334; CAPPELLO, *De sacramentis*: V: *De matrimonio*, Torino 1947, 2-3; GARCIA BARBERENA, *Sobre la idea contractual en*

tardi vedremo la tesi di Castaño, cioè, in che senso e con quali riserve Castaño ritiene che il matrimonio è un contratto]. L'elenco è impressionante, nonostante che è solo indicativo. Va notato, però, che non tutti si esprimono allo stesso modo riguardo alla natura con-

el matrimonio canónico, in AA.Vv., *Miscelanea Comillas* 16 (1951) 155-179 [160, nota 9]; GARCIA BARBERENA, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, in *Salmanticensis* 1 (1954) 422-440; ROBLEDA, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, in *Estudios Ecclesiásticos* 28 (1954) 5-56; ROBLEDA, *¿Es contrato el matrimonio?*, in *Estudios Ecclesiásticos* 29 (1955) 479-503; ROBLEDA, *Matrimonium est contractus*, in *Periodica* 53 (1964) 374-408; ROBLEDA, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, in AA.Vv., *De matrimonio coniectanea*, Romae 1970, 557-604; ROBLEDA, *Causa efficiens matrimonii iuxta Const. «Gaudium et spes» onc. Vaticani II*, in *De matrimonio coniectanea*, Romae 1970, 672-673; ROBLEDA, *Intorno alla nozione di matrimonio nel diritto romano e nel diritto canonico*, in *Apollinaris* 50 (1977) 172-193; PEROZZI, *In torno alla donazione: II. L'idea contrattuale di donazione*, in *Archivio Giuridico* 58 (1957) 321 ss.; MONTSERRAT, *El contrato y la institución en el matrimonio*, in *La Ciencia Tomista* 86 (1959) 117-127; MICHIELS, *Mariage-contract ou mariage-institution?*, in *Apollinaris* 33 (1960) 95-117; REGATILLO, *Derecho matrimonial eclesiástico*, Santander 1965², n. 4; O'CALLAGHAN, *Marriage, Institution or Contract?*, in *The Irish Ecclesiastical Record* (1968) 295-299; PALMER, *Christian Marriage: Contract or Covenant*, in *Theological Studies* 33 (1972) 617-665; BERNARDEZ CANTON, *Curso de derecho matrimonial canónico*, Madrid 1973³, 34-47; FALTIN, *Corso di diritto canonico: II. Il matrimonio*, Roma 1974, 40; ARDITO, *Natura del matrimonio canonico e sua preparazione*, in AA.Vv. (a cura di Cappellini), *Il matrimonio canonico in Italia*, Brescia 1984, 53; POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice Canonico*, in GROCHOLEWSKI-POMPEDDA-ZAGGIA, *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova 1984, 19-21; AYMANS, *El matrimonio sacramental: alianza instituida por Dios y forma de realizar la existencia cristiana*, in AA.Vv., *Estudios jurídicos-canónicos conmemorativos del Primer Cincuentenario de la Facultad de Derecho Canónico en Salamanca (1940-1989)*, Salamanca 1991, 187-190; MONETA, *Il matrimonio nel nuovo Diritto Canonico*, Genova 1992² 21; MONETA, *Il*

trattuale del matrimonio. Alcuni, infatti, si manifestano apertamente e senza fare nessuna distinzione, a favore del matrimonio-contratto; altri, invece, riconoscono — anche se non sono tanto entusiasti — che il legislatore canonico considera ancor oggi il matrimonio come contratto [cann. 1055, § 2 e 1097, § 2], benché con alcune riserve, cioè, solo *in un certo senso*. Si potrebbe, però, osservare che alcuni di questi autori scrivevano prima del Concilio, e di conseguenza, non avevano presente la questione del *foedus*. Ciò, senza dubbio, è vero per quanto riguarda alcuni autori. Altri, però, scrivono dopo il Concilio, anzi, pur essendo a conoscenza della discussione sorta in seno al Concilio, e, ciò nonostante, si pronunziano a favore della natura contrattuale del matrimonio, almeno considerandolo sotto alcuni aspetti.

Ma c'è di più. Il Concilio non si è occupato di cambiare la natura del matrimonio. Com'è ovvio, ciò non dipende della volontà di nessuno. Il problema consiste proprio in questo: il matrimonio è, o non è, contratto. Se il matrimonio era *contractus* prima del Concilio, continuerà ad esserlo anche dopo il Conci

matrimonio, in AA.Vv., *Il Diritto nel Mistero della Chiesa: III. La funzione di santificare della Chiesa*, Roma 1992², 177; GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova 1985, 60; FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 1989, 11-13; AZNAR GIL, *El nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, Salamanca 1983 46-48; AZNAR GIL, *Comentario a los cánones 1055-1165*, in AA.Vv., *Código de Derecho Canónico*. Edición bilingüe comentada, Salamanca 1989⁹; SCHOUPE, *Le droit canonique. Introduction générale et droit matrimonial*, Malines 1990, 121-122; CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Napoli 1990, 10-11, 37-41; CASTAÑO, *Introductio ad Ius matrimoniale*, vol. I: *De matrimonii natura*, Romae 1989-1990, 38-61; CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992² 32-45.

lio. Infatti, se prima della Costituzione *Gaudium et spes* il matrimonio poteva essere considerato come contratto, anche dopo il Concilio potrebbe essere ritenuto tale, nonostante che nel testo della Cost. *Gaudium et spes* il vocabolo *contractus* non appaia mai, proprio perché fu sostituito *scienter* dalla espressione *foedus*. Tutto questo è, senz'altro, vero. Però, si deve tener conto che il Concilio non ha voluto entrare nella questione della natura contrattuale del matrimonio, giacché si trattava di una questione tecnico-giuridica e, per di più, discussa tra gli autori. La Cost. *Gaudium et spes* — che non è giuridica ma pastorale — decise così di restar fuori dalle discussioni teoriche.

Le posizioni, quindi, degli autori sono in contrasto. Per alcuni il matrimonio *non è contratto*. Questa affermazione, così radicale, è difesa da pochi autori, tra i quali possono essere citati Szentirmai, May, Mörsdorf, Serrano⁴. Trattandosi però di una questione *disputata*, causa meraviglia l'asprezza che si riscontra in alcuni autori di una parte e dell'altra. Abbiamo notato già il tono *sgarbato* usato dal Gasparri. Però, troviamo in alcuni oppositori della natura contrattuale del matrimonio, un tono così *ostico* nell'esprimere la loro posizione, che è molto vicino all'acerbità del mo-

⁴ SZENTIRMAI, *Der ehebegriff des Kirchenrechts im Lichte der ethnologischen Forschung*, in *Tübinger theologische Quartalschrift* 143 (1963) 22-38; SZENTIRMAI, *Matrimonium non est contractus*, in *Revista Española de Derecho Canónico* 20 (1965) 155-164; MÖRSDORF, *Die kirchliche Eheschliessungsform nach dem Selbstverständnis der christlichen Bekenntnisse*, in *Münchener theologisch Zeitschrift* 9 (1958) 241-256; MAY, *Die kanonische Formpflicht beim Abschluss von Mischehen*, Paderborn 1963; SERRANO, *Lezioni orali* nella Pontificia Università S. Tommaso di Roma e nello Studio Rotale.

do di esprimersi il Gasparri. Dal punto di vista strettamente scientifico, le due posizioni [pro e contro] devono essere oggetto di riflessione serena, secondo le regole imposte dalla metodologia e dal dialogo tra persone civili. Per questo, non si capisce perché esiste, da parte di alcuni, tanta passione nel difendere la natura contrattuale del matrimonio, mentre in altri c'è tanta animosità contro la stessa natura contrattuale del matrimonio, quasi a significare che qualificare il matrimonio come contratto costituisce una specie di offesa personale. Forse non sarebbe male ricordare qui, che a nessuno è stato conferito l'incarico ufficiale di dimostrare e di difendere, talvolta con parole grosse, che *il matrimonio non è un contratto*.

Invece, dalla storia dottrinale del matrimonio consta che la questione, dal secolo IX agli anni 1920, era pacifica. Infatti, sembra accertato che, almeno già nel secolo IX, era normale l'uso del termine *contractus* per qualificare il matrimonio. Per alcuni, come ad esempio Lefebvre, il primo che qualificò come *contractus* il matrimonio fu il Papa Nicolò V⁵. Altri, invece, sostengono che è stato Hicmaro di Riems ad adoperare per primo tale vocabolo⁶. Addirittura non mancano autori che affermano che il termine *contrac-*

⁵ Cf. LEFEBVRE, *Le mariage civil n'est-il qu'un contract*, in *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger* 11 (1932) 308.

⁶ Cf. FONT RIUS, *Institutiones mediaevales españolas*, Madrid 1949, CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Archivio giuridico*, vol. 85, p. 120; JOYCE, *Christian marriage*, London 1948; GARCIA BARBERENA, *Sobre la idea contractual en el matrimonio canónico*, in *Miscelanea Comillas* 16 (1951) 160, nota 9; ROBLEDA, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, in *Estudios Eclesiásticos* 28 (1954) 9-32.

tus deriva da *stipulatio* e, quindi, almeno l'*idea* contrattuale, sarebbe già presente prima del secolo IX. Ad ogni modo, siamo sempre attorno all'anno 800. Per contro, non risulta chiaro se anche nel diritto romano il matrimonio era considerato un *contractus*. Abbiamo scoperto nel Museo delle Terme di Diocleziano un sarcofago [n. 40799] sul quale è scolpita una scena di *dextrarum iunctio*, vale a dire, di sposalizio alla presenza di Giunone Pronuba o Venere. Benché la *Guida d'Italia* del Touring Club Italiano non dica niente per quanto riguarda l'epoca del sarcofago, lo colloca, però, tra due sarcofagi, uno del secolo II e l'altro del secolo IV. Il significato della *dextrarum iunctio* è il seguente: il segno esterno mediante cui veniva stipulato un contratto⁷. Il fatto, però, che per i romani *consensus non concubitus facit nuptias*, a nostro avviso, sta a dimostrare che, se non la *realtà* esplicita, almeno l'*idea* del matrimonio-contratto, era presente nella cultura giuridica dei romani⁸.

A noi pare che, esaminata la questione con occhi strettamente scientifici, cioè, senza essere spinti da ra-

⁷ Ricordiamo con piacere ciò che vedevamo nella nostra fanciullezza, cioè come i contadini stipulavano nel mercato un contratto di compravendita mediante la «unione delle mani».

⁸ Cf. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, in *BIDK* 47 (1940) 189 ss.; VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romaines*, Padova 1940; D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Romae 1939, 18 ss.; RASI, *Consensus facit nuptias*, Milano 1946; ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970; VERNANZI, *Formalità per il compimento del divorzio ed indole del consenso matrimoniale in Diritto Romano Classico* (Dissertazione dottorale presso la Pontificia Università San Tommaso, scritta sotto la direzione del Prof. Castaño nell'anno 1982. Ancora non è stata pubblicata).

gioni che non hanno come meta il raggiungimento della *veritas*, questi dati storici dovrebbero servire non soltanto come base di riflessione, ma dovrebbero insegnarci anche ad essere più prudenti nel respingere, *sic et simpliciter*, la possibilità della natura contrattuale del matrimonio. In ambedue i casi mai dovrebbe essere usato un atteggiamento acerbo e meno ancora sgarbato — cosa che male si addice all'*animus serenus* che, secondo i maestri della metodologia scientifica, tra cui San Tommaso, è la prima qualità di chi consacra la propria vita allo studio.

La discussione sulla natura contrattuale del matrimonio, sebbene già esistesse timidamente prima del Concilio Vaticano II, fu da alcuni ripresa durante e dopo il Concilio, fino ai nostri giorni. Crediamo però che ancora oggi, come vedremo più avanti, si può sostenere con il Professore Aznar Gil della Pontificia Università di Salamanca che:

La maggior parte della dottrina canonistica attuale continua a considerare il matrimonio come un negozio giuridico di natura contrattuale: è un contratto bilaterale, consensuale e legittimo, però «sui generis». «Nel matrimonio “in fieri” si applicano completamente elementi fondamentali del contratto: il consenso matrimoniale è una dichiarazione della volontà, mutua e bilaterale, tra due soggetti o persone di diverso sesso, capaci di celebrare matrimonio, e che ha come risultato il prodursi di alcuni effetti giuridici voluti dalle parti» (Traduzione nostra)⁹.

⁹ «La mayor parte de la doctrina canonística actual sigue considerando al matrimonio como un negocio jurídico de naturaleza contractual: es un contrato bilateral, consensual y legítimo, pero “sui generis”. “En el matrimonio ‘in fieri’ tienen cumplida aplicación los elementos fundamentales del contrato: el consentimiento matrimonial es una declaración de voluntad, mutua y bilateral, entre dos sujetos o personas de distinto sexo capaces de celebrar matrimonio, y que tiene como resultado la aparición de

Fin qui, ci siamo limitati a fare da «cronista» della questione. Crediamo, però, che dal fatto che *la maggior parte della dottrina canonistica attuale continua a considerare il matrimonio come un negozio giuridico*, non si possa concludere — *sic et simpliciter* — che il problema sia stato risolto. Per contro, il problema è ancora presente e quindi, dal punto di vista metodologico, non è lecito disconoscerlo, come neanche si possono sottovalutare le ragioni di coloro che sono contrari alla natura contrattuale del matrimonio. In-

unos efectos jurídicos queridos por las partes»». AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca 1983, 46-47. L'autore cita tra virgolette un brano del Prof. Bernárdez Cantón, preso dall'opera: *Curso de derecho matrimonial canónico*, Madrid 1973³ 34-35.

Lo stesso Professore dell'Università di Salamanca afferma nel *Comentario* al can. 1055: «En cuanto a su naturaleza jurídica [del matrimonio], y partiendo del principio establecido en el c. 1057 de que es el consentimiento mutuo de las partes lo que constituye el matrimonio, el texto maneja dos términos para su definición: “foedus matrimoniale” (c. 1055, § 1) y “contractus” (c. 1055, § 2). En realidad, la cuestión carece de interés, porque — reconociendo que ambas expresiones son inadecuadas para manifestar la realidad jurídica del matrimonio — se trata de un mero cambio terminológico: la propia Comisión codificadora expresamente advirtió que ambas locuciones, “contractus” y “foedus matrimoniale”, “se entienden en un mismo significado, deliberadamente, de forma que aparezca con mayor claridad que el pacto matrimonial descrito en la GS no puede constituirse de otra forma para los bautizados, sino por un contrato, aunque especial” (Relatio 1981, pp. 244-245). *En definitiva, nos encontramos ante un negocio jurídico de carácter contratural, sui generis, de un hombre y una mujer para constituir un consorcio total de sus vidas*». AZNAR GIL, *Comentario a los cánones 1055-1165 [1055]*, in AA.Vv., *Código de Derecho Canónico*. Edición bilingüe comentada, Salamanca 1989⁹.

fatti, come abbiamo detto sopra, non si può dimenticare che esistono autori, anch'essi di fama, che negano tale natura.

Solo alla fine del nostro lavoro saremo in grado di trarre delle conclusioni al riguardo. Inoltre, se il risultato della nostra ricerca fosse contrario alla natura contrattuale del matrimonio, la questione sarebbe per noi definitivamente chiusa. Se invece il risultato della ricerca è favorevole alla natura contrattuale del matrimonio, almeno in alcuni dei suoi aspetti, si dovrà precisare *in che senso e con quali riserve* il matrimonio è un contratto.

2. Il problema del matrimonio contratto-foedus, con speciale riferimento al Concilio Vaticano II

Com'è noto, la qualifica contrattuale del matrimonio è stata molto discussa durante il Concilio Vaticano II, e perciò, la Costituzione *Gaudium et spes*, in riferimento al matrimonio, non adopera mai il termine *contractus*, bensì *foedus*. Ecco la storia. Insieme al primo abbozzo dello *Schema XIII*, che più tardi sarebbe diventato la Costituzione *Gaudium et spes*, si trovano alcuni *Annessa*. Nel capitolo II, n. 3 degli *Annessa* veniva adoperato espressamente il vocabolo *contractus* per qualificare l'atto reciproco di donazione degli sposi, atto che dà vita al vincolo coniugale (29 ottobre 1964). Invece, già nel testo presentato come *Prima Redactio* della Costituzione *Gaudium et spes*, il termine *contractus* era stato sostituito con il vocabolo *foedus* (21 settembre 1965). Da quel momento in poi si impose il termine *foedus*. Così nella *Secunda Redactio* (13 novembre 1965) e nella *Tertia Redactio* (3 dicembre 1965), come pure nella *Redactio Definitiva* (4

dicembre 1965)¹⁰. Perché questo cambio? È chiaro che i Padri conciliari hanno avuto delle ragioni ben precise per abbandonare un termine [*contractus*] che ormai era stato collaudato dalla storia, almeno ecclesiastica, per qualificare il matrimonio. Se già prima che cominciasse il Concilio, alcuni autori proponevano l'abbandono del vocabolo *contractus* per le ragioni che vedremo in seguito, durante il Concilio questa posizione s'impose, e così, a partire della *Prima Redactio* della Cost. *Giudium et spes* (21 settembre 1965), anziché parlare di *contractus*, si è preferito usare il termine *foedus*.

Per quanto riguarda le ragioni che hanno consigliato la sostituzione di *contractus* per *foedus*, proponiamo una sintesi che, a nostro avviso, raccoglie abbastanza bene la nostra questione. Infatti, non soltanto i teologi ma anche alcuni giuristi, erano contrari, a qualificare il matrimonio come *contractus*.

I teologi dicevano che il matrimonio non può essere ritenuto un *contractus* principalmente per le seguenti ragioni: a) Qualificare il matrimonio come *contractus* sarebbe una specie di *giuridicismo*, giacché il matrimonio è un sacramento e come tale, non può essere rinchiuso in una realtà specificamente giuridica com'è il *contractus*. b) Il concetto di *contractus* non piace ai fratelli Orientali e quindi, non è da loro accettato né lo sarà mai. Da notare che il concetto di *contractus* ha la sua origine nel diritto romano e, perciò, ha una connotazione squisitamente giuridica. Inoltre, nella tradizione delle venerabili Chiese orientali, il matrimonio è stato sempre considerato come un *foe-*

¹⁰ Cf. DIAZ NAVA, *El matrimonio en la Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual*, in *Sal Terrae* 54 (1966) 433.

dus o *alleanza*, in cui viene rispecchiata la *Alleanza* stabilita tra Jahvè ed Israele e che poi San Paolo attribuisce a Cristo e alla Chiesa. In questo modo, tra gli Orientali il matrimonio s'inserisce nella tradizione biblica e quindi, è sempre un *quid sacrum*¹¹.

Da parte loro i giuristi dicevano: a) Tanto nel diritto romano come nel diritto «civile» il *contractus* è un negozio privato e, per di più di natura patrimoniale. b) In tal caso, nel matrimonio-contratto i contraenti potrebbero apporre delle clausole a piacere contro il fine e contro le proprietà essenziali, cosa che nel matrimonio non può avvenire. c) Inoltre il matrimonio potrebbe essere *annullato*, come possono essere annullati tutti i contratti. Com'è ovvio, ciò non è pensabile trattandosi del matrimonio. d) Finalmente, il concetto di *contractus* comporta una relazione all'aspetto *patrimoniale*, mentre il matrimonio, per natura, consiste in un insieme di *relazioni interpersonali*.

Crediamo che sono queste le difficoltà più salienti che sono state evidenziate durante il Concilio. Noi cercheremo di rispondere a tutte queste osservazioni, le quali, senza dubbio, sono state proposte con la esplicita volontà di chiarire la natura del matrimonio e di liberarla da nozioni troppo giuridiche che, in un certo modo, la soffocavano.

¹¹ A questo punto è interessante notare l'importanza che assume nel matrimonio tra gli Orientali, cattolici ed ortodossi, la benedizione del sacerdote, come pure il fatto che l'*assistens* deve essere sempre un sacerdote. La disposizione secondo la quale il diacono e il laico che, a norma dei cann. 1108 e 1112 del CIC latino, possono essere rappresentanti ufficiali della Chiesa, cioè possono essere *assistantes*, ognuno secondo le disposizioni del diritto, non ha nessun parallelismo nell'ordinamento delle Chiese Orientali né cattoliche né ortodosse.

Risposta alle difficoltà proposte dei teologi:

a) Qualificare il matrimonio come *contractus* sarebbe una specie di *giuridismo*, giacché il matrimonio è un sacramento e come tale, non può essere rinchiuso in una realtà specificamente giuridica com'è il *contractus*. Crediamo che a questa osservazione si possa rispondere nel seguente modo. Innanzitutto, è vero che sarebbe *giuridismo* qualificare il matrimonio come *contractus*, se l'intero matrimonio fosse identificato con il *contractus*. Invece, anche quando il legislatore ecclesiastico o la giurisprudenza o la dottrina degli autori, qualificano il matrimonio come *contractus*, *mai* hanno in mente di estendere tale qualifica all'intera realtà matrimoniale, realtà così ricca, già solo nell'ambito *naturale*, e ancora di più, considerata come *sacramento*. Infatti la natura dell'istituto matrimoniale trascende in maniera sconfinata l'aspetto contrattuale [aspetto *giuridico*] che è solo *un aspetto* del matrimonio *nel suo essere naturale*, aspetto che non è il più importante. Infatti, il matrimonio come istituto naturale, consiste in un insieme di *valori* umani di grande portata che, a nostro avviso, ancora non sono stati studiati sufficientemente. Perché il matrimonio, nel suo essere naturale, è una realtà umana, sociale, culturale, biologica, psichica, etnica, di affetto, di religione [religione *naturale*]¹², di donazione re

¹² La nota di *sacralità* la si trova nelle culture più antiche. Sant'Agostino diceva addirittura che il matrimonio era *signum rei sacrae*, e il Papa Leone XIII qualificò il matrimonio come *quid sacrum*; per questo il matrimonio può essere ritenuto come *seminarium reipublicae* (Cicerone) oppure come *institutum in officium naturae* (San Tommaso).

Ecco le magnifiche parole del grande Leone XIII: «*Est sua vi, sua sponte, suaque natura sacrum [...]. Cum matrimonium ha-*

ciproca e totale dell'intera vita, fino a costituire una realtà che supera di molto le semplici *relazioni interpersonali*, ma, che secondo la più genuina antropologia, consiste nella concretizzazione del comandamento della Genesi, vale a dire, essere *una caro*¹³. Infatti le relazioni interpersonali non esauriscono la totalità del matrimonio nei suoi molteplici aspetti. Certamente le relazioni interpersonali sono un aspetto importantissimo del matrimonio, e, proprio per questo, alcuni autori definiscono il matrimonio come l'*insieme*

beat Deum auctorem, fueritque vel a principio quaedam Incarnationis Verbi Dei adumbratio, idcirco inest in eo sacrum et religiosum quiddam non adventitium sed ingenitum, non ab hominibus acceptum sed natura insitum». LEO XIII, Enc. *Arcanum* del 10 feb. 1880: *Acta Leonis XIII*, II, 22-23.

¹³ Il significato biblico della espressione *una caro*, da una parte trascende infinitamente l'aspetto somatico della unione coniugale, ma d'altra parte neppure si limita all'intimità dell'anima: qui ci troviamo davanti al mistero della creazione. Dio, creando l'uomo maschio e femmina, ha voluto mostrare la incompletezza dei singoli individui umani, e la loro pienezza allorché raggiungono l'unità antropologica nell'integrazione uomo-donna, quando cioè gli sposi divengono *una caro*. Si tratta, dunque, dell'integrazione totale, dell'intero uomo, senza riserve, fino a costituire, insieme al *partner*, una «nuova realtà». Com'è ovvio, in questa *intima comunità di vita e d'amore coniugale* [GS 48] le persone degli sposi non spariscono come in una specie di fusione, ma proprio nell'integrazione matrimoniale essi trovano la loro perfezione. Il Concilio Vaticano II aggiunge ancora: *È così che l'uomo e la donna [...], prestandosi un mutuo aiuto e servizio con l'intima unione delle persone e delle attività, sperimentano il senso della propria unità e sempre più pienamente la raggiungono;* [GS 48]. È in questa unione che trovano spazio le cosiddette *relazioni interpersonali*.

Per un'esposizione completa di questa dottrina di antropologia umana e cristiana, alla luce della Genesi, cf. *Le catechesi del mercoledì* dell'attuale Romano Pontefice.

di relazioni interpersonali. Però, a nostro avviso, ciò significa prendere la parte per il tutto, benché, nel nostro caso, la parte sia così importante come lo sono le relazioni interpersonali. Infatti, oltre l'aspetto di relazioni interpersonali, il matrimonio ha altri aspetti che, tutti insieme, sono in grado di fornire la vera definizione del matrimonio. Il matrimonio, in concreto, è l'insieme delle relazioni interpersonali, ma è anche realtà sociale, culturale, antropologica, etnica, biologica, psichica, sacra, e anche *giuridica*. A nostro avviso, l'aspetto *giuridico* del matrimonio, proprio perché il matrimonio nella sua specificazione è un *institutum sociale*, si estende a tutti gli altri aspetti e conferisce loro valore di matrimonio, anzi li costituisce in matrimonio; vale a dire, l'aspetto giuridico fa sì che tutti gli altri valori o aspetti — incluse le relazioni interpersonali — siano *vero matrimonio*. Perciò, nessuno ha mai confuso le *relazioni interpersonali* [uno degli aspetti del matrimonio] con la *natura contrattuale* del matrimonio, che — come sovente abbiamo detto — *tocca soltanto* l'aspetto giuridico del matrimonio. Perciò, il solo sospetto che le relazioni interpersonali costituiscano un contratto, è una supposizione assurda. Questa difficoltà, dunque, non risponde alla realtà.

Vogliamo completare ancora il nostro pensiero al riguardo. Alcuni autori definiscono il matrimonio come *relazioni interpersonali* e, così facendo, credono di aver scoperto la pietra filosofale. Secondo il nostro giudizio, dal punto di vista sociale e, soprattutto sacramentale — per non dire, giuridico — il matrimonio non termina, non si esaurisce, nell'essere un insieme di relazioni interpersonali, anche se esse sono importanti. Se così fosse, sparirebbero sia l'aspetto *sociale e pubblico* del matrimonio che il suo aspetto *sacramentale*. Questa visione del matrimonio che si presenta

come una acquisizione quasi geniale, altro non è che una visione scintillante (e forse un tanto abbagliante), la quale, in quanto tale, è molto attraente ai nostri giorni. Noi crediamo, però, che il matrimonio sia una realtà molto più ricca di un insieme di relazioni interpersonali. È certamente questo insieme di relazioni interpersonali, ma con ciò non viene offerta l'idea ottimale del matrimonio. Anzi, dal punto di vista scientifico, crediamo che tale definizione prenda la parte per il tutto e, di conseguenza, sia povera e molto restrittiva.

Oltre i *valori* sopra elencati, il matrimonio ha anche un aspetto *giuridico*, in quanto che, tutti gli altri aspetti o valori sono *regolati* da norme [civili o canoniche] che distinguono il matrimonio da qualsiasi altra forma di convivenza tra un uomo ed una donna, anche se tra loro esistono gli elementi sociali, biologici, psichici, di affetto, di donazione reciproca, ecc. Il matrimonio, infatti, è per sua natura un *istituto sociale*, e, come tale, deve essere regolato e protetto dalla legge. L'aspetto giuridico è *soltanto uno* dei molteplici aspetti che costituiscono il matrimonio e quindi, *la realtà matrimoniale nella sua totalità, non può essere qualificata come contractus* [Si noti questa nostra affermazione]. È vero che tante volte gli autori qualificano il matrimonio come *contractus* senza distinguere né precisare che si riferiscono solo al suo aspetto giuridico. Cosa che, come vedremo, se si vuole parlare scientificamente, si deve fare e noi lo faremo. Però, in onore della verità, dobbiamo affermare che nessun autore (e meno ancora il legislatore) pretende che il matrimonio nella sua integrità, cioè, includendo tutti gli aspetti sopra elencati, sia *contractus*.

Il nostro argomento ha ancora più forza se si considera il matrimonio nella sua *realtà sacramentale* nel

pieno senso del termine, cioè, tra due persone battezzate. Non solo sarebbe *giuridicismo* ma cosa assurda pensare che il legislatore o gli autori qualifichino come contratto il *sacramento del matrimonio*. Pensiamo, dunque, che alcune frasi che sono state scritte contro la natura contrattuale del matrimonio, ad esempio «qualificare il matrimonio come *contractus* sarebbe una specie di giuridicismo, *giacché il matrimonio è un sacramento* e, come tale, non può essere rinchiuso in una realtà specificamente giuridica com'è il *contractus*», più che affermazioni scientifiche, ci sembrano dei veri sofismi. Infatti, nella frase *giacché il matrimonio è un sacramento*, s'identifica il *matrimonio* in sé con il *sacramento*, quando in realtà non tutti i matrimoni sono sacramenti, ma solo i matrimoni tra due battezzati. Ripetiamo: nessuno ha mai pensato di qualificare il matrimonio-sacramento come *contractus*. Diciamo semplicemente che tale affermazione non risponde alla verità.

b) Il concetto di *contractus* non piace ai fratelli Orientali e quindi, non è da loro accettato né mai lo sarà. Nella obiezione viene ancora precisato che il concetto di *contractus* ha la sua origine nel diritto romano e, perciò, ha una connotazione squisitamente giuridica. Inoltre, nella tradizione delle venerabili Chiese orientali, il matrimonio è stato sempre considerato come un *foedus* o *alleanza*, in cui viene rispecchiata la *Alleanza* stabilita tra Jahvè ed Israele e che poi San Paolo attribuisce a Cristo e alla Chiesa. In questo modo, tra gli Orientali il matrimonio s'inserisce nella tradizione biblica e quindi, è sempre un *quid sacrum*. Fin qui l'argomentazione dei teologi che sono contrari alla natura contrattuale del matrimonio. Mi sembra, però, che si possa arguire solo questo: la tradizione delle Chiese orientali in questo punto è certa

mente *diversa* dalla tradizione delle Chiese latine, almeno in parte. Ma di fronte a *diverse* tradizioni — tutte e due ugualmente ecclesiali — non si vede perché si debba abbandonare la tradizione propria per aderire alla tradizione degli altri, specialmente se viene invocata la ragione che il matrimonio-contratto *non piace agli Orientali e quindi, non sarà mai da loro accettata*. Questa ragione, da sola, non sembra che abbia un peso veramente scientifico. Crediamo che si possa ritenere che tutte le tradizioni hanno i propri pregi e sono ugualmente valide nell'ambiente dove sono sorte e si sono sviluppate. Inoltre, non sembra del tutto fondata l'affermazione secondo cui il matrimonio-alleanza [*foedus*] è sconosciuta dai latini. La pastorale — che influisce più che il diritto nei costumi e nelle tradizioni dei fedeli — ha introdotto l'uso di chiamare *fede* [Italia] o *alianza* [popolazione di lingua spagnola] l'anello nuziale¹⁴. Per di più, il termine *alleanza*, benché abbia le radici immerse nella tradizione biblica, in definitiva altro non è che una *species contractus*. Infatti, *foedus* è una realtà giuridica che era conosciuta dai popoli circostanti al Popolo Eletto e che la Bibbia adopera per significare le relazioni tra Yahvè ed Israele e tra Cristo e la sua Chiesa. Oggi, grazie al ritrovamento di diverse *steli*, ci sono note le formalità giuridiche assiro-babilonese secondo cui venivano stipulati diversi patti, alleanze, *foedera* anche tra privati¹⁵. Nella Bibbia non sono rari i brani nei

¹⁴ Da notare che *fede* non procede da *fides* o virtù teologale, mediante la quale si crede ciò che non si vede né con gli occhi né con l'intelletto. Per contro, la *fede* o anello nuziale procede da *foedus*.

¹⁵ Niente meraviglia, perché anche il popolo romano conosceva perfettamente l'istituto giuridico del *foedus*, sia quello *ae-*

quali è descritta dettagliatamente la *Alleanza* stabilita tra Dio e il suo Popolo. Ecco due brani biblici significativi:

Genesi 15,9-17:

Rispose [Abram]: Signore mio Dio, come potrò sapere che ne avrò il possesso? Gli disse: Prendimi una giovenca di tre anni, una capra di tre anni, un ariete di tre anni, una tortora e un piccione. Andò a prendere tutti questi animali, li divise in due e collocò ogni metà di fronte all'altra: non divise però gli uccelli [...]. Quando tramontato il sole si fece buio fitto, ecco un forno fumante e una fiaccola ardente passarono in mezzo agli animali divisi. In quel giorno il Signore concluse questa alleanza con Abram: «Alla tua discendenza io darò questo paese dal fiume d'Egitto al grande fiume, il fiume Eufrate!».

Geremia 34,18-20:

Gli uomini che hanno trasgredito la mia alleanza, perché non hanno eseguito i termini dell'alleanza che avevano concluso in mia presenza, io li renderò come il vitello che spaccarono in due, passando fra le due metà. I capi di Giuda, i capi di Gerusalemme, gli eunuchi, i sacerdoti e tutto il popolo del Paese, che passarono attraverso le due metà del vitello, li darò in mano ai loro nemici e a coloro che attentano alla loro vita.

Da quanto abbiamo detto, così possiamo concludere a proposito del matrimonio-foedus:

Nonostante tutto, resta il fatto che il Concilio ha valorizzato le relazioni tra i coniugi, qualificandole come foedus = alleanza, per indicarne il suo contenuto biblico. Non si

quum [alleanza di mutua difesa e di mutuo aiuto tra Roma ed un altro popolo], sia quello *iniquum* [alleanza che Roma imponeva unilateralmente ad un altro popolo].

deve dimenticare che nella Bibbia l'alleanza è carica di contenuto soprannaturale. Nell'Antico Testamento si trattava dell'alleanza tra Jahvè e Israele, mentre nell'Apostolo Paolo la «figura» si converte in «realtà» e alleanza significa l'unione tra Cristo e la Chiesa. Per tutto ciò, l'ammissione nel Codice di Diritto Canonico del concetto di *foedus*, insieme, ma con una preferenza non indifferente al concetto di *contractus*, significa una evoluzione molto positiva ed un arricchimento più che notevole. Tutti i matrimoni, dunque, sono *foedus*. Con il vocabolo «tutti» ci riferiamo al matrimonio sacramento e al matrimonio naturale, benché quest'ultimo non partecipi con la stessa pienezza del significato di alleanza, che invece ha il matrimonio sacramento¹⁶.

Risposta alle difficoltà proposte dai giuristi:

a) La prima difficoltà afferma che tanto nel diritto romano come nel diritto «civile» il *contractus* è un negozio privato e per di più, di natura patrimoniale. Ci sia permesso di dubitare che nel diritto romano il *contractus* fosse di natura privata. A quanto ci risulta, la questione se il contratto nel diritto romano fosse di natura privata, non è chiara, e perciò dovrebbe essere ancora provata. Ad ogni modo, noi riteniamo che il *contractus* non è una realtà univoca, bensì *analogica*. Ma di ciò tratteremo in seguito.

b) Se il matrimonio fosse un contratto, i contraenti potrebbero porre delle calusole a piacere contro il fine e contro le proprietà essenziali, ciò che nel matrimonio non può avvenire. Come vedremo al n. 3, il contratto è una realtà analogica che è partecipata anche dal matrimonio. Perciò, non si vede la ragione per la quale il matrimonio non può essere qualificato

¹⁶ J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992², 40.

come *contractus*, almeno per ipotesi. Certo che si tratterà di un contratto *sui generis*.

c) Inoltre, se il matrimonio fosse un contratto, potrebbe essere *annullato*, come possono essere annullati «tutti» i contratti. Com'è ovvio, ciò non è pensabile trattandosi del matrimonio. La difficoltà qui espressa ha come fondamento l'idea fissa di questi autori che presuppone un concetto *univoco* di contratto. Per loro, infatti, non esiste che un solo contratto che è un negozio privato; questo contratto, in concreto, è il contratto patrimoniale. In questo caso, è chiaro che il contratto può essere annullato a norma della legge. Se, invece, il concetto di contratto non si esaurisce nel contratto patrimoniale, ma costituisce una realtà *analogica* che viene partecipata da diversi *analogati*, non si vede perché «tutti» i contratti debbano essere negozi privati e quindi, annullabili. Il matrimonio [contratto o no] è almeno per la Chiesa, un negozio pubblico e mai può essere annullato. Se il vincolo matrimoniale nasce validamente, per sua natura, è *vinculum perpetuum*, cioè *indissolubile*. Proprio la non annullabilità è una delle *note specifiche* del matrimonio nella sua qualità di contratto; vale a dire, uno degli elementi che, oltre gli *elementi comuni*, accompagnano e diversificano questo determinato analogato del contratto.

d) Finalmente il concetto di *contractus* comporta una relazione all'aspetto *patrimoniale*, mentre il matrimonio, per natura, consiste in un insieme di *relazioni interpersonali*. Crediamo che dopo tutto ciò che abbiamo espresso fin qui, la risposta a questa difficoltà è più che ovvia. Però, come tante volte succede quando manca la logica o questa è troppo debole, anche in questo caso troviamo due ragioni, messe insieme, che, a nostro avviso, male si combaciano. Risponderemo alla prima ragione allorché nel n. 3 sarà studiato

la natura del contratto e la sua applicazione al matrimonio. Per ora basta notare che il concetto di *contractus* non s'identifica *sic et simpliciter* con il contratto *patrimoniale*. Per quanto riguarda l'affermazione secondo cui il matrimonio consiste in un insieme di *relazioni interpersonali*, non ci sembra il caso di ripetere quanto abbiamo espresso sopra.

Forse si potrà pensare che queste risposte alle osservazioni fatte da teologi e giuristi durante il Concilio Vaticano II, non sono del tutto convincenti. Le nostre risposte non hanno la pretesa di essere argomenti apodittici, ma si mantengono nell'ambito della probabilità. Però, dobbiamo ammettere che le difficoltà invocate dagli autori sono ancora meno consistenti e, talvolta, finiscono nell'essere affermazioni gratuite ed abbastanza ingenuie [si ricordi, ad esempio, la difficoltà secondo cui l'indole contrattuale del matrimonio *non piace* agli Orientali]. La nostra intenzione è mettere in risalto che le difficoltà emerse durante il Concilio contro la natura contrattuale del matrimonio, dal punto di vista scientifico, non sono insuperabili. Ad ogni modo, dobbiamo constatare — e ne prendiamo nota — che la Cost. *Gaudium et spes*, come abbiamo detto sopra, non adopera mai il termine *contractus*, bensì *foedus*.

3. Studio sulla natura del contratto in se stesso ed applicazione al matrimonio

Il punto di partenza per una concezione scientifica della figura giuridica del *contractus* non può essere altro che la famosa definizione romanistica, cioè: *duorum pluriumve in idem placitum consensus*. Da questa definizione possiamo attingere quattro elementi es-

senziali del contratto: 1°) *capacità naturale e giuridica* nei contraenti; 2°) *oggetto* del contratto, che deve essere unico; 3°) *consenso* delle parti; 4°) *obbligazione* nei contraenti¹⁷.

1°) *Capacità naturale e giuridica*. Il contratto è un negozio giuridico e quindi, *umano*. Da ciò segue che devono esistere due o più persone che stipulano il contratto, cioè che consentono. Ma non basta. I contraenti devono essere in grado di poter consentire, cosa che accade se sono provvisti della *capacità naturale e giuridica* di consentire. Com'è ovvio, questo primo elemento è una condizione *soggettiva*. Con la espressione *capacità naturale* vogliamo dire che il contraente deve essere in grado di poter emettere un *actus humanus*. Ricordiamo la distinzione della filosofia scolastica a proposito dell'*actus hominis* e dell'*actus humanus*. Il primo scappa al controllo della volontà, mentre il secondo proviene dalla volontà, e perciò è *actus voluntatis*. La volontà, però, è una potenza cieca che solo si può muovere se l'intelletto le presenta l'oggetto *appetibile-desiderabile* [*nihil volitum quin praecognitum*]. È per questo che il primo requisito del soggetto che sta per stipulare un contratto, cioè per consentire, è che sia *capace d'intendere e di volere*, vale a dire, di porre in atto un *actus humanus*. C'è ancora un altro aspetto della capacità richiesta nel contraente.

¹⁷ Quest'ultimo *elemento essenziale* viene considerato da alcuni non come un proprio *elemento* che entrerebbe a far parte del *constitutivum metaphysicum* del contratto, ma semplicemente come una *conclusione*, conclusione però che accompagna sempre il contratto e dal quale promana necessariamente. Ad ogni modo, l'*obbligazione*, sia che venga considerata come *elemento essenziale*, che come *conclusione*, si trova sempre insieme agli altri elementi del contratto.

Ci riferiamo alla capacità *giuridica*. Infatti, oltre la capacità d'intendere e di volere, il contraente deve essere autorizzato dalla legge a porre un determinato atto giuridico, e quindi, deve essere libero di proibizione legale che l'impedisca di contrarre. Questa proibizione legale toglie al soggetto la capacità giuridica. Indipendentemente da quanto accade nell'ordinamento civile, per quanto riguarda l'ordinamento canonico, a noi piace chiamare *hibilitas* la capacità giuridica e riservare il vocabolo *capacitas* per la capacità naturale d'intendere e di volere¹⁸.

2°) *Oggetto o materia del contratto*. Il consenso delle parti, di cui tratteremo più sotto, deve coincidere [si incontra] nello stesso *oggetto* o *materia* adatta. Perciò, l'oggetto deve essere *unico*. Inoltre, la *materia* del contratto deve essere accompagnata dai seguenti requisiti: essere *possibile* fisicamente o moralmente; esistere *in re* o almeno *in spe fundata*; appartenere al contraente e, finalmente, essere in qualche modo *stimabile*. I filosofi cattolici richiedono ancora che l'oggetto del contratto sia *onesto*. Com'è ovvio, questa nota della materia del contratto appartiene alla sfera *etica*, ma, proprio per questo, dovrebbe essere considerata anche nella sfera giuridica. Infatti, un diritto «disonesto» sarebbe opposto al diritto naturale e quindi, secondo la filosofia che si ispira alla dottrina cattolica, *non est ius*.

3°) *Consenso delle parti*. Tutto quanto abbiamo

¹⁸ Questa distinzione sembra essere sancita dal modo di esprimersi il legislatore nel «cappello» del can. 1095, in cui si dice: «Sunt *incapaces* matrimonium contrahendi». Invece, quando si tratta delle proibizioni indette dalla legge, il Codice adopera la espressione *inhabilitas* (can. 1073).

detto a proposito delle altre due note caratteristiche del contratto, è ordinato a quanto diremo a proposito del consenso. Infatti, se le parti devono avere la *capacitas* naturale e giuridica, è per poter consentire. Lo stesso si dica dell'oggetto sul quale converge il consenso delle parti. È, dunque, il *consensus* l'elemento più importante del contratto. Anzi, il consenso non solo è la *fonte* dalla quale nasce il contratto, ma è anche il *constitutivum formale* del medesimo contratto. Il consenso, quindi, è la causa *efficiente*, ma, allo stesso tempo, è anche la causa *formale* del contratto. Il consenso, però, affinché possa essere considerato l'*anima* del contratto, deve avere le seguenti qualità:

a) Innanzitutto il consenso deve essere *vero*, cioè un consenso *non finto*, *non simulato*. È chiaro che questa caratteristica del consenso presuppone la esternazione del medesimo. Infatti, il consenso, in sé, è un atto di volontà e quindi, un atto *interno*. Perciò deve esistere corrispondenza tra il consenso *interno* della volontà e la manifestazione *esterna* o *consenso esterno*¹⁹.

b) Dato che il consenso è un *actus humanus* che entitativamente appartiene ad una potenza cieca, cioè alla volontà, è necessario che sia preceduto da un atto dell'intelletto. Tale atto, in concreto, consiste in un *giudizio pratico*, la cui funzione è giudicare, valutare, deliberare. È per questo che si dice che il consenso deve essere *deliberato*, vale a dire, frutto di una deli-

¹⁹ Fondato in questa realtà e proprio per salvaguardare la validità del matrimonio, il canone 1101, § 1 — in cui viene considerato il vizio del consenso matrimoniale che gli autori chiamano *simulatio* e che il Codice preferisce nominare *exclusio* — dice espressamente: *Il consenso interno dell'animo si presume conforme alle parole o ai segni adoperati nel celebrare il matrimonio.*

berazione, in cui vengono giudicate e valutate le diverse possibilità che si presentano alla decisione di colui che deve consentire.

c) Inoltre, il consenso, atto interno della volontà, affinché sia conosciuto, deve essere *manifestato*. Infatti, siamo davanti ad un negozio bilaterale e quindi, ogni parte contraente deve conoscere qual'è la volontà dell'altra parte. Inoltre, le rispettive legislazioni determinano come dovrà essere manifestato il consenso contrattuale, se davanti a testimoni o per scritto, ecc.²⁰

d) Il consenso deve essere ancora *mutuo*. Da notare che *consenso mutuo* non s'identifica *sic et simpliciter* con la nota di bilateralità²¹.

e) Affinché ci sia corrispondenza tra il consenso interno e la manifestazione esterna del medesimo, è

²⁰ Nell'ordinamento canonico, la manifestazione del consenso matrimoniale, secondo la formula squisitamente giuridica del can. 1057, § 1, deve essere *legitime*, vale a dire, *iuxta legem, iuxta formam canonicam*. Infatti, oltre le ragioni già esposte, cioè che le parti devono conoscere il reciproco atto di volontà, nell'ordinamento canonico il matrimonio è un negozio *publico* e, come tale, viene celebrato in presenza della comunità ecclesiale, rappresentata per l'*Assistens* o *ufficiale publico* della Chiesa [*Assistens matrimonium intelligitur tantum qui praesens exquirat manifestationem contrahentium consensus eamque nomine Ecclesiae recipit*].

²¹ Per quanto riguarda la questione del *silenzio* di coloro che stipulano un contratto, è necessario precisare quanto segue: Il detto giuridico *qui tacet acceptat seu consentire videtur* ha un significato tecnico molto preciso. Infatti, non sempre *qui tacet* è d'accordo. Dobbiamo distinguere: a) se si tratta di un contratto favorevole a colui *qui tacet* [ad esempio un contratto di donazione], allora si presume che il suo silenzio è segno di *accettazione*; b) anche si presume che accetta colui che, potendo *liberamente* e facilmente contraddire, non lo fa. Si tratta, però, di una presunzione e, di conseguenza, può essere provato il contrario, secondo il detto *contra praesumptionem valet probatio*.

necessario che il consenso non solo sia *deliberato*, ma deve essere anche *libero* da costrizione esterna. Oltre la mancanza totale di libertà che farebbe nullo il contratto in forza dello stesso diritto naturale, sarà compito della legge positiva considerare il grado di libertà che viene richiesto per ogni singolo contratto²².

4°) *Obbligazione nei contraenti*. Elemento essenziale del contratto o semplice conclusione, l'*obbligazione* accompagna sempre il contratto come una conseguenza necessaria. Da notare che l'obbligazione di cui stiamo trattando, non è soltanto un obbligo *etico*, ma un vero obbligo *giuridico*. Ancora di più. L'obbligazione che segue il contratto, appartiene alla giustizia più esigente, vale a dire, alla *giustizia commutativa*. Com'è ovvio, non il caso di considerare qui le diverse *species iustitiæ*. Basta ricordare che tra le *species* di giustizia *legale*, *distributiva* e *commutativa*, la giustizia *commutativa* è la giustizia *unius civis ad alterum* e che *reddid unicuique res propria secundum aequalitatem rei debitae*.

Tutta la questione, quindi, sta nel sapere se questi requisiti necessari per ogni *contractus*, si ritrovano

²² Il can. 1103, ad esempio, precisa che, per quanto riguarda il vizio di *vis vel metus*, non è necessario che la mancanza di libertà sia *totale*. Come abbiamo detto testé, se così fosse, il matrimonio sarebbe già invalido in forza dello stesso diritto naturale. Il canone invece suppone che il soggetto vittima del *metus*, è ancora capace di fare una vera elezione, benché sia costretto a fare una determinata elezione, cioè, scegliere il matrimonio. Quindi, se *elege*, nonostante che lo faccia *costretto*, è perché è in grado di eleggere [«ut quid se liberet, *elegere* cogatur matrimonium»]. La conclusione è che il consenso matrimoniale, a norma del diritto canonico, certamente deve essere *libero* da costrizione, ma, per la validità del matrimonio, non è necessario che la mancanza di libertà nel consentire sia *totale*.

anche nel matrimonio. Sono gli elementi minimi ed assolutamente necessari affinché si possa parlare di vero contratto. Poi ci saranno ancora altri elementi propri ed esclusivi di un determinato contratto, cioè di un determinato *analogato* nel quale si concretizza la realtà *contractus*. Indipendentemente dal fatto che il Codice di Diritto Canonico qualifichi il matrimonio, in due occasioni (cann. 1055, § 2 e 1097, § 2), come *contractus* (ma di ciò tratteremo più tardi), lo stesso Codice fa consistere l'essenza giuridica del matrimonio nel *consensus* [*matrimonium facit partium consensus*: can. 1057]. Ciò ci sembra sufficiente perché emerga quanto meno il sospetto che, per il nostro legislatore, il matrimonio sia un contratto, almeno sotto alcuni aspetti. Infatti, secondo la definizione classica del contratto — da tutti ammessa —, il contratto consiste nello scambio di volontà tra i contraenti, cosa che avviene mediante il consenso.

Ma conviene ricordare che non solo l'elemento più importante del contratto, cioè, il *consenso* delle parti, è presente nel matrimonio, ma lo sono anche gli *altri tre elementi* che abbiamo elencato sopra insieme al consenso, come assolutamente necessari affinché esista il contratto. Infatti, 1°) le parti devono avere la *capacitas* ed essere *iure habiles*; 2°) l'oggetto (il *totius vitae consortium* [can. 1055, § 1] o il *matrimonium* [can. 1057, § 2]) è *unico* e ha tutte le caratteristiche sopra descritte; 3°) anche nel matrimonio nasce l'*obligo* giuridico in ambedue le parti. La prima conclusione è che sembra difficile smontare tutte queste prove in favore della natura contrattuale del matrimonio. Ci sembra opportuno riportare qui le parole del noto giurista, il Prof. Bernárdez Cantón:

Nel matrimonio «in fieri», effettivamente, si applicano completamente gli elementi fondamentali del contratto: il

consenso matrimoniale è una dichiarazione della volontà, mutua e bilaterale, tra due soggetti o persone di diverso sesso, capaci di celebrare matrimonio, e che ha come risultato il prodursi di alcuni effetti giuridici voluti dalle parti. La dottrina attuale, in accordo con la formulazione del diritto vigente, considera il contratto matrimoniale come un contratto puramente consensuale, cioè che si perfeziona con lo stesso consenso delle parti, «legittimamente manifestato tra persone abili secondo diritto» (Traduzione nostra)²³.

La nostra tesi è che il contratto non è una realtà univoca, bensì *analogica*. Di conseguenza, il *contractus* è equidistante tanto dalle realtà univoche che dalle realtà equivoche. Da ciò segue che il *contractus* è una realtà partecipata da molti *analogati* con partecipazione *diversa* in ognuno di essi²⁴. Secondo noi, il concet-

²³ «En el matrimonio “in fieri”, efectivamente, tiene cumplida aplicación los elementos fundamentales del contrato. El consentimiento matrimonial es una declaración de voluntad, mutua y bilateral, entre dos sujetos o personas de distinto sexo capaces de celebrar matrimonio, y que tiene como resultado la aparición de unos efectos jurídicos queridos por las partes [...]. La doctrina actual, de acuerdo con la formulación de Derecho vigente, considera el contrato matrimonial como un contrato puramente consensual, es decir, que se perfecciona por el mismo consentimiento de las partes, “legítimamente manifestado entre personas hábiles según derecho”». A. BERNARDEZ CANTON, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1973³, 34-35.

²⁴ Non dobbiamo dimenticare che l'analogia non s'identifica con la *metafora*, ma, dal punto di vista metodologico, è uno *strumento* fondato nella realtà oggettiva.

Per entrare nella natura dell'analogia, cf. J. RAMIREZ, *De analogia*, Matriti 1922, 19; J. RAMIREZ, *En torno a un famoso texto de Santo Tomás sobre analogía*, in *Sapientia* 8 (1953) 166-192; J. RAMIREZ, *De ordine, placita quaedam thomistica*, Salamanticae 1963; J.F. CASTAÑO, *La Iglesia ante la sociedad política*, in *Angelicum* 43 (1966) 22-56 [52-56]; J.F. CASTAÑO, *¿Puede la Iglesia formar parte de la ONU*, in AA.Vv., *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Congresso Internazionale di diritto canonico celebrato a Mila-*

to e la realtà *contractus* non sono rimasti *mummificati*, vale a dire, con lo stesso significato che avevano nel diritto romano. Per contro, la dottrina filosofica, teologica e giuridica ha chiarito e, sviluppandolo, lo ha pure completato attraverso la storia, il contenuto rinchiuse nel concetto *contractus*. Infatti, *contractus* è un concetto che viene applicato a realtà *diverse* tra loro, le quali però *coincidono* in un aspetto o formalità. Per questo il concetto di *contractus* non si esaurisce nel contratto patrimoniale, ma include altri *analogati*²⁵. Da notare ancora che l'analogia della quale stiamo trattando è l'*analogia di proporzionalità propria*, cioè, l'analogia in cui la partecipazione dei singoli analogati

no l'anno 1970, Milano 1972, 295-323 [311-320]; D. LORENZ, *La evolución doctrinal del pensamiento de S. Ramírez respecto al problema de la analogía*, Roma 1989; D. LORENZ, *Algunos aspectos sobre la analogía según Santiago Ramírez*, in *La Ciencia Tomista* 118 (1991) 271-291; D. LORENZ, *Naturaleza y división de la analogía en Santo Tomás de Aquino*, in *Cuadernos de Filosofía* 9 (1991) 19-38; D. LORENZ, *Analogía y conocimiento de Dios*, in *Cuadernos de Filosofía* 10 (1992); D. LORENZ, *Recensión del número monográfico de «La Ciencia Tomista»* 385 (1991) 209-435, *conmemorativo del centenario del nacimiento de Santiago Ramírez*, in *Revista Informativa de la Sociedad Internacional de Santo Tomás* (1992) 40-41.

²⁵ Crediamo che il *contratto in sé* non possa essere identificato con il *contratto patrimoniale*. È vero che in quasi tutte le legislazioni civili tale identificazione esiste; ma ciò non vuol dire che questa sia la *realtà oggettiva*. Si tratta, piuttosto, della evoluzione pratica che il contratto ha assunto nella maggior parte delle legislazioni civili. Però, indipendente della tesi secondo cui *il matrimonio è anche contratto*, «è da notare [...], che — a differenza del diritto italiano — nel diritto tedesco, la figura del contratto *estende il campo della sua applicazione ai rapporti personali familiari* (matrimonio e adozione) e a rapporti successori (contratto ereditario)». FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*. Tomo Primo, Milano 1973, 17.

non è uguale in ciascuno di essi, ma secondo una vera proporzione. Per ciò questa analogia può essere così definita:

*Ea quorum nomen est commune et ratio significata per nomen, in omnibus intrinsece inventa, est simpliciter diversa et secundum quid, id est, proportionaliter eadem seu similia secundum proportionem*²⁶.

Com'è noto a quanti sono familiarizzati con la filosofia, l'analogia può essere divisa in tre classi: 1^a) analogia di *disuguaglianza*; 2^a) analogia di *attribuzione*, 3^a) analogia di *proporzionalità*. Nel nostro caso, interessa soltanto l'analogia di *proporzionalità*. *Questa analogia si divide, a sua volta, in analogia di proporzionalità propria e analogia di proporzionalità metaforica.* Nella prima analogia la proporzionalità consiste in una vera somiglianza di proporzione *formale o entitativa*, cioè, in una *vera proporzione*; invece, nell'analogia di proporzionalità *metaforica* esiste solo una somiglianza *virtuale, operativa*, cioè, *in quanto agli affetti*. L'analogia, nel nostro caso, è l'analogia di *proporzionalità propria*²⁷. È l'analogia che esiste tra realtà *toto genere differentes*, come ad esempio, l'analogia esistente tra l'ordine soprannaturale e l'ordine naturale, la grazia abituale e le possibilità dell'anima umana, le virtù infuse e le virtù acquisite, ecc. È per questo che nell'analogia di proporzionalità propria è più grande la differenza che la coincidenza (*simpliciter diversa et secundum quid eadem*). In questa analogia

²⁶ S. RAMÍREZ, *De analogia*, Matriti 1922, 55.

²⁷ Secondo l'esimio specialista dell'analogia, Prof. Ramírez, l'analogia di proporzionalità «es la mayor y mejor parte de la analogía tomista». S. RAMÍREZ, *En torno a un famoso texto de Santo Tomás* (cf. nt. 24), 192.

gli analogati *coincidono* nella partecipazione degli elementi *essenziali* della realtà analoga [realtà contratto] secondo una determinata proporzione. Solo così i diversi analogati possono ritenersi dei *veri* contratti. Inoltre, però, ci sono altri elementi *propri e specifici* per ogni contratto. Questi elementi sono così propri ed esclusivi che in qualche modo *determinano e specificano* gli stessi elementi comuni o essenziali. Questa è la ragione per cui i diversi contratti *coincidono* in parte e in parte *sono diversi*.

Limitando la nostra indagine a due *species contractus*, cioè al contratto *patrimoniale* e a quello *matrimoniale*, dobbiamo tener conto di quanto segue: il contratto patrimoniale è certamente un negozio *privato* e per di più versa su materia *patrimoniale*; invece, il contratto matrimoniale è un negozio *pubblico* [almeno nell'ordinamento canonico] e versa su materia *matrimoniale*. Ebbene, affinché la realtà *contractus* possa essere partecipata, benché *diversimode*, da i due analogati sopra elencati, è necessario, innanzitutto, che in ambedue siano presenti gli *elementi essenziali* ad ogni contratto. Altrimenti, non si tratterebbe di veri analogati della realtà *contractus*. Però non basta. Oltre a questi elementi essenziali, ogni analogato dovrà avere gli elementi che gli sono propri e specifici, e che sono alla base della *diversificazione*. I primi elementi appartengono alla *essenza* del contratto; i secondi, no. Ricordiamo che gli elementi essenziali del contratto sono: 1°) la *capacità* nei contraenti; 2°) l'*oggetto* adeguato; 3°) il *consenso* delle parti; 4°) l'*obbligazione* delle parti che nasce dal contratto. Constatiamo con certezza che i quattro elementi si trovano tanto nel contratto patrimoniale come nel contratto matrimoniale. Poi ci sono altri elementi propri che conferiscono a ciascuno la propria specificità.

A questo punto, dobbiamo precisare ancora di più la presunta indole contrattuale del matrimonio, applicando ad esso quanto è stato detto a proposito della *natura analogica* della realtà *contractus*. Oltre le quattro caratteristiche necessarie ad ogni contratto (capacità, oggetto, consenso ed obbligazione), ognuno degli analogati del contratto deve avere altre caratteristiche *proprie, specifiche ed esclusive* come elementi di diversificazione. Ebbene, le caratteristiche specifiche del contratto patrimoniale sono: 1^a) essere di natura *patrimoniale*; 2^a) appartenere all'ambito dei *negozi privati*; 3^a) e, di conseguenza, poter essere *resciso* o *annullato*. Queste tre caratteristiche, insieme alle quattro generiche di ogni contratto, fanno del contratto patrimoniale un contratto specifico, vale a dire, un *contratto patrimoniale*. Ma questo contratto non è l'unico. A nostro avviso, esiste anche un altro analogato della realtà contratto²⁸. Ciò dipenderà dal fatto che nel nuovo presunto analogato del contratto [nel matrimonio] si trovino tutti gli elementi comuni e necessari, e, inoltre, gli elementi propri e specifici. Abbiamo già considerato le quattro caratteristiche generiche come appartenenti al matrimonio. Adesso possiamo dire che gli elementi propri, specifici ed esclusivi del matrimonio considerato come contratto, sono i seguenti: 1^a) i contraenti sono sempre un uomo e una donna [indole eterosessuale del matrimonio];

²⁸ A noi interessa soltanto la considerazione di questi *due* analogati del contratto, il contratto patrimoniale e il contratto matrimoniale. Com'è ovvio, esistono ancora altri analogati del contratto, ma per noi sono irrilevanti, come ad esempio, il patto internazionale che, nella sua sostanza, è un vero contratto, benché appartenga all'ordine internazionale, e quindi, le parti contraenti non sono gli individui, ma gli «enti di diritto internazionale».

2^a) la finalità e le proprietà essenziali sono state determinate dal diritto naturale o, come si preferisce dire attualmente, dalla stessa *natura rei*; 3^o) il matrimonio appartiene all'ambito dei negozi pubblici; 4^a) di conseguenza, il matrimonio non è rescindibile²⁹.

Precisiamo ancora che gli elementi specifici dei due analogati del contratto non si oppongono agli elementi generici che costituiscono l'essenza del contratto, bensì li determinano e li conferiscono l'ultima specificazione, in modo che il contratto come realtà *analogica* viene concretizzata nei due *analogati*, cioè, nel contratto patrimoniale e nel contratto matrimoniale.

Possiamo presentare graficamente l'analogia esistente tra il contratto patrimoniale e quello matrimoniale del seguente modo:

Contratto patrimoniale	=	Contratto matrimoniale
negozio privato e patrimoniale		negozio pubblico e matrimoniale

Da quanto abbiamo detto, segue che il matrimonio è un contratto *sui generis*. Però, attenzione a non distorcere le nostre parole. Perché, per il fatto che il matrimonio sia un contratto *sui generis*, non vuol dire che il matrimonio sia un «contratto di seconda categoria». Significa semplicemente che il matrimonio è un contratto *diverso* dal contratto patrimoniale, un contratto, cioè, che ha delle connotazioni specifiche. Se si

²⁹ Per una esposizione più ampia, cf. J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992², 41-43.

afferma che il matrimonio è un contratto *sui generis*, ciò deve essere inteso *per comparazione* al contratto patrimoniale. Per la medesima ragione, alla luce della filosofia, si può affermare che anche il contratto patrimoniale, se viene comparato con il contratto matrimoniale, è un contratto *sui generis*. La conseguenza è pensare ad un'unica «specie» di contratto, anzi, identificare quest'unica «specie» con il contratto patrimoniale, altro non è che avere una idea *univoca* della realtà contratto e negare ogni evoluzione nella considerazione filosofico-giuridica della medesima realtà. Ciò significherebbe che si rimane ancorati nel concetto romanistico e che si fa del medesimo una mummia. Anzi, ciò sarebbe tornare indietro di parecchi anni. Infatti, come abbiamo ricordato sopra, almeno già dal secolo IX, l'umanità colta ha esteso al matrimonio il concetto e la realtà *contractus*.

4. Posizione della Commissione per la revisione del Codice di Diritto Canonico e testo promulgato

Abbiamo già accennato come a partire dal 21 settembre 1965 il termine *contractus* non appare più negli schemi della Cost. *Gaudium et spes* e come questa decisione passò al testo promulgato della Costituzione. Questa presa di posizione dei Padri conciliari era ben conosciuta dai membri della Commissione per la revisione del Codice di Diritto Canonico. Ebbene, ciò nonostante, il vocabolo *contractus* lo si trova in due canoni, cioè, nei canoni 1055, § 2 e 1097, § 2. Il primo canone si riferisce direttamente alla *qualità sacramentale* del matrimonio; il secondo considera l'errore in quanto *vizio del consenso* matrimoniale. Ecco il testo dei due canoni:

Can. 1055, § 2. *Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum.*

Can. 1097, § 2. *Error in qualitate personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritum non reddit, nisi haec qualitas directe et principaliter intendatur.*

Con questa presa di posizione, la Commissione per la revisione del Codice non si oppone alla qualifica del matrimonio come *foedus*, anzi il termine *foedus* è entrato nei seguenti canoni codiciali: 1055, § 1, 1057, § 2, 1063, 4°. La Commissione, dunque, ammette il termine *foedus*, ma non abbandona del tutto la espressione *contractus* che gode di tanta tradizione nella legislazione della Chiesa. Né si pensi che la Commissione ha adoperato il termine *contractus* senza badare all'importanza che questa decisione comportava. Anzi, la formula del can. 1055, § 2 è stata preferita coscientemente e non senza discussioni. Però, per la prima volta, viene fornita autorevolmente la ragione di tale scelta. Infatti, si legge in *Communicationes*:

Plures fecerunt animadversiones circa verbum «contractus», quod substituere volunt pro verbo «foedus». Aliquis consultor [scritto con la c minuscola] censet propositionem hanc admitti non posse, quia verbum «contractus» indicat matrimonium in fieri, dum verbum «foedus» indicat matrimonium in facto esse. Alius Consultor autem animadvertit verbum «foedus» in Constitutione Gaudium et spes adhibitum esse ad indicandum matrimonium in fieri. Tertius Consultor admittit verbum «foedus» aliquando adhibitum esse pro matrimonio in fieri, sed plerumque adhibitum esse pro matrimonio in facto esse.

La ragione che ha spinto la Commissione in favore del vocabolo *contractus* è stata chiara: perché il ma-

trimonio nel suo essere *naturale* è contratto. Infatti, ecco le parole della stessa Commissione:

*Quidquid sit tamen de usu verbi «foedus» in Constitutione Gaudium et spes, omnes Consultores conveniunt in hoc quod verbum «contractus» supprimi omnino nequit, quia in hoc canone agitur de matrimonio ut instituto naturae quod evehitur ad dignitatem sacramenti; iam vero matrimonium ut institutum naturae est contractus*³⁰.

Le parole non possono essere più chiare. Se, quindi, i Padri-Membri della Commissione per la revisione del Codice [e, dal momento che il testo proposto da loro è stato promulgato, anche lo stesso legislatore] ritengono che il matrimonio, nel suo essere *naturale* [ut institutum naturae]³¹ è contratto, a noi risulta difficile poter capire come mai vi sono alcuni autori che, ancora oggi, infuriano contro la qualifica contrattuale del matrimonio. Crediamo che al *maximum*, e parlando teoricamente, si potrebbe dissentire, e ciò, a

³⁰ *Prima adunatio diei 21 februarii* [presieduta dal Card. Felici, Presidente della Commissione]: *Communicationes* 9 (1977) 120-121.

³¹ *En la perspectiva del legislador es, por tanto, el contrato matrimonial natural, el que adquiere la calificación sacramental como consecuencia del ser bautizados los creyentes. No obstante, esta concepción contractual, muy arraigada en la tradición de la Iglesia latina, reconoce a la vez, que en el contrato matrimonial entre cristianos se trata de un contrato «sui generis». El esfuerzo de la ciencia canónica en subrayar la especificidad de este contrato matrimonial como «contractus sui generis», muestra que el modelo contractual no puede valer como expresión adecuada para el matrimonio sacramental. W. AYMANS, *El matrimonio sacramental: Alianza instituida por Dios y forma de realizar la existencia cristiana*, in AA.VV., *Estudios jurídico-canónicos. Conmemoración del Primer Cincuentenario de la Facultad de Derecho Canónico en Salamanca (1940-1989)*, Salamanca 1991, 187.*

nostro avviso, timidamente. Ma affermare che il matrimonio *non è contratto* (senza fare nessuna distinzione), ci stupisce assai. Crediamo, dunque, che deve essere accolta, come soddisfacente, la spiegazione data dalla Commissione, secondo cui il matrimonio, in quanto *institutum naturae*, è vero *contractus*. Ognuno ha diritto di dissentire, purché offra delle ragioni sufficienti. In tanto non è in gioco una verità di fede. Però, nessuno può disconoscere il fatto che il legislatore canonico ritiene il matrimonio un vero contratto nel suo essere di istituto naturale. Se le cose stanno così, almeno si dovrebbe avere un po' di rispetto per la decisione del legislatore, il quale, in questo caso, è il Romano Pontefice.

5. Spiegazione dottrinale

Abbiamo visto che tanto nel can. 1055, § 2 come nel can. 1097, § 2, il matrimonio viene considerato come un vero contratto, benché il contratto sia considerato nei due canoni sotto diverse angolature. Inoltre, il motivo invocato dalla Commissione, è che il matrimonio, in quanto *institutum naturae*, è contratto. Da notare, ancora, che la Commissione non ha scelto questa posizione per puro capriccio, bensì fondata su argomenti solidi. Infatti, piaccia o no, nel matrimonio si trovano tutti gli elementi che sono necessari ad ogni contratto e quindi, non si può negare che il matrimonio, sostanzialmente e sempre come istituto naturale, sia un vero contratto. Il fatto che vi siano anche altri elementi specifici, sta a significare che si tratta di un contratto *diverso* dagli altri contratti, specialmente dal contratto patrimoniale. Proprio per questo il matrimonio è un contratto *sui generis*. Ma ciò non

toglie che sia contratto. Il Signore non ha inventato *ex novo* il sacramento del matrimonio, come ha fatto ad esempio con i sacramenti della eucaristia e della confessione; il Signore si trovò davanti ad un *institutum naturale*, la cui istituzione viene narrata nella Genesi [1,26-28; 2,18-24], ed è stato questo *institutum* che il Signore elevò alla categoria di sacramento. Ebbene, indipendentemente che si possa o no separare nella realtà il contratto dal sacramento (questione offerta del § 2 del can. 1055), nel matrimonio è sempre possibile considerare separatamente, coll'intelletto, il *contratto* dal *sacramento*. Il matrimonio, considerato come istituto naturale, è contratto; in quanto sacramento, no. Anzi, che il matrimonio sia sacramento dipende dal fatto che «prima» sia un valido contratto³². Il matrimonio è o non è contratto «prima» che sia sacramento.

Lo stesso si può dire a proposito del can. 1097, § 2. Si tratta dell'errore, in quanto *vizio* del consenso matrimoniale. Siamo, quindi, nel vivo della realtà contrattuale, cioè, nel suo elemento determinante: il consenso. Nel § 2 del canone in questione viene espresso il principio generale, secondo cui l'errore circa una qualità della persona non rende nullo il matrimonio. A continuazione, però, viene formulata una eccezione [*nisi...*]. Ci sembra che questa sia la *formatitas* del paragrafo. Ma il legislatore prende lo spunto di questa *normativa* per chiarire di nuovo il suo con-

³² Sarebbe sciocco che alcuno pensi che il termine «prima» avesse nella nostra intenzione un significato temporale. Già abbiamo detto che si tratta solo di considerazione intellettuale. Quindi il vocabolo «prima» ha solo un significato atemporale, o — come dicevano gli antichi — *non tempore sed natura*.

retto circa la qualifica contrattuale del matrimonio. Infatti, precisa che l'errore non rende nullo il matrimonio *anche se è causa del contratto*. Eccoci, in conformità con l'affermazione del can. 1055, § 2, di fronte alla spiegazione metafisica sulla natura giuridica del negozio matrimoniale. Il matrimonio in sé (e, trattandosi di un matrimonio tra due persone battezzate, il sacramento del matrimonio) può essere interessato da un errore circa una qualità della persona. A sua volta, l'errore può essere determinante nell'esprimere il consenso matrimoniale, cioè, può essere *causa del contratto*. È l'errore che gli antichi chiamavano *error determinans seu causam dans*. In questo contesto, il legislatore afferma che tale errore, in generale, non rende nullo il matrimonio, a meno che non ci sia la eccezione considerata nello stesso canone. Com'è ovvio, il legislatore, parlando in questo canone del contratto, si riferisce al matrimonio nella sua indole naturale. Nel caso che si trattasse di un matrimonio-sacramento, come conseguenza logica — e in conformità con il dettato del can. 1055, § 2 —, il sacramento seguirebbe la stessa sorte del contratto, cioè, come principio di massima, sarebbe valido, *nisi...* Infatti, il Signore elevò alla dignità sacramentale il contratto matrimoniale valido. Quindi, il sacramento esisterà o no a seconda che il contratto matrimoniale, *ex errore qualitatis*, sia valido o meno.

La Commissione per la revisione del Codice afferma, dunque, che il matrimonio è contratto in quanto *institutum naturae*. Noi crediamo che tale affermazione debba essere completata. Infatti, il matrimonio, in quanto *institutum naturae* [non in quanto sacramento], può essere qualificato come *contractus*. Anzi, il matrimonio, sempre *ut institutum naturae*, è *contractus*. Però, a nostro avviso, questa affermazione non

basta. Perché il matrimonio, nella sua indole di *institutum naturae*, può essere considerato ancora sia come matrimonio *in fieri* sia come matrimonio *in facto esse*. Ebbene, il matrimonio *in facto esse* non è *contractus*, ma *institutio*³³. Quindi, il matrimonio [*institutum naturae*] è contratto *solo* considerato *in fieri*. Siamo arrivati, quindi, a precisare che il matrimonio è *contractus* nella sua indole di *institutum naturae* e nella sua considerazione di matrimonio *in fieri*. Ma con ciò ancora non siamo soddisfatti. Crediamo che la questione deve essere ancora completata, dicendo che tutto ciò è vero in riferimento al *solo aspetto giuridico* del matrimonio. La ragione è che il matrimonio, anche considerato come *institutum naturae*, è una realtà molto più ricca del suo aspetto giuridico. Ricordiamo quanto abbiamo detto sopra, cioè, che il concetto e la realtà matrimoniale, oltre l'aspetto giuridico, include molti altri aspetti o «valori»³⁴. Anzi, l'aspetto giuridico non è il più importante. Perciò non si può affermare che il matrimonio *completo*, vale a dire, globalmente considerato (sempre *ut institutum naturae*), sia *contractus*. La nostra tesi, quindi, è questa: il matrimonio è *contractus*:

1°) come *institutum naturae*, non come sacra-

³³ L'*istituzione* è una realtà squisitamente giuridica, costituita da un *blocco di norme* che contengono un insieme di diritti e doveri, e, per di più, è un *quid iuridicum permanens*.

³⁴ Infatti, il matrimonio è una realtà umana, sociale, culturale, biologica, psichica, etnica, di affetto, di religione [religione *naturale*], di donazione reciproca e totale dell'intera vita, fino a costituire non delle semplici *relazioni interpersonali* — come viene detto spesso — ma, secondo la più genuina antropologia, fino a plasmare il comandamento della Genesi, vale a dire, arrivare ad essere *una caro*.

mento³⁵; 2°) nel suo aspetto *giuridico*, non in riferimento ad altri aspetti o valori³⁶; 3°) considerato come matrimonio *in fieri*.

Perciò, abbiamo detto che il matrimonio è un contratto *sui generis*, cioè, un contratto *analogico*, secondo la spiegazione che abbiamo offerto sopra.

6. Conclusione personale

Dopo queste precisazioni, non dovrebbero esservi difficoltà per ammettere l'indole contrattuale del matrimonio. Non si deve dimenticare che i testi dei due canoni citati non appartengono ormai al progetto [*Schema*] della Commissione per la revisione del Co-

³⁵ *El esfuerzo de la ciencia canónica en subrayar la especificidad de este contrato matrimonial como «contractus sui generis», muestra que el modelo contractual no puede valer como expresión adecuada para el matrimonio sacramental.* W. AYMANS, *El matrimonio sacramental: Alianza instituida por Dios y forma de realizar la existencia cristiana*, in AA.VV., *Estudios jurídico-canónicos. Conmemoración del Primer Cincuentenario de la Facultad de Derecho Canónico en Salamanca (1940-1989)*, Salamanca 1991, 187.

³⁶ Il Moneta, ad esempio, ha messo in risalto queste due prime precisazioni. Ecco le sue parole: *Il termine contractus non è del tutto scomparso dalla nuova legislazione, ma vien più che altro usato (come nello stesso can. 1055, 2° comma, dov'è messo in contrapposizione al sacramentum) per designare soltanto un aspetto (quello più strettamente giuridico) di quella complessa realtà che costituisce il matrimonio e non appare quindi più idoneo a caratterizzare pienamente, anche solo sul piano giuridico, tale realtà.* P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo Diritto Canonico*, Genova 1986, 21. Il brano è stato riprodotto, tale quale, in *La funzione di santificare della Chiesa: I sacramenti: Il matrimonio*, in *Il diritto nel Mistero della Chiesa, III* (Quaderni di Apollinaris, 10), Roma 1992, 177.

dice, ma sono stati promulgati dal Romano Pontefice e quindi, hanno tutta la forza di *testi legali*. Di conseguenza, non si può capire come mai ancora oggi vi sono alcuni autori che si manifestano, con tono per niente pacato, contro la natura contrattuale del matrimonio, anzi, che non vogliono neppure sentirne parlare, e ciò senza fare nessuna distinzione e quindi, riferendosi — contro le regole più elementari della logica — al matrimonio *ut sic*, vale a dire, al matrimonio nella sua totalità, e senza tener conto che lo stesso legislatore ecclesiastico, per ben due volte, qualifica il matrimonio come contratto. Non crediamo che questi autori ritengano che il legislatore ignorava ciò che faceva o, comunque, che sia stato poco attento a quanto ha fatto. Non sarà il caso di ricordare qui quanto raccomandava un maestro, cioè : abbassare la voce e rafforzare gli argomenti?

Contratto, dunque, ma con tante riserve. Invece, alla luce della dottrina conciliare che è stata accolta nel Codice di Diritto Canonico, il matrimonio nella sua *completezza e globalità*, vale a dire, e come istituto naturale e come sacramento, è *foedus*³⁷. Ciò, a no-

³⁷ *Tutti i matrimoni, dunque, sono foedus. Con il vocabolo «tutti» ci riferiamo al matrimonio sacramento e al matrimonio naturale, benché quest'ultimo non partecipi con la stessa pienezza del significato di alleanza, che invece ha il matrimonio sacramento.* J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992², 40.

Non siamo d'accordo con Th. P. Doyle, quando afferma che il termine *foedus* descrive la dimensione teologale, in concreto sacramentale, del matrimonio. Questa affermazione ci sembra troppo restrittiva. Noi invece, crediamo che il vocabolo *foedus* è molto più ricco, in quanto rinchiede nel suo significato, non solo la dimensione sacramentale del matrimonio, ma la sua *totalità*, cioè, il matrimonio sia nella dimensione *sacramentale* che nella dimensione *naturale*; vale a dire, nella *globalità* del matrimonio.

Ecco le parole di Doyle: *The notion of covenant best describes*

stro avviso, non appare molto chiaramente se la natura di questo determinato *foedus* viene considerata alla luce della dottrina generale sul *foedus*. Nondimeno, il matrimonio come *foedus*, ha un suo fascino di portata «mistica», allorché s'inquadra nel mistero salvifico tale come è espresso nella Bibbia. E questo, senz'altro, è un pregio, non solo del Concilio, ma anche del nuovo Codice di Diritto Canonico³⁸.

the theological dimension of marriage. Its use reflects the personalist approach of conciliar theology and most post-conciliar jurisprudence. It is a relationship which recognizes the spiritual equality of the spouses and their capacity to enter into an agreement which demands the gift of the whole person, one to another [...]. Since the sacramental dimension of marriage is grounded in the belief that the marital relationship reflects the totality faithful and unending relationship of Christ to His Church, covenantis a more accurate theological description of marriage consent. TH. P. DOYLE, *Commentary of can. 1055*, in AA.VV., *The Code of Canon Law: A text and Commentary*, New York/Mahwah 1985, 740.

³⁸ Non è facile capire le parole del Prof. Aznar Gil, allorché afferma: *El texto maneja dos términos para su definición [del matrimonio]: foedus matrimoniale (c. 1055, § 1) y contractus (c. 1055, § 2). En realidad la cuestión carece de interés, porque — reconociendo que ambas expresiones son inadecuadas para manifestar la realidad jurídica del matrimonio — se trata de un mero cambio terminológico: la propia Comisión codificadora expresamente advierte que ambas locuciones, contractus y foedus matrimoniale, «se entienden en un mismo significado, deliberadamente, de forma que aparezca con mayor claridad que el pacto matrimonial descrito en la GS no puede constituirse de otra forma para los bautizados, sino por un contrato, aunque especial. (Relatio 1981, pp. 244-245)».* AZNAR GIL, *Comentario al can. 1055*, in AA.VV., *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*, Madrid 1989⁹, 503. Il testo originale della Commissione recita così: *Locutiones contractus et foedus uno eodemque sensu adhibitae sunt, consulto quidem, ut liquidius pateat foedus matrimoniale de quo in Gaudium et spes nullo alio modo constitui posset pro bapti-*

Ci sia permesso di finire il lavoro con le seguenti parole del Prof. Ardito:

Non sembra necessario dover abbandonare la dottrina e la terminologia tradizionale circa la natura contrattuale del matrimonio in fieri per le ragioni addotte dai fautori della teoria istituzionale. Del resto, per quanto si ponga l'accento sul carattere di istituzione naturale dell'unione coniugale, resta sempre vero che l'uomo e la donna non l'abbracciano se non mediante forme che manifestino il mutuo consenso, e quindi, in qualche modo contrattuali³⁹.

JOSÉ F. CASTAÑO, O.P.

zatis quam per contractum, etsi sui generis. Relatio 1981, p. 245, can. 1008, § 2.

Crediamo che il fatto che la Commissione abbia detto che le due locuzioni (*contractus* e *foedus*) «uno eodemque sensu adhibitae sunt», non significa che siano sinonime, ma devono essere interpretate nel proprio contesto, cioè, in relazione alla qualità *sacramentale* del matrimonio. Infatti, è impensabile che la Commissione intenda dire che il matrimonio *foedus* sia sinonimo di matrimonio *contractus*. La stessa Commissione aveva detto espressamente che il matrimonio è *contractus* solo nel suo essere di *institutum naturae*, mentre che il *foedus* sta a significare il matrimonio nella sua totalità. Pensiamo, quindi, che la *Relatio* voleva affermare quanto dice il Chiappetta, cioè: «Il patto (*foedus*) di cui parla il can. 1055, § 1, è anche un *contratto* (*contractus*), giuridicamente vincolante come è detto espressamente nel § 2». A questo punto, il Chiappetta cita nella nota 7 le parole della *Relatio*. L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Napoli 1990, 10-11.

³⁹ S. ARDITO, *Il matrimonio*, in AA.Vv., *Il diritto del Mistero della Chiesa*, III. *La funzione di santificare della Chiesa: I sacramenti* (Quaderni di Apollinaris, 10), Roma 1980, 253.