



"ERROR CONDICIONIS" E FINI DEL MATRIMONIO

SOMMARIO: 1. L'*error condicionis* nelle fonti canoniche. 2. Le ragioni dell'invalidità del matrimonio per l'*error condicionis*. 3. *Matrimonia senum*. 4. La «*Casti connubii*» e i fini del matrimonio. 5. Difficoltà. 6. Rapporti tra coniugi.

1. Nel *Corpus iuris canonici* ci rimangono non poche testimonianze dell'opera svolta dalla Chiesa nei tempi più oscuri, al declinare del mondo antico, in favore dei tanti servi proprie dicti, e degli altri innumeri affluiti in Italia con i barbari (vassi, gasindi) o capti ab ostibus o diventati servi penae, addetti con dura disciplina ai compiti domestici o ad altri mestieri sotto la sorveglianza del praepositus, o, sotto quella del villicus, alla coltivazione dei campi, e che erano considerati come famuli, pertinentes, manentes, e costituenti la familia, la condoma, quali cose facenti parte del patrimonio del domino e oggetti di diritti da parte di questo: opera della Chiesa di umanizzazione, che si svolse a lungo e assiduamente nei modi più svariati e che ebbe influenza decisiva sulle legislazioni secolari, che si vennero sovrapponendo e amalgamando. Il che è di comune conoscenza ed è fenomeno studiato in molti scritti, e che spesso si usa riassumere col passo famoso dell'Ozanam: che il Papato non si mostrava nella sua magnificenza che un giorno per regno, tre, sei volte per secolo, a consacrare i re, ma ad affrancare il popolo lavorava ogni giorno.

Tra i luoghi delle fonti interessa tenere in particolare rilievo quelli che si riferiscono ai matrimoni servili, che la Chiesa, allontanandosi dai concetti romani (Inst. III, 6, 10; 1. 1, 2, D., 38, 8; 1. 10, 5, D., 38, 10), e appoggiandosi con insistenza ai passi più significativi del Vangelo (Mt., 19, 5-6, 9) e delle Lettere paoline (Eph., 5, 22-33; Gal., 3, 26-28; Phil., 16-17), dichiarò validi, pur provvedendo gradualmente all'adattamento e inserimento dell'istituto del matrimonio, tuttora nelle mani della potestà civile, nel complesso dei precetti

cristiani, e santificando quelle “serviles nuptiae”, tenute già in dispregio e considerate, in sè e negli effetti, del tutto diverse dalle “iustae nuptiae” e dal “legitimum matrimonium”.

E ben può risalirsi circa questo punto, come han fatto alcuni trattatisti, all'*Edictum Callisti* (c.a. 222) (S. Calisto I, romano, che era stato egli stesso schiavo, pontificò negli anni 218-223, che fu periodo di tranquillità per la Chiesa per la protezione accordata ai cristiani da Alessandro Severo) e alle *Constitutiones Apostolorum* (c.a. 400), come ad altri incunaboli del diritto della Chiesa (v. in Kirch, *Fontes historiae eccl. antiquae*, Friburgi Br., 1910, pgg. 132, 378), che proprio negli ultimi secoli, e più dopo la caduta dell'impero, intesero a modificare gli accennati divieti delle fonti romane, che, tra l'altro, escludevano i servi dal connubium, ammettendo soltanto quella forma del matrimonio servile (contubernium) per lo schiavo che sceglieva tra le schiave una conserva, con la quale stabiliva un rapporto naturale e una unione duratura; ma, fermando l'attenzione ai testi del *Corpus*, ci si può limitare a ricordarne alcuni tra i più importanti. Così i primi tre cc., C. XXIX, q. 2: “Licet servis matrimonia contrahere”; “Ancillam in matrimonio susceptam viro dimittere non licet”; “Inter patronum et libertam constat esse coniugium legitimum”; non che i vari cc., C. XXX, q. 1, i quali però hanno riguardo soprattutto alla condizione dei figliuoli e ai rapporti tra questi e i genitori. E così ancora nelle *Decretali gregoriane* il c. 1, 4, 9, che è una breve ma lucida trattazione di Papa Adriano I (772-795) sul tema “Servus contradicente domino matrimonium contrahere potest, sed propter hoc non liberatur a servitiis domino debitis”, e che la glossa sviluppò “quia inter servos matrimonium prohiberi non debet... sicut a sacramentis ecclesiae neque servus neque liber est removendus et a sacramentis ecclesiae nullus fidelis debet excludi... ut baptismus, confirmatio, sacramentum Eucharistiae, viaticum, poenitentia: ab istis sacramentis nullus fidelis debet excludi: immo tenetur ea recipere: sic a matrimonio nullus debet excludi”.

Ma nello stesso *Corpus* troviamo il netto rilievo di quel che fu detto l'*impedimentum condicionis*, non nel senso che la condicio servilis costituisse “inhabilitas quaedam personalis ipsius servis” a contrarre valido matrimonio “sive cum alio servo sive cum parte ingenua” (il che sarebbe stato in contraddizione con i passi ricordati), ma nel senso di vizio di consenso per l'errore incorso dalla parte libera

circa lo stato di servitù dell'altra parte. Onde, si insegnò "in scholis", che, sebbene l'impedimento si dicesse di condizione, "non condicio (servitus) dirimit matrimonium, nam et servi coeunt nuptias, etiam dominis invitis, sed error": e con l'avvertimento che un tale errore non vizia il matrimonio del servo con altra persona della medesima condizione (fu questa la comune opinione) ma quello della persona libera con persona serva o di questa con quella (opinione, quest'ultima, di pochi); e con la considerazione che, trattandosi di error accidentalis, l'invalidità del matrimonio per tale errore "circa qualitatem personae" è stabilito "iure canonico", non dunque "ipso naturae iure".

E tra i testi, che a tale opinione inducono, numerosi son quelli che incontriamo nel *Decretum*: e anzi tutto il c. 1, C. XXIX, q. 1, nel quale si trova il celebre passo di Graziano circa l'errore di qualità sulla persona: "Verum est, quod non omnis error consensum excludit; sed error alius est personae, alius fortunae, alius condicionis, alius qualitatis... Error fortunae et qualitatis coniugii consensum non excludit. Error vero personae et condicionis coniugii consensum non admittit". E, dopo avere spiegato le ragioni di tale disciplina, Graziano si occupa in particolare della "quaestio de condicione" nella quaestio II della stessa Causa, nei cc. 2 ss., innanzi ricordati, aggiungendo (è da notare) al c. 3: "Non negatur ingenuam posse nubere servo, sed dicitur quod si nescitur esse servilis condicionis, libere potest dimitti cum servitus eius fuerit deprehensa...". Quindi seguita nei cc. successivi: (4) "De eo qui ancillam ducit in uxorem, quam putat liberam esse"; (5) "Non licet mulieri dimittere quem sciens servum accepit in virum"; (6) "Servitutis occasione dimitti non valet que post controversiam status se in libertatem asseveraverit"; e a questo c. ancora Graziano aggiunge: "Cum dicitur sciens illum servum, datur intelligi quod si nescierit illum servum esse non cogitur cum eo manere..."; etc. E nelle *Decretali*, nel Titolo IX del Libro IV, "De coniugio servorum", troviamo accentuato il concetto dell'error come vizio del consenso: c. 2 "Separatur matrimonium quando liber ignoranter cum ancilla contraxerit, nisi postea hoc sciens illam cognovit"; c. 4: "Si liber contraxit cum ancilla ignoranter, et ex quo scivit non consensit, separatur matrimonium et cum aliis contrahere poterit".

2. A pochi decenni dalla promulgazione delle Decretali grego-

riane, avvenuta, com'è noto, il 1234 con la bolla "*Rex pacificus*", l'argomento dell'*error condicionis* ebbe ampio svolgimento dottrinale nella *Summa Theologica* di San Tommaso; e propriamente nella sua continuazione e compimento, cioè in quel *Tertiae Partis Supplementum* ordinato, dopo la morte del grande Scolastico (1274), per la parte rimasta incompiuta sui Sacramenti e per l'Escatologia, sui *Commentaria in IV libros Sententiarum* (P. Lombardi) dello stesso Aquinate, e disposto nella forma della *Summa* da frate Reginaldo da Piperno, "*socius carissimus*", discepolo che "*diu noctuque illi adstabat*", e che di San Tommaso fu successore nella cattedra di Napoli, patria d'adozione e della vocazione domenicana del Santo, e dove egli volle istituire, in quel periodo di generale splendore per la storia della Chiesa e d'Italia, quasi a mezzo dell'"età eroica" del Papato, il nuovo centro dello "*Studium generale theologiae*", collocandolo nel chiostro di San Domenico Maggiore (nella cui cappella di San Nicolò vuole la tradizione che egli abbia avuto, già presso a morte, il famoso colloquio col Crocefisso), da allora e per lungo tempo adibito a edificio universitario.

Occupandosi "*de impedimento condicionis servitutis*" nella Quaestio LII del detto *Supplementum*, San Tommaso, nell'art. 1, si pone il problema: "*Utrum conditio servitutis impediatur matrimonium*". E comincia con l'osservare che la "*conditio servitutis*" non può essere ritenuta per sè un impedimento del matrimonio perchè un impedimento è un ostacolo permanente per il matrimonio e quindi dovrebbe impedire gli stessi matrimoni tra schiavi: il che non è, in quanto, per diritto naturale, "*omnes homines sunt aequales*", e la "*servitus non est de iure naturali*"; d'altronde, un impedimento al matrimonio ha valore sia che lo si conosca esistente, sia che lo si ignori, come per esempio l'impedimento di consanguineità: mentre "*servitus unius cognita ab altero non impedit matrimonium*", com'è detto nelle Decretali. E la ragione di ciò è che "*matrimonii contractu obligatur unus coniugum alteri ad debitum reddendum. Et ideo, si ille qui se obligat, est impotens ad solvendum, ignorantia huius impotentiae in eo cui fit obligatio, tollit contractum. Sicut autem per impotentiam coeundi efficitur aliquis impotens ad solvendum debitum ut omnino non possit solvere, ita per servitutem ut libere debitum reddere non possit. Et ideo, sicut impotentia coeundi ignorata impedit matrimonium, non autem si sciatur, ita conditio servitutis ignorata impedit matrimonium, non autem servitus scita*". E però

—conclude il Santo— lo stato di servitù è, prima di ogni altra cosa, contrastante con quello di coniugato "quantum ad actum ad quem quis per matrimonium alteri obligatur, quem non potest libere exequi", oltre che per la condizione nella quale si vengono a trovare i figli: ma poichè "quilibet potest in eo quod sibi debetur *sponte detrimentum aliquod subire*, ideo, si alter coniugum scit alterius servitutem, nihilominus tenet matrimonium". La condizione servile è dunque da collocarsi tra gli impedimenti "quae faciunt matrimonium inefficax ad solutionem debiti": "et quia in voluntate nostra consistit *debitum nobis relaxare*, ideo talia impedimenta, *si sint cognita*, matrimonium non tollunt, sed solum quando ignorantia voluntarium excludit; et tale impedimentum est servitus *et impotentia coeundi*".

Nel porre in tali termini il problema della invalidità del matrimonio e nel dare l'accennata ragione di essa invalidità, San Tommaso si pose nella scia di Sant'Ivo di Chartres e di Pietro Lombardo; il primo rimase dubbioso tra le soluzioni estreme, della validità e indissolubilità del matrimonio nonostante l'errore o, d'altra parte, della invalidità di esso, decidendosi alla fine per quest'ultima opinione perchè (egli ragionava), essendo l'errore in uno degli sposi effetto di frode o di sventatezza, i coniugi non furono uniti da Dio ma dall'uomo, ed è in tal caso Dio, non l'uomo, che li disgiunge; il Magister sententiarum, invece, partendo dal principio che il matrimonio, a differenza degli altri sacramenti, che hanno solo Dio come causa, ha causa sia in Dio che in noi, ritenne che le persone di condizione servile siano incapaci di stringere matrimonio, ma solo relativamente, in quanto, pur non potendo esse rendere, come gli impotenti, il dovere coniugale, possono però stringere il matrimonio qualora uno degli sposi abbia cognizione dello stato di servitù dell'altro contraente.

Il problema —che per lungo tempo rimase vivissimo per i molteplici contatti tra genti diverse per grado di civiltà e per religioni, e che per analoghe ragioni, se pure di vario aspetto, ha ancora oggi non scarsa importanza per le celeri comunicazioni con paesi dove la schiavitù è tuttora diffusa, come nel Sahara e in molte parti dell'Africa occidentale, nell'Arabia Saudita, dove è favorita dalle società petrolifere, in tante parti del medio oriente, e dell'America centro-meridionale, ecc., e donde si svolge di continuo l'orribile traffico di carne umana, che si acquista (com'è stato anche di recente rivelato

dal visconte Maugham alla Camera dei Lords) ai mercati “come si acquista del cibo”— non subì successivamente modificazioni nei termini essenziali. Solo in epoca relativamente vicina fu sottoposto a esame da un punto di vista che, in un certo senso, può diportarci agli atteggiamenti di Sant'Ivo Carnotense e del lumellese padre della Scolastica, Pietro Lombardo, nella prima maniera: quando, cioè, lo stato servile d'uno degli sposi fu considerato impedimento *per se stesso* al matrimonio, indipendentemente dalla conoscenza che l'altro sposo potesse averne. Un ritorno, se tal fu, alla dottrina della condizione servile come impedimento dirimente oggettivo al matrimonio, anzi che come errore, cioè come vizio del consenso matrimoniale, intese a dare fondamento di diritto naturale al detto impedimento, non considerandolo più come unica eccezione all'errore circa *qualitatem personae* irritante il matrimonio. (Unica, s'intende, in quanto l'*error qualitatis redundans in errorem personae* è veramente, come si sa, un *error circa personam*, o in persona, non individualmente preconstituita, ma identificata o nota *ex certa tantum qualitate* individuali. Cfr. anche San Tommaso, in libr. IV *Sent.*, dist. 30, q. 1, a. 2, ad III). E a un tale ritorno dettero specialmente l'avvio due insigni canonisti tedeschi, tra loro presso che contemporanei: il Walter e lo Schulte.

Il primo, nel diffusissimo suo *Lehrbuch des Kirchenrechts aller christl. Confessionen* (1822 ss.), contestava l'esattezza dell'affermazione dell'Eichhorn, secondo il quale la libertà o non libertà delle parti non sia in nessun modo rilevante circa l'essenza del matrimonio, e considerava lo stato di non libertà di una delle parti in essenziale contrasto nel matrimonio col concetto della “*individua vitae consuetudo*”. Lo Schulte, anch'esso cattolico al tempo in cui pubblicava l'*Handbuch des katholischen Eherechts* (1855)— lo Schulte divenne seguace dell'Altkatholizismus il 1870, al tempo del Concilio Vaticano, e su quell'eresia scrisse il 1877 una interessante benchè polemica trattazione—, negò che la natura dell'*error circa conditionem servilem* sia soltanto di diritto ecclesiastico, e che quindi possa il diritto umano considerare valido il matrimonio tra persona libera e persona serva qualora la prima sia edotta, anteriormente al matrimonio, della condizione di servitù dell'altra: e ciò perchè —affermeva lo Schulte— la condizione servile è per se stessa contraria alla natura del matrimonio. Il servo, infatti, proseguiva lo scrittore, è sottoposto al padrone, e non è quindi in grado di assicurare l'“indivi-

duum vitae consortium", dipendendo questo dall'arbitrio di terza persona, cioè del domino. E data l'impossibilità obiettiva dell'istituzione dell'"individua vitae consuetudo", del "consortium vitae illimitatum", il matrimonio tra schiavo e libera va ritenuto senz'altro invalido perchè il servo non può non mancare della volontà giuridica di mettere in essere il matrimonio nelle sue caratteristiche essenziali.

Con tali argomentazioni l'invalidità del matrimonio tra persona libera e persona in condizione di servitù non si riteneva potesse dipendere da errore circa la qualità della persona, dall'altra ritenuta libera mentre era serva, cioè da vizio nel consenso (come s'è detto, unico caso di invalidità del matrimonio per errore sulla qualità della persona), ma dalla qualità stessa della persona, che induce in questa una inabilità a stringere il matrimonio, sia questa qualità cognita, o non, dall'altra parte.

Ma coteste tardive e in certa misura rivoluzionarie opinioni —che, tra l'altro, avrebbero portato a dover considerare, contro la tradizione canonica e le dichiarazioni pontificie, invalidi i matrimoni tra schiavi, non che quelli di persona schiava con persona libera creduta schiava— non trovarono seguito, e la dottrina canonistica e la pratica curiale rimasero ancorate alla vecchia teorica: finchè, ai dì nostri, il can. 1083, § 2, n. 2, del Codex i.c. ha chiuso ogni disputa con l'ammettere testualmente, quale unica ipotesi d'invalidità del matrimonio per errore circa qualitatem personae (escluso, ripetiamo il caso dell'errore sull'identità della persona, individuata attraverso la sua specifica qualità) l'errore della persona libera che contragga matrimonio "cum persona quam liberam putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta".

Si tratta, dunque, di error facti: che sarebbe sostanziale (antecedente o concomitante, vincibile o invincibile, effetto di dolo altrui o sorto senza frode, dipendente da difetto dello sposo errante o di altri) qualora riguardi la persona determinata con la quale s'intende contrarre, e che invalida il matrimonio ex iure naturae; ma che, riguardando, nel caso concreto, la qualità della persona (non però individuante), va detto accidentale, e che, riferendosi alla condizione servile dell'altra parte, rende eccezionalmente invalido il matrimonio ex iure canonico.

Ma —è da ripetere— come spiegare la sopravvivenza di questo

caso eccezionale d'invalidità del matrimonio per consenso viziato da errore circa la qualità dell'altro coniuge, creduto libero mentre è in stato di schiavitù? Qual'è la ragion d'essere di una disposizione legislativa così diversa da quelle che si riferiscono all'errore circa le altre qualità delle persone: ricchezza, nobiltà, salute, verginità, ecc.? (Si tralascia, naturalmente, di considerare l'ipotesi che una o alcune di tali qualità siano poste quale contenuto di determinazioni accessorie di volontà, vale a dire come "condizioni" per la prestazione del consenso matrimoniale: condicio apposita et non revocata, de futuro licita, o anche de praeterito vel de praesenti, can. 1092, durante la cui pendenza per il verificarsi o per l'accertamento, il valore del matrimonio resta sospeso: il che val quanto dire che, in tale frattempo, il matrimonio non c'è). Sembra però che la spiegazione che d'una disposizione di cotesto genere dette, come si è ricordato, San Tommaso — ravvicinando la condizione dello schiavo nel matrimonio a quella dell'impotente, entrambi nella condizione d'inferiorità di non poter rendere liberamente il debito coniugale, come necessario, tranne se, conoscendo la condizione dell'uno o dell'altro, lo sposo che ne abbia avuto preventiva cognizione abbia ritenuto di rinunciare al diritto che gli competerebbe all'atto coniugale — non possa oggi soddisfare.

È anzitutto da considerare se sia da ritenere ammissibile parlare di rinuncia a un diritto soggettivo, quale quello di pretendere l'assolvimento del debito coniugale, che noi ora diremmo di natura pubblicista e però indisponibile e irrinunciabile: a meno che non si tratti di ipotesi previste dal diritto, come per voto nel caso di *matrimonium virgineum mutuo consensu*, di cui si dovrà riparlare. Vale ricordare quanto osservava sull'argomento il Ferraris (*Biblioth. canonica iuridica moralis theol.*, ed. novissima, Romae, 1889, V, v. "Matrimonium", art. 6, n. 36): "Neque obstat, quod, qui novit impotentiam alterius, videatur iuri suo renuntiare, si cum eo contrahat ac proinde subsistere matrimonium. Non obstat, inquam, quia, cum cessio illa sit iuris ad substantiam matrimonii contractus spectantis, admitti non potest, sicuti nec cessio, qua quis matrimonium contrahens, indissolubilitatis iuri cedere praesumeret: unde merito Sixtus V, Const. incip. *Cum frequenter*, decrevit huiusmodi matrimonia, sive contracta cum scientia, sive cum ignorantia, nulla, irrita et invalida penitus esse". E a confermare il concetto dell'irrinunciabilità all'assolvimento del debito soccorre tanto più attualmente la disposi-

zione codicista circa l'impedimento dell'impotenza, di cui al can. 1068 § 1. Se chi si trova in condizione di non poter compiere, per ragioni fisiologiche, l'atto coniugale, insomma "qui non potest reddere debitum" (c. 2, X, 4, 15), non può stringere matrimonio, e, qualora lo celebri, il matrimonio è nullo per diritto divino naturale, sia, o non, la sua condizione d'inferiorità preconosciuta dall'altra parte, è chiaro che se l'eventuale invalidità del matrimonio dello schiavo, quando tale sua condizione è ignota all'altra parte, dipendesse dalla sua posizione, che non gli permette di adempiere con regolarità al suo dovere di coniuge, ritenuto essenziale al matrimonio, non si riuscirebbe a spiegare la validità del matrimonio nel caso di conoscenza di cotesta condizione da parte dell'altro sposo, e si dovrebbe stare piuttosto con coloro che sono per l'invalidità del matrimonio dello schiavo in qualsiasi ipotesi. Il che, come s'è visto, non è esatto, ed è ora esplicitamente escluso.

Ma prescindiamo da questa argomentazione circa l'accostamento fatto dall'Aquinate tra l'impotenza coeundi e la condizione del servo nel matrimonio: tanto più che, sott'altro aspetto, della questione dell'assolvimento del debito coniugale dovremo ancora occuparci. La spiegazione della disposizione legislativa, circa la validità del matrimonio dello schiavo in caso di conoscenza della sua condizione da parte dell'altro sposo, pare debba trovarsi piuttosto —oltre che nelle accennate ragioni d'ordine teologico relative all'eguaglianza dei fedeli nella suscezione dei sacramenti, quando concorrano i requisiti prescritti— nelle stesse condizioni che possono dirsi storiche, che la Chiesa, salva la sostanza, ha sempre tenute in conto anche in questa materia, come dimostrano molti dei provvedimenti ricordati, e non pochi altri che si potrebbero menzionare, nel fine di giungere a equilibrare, nel dinamismo dei tempi, le esigenze sociali con quelle della giustizia e del rispetto della persona nell'ambito dell'ordinamento ecclesiastico. E ciò porta all'affermazione della validità del matrimonio degli schiavi tra loro, e ad ammettere la possibilità dei matrimoni tra liberi e schiavi, ma in modo che la persona libera che stringa matrimonio con uno schiavo lo faccia, potremmo dire, a ragion veduta, consideri, cioè, e valuti preventivamente quello che fa e la posizione cui va incontro e le conseguenze che dal matrimonio così contratto potranno derivare: le quali poi, tutto sommato, consistono nelle gravi difficoltà che in un tale matrimonio possono incontrarsi quanto all'esercizio dei diritti competenti ai coniugi, e quanto

alla condizione sociale dei figliuoli. Se la parte libera non ha potuto fare, conoscendo già prima la condizione servile dell'altro sposo, un tale esame, il matrimonio è nullo: altrimenti vale.

3. Il ravvicinamento fatto da San Tommaso della condizione servile all'impotenza nel matrimonio, e la dichiarazione codicistica dell'impotenza come impedimento dirimente di diritto naturale al matrimonio, e cioè, insomma, della necessità, per la validità del matrimonio, della possibilità, da parte di entrambi i coniugi, del compimento dell'atto coniugale, prestano occasione per altre considerazioni nell'esame di questioni che, per quanto appaiano, sotto parecchi punti di vista, piuttosto lontane da quelle fin qui toccate e importino più lungo discorso, hanno con l'argomento discusso alcuni tratti comuni e sono senz'altro di grande interesse nello studio del diritto matrimoniale canonico.

Come mai —ci si domanda— il diritto canonico, che da tempo, seguendo dapprima il diritto giustiniano, poi con sue proprie leggi (cfr. cc. 2 ss., 14, X, 4, 2), attraverso un lungo e vario processo di elaborazione pratico e dottrinale¹, giunse a stabilire l'età minima per la contrazione del matrimonio in rapporto a quelli che si possono ritenere i limiti normali per la *maturitas mentis* e per la *maturitas corporis* quanto al matrimonio —età che, anteriormente al Codex, si riteneva generalmente stabilita, a riguardo della pubertà, in 14 e 12 anni, e che, col c. 1067, è stata determinata in 16 e 14, rispettivamente per i maschi e per le femmine (salva, bene inteso, eventuale dispensa, in casi particolari, in limiti però non contrastanti col diritto naturale, sempre cioè che non manchi il perfetto uso di ragione, onde sia possibile prestare nel modo debito il consenso matrimoniale, e anche, nell'odierna disciplina, che non si tratti di *impubes*, cioè tuttora in condizione di impossibilità fisica per la generazione);— come mai, diciamo, il diritto canonico non si è mai preoccupato di stabilire il termine estremo per la contrazione del matrimonio?

Si sa bene quanto la legislazione e la dottrina canonica abbiano insistito sulla necessità che nell'uso del matrimonio, quale istituto

1. V. ora, per tutti, il perspicuo studio del D'AVACK, *Il «defectus aetatis» nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della Chiesa* (in «Studi in memoria di F. Vassalli», Torino, 1960).

inteso in via principale alla generazione per la diffusione del genere umano, sia possibile l'assolvimento del debito coniugale. E sul tema rimane tuttora classico il passo di San Tommaso, che si può dire riassume la dottrina ecclesiastica su questo punto (in IV, dist. 34, q. un., a. 2, ad 1): "Quamvis actus carnalis copulae non sit de essentia matrimonii, tamen potentia ad hoc est de essentia eius"; e il Ferraris (*op. loc. cit.*), esponendo la comune dottrina, e rifacendosi ai cc. 1-7, X, 4, 15 *de frigidis et maleficiatis*, insegnava: "De iure naturae patet quod de essentia et intrinseca ratione matrimonii sit obligatio ad reddendum debitum, et traditio corporis apti ad congressum materiale, seu copulam coniugalem; sed perpetuo impotens ad copulam non potest se obligare ad eam...". E, ricordando il c. 25, C. XXXII, q. 7, il Ferraris aggiungeva: "Dicitur notanter matrimonium contrahendum, quia si talis impotentia superveniat post matrimonium iam contractum, ipsum non dirimit, ut tenet Communis Doctorum, textu expresso in can. *Hii qui* 25, C. XXXII, q. 7".

Or, se si è voluto spiegare (se pure non sempre in modo soddisfacente) l'invalidità del matrimonio dello schiavo — o in via assoluta o nel caso dell'*error condicionis* — con la non possibilità o non facilità dell'assolvimento del debito coniugale, come mai d'una tale impossibilità o grave difficoltà nè la legislazione nè la dottrina canonica hanno mostrato di tener conto in altre ipotesi, pure di grave momento, nelle quali appunto tali ostacoli o deficienze si verificano, senz'altro sancendone il rilievo negativo, come ad esempio nei casi di matrimoni tra persone di età troppo avanzata? Non può una tale mancanza di apposito rilievo, non facilmente spiegabile, indurre a pensare che in cotesti casi il problema dell'incapacità "ad perficiendam copulam", anzi che potersi risolvere con i normali criteri, imponga una deviazione istituzionale, o, per dir meglio, che esso problema debba essere riguardato sotto un aspetto diverso, secondo esigano ragioni naturali e giuridiche?

Rispondere adeguatamente a un tale quesito è meno agevole di quel che possa sembrare a tutta prima. Esso porta a dover considerare cotesto problema dell'incapacità alla copula coniugale da un punto di vista più largo di quello del quale lo abbiamo finora considerato.

Leggiamo tutti i giorni di matrimoni celebrati tra persone pervenute "ad summam senectutem". E non si può dire neppure che siano rari i casi di matrimoni tra persone, una giovanissima, l'altra

che abbia oltrepassato le soglie della senescenza, e anche assai avanti negli anni, magari largamente provvista di beni di fortuna e di prerogative nobiliari e di casta, e che, sospinta da "amorose vespe", talora non ha mancato di prepararsi al gran passo saggiando gli effetti mirabolanti di mezzi ciarlataneschi per riandare al "dolce tempo della prima etade" e rivivere il tramontato incanto della giovinezza: il che tante volte dimostra come sia vero che, con gli anni, vitia senescunt, e che "peu de gens savent être vieux". Ma, prescindendo dal considerare casi che presentano caratteristiche proprie, le quali possono autorizzare a giudizi speciali per la concomitanza di vari fattori, vien fatto di chiedersi quel che sia da dire, in via generale, circa la validità di matrimoni contratti tra persone talvolta anzianissime.

Anche questo punto fu studiato da San Tommaso: il quale (*S. Th.*, III *Suppl.*, Q. 58, a. 1), ricordando tra le obiezioni l'Ep. di Alessandro III, riprodotta in cit. c. 2, X, 4, 15, dov'è detto, tra l'altro: "Sicut puer, qui non potest reddere debitum, non est aptus coniugio, sic qui impotentes sunt, minime apti ad contrahenda matrimonia reputantur": "tales autem (omnes senes) sunt frigidi: ergo, etc.", conclude: "Ad tertium dicendum quod senes, quamvis quandoque non habent caliditatem sufficientem ad generandum, tamen habent caliditatem sufficientem ad carnalem copulam. Et ideo conceditur eis matrimonium secundum quod est in remedium: quamvis non competat eis secundum quod est in officium naturae".

Escludeva dunque l'Angelico che la validità del matrimonio delle persone anziane tra loro, o anche di enervatus senectute con persona giovane, dovesse valutarsi in rapporto alla possibilità, o meno, che all'atto coniugale seguisse la generazione, "secundum quod est in officium naturae". Quel "che importa —secondo San Tommaso— è che il senex abbia "caliditatem sufficientem ad carnalem copulam", e che possa quindi compiere regolarmente l'atto coniugale "ex natura sua ad prolem generandam destinatus, etsi per accidens proles non generetur", onde il matrimonio, per quanto sterile, resta giustificato dal poter essere "remedium concupiscentiae", cioè dal riuscire a moderare, "per gratiam quae in sacramento datur", quel che San Tommaso stesso, citando Aristotele, ricorda essere l'"insatiabilis concupiscentiae appetitus" (*S. Th.*, III *Suppl.*, Q. 42, a. 3).

Se una tale soluzione, poi largamente adottata, si ritenga soddi-

sfacente, ne deriva che per la donna non v'è praticamente limite per la contrazione del matrimonio, avendo essa nell'unione sessuale (copula vel coitus, e cioè, simpliciter, membri virilis in mulieris vaginam immissio, in cui consiste l'actio humana nella generazione) una partecipazione relativamente passiva. "Actionis humanae principium activum est vir, quatenus vas foemineum penetrat et verum semen in eodem effundit; principium passivum est foemina, quatenus verum semen recipit in vagina" (Gasparri, *Tractatus can. de matrimonio*, Typ. Polygl. Vaticanis, 1932, I, p. 304, n. 509; non diversamente le pronuncie rotali: v. Holböck, *Tractatus de jurisprudentia S.R. Rotae*, Graetiae etc., 1957, p. 56 s., con riferimento alle singole Decisiones). E già San Tommaso, in rapporto alle conoscenze fisiologiche del tempo, aveva osservato: "Mas est agens in generatione, sed femina est patiens. Et ideo maior caliditas requiritur in viro ad opus generationis quam in muliere. Unde frigiditas, quae facit virum impotentem, non faceret mulierem impotentem" (*S. Th.*, III Suppl., Q. 58, a. 1, ad 6; e cfr. *ivi*, I, Q. 92, a. 1, e Q. 118, a. 1, ad 4). Ciò stante, riesce sempre possibile, anche a venerande matrone che non riescono a capacitarsi di avere superato il fatale detestato traguardo, l'atto sessuale fisiologicamente completo ("membrum virile admittere"), sebbene, cessate le mestruazioni, tale atto non possa avere conseguenze generative, com'è del resto financo nel caso della mulier excisa, seu carens utero et ovariis. Questo, s'intende, ove non concorrano ostacoli anatomici o cause morbose che impediscano la penetrazione del membro virile nella vagina, e quindi l'effettuazione della copula naturale, come nei casi di malformazioni congenite, di stenosi e occlusione della vagina, o d'impotenza funzionale, di vaginismo, di stato neuropatico generale con fobia isterica del coito, ecc. Non abbiamo appreso qualche tempo addietro dell'esistenza di case ospitali, preparate perfino per le così dette "nonne squillo"?

Tutt'altra cosa è per l'uomo. Le moderne indagini biologiche portano a ritenere che, trattandosi di persona normale, vi sono dei limiti abbastanza approssimativi quanto alla possibilità del compimento dell'unio sexualis da parte dell'uomo: limiti oltre i quali si potrebbe ripetere l'ovidiano "turpe senex miles, turpe senilis amor".

Se dobbiamo stare a quel che dicono studiosi esperti nelle scienze biologiche quanto all'"actio qua vir verum semen modo naturali effundit in vaginam mulieris", è opportuno ricordare che lo Strassman,

nel suo classico *Manuale di medicina legale* (ediz. ital. del Carrara, Torino, 1901, p. 98), riallacciandosi, con le vedute mediche moderne, all'opinione del secentista medico romano Paolo Zacchia, archiatro di Innocenzo X, "vir in omni genere scientiarum conspicuus", autore delle tanto apprezzate *Quaestiones medico-legales* (Lugduni, 1701: Lib. III, Tit. I "*De impotentia coeundi et generandi*"), chiariva che, prescindendo da quanto può riferirsi all'incapacità virile al coito per lo stato anatomico delle parti genitali e limitrofe, o per altre anomalie riguardanti gli stimoli e i riflessi, onde si determina la impotentia coeundi strumentale o funzionale, il limite normale della potenza virile al coito fisiologico va fissato intorno ai 75 anni di età, pur tenendo presente che una tale indicazione non può avere valore assoluto, e che anzi si rilevano numerose eccezioni. E d'altra parte il Cevidalli, nella *Medicina legale*, 2.^a ed., Milano, 1922, p. 277, faceva notare essere impossibile stabilire l'età in cui cessa la spermatogenesi, e che furono trovati nemaspermi anche in vecchi di 90 e perfino di 102 anni.

Più modernamente, il Canuto, nella *Medicina legale e delle assicurazioni*, 4.^a ed., Pavia, 1959, p. 282 s., osserva che "la capacità all'atto del coito e quella alla fecondazione, cui corrispondono rispettivamente le due forme in cui si suole distinguere tradizionalmente la incapacità alla funzione sessuale: l'impotentia coeundi e l'impotentia generandi, ...non sono necessariamente interdipendenti l'una dall'altra, non soltanto perchè, cosa più frequente, può sussistere la capacità al coito con l'impotenza a generare; ma perchè, cosa meno nota ai profani, può sussistere, di fatto, la capacità a generare senza che vi sia la capacità al coito. Tale possibilità di generare da parte di incapaci al coito... va tenuta presente per spiegare come, anche senza ricorrere alla fecondazione artificiale, si possono avere casi di gravidanza seguiti a coiti imperfetti, con effusione di sperma anche solo all'inizio delle vie genitali femminili (coito vestibolare)". E, riguardo all'impotenza di generare nell'uomo per mancanza di sperma, nota il Canuto che tale mancanza "si ha per cause fisiologiche in rapporto all'età, e cioè prima della pubertà e per vecchiaia;... e se per la prima si può ritenere in genere il termine fra i 14 e i 16 anni, non è possibile invece fissare un'età determinata per la cessazione della funzione: se d'ordinario tale capacità cessa nell'uomo a 65-70 anni, sovente si protrae più a lungo ed in casi eccezionali sino a 90. Un

giudizio obiettivo si può ricavare dall'esame microscopico dell'eiaculato".

Quanto a menzionare esempi anche famosi o fare una casistica di matrimoni tra anziani, che ciascuno potrebbe forse arricchire con ricordi personali, ci soccorre, tra i tanti, un episodio recentissimo — e di luoghi da noi lontani — citato in un conosciuto rotocalco venuto tra mano ("Epoca", 27 marzo 1960, p. 13), ov'è anche riportata l'immagine della coppia di maturi sposi, il marchese di Ailesburg e la signora Maude Money, entrambi di 82 anni. E nell'articolo del clinico romano Catalano-Nobili, che segue all'informazione, discutendosi dei risultati ai quali porta l'unione matrimoniale tra persone di età provetta, si osserva, tra l'altro, che "due anziani che decidono di sposarsi in genere lo fanno per assicurarsi una certa mutua assistenza nell'incombente vecchiaia. Non hanno davanti a loro la visione di paradisi di delirante felicità amorosa, ma piuttosto un panorama di sereno invecchiamento, di buona compagnia. Nessuno si aspetta di trovare il tesoro nascosto. In genere, queste modeste aspettative non vanno deluse e per questo le unioni prive di pericolose illusioni risultano sufficientemente stabili".

Queste osservazioni di autorevoli biologi, che abbiamo ritenute necessarie e che potrebbero moltiplicarsi (osservazioni, d'altronde, che in qualche modo danno risonanza, sotto specie scientifica, a quanto diceva del senium, che s'inizia a 71 anni, Dante in *Conv.*, IV, 28, e ridisse in *Inf.*, XXVII, 79 s., nel famoso episodio di Guido da Montefeltro), portano — se non erriamo — a una conclusione che, in un certo senso, può considerarsi opposta a quella adottata da San Tommaso, e che è di molti canonisti, come accennammo e meglio vedremo, circa la questione qui esposta, dato che nei vecchi, diversamente da quel che molti credono, sarebbe tante volte più persistente la caliditas sufficiente "ad generandum", anzi che quella "ad carnalem copulam".

Notava il Lehmkuhl, l'insigne moralista tedesco (*Theol. moral.*, 14.^a ed., Friburgi Br., 1914, p. 496), che, in via di principio, "sola seminis sterilitas non est ratio, cur senes matrimonii incapaces habeantur" e che "propter senilem aetatem, tum tantum inhabilitas adest, quando ne ope quidem medica copula et seminis effusio haberi potest". E ora il Bánk (*Connubia canonica*, Friburgi Br., 1959, p. 175), rifacendosi al luogo della *Summa* dell'Aquinate innanzi

menzionato, conferma la conclusione: "Facillime explicatur matrimonium senum etiam in aetate decrepita constitutorum, qui non amplius semen elaborare valent, sed copulam normalem revera perficere possunt", confortando tale ammissione anche col passo del Sanchez (*De sancto matrimonii sacramento*, Venetiis, 1712, VII, 92, n. 26): "Certissimus est sterilitatem nil obesse valori matrimonii", e che pertanto la Chiesa "admittit senes ad matrimonium ineundum, cum tamen eorum semen constet esse sterile", poichè "etsi id matrimonium frustretur fine primario, qui est prolis generatio, consequitur tamen finem secundarium, nempe satisfacere concupiscentiae vera copula habita: quod ad eius valorem sufficit...; quando est impotentia ad copulam, neuter matrimonii finis reperiri potest: at quando est sola sterilitas, salvatur finis secundarius".

Ma, tralasciando quanto si possa dire circa il verum semen —cioè del seme elaborato nei testicoli, fecondo o infecondo, vale a dire contenente spermatozoi o nemaspermni oppure in caso di azoospermia o di necrospermia—, non è certamente raro il caso di osservare qualche pergrandis natu, evidentemente non pago di placidi ideali, che riescano a far tollerare "l'aborrita vecchiezza con riposato cor" ("Ah, ce qu'il est doux de viellir!", esclamava, forse non senza una punta d'ironia, il Vuillard), apprestarsi a stringere matrimonio mentre si mostra ingravescente per l'età e suscita già a primo aspetto la sensazione della sua inabilità a compiere quell'atto coniugale, di cui è detto nel can. 1015 § 1. Onde non verrebbe neppure in mente di ricorrere al vecchio tentativo sperimentale (se pur fosse ancora in vigore) della cohabitatio triennale per constatare l'esistenza della vera impotenza come incapacità alla copula (cfr. cit. cc. 5, 7, X, 4, 15). Eppure è prassi costante della Chiesa di assistere a matrimoni nei quali uno degli sposi (e ci si riferisce, praticamente, come s'è detto, in specie alla condizione dell'uomo) sia in coteste deplorabili condizioni da far sorgere, per dir così, la certezza morale dell'incapacità alla copula. In conformità a quanto esprimeva nel passo innanzi riportato, il Lehmkuhl osservava inoltre "quod ex praxi Ecclesiae satis colligitur quae semper consuevit senum matrimoniis benedicere, etsi spes generandi prolem iam evanuit". E il Wernz (*Ius decretalium*, IV, II, Prati, 1912, pg. 122, n. 329), notando che la Chiesa non aveva mai seguito le leggi secolari "quibus viri iuniores a matrimoniis cum mulieribus aetate multo provectionioribus impedi-rentur", aggiungeva, con la generalità degli scrittori: "Neque un-

quam Ecclesia catholica certam quandam aetatem constituit, qua adepti senes a matrimonio contrahendo prohiberet". E nel rifacimento dell'opera del Wernz, il Vidal (*Ius canonicum*, V, *Ius matrimoniale*, Romae, 1925, pg. 237, n. 230, n. 38), al passo del Wernz aggiungeva: "Qua in re Ecclesia non ignorat, potentiam generandi deficere in muliere ab anno 45 ad 50, in viro autem ab anno 50 gradatim minuit donec etiam penitus deficiat".

Non importa esaminare qui ciò che riguardi particolarmente i matrimoni che vengano celebrati mentre uno degli sposi si trovi in imminente pericolo di vita, senza che vi sia speranza di recupero della sanità. In casi di tal genere è naturalmente da escludere una valutazione dello stato fisico del moribondo ai fini dell'eventuale possibilità di compimento dell'atto coniugale, e quindi un giudizio sulla validità del matrimonio in rapporto a tale possibilità: ma può darsi che di esso moribondo già risulti aliunde una fisiologica incapacità a tale atto, come d'altra parte può darsi che risulti comunque una sua capacità a tale atto in tempo normale, oppure ancora che nulla risulti a tale riguardo. Quid? Rispetto a tali ipotesi diversamente sentono gli autori. Alcuni sono per la soluzione rigorista in ogni ipotesi per la non possibilità della copula dell'infermo "usque dum vivat". Altri decidono in modo differente, secondo i casi prospettati. Altri ancora ritengono che l'eventualità del compimento della copula non sia affatto da tenere in calcolo "in limine vitae", quando "tal ha già l'un piè dentro la fossa".

E quest'ultima soluzione, che ci pare più ragionevole, può appunto dare sostegno per una concezione per dir così relativistica della funzione della copula nel matrimonio, nel senso che per la validità di questo essa può anche mancare quando, in talune ipotesi, non può o non deve essere compiuta.

Ma, salvo a tornare sull'argomento, quel che qui soprattutto importa notare è questo: come spiegare che la Chiesa intervenga a benedire matrimoni di persone talora molte anziane, non già quasi certamente inabili a generare, ma ancor più sicuramente incapaci alla copula coniugale? Può mai pensarsi, con deplorabile ardimento, che la Chiesa operi senza tener conto e anzi in ispreto delle irrefragabili leggi fisiologiche, e tratti senza la dovuta reverenza, in una notevole quantità di casi, l'amministrazione di un gran sacramento quale il matrimonio (Eph., 5, 32), che "sancta res est et sancte trac-

tandum" (c. 10, Trid., 24 *de ref. matr.*)? E ciò, anche quando l'impossibilità del compimento della copula coniugale possa essere presso che evidente, permettendo quindi che si verifichino casi certamente numerosi di matrimoni che sarebbero per se stessi invalidi (senza che per essi si possa neppure ricorrere a una forma di dissimulatio dell'invalidità, sia per la mancanza di buona fede nei coniugi sia per la probabile notorietà dell'invalidità da parte dei terzi), o, peggio, che in molti di essi casi la eventuale invalidità del sacramento resti coperta, come spesso avviene, dal segreto o dalla riservatezza familiare o sociale, consentendo che persistano a lungo occasioni di peccato e di scandalo, e si stabilizzi un deprecabile conflitto o almeno una differenziazione tra la situazione di foro esterno (che non può non rimanere quella che è fino a dichiarazione ecclesiastica d'invalidità del matrimonio apparente) e quella di foro interno.

A una domanda di tal fatta non è ormai possibile, per la ricordata disposizione del can. 1068 § 1 (la quale, del resto, è il risultato di costante tradizione canonistica, sempre più consolidatasi dopo la cit. "*Cum frequenter*" di Sisto V, del 27 giugno 1587, e le ripetute decisioni di Curia), attenersi all'argomentazione *secundum quid* di San Tommaso, di ammettere la validità del matrimonio almeno nei casi nei quali uno dei nubendi sia a conoscenza dell'esistenza nell'altro dell'impotenza, e meno che mai ammettere la possibilità di rinuncia definitiva da parte del coniuge sano a pretendere l'assolvimento del debito coniugale.

Nè può soddisfare la risposta che, come abbiamo visto, spesso si dà ora in argomento, e che il Cappello, con la consueta concisione, così riassume (*Tractatus canonico-moralis De Sacramentis*, V, *De Matrimonio*, 5.^a ed., Torino, 1947, p. 353): "Senes, v.g. nonagenarii, possunt valide inire matrimonium, attenta doctrina et praxi Ecclesiae. Porro huiusmodi coniuges nonagenarii prolem gignere nequeunt nec in praesenti nec eo minus in futuro; et nihilominus valide nuptias ineunt, quia ab Ecclesia habentur ut steriles, non autem ut impotentes. Quare ad conceptum sterilitatis nequaquam requiritur ut generatio possibilis sit saltem in futuro". Ma come può fondatamente pensarsi che il nonagenario, quale che possa essere la sua capacità di generare, abbia la capacità fisiologica di compiere la "actio qua semen verum effunditur modo naturali in vaginam mulieris"?

Escludere dunque che la massima parte dei matrimonia senum

sia formata di matrimoni invalidi nella supposizione che la copula coniugale sia di regola possibile anche in anni assai tardi, significa cercare di contrastare una realtà quanto si voglia incresciosa con una ipotesi effettivamente irrealistica, almeno nella più parte dei casi; voler risolvere insomma, con congetture inconsistenti, un problema irrisolvibile forse non meno di quello di "misurar lo cerchio".

Fa d'uopo di coraggiosamente risolversi: —o ammettere che anche per cotesti matrimoni (e la determinazione dei limiti dell'età dei nubendi anziani, se ha importanza pratica, non fa mutare comunque i termini del problema in sè, che restano essenzialmente gli stessi) valgono integralmente i principii che governano i matrimoni, diciam così, normali, ritenendo l'impotenza come incapacità alla copula coniugale quale impedimento dirimente in ogni e qualsiasi caso per la validità del matrimonio: dal che necessariamente la logica conseguenza di dover ritenere invalidi nella quasi totalità i matrimoni di coloro che si usava rassomigliare ai cavalli di Olimpia, che, se pur vincitori, sono poi "senio et aegritudine confecti", e di dover quindi tollerare i disordini morali facilmente immaginabili;— oppure ricorrere a soluzioni diverse: e per esempio a una delle seguenti (che, come si vedrà, si riducono alla fine ad aspetti differenti d'una medesima soluzione):

a) che il concetto dell'impotenza, come impedimento dirimente del matrimonio, non debba determinarsi in via astratta e assoluta come impossibilità di compiere l'atto coniugale, quale in ogni caso, per sè, normalmente adatto a determinare la generazione della prole; ma appunto perchè essa impotenza costituisce un impedimento di diritto naturale, il suo concetto debba intendersi in rapporto all'ordine naturale, e cioè in modo relativo in confronto all'età della persona di cui si discuta, non potendosi ragionevolmente pensare esistenti qualità e possibilità naturali in indubbia e talora evidente contraddizione con le forme e le forze fisiologiche. Il quale principio, se non in questi precisi termini, fu già posto innanzi da altri; ma non ci consta sia stato finora in qualche modo elaborato in relazione alle possibilità di applicazioni. Se un siffatto principio non è del tutto errato, si potrebbe forse derivare che, in rapporto alla grave età dell'uomo, non sia possibile l'applicazione del concetto dell'impotenza nel matrimonio secondo le consuete determinazioni giuridiche, e possa quindi avviarsi alla drastica conclusione della invalidità del

matrimonio celebrato dall'uomo pervenuto ad età decrepita in quanto tale matrimonio non viene a trovarsi in contrasto con i principii che riguardano giustamente individui che sono in condizioni naturali diverse.

Insomma, con l'applicare al matrimonio del vecchio, pervenuto anche all'età estrema, gli stessi criteri fisiologici e biologici che si applicano al matrimonio di chi sia nel pieno vigore (s'intende, per quel che riguarda l'attività necessaria per l'atto coniugale e non già quanto alla derivata dopo l'emissione del seme, secondo il corso della natura), pare si voglia richiedere più di ciò che la stessa natura può concedere. Entrambi i matrimoni, del vecchio e dell'uomo vigoroso, sono benedetti dalla Chiesa, ma non perciò è necessario ritenere che abbiano le stesse intrinseche caratteristiche. E forse si può ricordare quel che insegnò San Tommaso (*S. Th.*, III *Suppl.*, Q. 49, a. 3), al quale dovremo ricorrere anche in seguito: "Homini est essentialius esse naturae quam esse gratiae, quamvis esse gratiae sit dignius". E può forse utilizzarsi anche il concetto espresso incidentalmente (sebbene a scopo diverso) da Pio XII nel discorso alle ostetriche il 29 ottobre 1951 ("Acta Ap. Sedis", 1951, pg. 845), circa la limitazione dell'atto coniugale ai giorni di naturale sterilità. "Il matrimonio —disse il Papa— obbliga ad uno stato di vita, il quale, come conferisce certi diritti, così impone anche il compimento di un'opera positiva, riguardante lo stesso. In tal caso si può applicare il principio generale che una prestazione positiva può essere omessa se gravi motivi, indipendenti dalla buona volontà di coloro che ne sono obbligati, mostrano che quella prestazione è inopportuna, o provano che non si può dal richiedente —in questo caso il genere umano— equamente pretendere": "Iddio non obbliga all'impossibile, non comanda cose impossibili", concludeva il Pontefice, come riecheggiando la l. 185, D., L., 17 *de reg. iuris*, e il c. 6, in VI.º, 5 *de reg. iuris*.

E tutte queste considerazioni, d'altronde, possono forse convincere che, ove si rimanga sul piano tradizionale, non si mostri irragionevole la richiesta innovatrice che venga legislativamente determinato il termine ultimo per la conclusione del vincolo matrimoniale in rapporto al normale limite del processo fisiologico per il compimento dell'atto coniugale, per sè destinato alla generazione: non diversamente di come appunto si determina, nell'ipotesi inversa, quanto



all'età iniziale stabilita per tale conclusione, sia pure con la possibilità di dispensa in casi speciali.

b) che il matrimonio di persone in età molto avanzata sia per sé valido, non ostante la incapacità del compimento dell'atto coniugale, in quei casi in cui il matrimonio assume come scopo immediato e attuale uno degli scopi "secondari" dell'istituto, considerato in se stesso: e propriamente quello del mutuo aiuto con lo sperato perfezionamento spirituale dei coniugi. Il che, a osservare la realtà delle cose, che la Chiesa certo non ignora e che sanziona con l'assistenza alle non rare celebrazioni di matrimoni di superanziani, costituisce la vera ragione, generalmente nota, che determina la più parte di tali matrimoni.

Ma sulla questione, posta in questi termini, è da dire qualche cosa di più.

4. Sembra non si siano messi nel dovuto rilievo, e anzi si siano quasi studiamente trascurati, alcuni passi dell'Enciclica di Pio XI "*Casti connubii*", del 31 dicembre 1930 ("Acta Ap. Sedis", 1930, u. 539 s.). — documento veramente di somma importanza e di permanente interesse, che, come ebbe ad avvertire recentemente anche l'arcivescovo di Milano, cardinal Montini, nella Lettera pastorale per la Quaresima 1960, "dà la sintesi dottrinale del gran tema del Matrimonio"—; nei quali passi, trattandosi dei fini del matrimonio cristiano, è detto, tra l'altro: "*Hoc opus in domestica societate non modo mutuum auxilium complectitur, verum etiam ad hoc extendatur oportet, immo hoc in primis intendat, ut coniuges inter se iuventur ad interiorum hominem plenius in dies conformandum perficiendumque; ita ut per mutuum vitae consortium in virtutibus magis magisque in dies proficiant, et praecipue in vera erga Deum proximosque caritate crescant... Haec mutua coniugum interior conformatio, hoc assiduum sese invicem perficiendi studium, verissima quadam ratione, ut docet Catechismus Romanus, etiam primaria matrimonii causa et ratio dici potest, si tamen matrimonium non pressius ut institutum ad prolem rite procreandam educandamque, sed latius ut totius vitae communio, consuetudo, societas accipiatur*"... "*Iidem vero coniuges, aureo Sacramenti ligamine non constricti sed ornati, non impediti sed roborati, omnibus viribus ad hoc nitantur, ut suum connubium non solum per Sacramenti vim et significationem, sed etiam per ipsorum men-*

tem ac mores sit semper et maneat viva imago fecundissimae illius unionis Christi cum Ecclesia, quae est venerandum profecto perfectissimae caritatis mysterium". I quali brani, però, debbono essere intesi in relazione con altri, che nella stessa Enciclica li precedono e li seguono. "Itaque —è detto avanti (*ivi*, pg. 543)— primum inter matrimonii bona locum tenet proles"; e appresso (*ivi*, pg. 561): "Habentur enim tam in ipso matrimonio quam in coniugalibus iuris usu etiam secundarii fines, ut sunt mutuum adiutorium mutuusque fovendus amor et concupiscentiae sedatio, quos intendere coniuges minime vetantur, dummodo salva semper sit intrinseca illius actus natura ideoque eius ad primum finem debita ordinatio". E il luogo del Catechismo romano (edito da S. Pio V il 1566, ma detto anche tridentino perchè approntato per Decreto dell'11 novembre 1563 del Concilio di Trento, e che rimane tuttora testo fondamentale della catholica fides e della doctrina Ecclesiae), al quale la "*Casti connubii*" rimanda, è il seguente (Pars II, *De matrim. Sacramento, Institutio et munus matrimonii*): "Sed quibus de causis vir et mulier coniungi debeant, explicandum est. *Prima* igitur est, haec ipsa diversi sexus naturae instinctu expedita societas, mutui auxilii spe conciliata, ut alter alterius ope adiutus, vitae incommoda facilius ferre, et senectutis imbecillitatem sustentare queat. *Altera* est procreationis appetitus, etc. *Tertia* est... ut qui sibi imbecillitatis suae conscius est, nec carnis pugnam vult ferre, matrimonii remedio ad vitanda libidinis peccata utatur; etc... Hae igitur sunt causae, *quarum aliquam* sibi proponere quisque debet, qui pie et religiose, ut sanctorum filios decet, nuptias velit contrahere. Quod si ad eas causas aliae etiam accedant... huiusmodi sane rationes damnandae non sunt, cum matrimonii sanctitati non repugnent...".

Dei fini del matrimonio e dell'ordine tra loro fu detto precisamente nel can. 1013 § 1: "Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio proles; secundarius mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae": dichiarazione che, completata dai disposti dei cc. 1015 § 1, 1081, 1082 § 1 e 1111, costituisce il compendio della tradizionale dottrina ecclesiastica e si riannoda direttamente ai diversi luoghi del *Decretum*, nei quali si ricordano i passi dei Padri, agli insegnamenti dei Pontefici via via emanati, e in specie all'Enc. "*Arcanum*" di Leone XIII (10 febbraio 1880), secondo le indicazioni delle Fonti che il cardinal Gasparri ebbe cura di aggiungere nella preziosa sua edi-

zione del Codex, pubblicata con i tipi della Poliglotta Vaticana il 1917 (pg. 290, n. 3).

Ma, a seguito delle numerose dispute che, com'è noto, furono sollevate circa l'ordine o la gerarchia dei fini nel matrimonio, susseguitesi specialmente dopo la pubblicazione, nella duplice ma non identica redazione tedesca e francese, dell'opera del Doms (*Sinn und Zweck der Ehe*, Breslau, 1935; *Du sens et de la fin du mariage*, Paris, 1937), non che di quella del Krempel (*Die Zweckfrage der Ehe in neuer Beleuchtung, begriffen aus dem Wesen der beiden Geschlechter im Lichte der Beziehungslehre des hl. Thomas*, Einsiedeln, 1941) — i quali autori, a dire in breve, e senza rilevare le differenziazioni anche gravi tra loro, sostennero non essere fine primario del matrimonio la generazione della prole, sibbene il complemento e la personale perfezione dei coniugi mercè la comunione di vita e il reciproco amore, la realizzazione, a mezzo della loro unità biologica e spirituale, e con la mutua traditio personae, della procreazione² —, la Suprema S. Congregazione del S. Ufficio, "per correggere le contrastanti opinioni" e rimuovere errori e incertezze, cui i nuovi metodi invalsi nella concezione e nella esposizione d'un tal tema dettero l'avvio, ritenne opportuno di emanare il Decreto 1.º aprile 1944 ("Acta Ap. Sedis", 1944, p. 103), col quale fu dichiarato "non potersi ammettere la sentenza di alcuni autori recenti, i quali negano che il fine primario del matrimonio sia la procreazione e la educazione della prole, o insegnano che i fini secondari non sono essenzialmente subordinati al fine primario, ma equipollenti e da esso indipendenti".

Tale dichiarazione del S. Ufficio — che fu redatta personalmente da Pio XII fin dal 10 marzo 1944, come apprendiamo dal su citato discorso alle ostetriche del 29 ottobre 1951 (dal quale abbiamo voluto appositamente trarre le espressioni innanzi riportate): discorso che, con la precedente Allocuzione alla S. R. Rota del 4 ottobre 1941 ("Acta Ap. Sedis", 1941, p. 421) e con quella al convegno internazionale dei medici cattolici del 29 settembre 1949 ("Acta Ap. Sedis", 1949, p. 557),

2. Si possono trovare numerose citazioni degli scritti in argomento nelle nostre *Nozioni di diritto canonico*, 10.ª ed., Milano, 1953, pg. 153, n. 18; e ora anche in BÁNK, *op. cit.*, pg. 21; non che in PEREGO, in «Civiltà Cattolica», 1955, II, pg. 235 sg.; III, pg. 378 sg.; IV, pg. 138 sg. V. inoltre la recentissima trattazione dell'HERVADA XIBERTA, *Los fines del Matrimonio, Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, con «Prólogo de Pedro LOMBARDÍA, Pamplona (Colección Canónica del Estudio General de Navarra, n. 4), 1960.

forma il più autorevole commento al detto Decreto del S. Ufficio— non pare abbia aggiunto nulla di sostanziale a quanto è detto nel can. 1013 § 1.

Indubbiamente, fine primario del matrimonio (“*finis obiectivus seu finis operis, ad quem obtinendum matrimonium ex sua constitutione intendit*”, e che perciò non è necessario che ad esso i nubendi espressamente si riferiscano, e che, viceversa, ove positiva voluntate lo escludano, invalidano il negozio), insomma prima ragion d’essere —“*causa finalis*”— della sua divina istituzione (*Gen.*, I, 27-28; II, 18, 24) è la *propagatio speciei humanae*, e però la “*procreatio et educatio prolis*”. Concetto costante e costantemente ribadito nella dottrina ecclesiastica, e che, come s’è accennato, si trova anche largamente svolto al luogo cit. della stessa Enciclica “*Casti connubii*”.

Ed su tale concetto volle intenzionalmente insistere Pio XII nel discorso alle ostetriche, or ora ricordato: “La verità —disse il Pontefice— è che il matrimonio, come istituzione naturale, in virtù della volontà del Creatore, non ha come fine primario e intimo il perfezionamento personale degli sposi, ma la procreazione e la educazione della nuova vita. Gli altri fini, per quanto anch’essi intesi dalla natura, non si trovano nello stesso grado del primo, e ancor meno gli sono superiori, ma sono ad esso essenzialmente subordinati...” “D’altra parte —soggiungeva il Papa—, esaltare oltre misura, come oggi si fa non di rado, la funzione generativa, anche nella forma giusta e morale della vita coniugale, è non soltanto un errore e una aberrazione; essa porta anche con sè il pericolo di una deviazione intellettuale ed affettiva, atta ad impedire e soffocare buoni ed elevati sentimenti, specialmente nella gioventù ancora sprovvista di esperienza e ignara dei disinganni della vita”.

Ed è sempre istruttivo risalire alle fonti più alte: così alla trattazione, che si potrebbe dire matematica, di San Tommaso “*De bonis matrimonii*” (*S. Th.*, III *Suppl.*, Q. 49, a. 3), cui già ci richiamammo, e dove è come riassunta la dottrina della Chiesa in argomento, rimasta ferma anche nelle particolarità.

Esaminando ciò che nel matrimonio v’è di più essenziale o di più degno (aut *essentialius*, aut *dignius*), il Santo Dottore osservava: “*Si quia dignius, sic omnibus modis sacramentum est principalius inter tria bona coniugii: quia pertinet ad matrimonium inquantum*

est sacramentum gratiae; alia vero duo (proles, fides) pertinent ad ipsum inquantum est quoddam naturae officium. Perfectio autem gratiae est dignior perfectione naturae". Qualora invece si voglia vedere ciò che nel matrimonio v'è di "principalius quod est essentialius", bisogna distinguere: l'"indivisibilitas, quam sacramentum importat, pertinet ad ipsum matrimonium secundum se;... et inde est quod matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate: invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo. Et secundum hoc sacramentum est essentialius matrimonio quam fides et proles": tenendo presente l'intenzione dei contraenti, "ut pro prole accipiatur intentio prolis et pro fide debitum servandi fidem", senza di che "matrimonium esse non potest", deve d'altronde riconoscersi che "sic accipiendo fidem et prolem, proles est essentialissimum in matrimonio, et secundo fides, et tertio sacramentum: sicut etiam homini est essentialius esse naturae quam esse gratiae, quamvis esse gratiae sit dignius".

E in tempi recenti non sono mancati autori che hanno creduto di poter utilizzare, sotto vari aspetti, le differenziazioni tra fine primario e fine essenziale del matrimonio. Senza attardarci nell'esame delle conclusioni dei diversi studiosi, che hanno creduto di poter ricorrere a una tale distinzione, talvolta dando prova di eccessiva sottigliezza, possiamo limitarci a ricordare quanto ne riferisce il Bánk scrivendo (*op. cit.*, pgg. 22-23): "Connubia etiam sterilibus ac quantumvis senibus ab Ecclesia permittuntur, licet in his (mulieribus) finis supradictus (procreatio) omnino exclusus maneat. At quonam modo finis essentialis appellari queat, quo deficiente negotium tamen ad effectum perducatur?... Obiectum principale contractus matrimonialis non est proles sed ius ad generandam prolem... Ergo finis essentialis videtur esse mutua corporum traditio, finis accidentalis seu primarius prolis generatio". E non è senza vantaggio riportarsi alla triplice classificazione che dei fini del matrimonio ebbe a fare S. Alfonso de' Liguori (*Theol. moralis*, L. VI, Tract. VI, c. 2, d. 1), in *fines intrinseci essentialis* ("traditio mutua cum obligatione reddendi debitum, et vinculum indissolubile"), *fines intrinseci accidentales* ("procreatio prolis et remedium concupiscentiae"), e *fines accidentales extrinseci*, che possono essere i più vari ("pax concilianda, voluptas captanda, etc.").

È dunque da porre senz'altro fuori dubbio, giusta la dottrina ec-

clesiastica, che scopo primario del matrimonio come istituto —per-
tinentemente, potrebbe ripetersi, “ad ipsum matrimonium secundum se”—
è la procreatio e l’educatio prolis, in quanto esso è l’istituto divina-
mente fondato, con le sue necessarie immutabili proprietà, per la
propagazione del genere umano avviato alla suprema destinazione.
Il primo fondamentale insegnamento lo troviamo nel ricordato inizio
del libro del Genesi, cui rinvia, al luogo citato, il Catechismo roma-
no: “Scriptum est in Genesi: masculum et feminam creavit eos;
benedixitque illis Deus, et ait: crescite et multiplicamini et replete ter-
ram et subiicite eam; et Non est bonum esse hominem solum: facia-
mus ei adiutorium simile sibi”; e, formata la donna con la costa di
Adamo, la presentò a questi, che della “virago”, “quoniam de viro
sumpta est”, disse, “divini spiritus instinctu”, le parole immortali
nei secoli: “Hoc nunc, os ex ossibus meis et caro de carne mea...;
quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem et adhaerebit
uxori suae, et erunt duo in carne una”. Questa, che è la legge positiva
con la quale il matrimonio, già “ante peccatum in paradiso a Do-
mino institutum est” (Innocenzo III, *Ep.* 219, 1, 3), ebbe poi la solen-
ne conferma di Cristo, come si legge nei versetti Mt., 19, 4-6.

Studiando quindi l’istituto del matrimonio nella dottrina cattoli-
ca (nella quale “sacramentum matrimonii significat coniunctionem
Christi ad Ecclesiam, quae est unius ad unam: et ideo requiritur ad
perfectam significationem sacramenti quid vir sit tantum unius ux-
oris vir et uxor sit tantum unius viri uxor”: *S. Th.*, III *Suppl.*, Q. 66,
a. 1; e v. inoltre, ivi: Q. 41, a. 1, e Q. 65, a. 1), non è lecito nè logico
ritenerlo per se stesso destinato, in via principale, a scopo diverso da
quello che appare la sua essenziale ragion d’essere, il “lapis angula-
ris”, diciam così, della sua istituzione: la generazione della prole, e
quindi l’educazione di questa secondo le esigenze del genere umano,
e cioè per il suo adattamento e il suo sviluppo sociale e spirituale. Il
che postula, poichè il matrimonio è società tra esseri dotati di ragio-
ne, che nella individua vitae consuetudo si concreti un rapporto per-
manente di reciproco amore tra i coniugi, inteso all’elevamento delle
anime, all’arricchimento della personalità, all’acquisto di virtù e alla
liberazione da passioni inferiori. Oltre che a tali “fines matrimonii
secundarii, liciti et obiectivi”, il matrimonio stesso può essere inteso
individualmente dagli sposi ad altri fini, che “non pertinent ad subs-
tantialia contractus matrimonialis, sed ad eiusdem accidentalia”, quali
“alia bona omnia, quae partes in matrimonio ineundo intendunt, ut

vitam coniugalem feliciorum reddant", e che nelle intenzioni di essi coniugi possono presentarsi anche come importantissimi (*finis operantis* di fronte al *finis operis*), sempre che tali finalità individuali non siano incompatibili con quelle dell'istituto in sè. Ma tutte queste altre finalità —sia, cioè, quelle oggettive e intrinseche all'istituto, sia quelle soggettive o individuali— rimangono in subordine rispetto a quella primaria, all'oggettiva finalità propria del matrimonio, per la quale i coniugi, mercè la libera reciproca concessione e accettazione del diritto sul corpo riguardo agli atti destinati naturalmente alla procreazione, son posti da Dio in funzione di complementarietà in ordine alla riproduzione, e, come s'è detto da altri assai bene, sono destinati ad essere datori di vita, perchè appunto il matrimonio è l'istituto per eccellenza a servizio della vita.

Tutto questo, ripetiamo, è e deve rimanere fuori d'ogni dubbio: e questo hanno voluto chiarire e ribadire da ultimo il ricordato Decreto 1.º aprile 1944 della S.C. del S. Ufficio e gl'insegnamenti pontifici, non che quelli dei più autorevoli trattatisti del diritto matrimoniale della Chiesa.

Ma il problema che sorge in relazione all'argomento del quale ci occupiamo è se, ferma restando —s'intende— la gerarchia dei fini come innanzi richiamata, e quale risulta dal can. 1013 § 1 del Codex e dal Decreto 1.º aprile 1944 del S. Ufficio, quanto al matrimonio considerato come istituto per se stesso ("ad ipsum matrimonium secundum se", "in abstracto"), si possa ritenere che, in determinati casi concreti, che presentano alcuni caratteri specifici di netta ed alta rilevanza, quali sono appunto i matrimoni di persone di tarda età (ed è questa, forse, la sola ipotesi eccezionale da tenere in conto), ciascuno di tali matrimoni —per quanto conservi salve la mutua translatio iuris in corpora e l'obligatio mutuae fidelitatis— possa essere validamente contratto, per esigenze particolari, indipendentemente dalla capacità o possibilità dell'uso del diritto alla copula, cioè del compimento dell'atto coniugale, presupposto della procreazione della prole, per una delle altre ragioni oggettive per le quali, anche, esso matrimonio fu divinamente istituito; così per lo scopo (secondario quanto all'istituto in sè) della mutua assistenza e spirituale perfezionamento dei coniugi: scopo anch'esso voluto dall'istituzione naturale, sebbene subordinatamente a quello principale della medesima istituzione, riguardata in se stessa: onde sia consentito ri-

tenere cotesto determinato matrimonio canonicamente valido per l'adempimento della sua funzione in quella ipotesi particolare concreta. Ricordiamo ancora il cit. passo del Catechismo romano dove si conclude: "Hae igitur sunt causae, *quarum aliquam* sibi proponere quisque debet, qui pie et religiose, ut sanctorum filios decet, nuptias velit contrahere".

L'enunciato problema consiste dunque nel vedere se uno dei fini secondari del matrimonio possa, in casi eccezionali determinati, porsi come prevalente e giustificare, per una tal quale surrogazione, la validità d'un matrimonio, nel quale non si renda possibile l'attuazione del fine per se stesso primario (sempre, s'intende, quanto all'actio humana, prescindendo dall'actio naturae, "quae de se impervia et occulta est"), come in molti dei connubia senum. E a tal proposito è da tener presente che la surrogabilità o sostituibilità dottrinale d'un fine secondario al primario —onde il fine secondario del matrimonio si pone, nel caso particolare, come oggetto specifico del consenso, senza che con ciò restino esclusi, per sè, gli altri fini del matrimonio— è ammissibile e più volte s'è ammessa: così quanto al remedium. La qual cosa si desume dal cit. passo di San Tommaso (*S. Th.*, III *Suppl.*, Q. 58, a. 1: "Et ideo conceditur eis matrimonium secundum quod est in remedium: quamvis non competat eis secundum quod est in officium naturae"), e similmente da tanti altri anche di moralisti moderni, di alcuno dei quali, come del Lehmkuhl, già facemmo riferimento, e di altri è fatta qualche menzione pure nel Bánk, *op. cit.*, pg. 171. Consiste, cioè, l'enunciato problema, nel vedere se la non possibilità dottrinale dell'indipendenza d'un fine secondario (obiettivo) dal primario nel matrimonio debba ritenersi in via assoluta, tolta qualsiasi eccezione anche in casi di evidente necessità durante l'estrema naturale curva discendente della traiettoria della vita. Se ciò debba ammettersi, e cioè se, in ogni caso, "finis secundarius relationem habere debet ad finem primarium", si dovrebbe necessariamente concludere, come si disse, per l'invalidità d'una grande quantità di quei connubia, che il senso popolare spiega e giustifica, pur senza alcun entusiasmo, e che la stessa prassi ecclesiastica ammette largamente, almeno in via di fatto. Ma, ciò ammettendo, rimane una forma di insoddisfazione teorica considerando l'ammissibilità della sostituzione (sempre, s'intende, eccezionale) del fine secondario del rimedio a quello primario e la rigida inammissibilità al luogo di questo del mutuo aiuto. Sembra, invece, che una ragione che valga a coonestare i

detti connubia anche presso la generalità e a soddisfare il comune sentimento morale ci debba pur essere: e quella che possa addursi non sarà certamente, nella massima parte di essi, quella della presunta normale possibilità di compimento dell'atto coniugale, quantunque la generazione non possa seguire.

E la ragione non pare si possa correttamente trovare, a nostro sommessso avviso, che nell'esistenza di una norma giuridica, pur non esplicita, ma che si desuma per interpretazione nel complesso sistema del diritto della Chiesa (e che, a ogni modo, nulla escluderebbe, pensiamo, possa essere esplicitamente dichiarata dalla competente autorità): per la quale norma i principii propri della normale disciplina del matrimonio canonico subirebbero una necessaria deviazione in funzione della particolarità della materia sulla base delle esigenze dello stesso ordinamento divino naturale e di quello della Chiesa, in quanto si riferiscano agli scopi, primario e secondari, del matrimonio, e al reciproco loro spostamento, ma sempre contemporaneo rilievo, in funzione dell'eccezionalità dei casi considerati. Anzichè, quindi, al concetto di una forma anomala e inammissibile di dissimulazione (e meno che mai di dispensa o di tolleranza, che sono istituti dell'amministrazione, e non dell'ordine normativo della Chiesa, e sia pure di compromesso di fatto, fuor di luogo in argomento), è indispensabile far ricorso — se non ci inganniamo — al concetto di "*privilegium sensu lato*", che, non ostante l'arcaica denominazione, vuol significare l'esistenza di una o più norme che le fonti romane direbbero costituenti *ius singulare*, e che noi diremmo più esattamente *diritto eccezionale*, nel senso di norme, non già solo riguardanti una categoria circoscritta di rapporti, ma che effettivamente si contrappongono, per processo logico, a quello che è il *ius normale*, riguardante la generalità dei rapporti che si svolgono in una zona di attività umane disciplinate del diritto, e costituente il diritto comune quanto a tali attività.

5. A questo punto ci si può prospettare — tra l'altre — una grave difficoltà.

Ove s'intenda ritenere la validità d'un matrimonio canonico nel caso che sia da escludere la sua consumazione per l'età senile dei coniugi (e, come si rilevò, si parla specificamente dell'uomo *senio confectus*), assumendosi che un tal matrimonio abbia come fine suo proprio uno dei fini secondari, e in particolare il "*mutuum adiutorium*",

con quale fondamento si negherebbe, conformemente all'opinione comune, la validità di un matrimonio, in qualunque età celebrato, se la consumazione non sia possibile per impotenza funzionale (antecedente e perpetua), in tante altre ipotesi, per ragioni indipendenti dalla volontà? Così nei molteplici casi di anafrodisia, a causa, p. es., di malattie debilitanti non di carattere transitorio, per forme croniche che rendono cronico il disturbo sessuale, per malattie nervose che più o meno direttamente interessano i centri della porzione lombare specifica del midollo spinale, come la tabe dorsale in stadio avanzato, mieliti, esiti di traumi del midollo, e così via; o nei casi di impotenza psichica, nei quali stimoli inibitori partenti dal cervello rendono insufficienti gli stimoli normali atti alla copula, e che "in certi individui, facile preda di idee ossessive, creano uno stato permanente, perchè ogni volta che stanno per compiere l'atto sessuale, la preoccupazione, la paura dell'insuccesso, crea lo stato di inibizione" (Canuto, *op. cit.*, pg. 283 sg.).

Or non si dovrebbe —può chiedersi—, in questi e in casi analoghi, ammettere altresì la validità del matrimonio, non ostante la incapacità alla copula coniugale, ritenendo che anche in questi altri casi possa considerarsi possibile la sostituzione dello scopo primario del matrimonio con quello secondario del "mutuum adiutorium"?

È evidente che, se ciò dovesse ammettersi, tanto varrebbe ritenere, in una quantità di casi, l'inefficienza dell'impotenza come impedimento dirimente del matrimonio: il che è lontano dai concetti che sono alla base della legislazione e della tradizione canonistiche, e vuole più che mai essere lontano da quel che si ritenga circa la possibilità dottrinale della validità dei connubia senum, nell'ipotesi discussa. E allora, se ciò non può ritenersi esatto, e se invece è da ritenere in tanti dei casi enunciati, com'è comune opinione, che la prassi giurisprudenziale s'incarica giornalmente di confermare, l'invalidità del matrimonio, per il "vitium quo quis impeditur alteri carnaliter commisceri" (cfr. cit. c. 6, X, 4, 15), non è giusto dedurre piuttosto la conclusione che la non capacità alla copula coniugale, cioè l'impotenza, com'è caratterizzata nel can. 1068 § 1 del Codex, costituisce in ogni caso, e quindi anche in quello dei connubia senum, impedimento dirimente al matrimonio, e che a tale principio non vi siano eccezioni di sorta?

Ma la gravità dell'obiezione è più apparente che reale.

Deve infatti riflettersi che, a differenza di tante infermità che possono causare l'incapacità "perficiendi copulam coniugalem", e sia strumentale che funzionale, e sia dell'uomo che della donna, e che quindi impediscono la consumazione del matrimonio —infermità anche considerevoli, ma che, rispetto alla generalità, son sempre eccezionali e sporadiche—, la vecchiaia sta a sè e, disse Terenzio, "ipsa est morbus": è un malanno —osservava Don Abbondio a Renzo, ormai nella condizione di non dare più importanza al latinorum del povero curato— peggiore della peste, perchè dalla peste ci si può guarire, "ma agli anni non c'è rimedio". La vecchiaia, se la vita non è troncata prima d'arrivarci, è male certo e, non ostante tutto, inevitabile, che s'insinua a poco a poco e più presto di quel che si creda; male che tutti desiderano di raggiungere, ma, una volta raggiunto, tutti deprecano: come Cicerone faceva dire a Scipione nei colloqui con Catone il Vecchio (*De Senectute*, II, 4), il quale, "adventante senectute", ma retore e loquace sempre, anzi che ricordare e ripetersi, nella sua arcigna austerità, il "quotidie morior", si sforzava di dimostrare agl'interlocutori l'infondatezza della comune opinione onde "senectus misera videatur", ricorrendo, in mancanza di meglio, a tante elucubrazioni storiche e filosofiche, che solo la calliditas acerima e la gravitas romana dell'Arpinate (forse, qua e là, non prive di "italum acetum") han potuto rendere famose e far ingoiare per secoli: quasi a mitigare, sembra, la dura memoria, pervenutaci di Grecia, di quei vecchi di Ceo che la legge sospingeva a cercare da sè per i colli d'Eubea la cicuta che valesse a liberarli dall'estremo insopportabile malanno. Poichè, qualunque cosa voglia dirsi, se "ea conditione nati sumus, ut nihil quod homini accidere possit recusare debeamus" (*Ad Att.*, XV, 1), e, invecchiando, specialmente s'impara "secum esse, secumque vivere", è però verissimo che "multa senem circumveniunt incommoda" (*Ars poet.*, 169 sg.), onde, come dirà poi Michelangelo, "chi non sa che cosa è la vecchiezza, abbia tanta pazienza che v'arri- vi, che prima nol può sapere", allorchè, giunto "alle 24 ore, non nasce pensiero che non vi sia dentro sculpita la morte". Come dunque ravvi- cinare lo stato di chi celebri il matrimonio quando "ciascun dovreb- be Calar le vele e raccogliere le sarte" con lo stato di chi si trovi affetto da morbo propriamente detto, ipotetico e, guardato come si diceva nella generalità dei viventi, relativamente raro e afficiente una esigua percentuale di individui?

Appunto questa differenziazione naturale tra un malanno fatale

e universale qual'è la vecchiaia, e quelli d'ogni altra specie, che possono esservi e non esservi e solo eventualmente occorrere nei singoli, e che son per sè tali che s'oppongono in radice all'attuazione del fine precipuo dell'istituzione matrimoniale, impedisce l'ammissibilità della sostituzione nei casi sopra accennati, nei quali cioè occorran mali anormali o occasionali, del fine secondario obiettivo a quello primario del matrimonio, e quindi l'eventuale irrilevanza, entro i detti limiti, dell'"*impotentia ad copulam coniugalem*". E anzi, a voler insistere nel confronto tra la vecchiaia e gli altri morbi che determinano l'incapacità all'atto coniugale, si può dire che tale incapacità è nella vecchiaia secondo natura e solo eccezionalmente può non esservi per tempo più o meno lungo, mentre negli altri casi morbosi si verifica il contrario, e cioè si verifica la carenza di una capacità che si dovrebbe avere e non si ha proprio nell'epoca nella quale, secondo le leggi naturali, essa capacità dovrebbe essere in atto, onde, secondo tali leggi, si possa attuare lo scopo primario del matrimonio.

6. Resta da considerare quali debbano essere, nello svolgimento dell'*illud breve vitae reliquum*, i rapporti tra i coniugi anziani, non adatti al compimento della copula coniugale.

Può sembrare inutile soggiungere che i coniugi anziani, uniti in matrimonio, come s'è detto — benchè a ciascuno competa, in abstracto, l'"*exclusivum et perpetuum ius in corpus compartis in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*", sebbene l'uso, in re, del *ius ad copulam* non sia, di regola, possibile per ostacolo di natura (e questo, si noti bene, costituirebbe la proprietà specifica qualificatrice di una unione tra due persone di sesso diverso, che s'intendano legate in matrimonio, nel quale non sia possibile l'atto coniugale, di fronte a qualsiasi altra comunione di vita tra persone di sesso diverso, unite p. es. da convenzione per reciproca assistenza) —, hanno stretto dovere di attenersi, durante la loro convivenza, circa i rapporti intimi, alle regole morali di riservatezza e di modestia che debbono governare il loro comportamento, dato che, essendo esclusa la realizzazione dell'atto coniugale, "*coniuges nequeunt rei maritali operam dare*", e, pur alimentando tra loro il più tenero amore, "*ut sanctorum filios decet*", sono in obbligo di evitare ogni occasio peccandi, e quindi anche quegli atti, che sian privi di purezza (*blanditias, tactus, oscula, amplexus*), che possano essere per sè leciti come "*signa quae mutuum affectum et benevolentiam intra coniuges foveant*", se destinati a pro-

muovere la generazione della prole, "etsi per accidens proles non generetur".

La quale condizione, del resto, non pare sia sostanzialmente diversa da quella che si viene a istituire nei virginea connubia, cioè in quei matrimoni nei quali i nubendi promettono e convengono tra loro espressamente, prima del matrimonio (e magari dopo, se del caso con apposite autorizzazioni ecclesiastiche), di serbare la castità: matrimoni che hanno non pochi sublimi precedenti (vedine alcuni ricordati dal Ferraris, *op. cit.*, VII, pg. 687, n. 120), e di cui è prototipo quello tra la Vergine e San Giuseppe, la cui natura di vero matrimonio, dopo lunghe dispute, tutte inerenti al concetto della necessità, o meno, della copula susseguente per la validità del matrimonio, fu, com'è noto, accertata nella comune dottrina ecclesiastica. Del quale "verum coniugium" insegna S. Agostino (*Contra Faustum*, 23, 8) essere risultato "non concubitu sed affectu, non commistione corporum sed copulatione, quod charius est, animorum": coniugio reso possibile perchè la Vergine (come spiega San Tommaso, in IV, dist. 30, p. 2, a. 1), già legata dal voto di castità, "antequam contraheret cum S. Joseph, fuit certificata divinitus, quod Joseph in simili proposito erat servandae virginitatis, et ideo non se commisit periculo nubens". Onde l'inglese Duns Scoto, il Doctor sottile, potè concludere: "Ubi est certitudo simpliciter quod nunquam ponetur in effectum (petitio debiti coniugalis), ibi in nullo praeiudicat voto castitatis contractus matrimonii, sed hic fuit talis certificatio: ex quo enim habemus Matth. 1, etc."

Come si sa, l'opposta opinione, secondo la quale la copula debba ritenersi elemento costitutivo o essenziale perchè il matrimonio, iniziato col consenso, possa essere completo e indissolubile —teoria che va riportata a Hincmaro di Reims, e che, seguita da Reginone di Prum, dallo scolastico Algero, poi abate di Cluny, e da non pochi altri, fu generalmente adottata dalla "Schola bononiensis", del cui insegnamento (che logicamente portava a escludere fosse vero matrimonio quello tra la Vergine e S. Giuseppe) abbiamo numerose attestazioni nel *Decretum*, in specie nei cc. C. XXVII, q. 2, e nei *dicta* ad cc. 28 e 29, 34 e 35, e su tutti ad c. 45— venne vigorosamente avversata da San Pier Damiano, da Sant'Ivo di Chartres, da Ugo de S. Vittore, da Pietro Lombardo, e, in genere, dai seguaci della "Schola parisiensis", che, seppure con gradazioni e sfumature diverse, asserivano invece

essere “matrimonium per verba de praesenti initum essentialiter perfectum, inter christianos sacramentale ac absolute indissolubile”. E lo stesso magister Rolandus, discepolo della scuola bolognese, poco appresso alla composizione del *Decretum*, abbandonò, nelle *Sententiae*, la “copulatheoria”, e, divenuto Papa (Alessandro III), insegnò “copulam non esse elementum matrimonii essenziale, sed mere integrans, ex quo matrimonium quamdam perfectionem accidentalem accipiat et strictiorem indissolubilitatem”. Principio rimasto fermo, per il quale l'indissolubilità è assoluta del matrimonio rato e consumato, mentre il non consumato può sciogliersi “per votum sollemne et per dispensationem pontificiam”.

Questi fuggevoli richiami, del resto ovvii, circa una questione di tanta importanza giuridica e teologica, non ci sembrano fuor di luogo. E per duplice ragione.

Prima, perchè s'intende di tener conto della funzione dell'atto coniugale (consumazione del matrimonio) che, in determinati casi, sebbene rarissimi e specialissimi, può anche mancare (come pur si vide nel matrimonio del “moribundus”), senza che con questo sia inficiata la validità del coniugio e, meno che mai, sia scossa la priorità dello scopo del matrimonio per se stesso, che è la generazione e l'educazione della prole, e si giunga a sconvolgere i termini del sistema ritenendo, con alcuni teologi, cui il Doms si riferisce (*op. cit.*, pg. 115), che “but suprême et principal du mariage est la communauté de vie indivise de l'homme et de la femme”. Ciò, s'intende, senza tener conto di qualche ormai isolata opinione, provocata più che da altro dal dar troppo significato ad alcune forme residuali di vecchie usanze locali (cfr. De Smet, *De sponsalibus et matrimonio*, 4.^a ed., Brugis, 1927, pg. 81, n. 6). Nè d'altronde è giusto, come fa il Doms (*op. loc. cit.*), rassomigliare il matrimonium virgineum (mariage virginal, mariage blanc, Josephsehe) —tuttora ammissibile, come s'è detto, potendo essere contratto “cum pacto vel voto etiam mutuo accepto et probato castitatis servandae”— a un “château princièrement meublé que son propriétaire n'habite pas, ou il passe seulement de temps en temps, pour jouir de la vue de son splendide aménagement”: poichè, come un tal castello rimane quel che è anche se disabitato, così il matrimonio virgineo resta matrimonio, col suo contenuto d'altissima spiritualità, non ostante il non compimento dell'atto sessuale, cioè la sua non consumazione. E anche di questo matrimonio (come d'ogni

altro) si può ripetere, con San Bonaventura —il Doctor seraphicus, che "securius legitus"—, essere del matrimonio "duplex officium: unum mutuae educationis et fomenti, aliud procreandae prolis... Primum officium in sacramento matrimonii quantum ad coniunctionem animorum, secundum autem solum quantum ad coniunctionem corporum: et primum est de substantia matrimonii quantum ad esse necessarium; secundum quantum ad esse plenum": e che anche nel matrimonio virgineo "est quidam amor singularis, in quo non comunicat alienus"; e "ibi est mutuus amor, et ideo mutuus zelus, et ideo singularitas" (IV *Sent.*, d. 26, a. 2, q. 3; d. 33, a. 1, q. 2; e ad 3). Al che non sembra sia altro da aggiungere in quanto —ammoniva il glossatore Lanfranco— "ubi sol lucet, candelam ad proferendum lumen proferri minime oportet".

Altra ragione dei cenni fatti è, in particolare, il voler rilevare la condizione dei rapporti tra i coniugi in un matrimonio virgineo: rapporti che debbono necessariamente svolgersi in modo che rimanga salvaguardata l'integrità del patto o voto mutuo consensu ante matrimonium emissum (ed eventualmente successivo al matrimonio), e la coabitazione fraterna segua con le cautele opportune per ovviare efficacemente al pericolo, sempre imminente, dell'incontinenza, adottando, se necessario, anche la separatio tori et thalami, onde resti escluso "omnem usum coniugii".

Riflessioni non dissimili debbono farsi, benchè sotto aspetto sostanzialmente diverso, quanto ad altre ipotesi: così in quella di permessa sospensione o esclusione della prestazione del debito, come quando sia imminente un grave periculum sanitatis (ex can. 1111; e cfr. c. 1, 2, X, 4, 8), o, dopo la consumazione del matrimonio, "superveniat impotentia coeundi in una vel in utraque parte", che, se perpetua (come nel caso di evirazione o di infermità o intervento chirurgico sulla vagina, che non permetta ulteriormente la normale introductio membri virilis seu vaginae penetratio, cioè la copula "ad quam matrimonium ordinatur"), "ius ad copulam amittitur prorsus et usus matrimonii evadit illicitus", benché, persistendo il vincolo, persista il diritto sul corpo della comparte e quindi dell'esclusione di altra persona riguardo ad esso (Gasparri, *op. cit.*, II, pg. 177 sg.; De Smet, *op. cit.*, pg. 180 sg.). E così ancora in altri casi più o meno analoghi, che possono ipotizzarsi seguendo la trattazione del problema, che i moralisti spesso riassumono sotto la formula comprensiva "Quatenus

copula liceat coniugibus". (In argomento, cfr., per tutti, Cappello, *op. cit.*, pg. 374, n. 370).

E anzi, generalizzando, non debbono farsi considerazioni somiglianti per quel che si verifica, a un certo momento, in qualsiasi matrimonio? In qualunque matrimonio, se tra i coniugi per lungo tempo conviventi furono giustamente osservati, finchè persistette il naturale vigore fisico, i precetti della morale cattolica quanto all'uso del matrimonio, sopraggiunge fatalmente il periodo, poi che "fugaces labuntur anni", se pure circostanze non lo affrettino, nel quale tale vigore si attenua e quindi scompare, e la convivenza coniugale assume aspetto diverso, spiritualmente più intimo, che lo stesso decorso del tempo prepara: durante la quale, divenuto inconsueto e poi impossibile il compimento della copula licita, i coniugi continuano a permanere nella più affettuosa consuetudine, nella dedizione reciproca, nell'attività e nel servizio disinteressato, ma sempre obbligati all'osservanza delle norme morali, e però ad astenersi da quegli atti coniugali che, data l'attuale loro condizione, non possono essere consentiti e sono quindi illeciti.

Ed è evidente che tutto ciò è da dire anche più appropriatamente nel caso di connubia senum. Se anche in un primo momento nel matrimonio tra persone in età declinante può esservi stata consumazione con la copula perfetta, a questa segue necessariamente, a breve distanza, l'affievolimento e quindi la scomparsa della capacità ad carnalem copulam. "Flamma de stipula brevis fuit": quindi subentra tra i coniugi la tranquilla consuetudine di vita, che pure può avere le sue gioie profonde.

Non del tutto diversamente, dunque, che nei casi accennati, anche nei matrimoni tra persone in età provetta — nei quali la possibilità della copula coniugale sia esclusa fin da principio e il matrimonio (che, naturalmente, per essere ratum et non consummatum, non può non ritenersi soggetto alle normali vicissitudini, non esclusa, teoricamente, quella del uso scioglimento, nei casi e nelle forme di cui ai cc. 1119, 1962 sg., 1973, del Codex) sia contratto nella considerazione del mutuo aiuto e al tempo stesso dell'individuale perfezionamento spirituale—, si tratterebbe, come dicemmo, della instaurazione tra i coniugi di uno stato di "maxima amicitia", che in un certo senso può rassomigliarsi (sebbene non assimilarsi, per essenziali diversità) a quello che il diritto canonico conosce, ma al quale si può solo in de-

terminate circostanze straordinarie ricorrere come a rimedio pieno di rischi e forse eroico "ob grave periculum incontinentiae", qual'è la "cohabitatio uti frater et soror" (cfr. c. 2, C. XXXIII, Q. 1; cit. c. 5, X, 4, 15). Condizione personale che può tanto più ritenersi consentanea e ammettersi con fiducia appunto nella straordinarietà dei casi dei detti connubia senum, in quanto questi più di altri casi si prestano a una tale situazione di vita, dato che a coniugi veri, ma già molto innanzi negli anni, è da presumere possa riuscire più facile, sorretti dalla grazia del sacramento e dalla concorde preghiera (il rimedio vero, disse Pascal, perchè l'uomo riesca a dominare la concupiscenza e a vincere la sua incapacità a essere virtuoso), dirsi a vicenda, mentre calano le ombre della sera, "Bleibe Du mir auf dieser Erden: So soll alles fertig werden", evitando, nelle loro relazioni, l'occasione peccandi, e osservando il serio proposito di vivere, uno accanto all'altro, vicendevolmente sopportando molestie e malanni, "tamquam frater et soror sub eodem tecto", onde "vir eam, etsi non ut uxorem, habeat ut sororem" (c. 5, X, cit.). L'età, oltre tutto, può ben essere ragione di particolare tranquillità morale anche in una condizione "plena periculis", com'è appunto quella della "cohabitatio uti frater et soror", "ad quam non est confugiendum nisi in extraordinariis adiunctis, cum alia remedia non suppetant"; come nel caso di matrimonio nullo, che abbia l'apparenza di vero (matrimonio putativo), qualora non si possa addivenire alla "declaratio nullitatis", o, se soccorra la buona fede di entrambi i coniugi e vi sia timore di provocare gravi conseguenze, alla "dissimulatio", o, com'è più opportuno e conveniente, quando possibile e nelle forme volute, alla "convalidatio simplex" o alla "sanatio in radice".

E circa cotesta ipotesi della "cohabitatio uti frater et soror", e lo stato di permanente pericolo d'incontinenza ad esso inerente per l'improvviso insorgere dei sensi che non siano fisiologicamente calmati, torna di proposito ricordare il monito del Gasparri (*op. cit.*, I, pg. 336): "At hoc periculum semper adesse solet, ideoque id eis permitendum non est, *nisi sint valde senes* aut, separati a foro, specialia praebeant argumenta se castitatis virtutem servaturos esse".

* * *

Prima di chiudere questa noticina, vogliamo dire senz'altro che ci rendiamo perfettamente conto che le soluzioni prospettate per dirimere la difficile questione che abbiamo cercato di studiare breve-



VINCENZO DEL GIUDICE

mente si presentano non poco ardue dal punto di vista dottrinale e del diritto positivo e possono dar luogo a perplessità non agevolmente superabili.

Mentre stendevamo queste pagine sapevamo di incedere per ignes: ciò non ostante, senza nessuna pretesa di sedere a scranna e di insegnare cosa alcuna ad alcuno, abbiamo voluto manifestare i nostri dubbi e il risultato, quale che sia, delle nostre riflessioni, che si vogliono però espressamente condizionate all'insegnamento ecclesiastico, e soltanto intese ad acquietare, almeno in certa misura, la coscienza del giurista.

Il quale a ogni modo, dev'essere sempre in attesa di migliore altrui giudizio.

VINCENZO DEL GIUDICE