

Quaderni della
MENDOLA

A CURA DEL GRUPPO

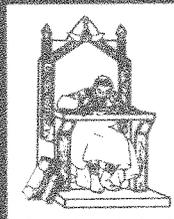
ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO

CANONICO

Associazione Canonistica Italiana

3

Matrimonio e disciplina ecclesiastica



Glossa

LA CONVALIDAZIONE DEL MATRIMONIO: SEMPLICE; SANAZIONE IN RADICE

Il tema della convalidazione¹ è nel diritto matrimoniale alquanto tecnico ed abbastanza negletto nei corsi di diritto matrimoniale dei seminari e degli studi teologici, non foss'altro per la sua stessa collocazione nel codice.

Ritengo al contrario che vi siano almeno tre motivi perché la trattazione della convalidazione del matrimonio sia riassunta e valorizzata:

– permette l'applicazione contemporanea di tutti i principi di diritto matrimoniale ed ha pertanto un alto valore didattico;

– dà al diritto matrimoniale un'altissima flessibilità e pertanto non raramente la convalidazione è invocata in contesti molto impegnativi di inculturazione (cf. il recente Sinodo dei Vescovi per l'Africa²);

– permette un «superamento morbido» della questione, che oggi ritengo notevole, dell'obbligo della forma canonica. Basti qui accennare alla delegabilità della facoltà dei Vescovi diocesani di sanare matrimoni invalidi per difetto di forma³.

PREMESSA

Di fronte ad un matrimonio invalido la Chiesa non conosce un'unica reazione: prevede più possibilità di azione.

Anzitutto la *dissimulazione*, ossia il silenzio dell'autorità ecclesiastica che tollera una situazione di matrimonio invalido con convivenza matrimoniale. Perché ciò avvenga si richiede *contemporaneamente*: 1) la buona fede di entrambi i coniugi; 2) il pericolo di gravi danni se la buona fede fosse rotta

¹ Fra le trattazioni si segnala per completezza e rigore, ancorché datata al codice piobenedettino, U. NAVARRETE, *De convalidatione matrimonii (cc. 1133-1141)*. Ad modum manuscripti. Ad usum Auditorum, III, Romae 1964-1965.

² Cf., ad esempio, D. NOTHOMB, *Le mariage en Afrique. Réflexions à l'occasion du prochain Synode des évêques*, in NRT 114 (1992) 852-869.

³ Cf. Comm 15 (1983) 241-242. La concessione della sanazione in radice prevista per i Vescovi diocesani «in singulis casibus» (can. 1165 § 2) vuole solo escludere dalla loro facoltà le sanazioni in radice c.d. generali o globali. Per il resto la loro facoltà è delegabile (sia *ad actum* sia *ad universitatem casuum*) a norma del can. 137.

da una ammonizione circa la nullità del matrimonio; 3) l'assenza di pubblicità presente e futura (prevedibile) in ordine alla nullità e ovviamente ai motivi della medesima; 4) l'insanabilità della medesima nullità matrimoniale.

In secondo luogo la *coabitazione come fratello e sorella*, ossia il silenzio dell'autorità ecclesiastica che tollera una situazione di matrimonio invalido, a condizione che la convivenza propriamente coniugale (il commercio sessuale) abbia termine e gli pseudoconiugi vivano come fratello e sorella⁴. Perché ciò avvenga si richiede *contemporaneamente*: 1) la coscienza degli pseudoconiugi circa la nullità del loro matrimonio; 2) l'assenza di pubblicità presente e futura (prevedibile) in ordine alla nullità e ovviamente ai motivi della medesima; 3) l'insanabilità della medesima nullità matrimoniale.

In questo caso gli pseudoconiugi dovranno impegnarsi reciprocamente alla castità. In casi particolari non è escludibile il ricorso a questa soluzione anche nell'eventualità che la nullità matrimoniale venga di fatto risaputa, ma la convivenza come fratello e sorella non produca scandalo.

In terzo luogo la *dichiarazione di nullità matrimoniale*, ossia la dichiarazione giudiziale pubblica della invalidità del matrimonio con la conseguente rottura o sanzione della rottura della convivenza matrimoniale e l'estinzione di ogni diritto e dovere coniugale fra le due parti. Perché ciò avvenga si richiede contemporaneamente che vi siano oggettivamente i fatti richiesti dal diritto per la nullità nonché la loro prova.

In quarto luogo la *convalidazione del matrimonio*, ossia la conversione del matrimonio da invalido in matrimonio valido. Tale operazione giuridica dovrà senz'altro rispettare alcuni principi basilari:

a) *factum fieri infectum non potest*: non potrà cioè darsi che un accadimento, naturalmente con la sua qualificazione giuridica, venga posto nel nulla (cf. can. 9);

b) *infectum fieri factum non potest*: non potrà cioè darsi che un accadimento, con la sua qualificazione giuridica, venga supposto, se non è avvenuto (cf. can. 9).

Lo stesso procedimento della *suppletio* (cf. can. 144) permette di rendere valido un atto che *per sé* dovrebbe essere invalido, rispettando i principi suddetti.

Sarà di particolare importanza tener presente che la convalidazione è uno dei possibili modi con cui l'ordinamento canonico risponde all'invalidità del matrimonio e dovrà pertanto essere considerato nella sua peculiarità all'interno della molteplicità dei rimedi alla nullità del matrimonio.

Il codice stesso in ben due luoghi diversi prevede, ad esempio, che non si proceda alla causa per la dichiarazione di nullità matrimoniale (e neppure alla presentazione o accettazione del libello), se non dopo aver usato i mezzi pastorali utili per spingere i coniugi alla convalidazione del matrimo-

⁴ Su alcuni aspetti problematici della convivenza come fratello e sorella cf. G. P. MONTINI, *Le situazioni matrimoniali irregolari e dif-*

ficili. Tutta la chiarezza possibile in una pastorale difficile, in *QuDirEccl* 6 (1993) 244-246.

nio, qualora si intraveda la speranza di un buon esito (cf. cann. 1676 [giudice] e 1674, 2° [promotore di giustizia])⁵.

1. DINAMICA FONDAMENTALE DELL'ISTITUTO

L'istituto della convalidazione è comprensibile solo a partire da tre principi fondamentali dell'ordinamento canonico.

1) La validità di un atto giuridico, ossia la produzione da parte del medesimo di effetti giuridici propri nell'ordinamento proprio, è data dalla simultanea confluenza di tre elementi:

a. la forma o solennità (*sollemnia*) dell'atto;

b. ciò che è richiesto espressamente (cf. can. 10) dal diritto per la validità dell'atto (*a persona habili; requisita iure ad validitatem actus imposita*);

c. ciò che essenzialmente costituisce l'atto stesso (*quae actum ipsum essentialiter constituunt*).

Il richiamo del can. 124 § 1 a ciò che è essenzialmente richiesto dalla costituzione (meglio: dalla natura) dell'atto stesso, introduce nel concetto di invalidità l'unica distinzione⁶ che merita di essere considerata dal punto di vista canonico: *invalidità in senso proprio e invalidità in senso improprio*.

Nel primo caso si dà un atto invalido quando non produce effetti giuridici per la carenza di requisiti imposti dal diritto; nel secondo caso si dà un atto invalido quando non produce effetti giuridici per la carenza di elementi essenziali dell'atto stesso. In quest'ultimo caso l'atto è invalido perché inesistente; nel primo è invalido perché impedito dal diritto di produrre effetti giuridici. Nel secondo caso l'atto invalido non è sanabile, perché dal *non esse* non può nascere l'*esse*; nel primo caso l'atto invalido è sanabile, perché ciò che il diritto impone può pure togliere.

2) «Matrimonium facit partium consensus» (can. 1057 § 1): il matrimonio è costituito dal consenso delle parti. In tal modo si dichiara che la causa efficiente del matrimonio è l'atto di volontà con cui le parti si danno e si ricevono con patto irrevocabile in ordine alla costituzione del matrimonio (cf. can. 1057 § 2).

⁵ Si potrebbe ipotizzare un analogo obbligo di consigliare la convalidazione là dove le parti, dopo aver introdotto una causa di nullità che appare ben fondata, desistono dall'azione e ne chiedono l'archiviazione: cf. M. TEROL TOLEDO, *La nulidad matrimonial canónica desde el punto de vista pastoral*, in IC 27 (1987) 53, 174-175. Analogo tentativo di riconciliazione, ma senza menzione ovviamente della convalidazione, è previsto per le cause di separazione (cf. can. 1695).

L'obbligo di utilizzare mezzi pastorali per spingere i coniugi alla convalidazione (o alla riconciliazione) permette al giudice di compiere una previa investigazione, delle cui risultanze deve tener conto in vista della accettazione del libello (cf. una Opolien. c. STANKIEWICZ, 10 ottobre 1985, n. 10, in *Quaestiones. Studio Rotale II*, Roma 1987, 96-97).

⁶ Non mi pare che il testo codiciale, come neppure altri testi normativi, permetta distinzioni terminologiche ulteriori coerenti.

Ciò che costituisce essenzialmente l'atto giuridico del matrimonio è il consenso. L'integrità pertanto del consenso rende *de se*, di principio, sanabile ogni nullità matrimoniale.

3) Il termine «consenso» può essere considerato sotto diverse accezioni. La più propria è quella secondo cui si tratta di «un atto di volontà», che è costituito tutto e solo nella volontà stessa dei contraenti. Ora si può considerare perfetto un atto di volontà non solo quando in realtà, in conseguenza di esso, si possa avere tra mani l'oggetto reale dello stesso atto di volontà, bensì quand'anche solo si consideri la ragionevolezza e la completezza essenziale del concetto di ciò che è oggetto del medesimo atto di volontà.

Ciò significa, nell'ambito matrimoniale proprio, che il consenso matrimoniale è *in se* perfetto ogni volta che si diriga in se stesso ad un oggetto *matrimonabile* (concepito cioè come matrimoniale), ancorché di fatto la comparte, il soggetto stesso o il matrimonio non possenga in realtà l'elemento oggetto dell'atto del consenso.

In altre parole la combinazione di questi tre principi fondamentali ci suggerisce che si dà matrimonio, quanto ad elementi essenziali, ogni volta che vengano *a coesistere in un punto del tempo due atti di volontà matrimoniali* (attuali, virtuali o abituali) *che siano reciproci*.

Per comodità di esposizione considereremo tre punti di riferimento necessari (ed i relativi passaggi) nella convalidazione: il punto di partenza (la «celebrazione» invalida del matrimonio); il punto intermedio (la vera e propria convalidazione); il punto di arrivo (gli effetti della convalidazione).

2. IL PUNTO DI PARTENZA

Il primo requisito perché si dia convalidazione è la presenza di un *matrimonio invalido*⁷ in partenza.

Tale invalidità può provenire da tre fonti separatamente o anche congiuntamente: la presenza di impedimenti dirimenti, difetti del consenso e difetti di forma.

Nel caso di impedimenti dirimenti che sono di diritto divino positivo o naturale e che contemporaneamente non possono né eventualmente cessare né essere eventualmente oggetto di dispensa da parte dell'autorità competente, non si dà neppure la possibilità della convalidazione: è preclusa fin dall'inizio tale via. È il caso, ad esempio, della consanguineità di I grado in linea retta.

⁷ La normativa codiciale usa espressioni varie: «matrimonium irritum» (cf. cann. 1156 § 1; 1159 § 1; 1161 § 1; 1163 §§ 1.2); «matrimonium nullum» (cf. cann. 1160; 1157 [*ab initio*]); «celebratio matrimonii» (cf. can. 1161 § 2); «initio consensus praestare» (cf.

cann. 1156 § 2; 1162 § 1 [*ab initio*]); «consensus praestitus» (cf. cann. 1158 § 2; 1159 § 1); «consentire» (cf. can. 1159 §§ 1.2); «consensus ab initio deesse» (cf. can. 1162 §§ 1.2).

In tutti gli altri casi è aperta di principio la via alla convalidazione.

Nel caso di difetti del consenso è sempre di principio possibile la convalidazione, sia che il difetto concerna una sola parte sia che il difetto concerna entrambe; sia che il difetto sia relativo ad un elemento essenziale del consenso sia che esso concerna il consenso stesso, che venga a non esistere. Naturalmente in questo caso, essendo il consenso essenziale al matrimonio, la sua integrità è *conditio sine qua non* di diritto naturale per la sanazione in radice⁸.

Nel caso del difetto di forma è chiaro ed assodato che può essere convalidato ogni matrimonio canonico in cui sia mancato un elemento o l'altro della forma canonica. Poni, ad esempio, il caso di un matrimonio celebrato da un sacerdote amico degli sposi, il parroco competente abbia negato la facoltà di assistere; oppure di un matrimonio in cui vi sia stato un solo testimone.

Problematico sembra invece il caso del matrimonio in cui la forma canonica sia non già difettosa, ma *manchi del tutto* o perché sostituita da una forma civile (prevista cioè dall'ordinamento civile del territorio come capace di generare comunque gli effetti giuridici civili del matrimonio); o perché sostituita da una forma di celebrazione religiosa prescritta o prevista da un'altra Chiesa, comunità ecclesiale, confessione religiosa o setta; o perché sostituita da una forma qualsiasi ancorché pubblica, cioè formalizzata e riconosciuta come in grado di indicare inequivocabilmente la volontà attuale o virtuale degli sposi di legarsi in matrimonio; o perché omessa del tutto a favore di un inizio di convivenza *more uxorio*⁹.

⁸ Alcune sentenze rotali affermano che «comprobata nullitate ex essentiali consensus defectu, iam ratione vacare de validitate sanationis in radice disceptare, cum haec requiratur consensus «naturaliter sufficientem» (can. 1139 § 1), qui substatere debet» (c. LEFEBVRE, 24 febbraio 1978, n. 8; cf. pure una c. POMPEDDA, 8 maggio 1979, nn. 2. 5. 6 [le sentenze che in questo articolo sono citate senza referenza bibliografica sono tratte dal supporto ottico *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis* 1995]). Non si potrebbe pertanto concordare il dubbio se non subordinatamente per l'invalidità di un matrimonio e per simulazione e per invalidità della sanazione in radice. Allo stesso modo, di fronte ad un matrimonio sanato in radice di cui venga richiesta la verifica giudiziale della nullità per simulazione parziale, una volta provata la simulazione al momento della «celebrazione» del matrimonio, null'altro sarebbe da ricercare in relazione alla sanazione in radice concessa. Ciò però sembrerebbe in contrasto con il can. 1162 § 2: «Che se invece, il consenso era mancato all'i-

nizio, ma poi venne dato (*praestitus est*), si può concedere la sanazione dal momento in cui fu dato il consenso». In realtà il contrasto non esiste. Infatti il consenso «integro» prestato dopo la «celebrazione» non può essere inteso al modo di una convalidazione automatica, ma deve seguire la normativa del can. 1159 sulla convalidazione semplice in caso di difetto del consenso. E cioè «se il difetto del consenso non può essere provato», è sufficiente la prestazione del consenso privata e segreta: ma questo non è però il nostro caso, poiché si suppone provata (o provabile) la simulazione; e se invece il difetto del consenso può essere provato, è necessaria la forma canonica, che allora è facilmente provabile e individuabile.

⁹ È solo quest'ultimo caso che la dottrina ritiene escluso, *per diritto positivo*, dalla normativa sulla convalidazione. Potrebbe però di principio esservi applicata la normativa da parte della Santa Sede, qualora in un caso specifico si provasse la presenza di un consenso maritale. L'estendersi comunque della

È chiaro che il caso più interessante e urgente oggi attiene alla c.d. celebrazione civile del matrimonio.

Si può convalidare il c.d. matrimonio civile?

1) Alcuni autori avanzano delle ragioni che sono per la negativa¹⁰. Le principali sono le seguenti:

a) *Il c.d. matrimonio civile non sarebbe matrimonio nullo o invalido, ma matrimonio inesistente*¹¹.

Il nuovo codice infatti non ha recepito la proposta fatta nel canone 1061 § 4 del II Schema di revisione del codice, secondo cui «matrimonium invalidum intelligitur etiam matrimonium civiliter contractum, quod est propter defectum formae canonicae invalidum»¹². Si deve pertanto desumere che là dove il codice parla di matrimonio invalido o nullo, non intende comprendere pure il c.d. matrimonio civile.

b) *Il c.d. matrimonio civile qualora sia scelto da cattolici tenuti alla forma canonica, normalmente configura pure un difetto del consenso.*

Infatti là dove sia stato introdotto nella legislazione civile il divorzio, la scelta del solo rito civile sottointende nel nubente cattolico la volontà di ricorrere (*saltem si casus ferat*) allo scioglimento del vincolo, rendendo in questo modo nullo il matrimonio molto più per simulazione parziale (esclusione dell'indissolubilità) che per la mancanza di forma. Sarebbe perciò riduttivo considerare convalidabile il c.d. matrimonio civile solo per il difetto di forma. La volontà di sottrarsi da parte del cattolico alla normativa matrimoniale canonica, dimostrerebbe molto più che la scelta di un rito diverso.

c) *La formulazione del prescritto codiciale non permetterebbe di comprendere nel defectus formae la mancanza della forma, ma solo appunto un qualche difetto nella medesima, sostanzialmente assunta.*

2) *Ritengo, al contrario, certo che nel nostro codice il c.d. matrimonio civile sia convalidabile (sia in forma semplice sia con sanazione in radice)*¹³.

prassi della convivenza di fatto e soprattutto la formalizzazione giuridica civile delle cc.dd. famiglie di fatto, potrebbe far evolvere la dottrina fino a estendere la normativa della convalidazione a tali situazioni. Certo in questi ultimi casi si dovrà porre attenzione alla maritalità del consenso contenuto nella convivenza.

¹⁰ In forma abbastanza completa ed argomentata sostiene questa tesi recentemente C. F. CASTRILLÓN MUÑOZ, *La sanación en la raíz del matrimonio civil de los católicos según el nuevo Código de Derecho Canónico*, Bogotá 1990. Per la verità la negativa riguarda non in assoluto la possibilità di convalidare i matrimoni civili (giacché si riconosce alla Santa Sede [e pure ai Vescovi, ma per delega della medesima] tale possibilità, tra l'altro storicamente usata), ma piuttosto il fatto che a norma del codice vigente tale possibilità sia rico-

nosciuta come potestà ordinaria ai Vescovi diocesani. È pure per la negativa E. GARCIA, *Civil Marriage of Catholic*, in *Boletino ecclesiastico de Filipinas* 67 (1991) 87-94.

¹¹ «Oggi è certo che il matrimonio civile dei cattolici è per la Chiesa inesistente come matrimonio, e non già nullo per difetto di forma, sicché non può parlarsi di convalidazione semplice» (A. C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, 307).

¹² Per le motivazioni della soppressione del canone cf. Comm 15 (1983) 224.

¹³ Cf., ad esempio, A. M. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Brescia 1985, 168. Alla medesima conclusione, almeno per il tramite del can. 209 [= 144], giunge U. NAVARRETE, pur in un contesto normativo sorpassato e limitato (cf. *De convalidatione*, nn. 188-197, 120-127).

Ecco le ragioni principali:

a) È sì vero che il c.d. matrimonio civile è inesistente, ma tale asserzione canonica non è univoca: assume significati diversi in contesti diversi.

È affermazione chiara nel contesto (originario) del principio dell'identità e inseparabilità fra contratto e sacramento: non si dà matrimonio fra battezzati se non è per ciò stesso sacramento.

È affermazione chiara là dove se ne desume processualmente la non necessità di procedere alla dichiarazione di nullità, bastando per esso la *investigatio praematrimonialis*¹⁴.

È affermazione discutibile qualora si intenda *sic et simpliciter* equiparare il c.d. matrimonio civile ad un concubinato¹⁵.

È poi affermazione errata quando venga addotta per negare la convalidabilità. La stessa Commissione per la riforma del codice, sopprimendo quel canone che equiparava il c.d. matrimonio civile a matrimonio invalido, affermò espressamente che «neque eius omissio obstat sanationi in radice quae concedi potest etiam si matrimonium sit nullum [= inexistens]»¹⁶.

b) Non si può assolutamente affermare che il c.d. matrimonio civile contenga una anomalia del consenso, soprattutto per il fatto che l'ordinamento civile preveda normalmente il divorzio. L'esclusione della indissolubilità è da provare che sia avvenuta con atto positivo di volontà, e la scelta del rito civile non può essere fatta equivalere al medesimo atto positivo di volontà (*facta sunt probanda*). Si deve presumere che il consenso espresso nel rito civile sia integro, ossia che i nubendi abbiano inteso contrarre matrimonio così come Dio lo ha istituito nella creazione e la Chiesa lo celebra nel sacramento.

In casi peculiari la presunzione dovrà cedere alla verità e si dovrà porre attenzione al significato specifico della scelta del rito civile o perché l'ordinamento civile (e la società con esso e il nubente con essa) ha ormai perso in maniera consistente la nozione di matrimonio unico ed indissolubile, rilevabile magari dallo stesso rito; o perché, per la particolare situazione del caso, scegliere il c.d. matrimonio civile ha significato volere il *proprio* matrimonio come l'ordinamento civile lo propone.

Che comunque in modo chiaro viga la presunzione anche per il c.d. matrimonio civile della conformità della volontà dei nubendi a quanto voluto

¹⁴ Cf. Comm 15 (1983) 224; *Responsum* della Pontificia Commissio codici iuris canonici authentice interpretando (26 giugno 1984), in AAS 76 (1984) 746 e EV 9/863.

¹⁵ Cf. GIOVANNI PAOLO II, esortazione apostolica *Familiaris Consortio* (22 novembre 1981), n. 82a: «Eorum [scil.: cattolici vincolati civilmente] autem status aequari simpliciter non potest conditioni conviventium nullo vinculo iunctorum, cum apud eos saltem cer-

tum quoddam officium reperitur definitum et verisimiliter stabilem vitae cursum tenendi, quamvis hac in re saepe et praevideatur facultas divortii fortasse faciendi. Cum coniuges velint ut a civitate vinculum publice agnoscat, demonstrant paratos se esse una cum commotis etiam obligationes suscipere» (EV 7/1791).

¹⁶ Comm 15 (1983) 224.

da Dio nella creazione sul matrimonio, lo si può desumere da come la Chiesa considera i matrimoni celebrati in contesti religiosi (e/o civili) in cui è accettata o affermata la dissolubilità o la molteplicità del vincolo (poligamia¹⁷). Di fronte, ad esempio, ad un matrimonio fra protestanti o fra musulmani, la Chiesa presume la validità, finché non venga dimostrata la esclusione *in casu*, rispettivamente, della indissolubilità o della unità del matrimonio.

A ciò si aggiunga l'opportunità che la Chiesa, per quanto possibile valorizzi ogni forma istituzionalizzata di convivenza matrimoniale, a fronte del più grave pericolo oggi di totale *deregulation* della vita matrimoniale.

c) La formula *defectus formae* non impedisce la sua lettura come anche mancanza totale della forma canonica¹⁸, come d'altronde dimostra la concorde giurisprudenza rotale, sia in relazione al codice pio-benedettino sia in relazione al codice vigente¹⁹.

Non sembrerebbe improprio rifarsi come criterio valido di riferimento all'*aliqua publica forma celebrationis* (can. 1127 § 2), richiesta anche nel caso in cui la parte cattolica venga dispensata dalla forma canonica in matrimoni misti o interreligiosi²⁰.

¹⁷ Diverso è il caso di una parte che, non tanto contragga matrimonio in un paese dove viga la poligamia, ma essa stessa viva in un matrimonio poligamico. La S. C. pro Doctrina Fidei nel 1987 in una corrispondenza privata negò la sanazione in radice ad un poligamo «because it indicates the lack of a true marriage consent (see c. 1162 § 1)» (F. X. URRUTIA, *The Challenges on Canonical Doctrine on Marriage arising from Africa*, in *Studia Canonica* 23 [1989] 26).

¹⁸ Cf. la dettagliata e documentata posizione di U. NAVARRETE, seppur in un contesto normativo superato (*De convalidatione*, nn. 188-197, 120-127). In riferimento al codice vigente: «Because of various meanings (lack of form, defect of form) that can be ascribed to *defectus formae*, its English equivalent has been omitted» (L. A. BOGDAN, *Simple Convalidation of Marriage in the 1983 Code of Canon Law*, in *The Jurist* 46 [1986] 512, nota 3).

¹⁹ Cf., ad esempio, c. FIORE, 15 giugno 1964, in *SRRDec.* LVI, 477-483 [matrimonio civile]; c. ROGERS, 18 giugno 1968, prot. n. 8814, non pubblicata, citata in BOGDAN, *Simple Convalidation*, 526 nota 39 [matrimonio

civile - convalidazione semplice - rinnovazione del consenso]; c. ROGERS, 21 gennaio 1969, in *SRRDec.* LXI, 63-67 [matrimonio di fronte a ministro metodista]; c. LEFEBVRE, 24 febbraio 1978, non pubblicata [matrimonio civile - sanazione in radice]; c. FUNGHINI, 30 giugno 1988, *ivi*, LXXX, 439-448 [matrimonio civile].

²⁰ Tradizionalmente ci si riferiva alla *species seu figura matrimonii*, ossia all'apparenza di matrimonio, per definire che cosa si intendesse per matrimonio invalido e per escludere la mera convivenza senza alcuna formalizzazione iniziale: «Quae convalidatio sensu stricto fit in primis in matrimonio putativo, at non excluditur, si utraque pars fuit in mala fide, dummodo matrimonium saltem habuerit aliquam speciem et figuram matrimonii. Ubi vero externa forma et species matrimonii plane deficit, ita ut agatur de fornicaria coniunctione, convalidatio proprie dicta non habet locum, sed potius prima matrimonii celebratio» (F. X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius Canonicum*, V, *Ius matrimoniale*, Romae 1946³, n. 652, 852; i corsivi sono nostri).

3. IL PUNTO INTERMEDIO

3.1. Esclusione della convalidazione automatica

In questo punto si distinguono in modo abbastanza notevole le due forme di convalidazione: la convalidazione semplice e la sanazione in radice. La prima infatti esige e richiede la rinnovazione del consenso; la seconda ne prescinde.

Tutt'e due però si equivalgono in un punto fondamentale: *non si dà convalidazione «ipso iure»* o automatica.

Il diritto canonico conosce *in generale* sia la possibilità di convalidazione automatica sia la negazione di tale possibilità.

La sentenza giudiziale che sia nulla per vizio sanabile, si può sanare «per decursum termini» (cf. can. 1626 § 2); la provvista di un ufficio ecclesiastico non vacante è nulla e non si sana tale nullità neppure in caso di seguente vacanza (cf. can. 153 § 1) e neppure tramite prescrizione (cf. can. 199, 6°).

Da qui appare chiaro che è la stessa discrezionalità²¹ della Chiesa a determinare quando si dia convalidazione automatica e quando si debba dare un intervento esplicito.

Nell'ambito del diritto *matrimoniale* vigente la Chiesa ha dimostrato di non ammettere alcuna convalidazione automatica, ma ha piuttosto richiesti interventi positivi ed espliciti. Nel caso della convalidazione semplice la rinnovazione del consenso; nel caso della sanazione in radice il rescritto di concessione da parte dell'autorità competente della Chiesa.

A più riprese si sono levate voci autorevoli²² per richiedere l'introduzione della convalidazione automatica. Si possono ricordare due richieste.

La prima risale alle proposte formulate dalla Commissione istituita da Pio XI, preoccupato dello scandalo suscitato da alcune sentenze di nullità, come pure dal loro moltiplicarsi. Nella bozza del *Decretum* che la Commissione predispose per la firma al Pontefice emergono due punti per il nostro argomento:

«II. Matrimonium irritum ob defectum consensus, quocumque ex capite, sive ex conditione vel simulatione sive errore vel alia qualibet causa, praesumptione iuris et de iure habendum est uti validum seu legitime convalidatum, licet defectus fuerit externus et publicus, si partes affectu maritali cohabitaverint per sex menses.

III. Hoc praescriptum valet etiam de matrimonio invalide contracto propter vim et metum gravem [...] si coniuges metu purgato, per semestre

²¹ «Haec renovatio iure ecclesiastico requiritur ad validitatem convalidationis, etiamsi initio utraque pars consensum praestiterit nec postea revocaverit» (can. 1156 § 2; il corsivo è nostro).

²² Cf., ad esempio, F. CAPPELLO, *La legisla-*

zione ecclesiastica e i suoi eventuali perfezionamenti, in *DirEccI* 52 (1942) 385ss; ID., *Per la difesa della verità e della dottrina cattolica*, ivi, 53 (1943) 286ss.; ID., *Breve risposta al prof. Fedele*, ivi, 54 (1944-1945) 32ss.

pacifice simul cohabitaverint. Metus praesumitur purgatus post annum a cohabitatione»²³.

La seconda risale alla revisione del codice di diritto canonico. Nel *coetus de matrimonio* furono fin dall'inizio avanzate proposte sulla convalidazione automatica:

« - [...] introducatur determinatum tempus cohabitationis coniugalibus voluntariae, quo elapso matrimonium nullum ob causam iuris positivi ipso iure convalidetur;

- renovatio consensus non est necessaria si validitati matrimonii obstat tantum impedimentum dirimens; si impedimentum cessat vel dispensatur per se sufficit ad matrimonium convalidandum ut consensus perseveret»²⁴.

La scelta del legislatore di non ammettere la convalidazione automatica appare per alcuni versi inficiata da eccessivo giuridismo²⁵, in quanto impone al consenso (che è causa unica ed efficiente del vincolo matrimoniale) una rigida modalità per ottenere efficacia giuridica, lasciando nell'inefficacia molti consensi espressi, ad esempio, in forma confirmatoria. Se il diritto (e in particolare il diritto canonico) ha come suo ideale di aderire il più strettamente possibile alla realtà delle cose, nell'attuale normativa sulla convalidazione ciò viene particolarmente disatteso.

Anche il richiamo alla forma canonica ed al suo obbligo non è pertinente²⁶. Infatti se è pur vero che la forma canonica ha introdotto un notevole giuridismo spezzando il principio puro del matrimonio basato sul consenso e relegando nell'inefficacia giuridica una (oggi) notevolissima messe di consensi matrimoniali espressi in forme diverse, è pur vero che tale principio ed

²³ V. BARTOCETTI, *Codicis I. C. emendatio a S. Pio XI circa leges et causas matrimoniales disposita anno 1938*, in RDC 11 (1961) 17. Cf. pure *ivi*, 19-20 dove si motiva la proposta della convalidazione automatica, anche attraverso il richiamo a normative precedenti della Santa Sede. Le proposte non ebbero alcun seguito per la morte di Pio XI.

²⁴ Comm 5 (1973) 88. Fu pure proposto il testo di un canone a questo riguardo: «Nisi actio ad petendam nullitatem vel separationem sit instituta, matrimonium nullum ob vim et metum aut ob dolum convalidatur ipso iure per liberam cohabitationem quae per tres annos duret a momento cessationis metus vel detecti doli» (*ivi*, 90).

²⁵ Lo annota incidentalmente un decreto rotale c. POMPEDDA (30 novembre 1987) che nega la legittimazione a stare in giudizio alla madre di un coniuge (parte convenuta), deceduto dopo aver ottenuto una sentenza di nul-

lità matrimoniale di primo grado e nel corso dell'appello. Durante le more del processo le parti avevano generato due figli. «*Manet equidem adspectus, ut ita dicamus, moralis: etenim derelictio causae nullitatis atque restaurata cohabitatio coniugalibus una cum generatione aliorum duorum filiorum, vehementer praesumptionem inducunt coniuges voluisse quantum in sua potestate fuit nullitati forte exstanti remedium afferre; iniquum esset alios, etsi agitur de parentibus defuncti conventi, admittere ad actionem instituendam vel reassumendam contra coniugem superstitem et contra insuper alterum defunctum, quorum voluntas per relata clarissime apparet. Quae tamen praetergrediuntur quaestionem stricte iuridicam*» (i corsivi sono nostri).

²⁶ È pur vero però che la convalidazione con rinnovazione del consenso si è imposta lentamente a partire dal Concilio di Trento.

obbligo non richiede positivamente la convalidazione esplicita. E ciò anche solo per il fatto che, come si è visto sopra, una qualche forma pubblica, quando non (come nella maggioranza dei casi) una qualche forma canonica, c'è già stata.

Le stesse obiezioni avanzate contro la convalidazione automatica non sono cogenti²⁷:

a) «lex nequit supplere consensum». Nel caso però della convalidazione automatica il consenso permarrebbe la causa del matrimonio convalidato, in quanto esso sarebbe contenuto implicitamente nella libera coabitazione protrattasi per un certo tempo, di cui sarebbe espressione. D'altronde, come il canone 1101 prevede che si possa dimostrare che le parole del consenso non corrispondano alla volontà del soggetto, allo stesso modo ci sarebbe la possibilità di dimostrare che alla libera coabitazione non ha corrisposto in realtà una volontà matrimoniale tacita;

b) «difficile esset determinare in quonam momento matrimonium validum fit ideoque sacramentum». Tale momento sarebbe da individuare là dove scade il tempo previsto per la presunzione. D'altronde, allo stesso modo in cui l'espressione verbale del consenso nel matrimonio può essere preceduta da altre informali espressioni del medesimo consenso, e pure la norma canonica decide che l'efficacia giuridica nella formazione del vincolo è di quella espressione determinata del consenso e non di altre; allo stesso modo nella convalidazione automatica sarebbe il consenso (abituale) presente allo scadere del tempo previsto ad avere forza giuridica per la formazione del vincolo e perciò del sacramento.

In questo campo mi pare che più che la certezza giuridica e la preoccupazione per questa, sia prevalso lo spirito pastorale della Chiesa²⁸, volto a poter dare soluzione a quei casi di matrimoni falliti che possono appellarsi ad un difetto nella celebrazione iniziale del matrimonio stesso, senza considerare in alcun modo le vicende reali della volontà seguenti alla invalida celebrazione. Permane comunque in tal modo il reale pericolo di dichiarazioni di nullità che producano scandalo e ammirazione fra i fedeli.

²⁷ Cf. le motivazioni addotte e la discussione in Comm 5 (1973) 90. Nel nostro testo sono riprodotte le principali. Sulla questione si veda pure P. FEDELE, *In tema di convalida del matrimonio canonico nullo per difetto o vizio di consenso*, in *Studi di diritto canonico in onore di M. Magliocchetti*, II, Roma 1975, 487-513, con cui si ricorda la disputa tra l'autore e padre Cappello sul tema della convalidazione automatica.

²⁸ Tra le cause che giustificano la richiesta

di rinnovazione del consenso si sottolinea il rispetto della Chiesa qui manifestato verso la libertà delle parti di convalidare o «annullare» il proprio matrimonio (cf. Comm 5 [1973] 88), come pure la particolare considerazione che induce in questo campo un'impegnativa proprietà del matrimonio, quale è l'indissolubilità (cf. F. POSA, *Note in tema di convalidazione semplice e di simulazione totale del matrimonio canonico*, in *DirEccI* 99 [1989] II, 234-249).

3.2. Per la convalidazione semplice: la rinnovazione del consenso

È lo stesso codice a definire che cosa si intenda per rinnovazione del consenso: «Novus voluntatis actus in matrimonium, quod pars renovans scit aut opinatur ab initio nullum fuisse» (can. 1157).

Si richiedono pertanto le seguenti condizioni:

a) È necessario che le parti (o la parte) *sappiano o credano*²⁹ che il loro matrimonio sia nullo fin dall'inizio³⁰ o forse, in modo più realistico per la maggior parte dei nubendi, «matrimonium verum initium sumere dumtaxat ab eorum novo voluntatis actu» (coram FUNGHINI, 30 giugno 1988, n. 5, 443). Se pertanto «le parti, contratto che abbiano il matrimonio in forma civile, convinte della sua validità, accettano di rinnovare il consenso come pura formalità per dare al medesimo matrimonio un carattere religioso», la convalidazione è nulla³¹ e il difetto può equipararsi alla simulazione totale (cf. coram FUNGHINI, 30 giugno 1988, n. 6, 444).

Tale situazione ha fatto ritenere ad alcuni canonisti di area inglese, che ci si trovi di fronte ad un *nuovo capo di nullità: l'invalida convalidazione*³².

L'affermazione ha significato in quanto si può osservare con un certa frequenza che in coloro che sono chiamati a *regolarizzare*³³ la propria posizione di fronte alla Chiesa, dopo un c.d. matrimonio civile o religioso acattolico contratto, può mancare una vera e propria nuova volontà matrimoniale, ed in tal caso la convalidazione o, meglio, il matrimonio convalidato è nullo.

Così convaliderebbe in modo invalido il proprio matrimonio chi pensi che si tratti solo di *confermare* il consenso precedente; chi pensi che *continui* il consenso precedentemente dato; chi pensi di *prolungare* il consenso matrimoniale già dato; chi pensi di *rafforzare* il consenso già dato con il sacramento o con un giuramento più impegnativo; chi, con *volontà interpretativa*, porrebbe un nuovo atto di consenso se sapesse che è necessario per la validità della convalidazione; chi pensi di essere già sposato e di ricevere nella convalidazione solo una *benedizione* sul proprio matrimonio.

Alcuni autori di fronte a tale restrizione, ancor più evidente in quei

²⁹ Si è risolto in tal modo nel vigente can. 1157 (*scit aut opinatur*) il dubbio interpretativo che esisteva nel codice pio-benedettino, ove il can. 1134 usava semplicemente il verbo *constet*. Si dovrà perciò avvertire che in una causa di nullità matrimoniale, una volta provata la nullità della convalidazione, sarà poi ancora da provare giudizialmente la nullità della «celebrazione», per giungere alla dichiarazione di nullità dello stesso matrimonio.

³⁰ Più che una condizione supplementare alla rinnovazione del consenso, si deve ritenere questa come la condizione psicologica necessaria, secondo la natura delle cose, per-

ché si possa emettere un nuovo atto del consenso (cf. BOGDAN, *Simple Convalidation...*, 514-515).

³¹ Cf. ABATE, *Il matrimonio...*, 168.

³² Cf. E. WALKER, *The Invalid Convalidation: A neglected «caput nullitatis»*, in *StCan* 9 (1975) 325-336.

³³ È lo stesso verbo usato dalla esortazione apostolica *Familiaris Consortio* al n. 82b: «[...] et quantum fieri poterit, conabitur tales adducere homines ut statum suum secundum christiana principia *ad regulam* dirigant» (il corsivo è nostro) (EV 7/1792).

casi in cui una delle due parti sarà chiaramente ben poco disposta a rinnovare il consenso, ritenendo di essere già legata da valido vincolo per mezzo della celebrazione civile (cf. battezzati non cattolici; cattolici che hanno lasciato la Chiesa cattolica con atto formale o notoriamente; non battezzati [tutti questi si intendono legati ad una parte cattolica, che si può prevedere ben disposta alla rinnovazione del consenso]), hanno cercato una soluzione al problema in una interpretazione singolare del prescritto codiciale. Secondo costoro la rinnovazione del consenso, definita nel can. 1157, atterrebbe solamente al caso previsto dai can. 1156-1158 della convalidazione di un matrimonio invalido per impedimento dirimente; per i rimanenti casi (matrimonio invalido per difetto di consenso [can. 1159] e matrimonio invalido per difetto di forma [can. 1160]) non si darebbe l'obbligo della rinnovazione del consenso, ma solo della osservanza della forma canonica³⁴.

La posizione appare però insostenibile. Benché infatti si possa *per se* distinguere fra forma canonica e rinnovazione del consenso, la dottrina e la giurisprudenza³⁵ non permettono una siffatta interpretazione e pertanto in caso di difetto di forma deve esserci la rinnovazione del consenso da parte di entrambe le parti nella forma canonica.

Alla coscienza della nullità del matrimonio dovrebbe accompagnarsi la coscienza di trovarsi di fronte all'alternativa: chiedere la nullità - convalidare il matrimonio. Non sempre però tale coscienza è presente nelle parti ed è pertanto auspicabile che il pastore informi le parti dell'alternativa cui si trovano di fronte³⁶.

b) È necessario che tale atto di volontà verso il matrimonio goda di tutte le qualità richieste per il consenso con cui si dà inizio al matrimonio, sia per quanto attiene all'oggetto della volontà sia per quanto attiene alla libertà del consenso stesso. Se pertanto, ad esempio, venga esclusa la prole nella convalidazione di un c.d. matrimonio civile, nel quale siano già nati tre figli, il matrimonio convalidato è invalido. Allo stesso modo se una parte è costretta alla convalidazione con minacce, il matrimonio convalidato è invalido³⁷.

c) È necessario inoltre che, al momento della rinnovazione del consenso, siano presenti tutte le condizioni di abilità delle parti richieste per la valida celebrazione del matrimonio. Qualora infatti sopravvenga un impedimento (cf. impotenza³⁸) o un'incapacità (cf. can. 1095, 3°), la rinnovazione del con-

³⁴ Cf. K. J. MATTHEWS, *Validation or Retroactive Validation? That Is the Question*, in *Unico Ecclesiae servitio. Études de droit canonique offertes à Germain Lesage, o.m.i., en l'honneur de son 75^e anniversaire de naissance et du 50^e anniversaire de son ordination presbytérale*. Publiées sous la direction M. THÉRIAULT - J. THORN, Ottawa 1991, 133-146. Cf. pure J. J. O' ROURKE, *Considerations on*

the Convalidation of Marriage, in *The Jurist* 43 (1983) 390.

³⁵ Cf. gli autori e le sentenze rotali citati in BOGDAN, *Simple Convalidation...*, 518-519.

³⁶ Cf. ABATE, *Il matrimonio...*, 168.

³⁷ Cf., ad esempio, i casi citati in WALKER, *The Invalid Convalidation...*, 325-328.

³⁸ Cf. recentemente S. C. PRO CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Convali-*

senso e la stessa convalidazione non può essere effettuata e se fatta sarà nulla.

Quanto alla modalità della rinnovazione del consenso matrimoniale, questa dev'essere nella forma canonica qualora la causa della nullità matrimoniale si possa provare (in foro esterno); in caso contrario (nel caso cioè in cui non sia possibile la prova giudiziale), deve avvenire *privatim et secreto* (cf. cann. 1158 § 2 e 1159 § 2)³⁹.

3.3. Per la sanazione in radice: la perseveranza del consenso

In base al principio della contrattualità, il consenso è «*actus voluntatis indolis pacticiae [...] qui quidem puncto temporis indivisibili gignit iuridicum effectum [...] neque postea ullam vim habet ad 'realitatem iuridicam', quam creavit. Quod fit ut, cum semel effectum iuridicum creaverit seu vinculum matrimoniale, huiusmodi consensus irrevocabilis evadat ac virtute careat id, quod peperit, destruendi*»⁴⁰. Il consenso è perciò atto puntuale e indistruttibile nel suo effetto giuridico.

Quando però nella sanazione in radice si richiede la perseveranza del consenso, si intende riferirsi al consenso in quanto mero atto di volontà matrimoniale (*consensus naturaliter sufficiens*) e non già in quanto atto giuridico, secondo cui non è possibile (o almeno è irrilevante) sia la perseveranza come la decadenza.

La perseveranza del consenso è *conditio sine qua non* per la sanazione in radice in quanto solo in questo modo è salvato il principio della consensualità del matrimonio canonico, in cui il consenso «nulla humana potestate suppleri valet» (can. 1057 § 1).

dation prohibited due to male impotence, in CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Roman Replies* 1982, 24-25.

³⁹ «Si autem desint certae probationes simulationis totalis consensus, quae tamen ex rerum adiunctis haberi potuissent, si vere consensus simulatus esset, erronee provocatur ad convalidationem matrimonii per interiorem novum consensum iuxta can. 1136, ubi de consensus defectu mere interno statuitur. Simulatio non probata idem non est ac defectus consensus interni renovandi pro convalidatione matrimonii. Agitur enim in canone de renovatione consensus, cuius defectus fuerit «mere internus», qui proinde externe manifestatus nullimode est neque probari potest et cuius convalidatio pariter in foro externo minime constare potest» (c. DI FELICE, 16 dicembre 1972, n. 2). Lo stesso vale anche per la normativa vigente, pur nella scomparsa dal nostro codice del «defectus mere inter-

nus» a favore del *defectus* che non può essere provato. Ciò significa che tale convalidazione è *iuris ac de iure* presunta come irrilevante in foro esterno, o meglio in ambito giudiziale: il suo presupposto è infatti l'improvvisabilità del difetto di consenso (ad es. la simulazione parziale). Ed allora, se si prova la simulazione, non si sarebbe potuto procedere alla convalidazione «*privatim et secreto*»; se non si prova la simulazione, in foro esterno il risultato non cambia, poiché matrimonio gode il favore del diritto ed è perciò valido, proprio come se si fosse convalidato «*privatim et secreto*». Sulla complessa questione della convalidazione semplice in caso di difetto del consenso, cf. K. R. HENNES, *Die einfache Gültigmachung ungültiger Ehen nach Willensmangel*, Aachen 1988.

⁴⁰ PAOLO VI, *Allocuzione ai Prelati Uditori della Romana Rota*, 6 febbraio 1976, in AAS 68 (1976) 206.

La prova della perseveranza del consenso è facilitata da alcune presunzioni.

Anzitutto «si aliquando consensus adfuit, ipse perseverare praesumitur, dum eiusdem revocatio, sicut quodlibet factum, probari debet» (*coram* FIORE, 15 giugno 1964, n. 3, 479)⁴¹.

La revocazione del consenso inoltre per essere efficace deve essere uguale e contraria all'atto stesso di volontà del consenso.

Non sono capaci *in se* di revocazione⁴²

- la volontà interpretativa, secondo cui i coniugi, se sapessero della nullità matrimoniale, revocherebbero il consenso;
- la semplice discordia che viga anche a lungo fra i coniugi;
- il rifiuto di rinnovare il consenso;
- la separazione (di mensa, abitazione e commercio sessuale) che si instauri di fatto o giudizialmente fra i coniugi⁴³;
- la richiesta di dichiarazione giudiziale di nullità e la pendenza della medesima presso un tribunale ecclesiastico;
- la richiesta di divorzio civile o la dichiarazione di essere pronti a richiedere il divorzio civile⁴⁴.

Ma la questione è più di fatto che di diritto e va giudicata tenendo presente le circostanze dei singoli casi⁴⁵, considerando la concretissima volontà dei coniugi, manifestata attraverso gli atti di cui sopra.

Si può al contrario ritenere presuntivamente revocato il consenso nel caso di:

- scioglimento del matrimonio per inconsumazione;
- dichiarazione di nullità con sentenza duplice conforme.

È necessario inoltre che, al momento della concessione della sanazione in radice, siano presenti tutte le condizioni di abilità delle parti richieste per la valida contrazione del matrimonio. Qualora infatti sopravvenga un impedimento (cf. impotenza) o un'incapacità (cf. can. 1095, 3°), la concessione della sanazione in radice non può essere effettuata e se fatta sarà nulla.

⁴¹ Questa presunzione si riflette sul favore del diritto di cui gode il matrimonio (cf. can. 1060), in modo tale che, in caso di dubbio sulla perseveranza del consenso al momento della sanazione in radice, il matrimonio sia da ritenere valido (cf. una Pistorien. c. PINNA, 30 gennaio 1964, in *SRRDec.* LVI, n. 6, 66). Nella concessione della sanazione in radice invece si procede diversamente, in quanto «ne concedatur, nisi probabile sit partes in vita coniugali perseverare velle» (can. 1161 § 1).

⁴² Cf. diffusamente la citata Pistorien. c.

PINNA, n. 4, 64-65.

⁴³ Cf. invece una c. Pompedda, 8 maggio 1979, in cui la separazione di fatto e la separazione consensuale legalmente ottenuta è stata ritenuta equivalere alla revocazione del consenso.

⁴⁴ Cf. *contra* nella citata c. FIORE, n. 3, 479.

⁴⁵ «Potius id unum summopere animadvertendum est, nempe quaestionem esse facti idest singulis in casibus solvendam» (c. Pompedda, 8 maggio 1979, n. 8).

4. IL PUNTO DI ARRIVO

Benché nell'*iter* di codificazione si sia avanzata l'idea di assimilare le due forme di convalidazione quanto ad effetti giuridici⁴⁶, il codice vigente mantiene la diversità di efficacia della convalidazione semplice e della sanazione in radice.

Per entrambe le forme di convalidazione l'effetto principale è il vincolo matrimoniale (cf. can. 1134), che sorge *ex nunc*. Qualora pertanto non segua alla convalidazione la consumazione del matrimonio, si potrà chiedere lo scioglimento dello stesso. Inoltre al momento della convalidazione dovranno essere prestate le garanzie nel caso di matrimoni misti o interreligiosi.

Per la sanazione in radice si aggiunge la *retrotractio* degli effetti (meramente) canonici al momento della celebrazione del matrimonio invalido e sanato. Tale retroattività degli effetti canonici si estenderà, nel caso di impedimenti di diritto divino o naturale, fino alla loro cessazione; nel caso di difetto del consenso, fino alla prestazione di un consenso naturalmente sufficiente.

5. ALCUNE QUESTIONI PARTICOLARI

5.1. La convalidazione e i non cattolici

Sono tenuti ai canoni sulla convalidazione tutti coloro il cui matrimonio è retto anche dal diritto canonico a norma del can. 1059, ossia tutti coloro che hanno contratto matrimonio, ancorché invalido, in cui vi sia almeno una parte cattolica (= battezzata nella Chiesa cattolica o in essa ricevuta).

Nel caso di matrimoni fra non battezzati, la convalidazione (come d'altronde il matrimonio) è retta dal diritto naturale e dal diritto civile del territorio. Pertanto la convalidazione semplice e la sanazione in radice seguiranno le norme del diritto civile⁴⁷ in quanto non contrario al diritto naturale (pur se restringente alcune possibilità di diritto naturale medesimo)⁴⁸.

Molto più problematico è il caso di matrimonio fra due battezzati non cattolici occidentali. Stante la *lacuna iuris* che li concerne, la convalidazione

⁴⁶ Cf. Comm 5 (1973) 91.

⁴⁷ Mi pare che dimentichi questo BOGDAN, *Simple Convalidation...*, 528, ma appare certo dal can. 1059 e dalla complessiva dottrina canonica. Se il diritto civile non prevede la convalidazione, intendendo con ciò negarla ai suoi cittadini, non sarà possibile per i non battezzati convalidare il loro matrimonio in base al solo diritto naturale.

⁴⁸ Cf. S. C. PRO CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *The impediment of prior bond arises only from a valid union*, in CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Roman Replies 1989*, 22-24. Il decreto del 28 gennaio 1989 negò si dovesse convalidare il secondo matrimonio contratto prima del battesimo di entrambe le parti, essendo il primo dichiarato nullo.

Quid de acatholicis, renovati sui consensus hanc
abstracto, in convalidatione propter defectum
formae canonicae: tenetur in forma canonica

semplice non esige né la rinnovazione del consenso né la coscienza della nullità del matrimonio celebrato. Pertanto la semplice perseveranza del consenso dopo la cessazione dell'impedimento, convalida *ipso facto* il loro matrimonio⁴⁹, senza alcun filtro né di forma né di formalità o condizioni richieste dal diritto civile.

Diverso è il caso dei battezzati acattolici orientali, che sono tenuti al proprio diritto ecclesiale, sia che normi in sé la convalidazione sia che canonizzi la legge civile.

5.2. La convalidazione senza (l'obbligo della) forma⁵⁰

Nel nuovo codice sembra potersi dare il caso di fedeli che, da un lato, sono tenuti alla rinnovazione del consenso e a conoscere o almeno sospettare della nullità del matrimonio per poterlo convalidare, dall'altro, non sono tenuti alla forma canonica.

È il caso di battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti, che abbiano poi defezionato da essa con atto formale. In forza del can. 1117 sono esentati dall'obbligo della forma. Ma non lo sono dalla normativa sulla convalidazione.

5.3. Convalidazione semplice o sanazione in radice?

È questa un'alternativa che si pone immediatamente di fronte al pastore che voglia procedere o suggerire la convalidazione di un matrimonio invalido.

Comunemente si ritiene che le due forme siano fra loro subordinate, che si debba cioè ricorrere alla sanazione in radice se e soltanto se sia impossibile (fisicamente o moralmente) o crei grave incomodo la convalidazione semplice⁵¹. Tale convinzione era suffragata nel codice pio-benedettino dalla notazione che la sanazione in radice comportava la dispensa dalla legge ecclesiastica della rinnovazione del consenso (cf. can. 1138 § 1) e, come per ogni dispensa, era necessaria una «iusta et rationabilis causa, habita ratione gravitatis legis a qua dispensatur» (can. 84 § 1)⁵².

Tale convinzione sembra però oggi inaccettabile, soprattutto perché la definizione di sanazione in radice data dal codice prescinde dalla dispensa dalla legge di rinnovare il consenso, per la formula più piana «sine renovatione consensus»(can. 1161 § 1) e pertanto la teorica precedente cade.

⁴⁹ Cf. la lucida descrizione del fenomeno e delle conseguenze anche pratiche in BOGDAN, *Simple Convalidation...*, 527-530.

⁵⁰ Cf. per la questione BOGDAN, *Simple Convalidation...*, 526-527.

⁵¹ Fra le motivazioni della subordinazione della sanazione in radice vi è pure il fatto che

in essa si andrebbe contro un alto principio giuridico, secondo cui ognuno avrebbe diritto a conoscere il proprio stato giuridico (cf. MATTHEWS, *Validation...*, 135, che ricorda in questo un insegnamento dell'antico maestro G. Lesage).

La stessa *gravis causa*, richiesta dal can. 1164, non si riferisce se non al caso in cui la sanazione in radice sia concessa «alterutra vel utraque parte inscia»⁵³. Ed anche in questo caso non si può ritenere che la grave causa concerna la validità della concessione della sanazione⁵⁴.

Ciò certo non significa che la sanazione in radice non abbia condizioni di opportunità che ne vincolino l'applicazione. Si veda, ad esempio, il canone 1161 § 3, secondo cui non deve (*ad liceitatem*) essere concessa la sanazione in radice se non si preveda con probabilità la volontà dei coniugi di perseverare nella convivenza matrimoniale.

In definitiva dal nuovo prescritto codiciale appare che la scelta fra convalidazione semplice e sanazione in radice è lasciata alla complessiva valutazione delle parti interessate al procedimento (coniugi, pastori d'anime, Vescovi diocesani e Santa Sede).

5.4. *L'autorità competente alla concessione della sanazione in radice*

Secondo il codice pio-benedettino solo la Santa Sede era competente a concedere la sanazione in radice, anche se non di rado la medesima Sede Apostolica concedeva ad alcuni Vescovi diocesani o Ordinari la facoltà delegata o abituale di procedere, entro certi limiti, alla sanazione in radice di matrimoni.

La nuova visione affacciatasi nel Concilio Vaticano II della Chiesa locale e del ministero in essa esercitato dal Vescovo diocesano, ha portato ben presto all'ampliamento delle facoltà ordinarie del Vescovo diocesano anche in questo ambito specifico⁵⁵.

⁵² Si giungeva poi coerentemente a comminare la invalidità alla sanazione concessa dall'inferiore al Romano Pontefice, qualora tale causa mancasse, conformemente al can. 84 (cf. NAVARRETE, *De convalidatione...*, 117-118; cf. pure *ivi*, 39; cf. da ultimo F. BERSINI, *Il diritto canonico matrimoniale*, Leumann (Torino) 1994⁴, 242). Nella giurisprudenza rotale cf. una c. LEFEBVRE, 24 febbraio 1978, n. 7.

⁵³ Conferma esplicitamente questa interpretazione la stessa Pontificia Commissione per la riforma del codice: cf. Comm 10 (1978) 124. Ben diversa è la disposizione del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali che, spezzando il can. 849 in due paragrafi (cf. § 2: «Sanatio in radice ne concedatur nisi gravi de causa et nisi probabile est partes in consortio vitae coniugalis perseverare velle»), intende riservare la concessione della sanazione in radice solo alla presenza di grave causa,

conformemente peraltro alla (supposta) peculiare concezione matrimoniale orientale, nella quale l'istituto della sanazione in radice si inserirebbe come elemento di discontinuità.

⁵⁴ Non si comprende come alla luce del can. 10 si possa ritenere invalidante la formula «ne autem concedatur nisi ob gravem causam» (can. 1164). Né si comprende come si possa applicare alla nostra questione il dispositivo del can. 90 circa la sufficienza della *causa* per la liceità e validità della concessione di una dispensa (cf. BERSINI, *Il diritto canonico matrimoniale...*, 244-245), dato che nella sanazione in radice, secondo la nuova formulazione del can. 1161 § 1, si possono dare casi in cui non v'è alcuna dispensa e, quando vi sia, non è intesa in senso diretto, ma è comportata o contenuta (*secumferens*) dall'atto proprio della sanazione.

⁵⁵ Cf. PAOLO VI, motu proprio *Pastorale munus*, 30 novembre 1963, nn. 21-22 (EV

Nel codice vigente la Santa Sede riserva⁵⁶ a sé in forma esclusiva le seguenti sanazioni in radice:

– *generali*, ossia che superano il singolo caso, per investire una pluralità di casi in quanto tali, accomunati da una medesima e generale causa di nullità;

– quelle in cui vi è un impedimento la cui concessione della dispensa è riservata alla Santa Sede: l'impedimento proveniente dagli ordini sacri o dal voto pubblico e perpetuo di castità in un istituto religioso di diritto pontificio, nonché l'impedimento di crimine;

– quelle in cui vi è stato (ed è cessato) un impedimento di diritto naturale o di diritto divino positivo.

Le sanazioni in radice in cui sono richieste le garanzie o «cauzioni» di cui al can. 1125⁵⁷, ma in cui non si possono di fatto ottenere sia perché la sanazione avviene «alterutra vel utraque parte inscia» sia perché una parte o entrambe si oppongono alle condizioni stesse, non potranno essere concesse lecitamente dal Vescovo diocesano⁵⁸.

Con l'avvento della potestà ordinaria del Vescovo diocesano alla sanazione in radice si pone il problema della individuazione del Vescovo competente alla sanazione in radice di un matrimonio. Il codice tace al riguardo. È forse il Vescovo diocesano del luogo di «celebrazione» (anche solo civile)? È forse il Vescovo diocesano di attuale domicilio o quasi-domicilio di una delle parti? La residenza mensile di una delle parti può far sortire la competenza di un Vescovo diocesano?

Considerato che la sanazione fa sorgere il vincolo *ex nunc* e si può pertanto applicarvi analogicamente la normativa circa il luogo della celebrazione del matrimonio (cf. can. 1115); considerato che in forza del can. 10

2/107-108); Id., motu proprio *De Episcoporum muneribus*, 15 giugno 1966, n. 18 (EV 2/736).

⁵⁶ Tale prospettazione della normativa vigente (can. 1165) permette di giustificare maggiormente l'applicabilità alla sanazione in radice della normativa del can. 87 (ed in specie del can. 87 § 2) (cf. NAVARRETE, *De convalidatione...*, nn. 202-203, 131-132). Non appare invece applicabile la normativa dei cann. 1079-1080.

⁵⁷ Non si tratta evidentemente solo dei matrimoni misti intesi in senso proprio, ma di tutti i casi in cui si deve applicare il canone 1125. Cf. per una elencazione completa G. P. MONTINI, *Le garanzie o «cauzioni» nei matrimoni misti*, in *QuDirEccl* 5 (1992) 288. È ovvio che nella sanazione in radice le garanzie o «cauzioni» sono date per il futuro e non per il passato (cf. analogicamente S. C. S.

OFFICII, *decretum*, 16 gennaio 1942, in AAS 34[1942]22).

⁵⁸ Le garanzie o «cauzioni» sono per la liceità della licenza nei matrimoni misti e della dispensa nei matrimoni «dispari». D'altronde la normativa che le concerne «opera pure nei casi in cui la licenza è concessa o l'impedimento [di disparità di culto] è dispensato in pericolo di morte (cf. can. 1079) o «quando tutto è ormai pronto per le nozze» (cf. can. 1080)» (MONTINI, *Le garanzie...*, 288, nota 2). Se pertanto il Vescovo diocesano ritenesse che si debba procedere alla sanazione in radice nonostante la impossibilità di avere le garanzie o «cauzioni» previste, dovrà ricorrere (per la liceità) alla Santa Sede. Cf. sulla problematica, anche se in contesto normativo ormai superato, NAVARRETE, *De convalidatione...* nn. 204-216, 132-138.

sono irritanti e inabilitanti solo le leggi che espressamente stabiliscano che un atto è nullo o una persona è inabile, mentre nessuna clausola di tal fatta si rileva nei canoni sulla sanazione in radice che concernono la nostra questione; ritengo si possa concludere che la concessione della sanazione in radice è valida e lecita se concessa da un Vescovo diocesano competente per domicilio, quasi-domicilio o residenza mensile di una delle due parti il cui matrimonio si chiede di sanare in radice; è valida, ma illecita se concessa da un Vescovo diocesano che non sia competente né per domicilio né per quasi-domicilio né per residenza mensile di una delle due parti che intendono sanare in radice il loro matrimonio. Non sembra potersi escludere una competenza anche in forza del luogo della celebrazione, purché questa sia stata secondo la forma canonica, ancorché eventualmente difettosa⁵⁹.

Non appare in definitiva alcuna limitazione di competenza nell'individuazione del Vescovo diocesano che tocchi la validità della sanazione in radice.

5.5. *Trascrivibilità della convalidazione*

La convalidazione deve essere annotata nel registro dei battesimi e dei matrimoni a cura del parroco del luogo della celebrazione del matrimonio (cf. can. 1123).

Più complesso è il problema della trascrivibilità della convalidazione di un matrimonio concordatario, al fine del riconoscimento agli effetti civili.

Il Decreto generale della CEI sul matrimonio canonico accenna ad una sola fattispecie particolare: al caso cioè in cui la convalidazione semplice avvenga fra la celebrazione (invalida) del matrimonio e la richiesta di trascrizione (entro cinque giorni). In tal caso «il parroco trasmetterà all'ufficiale dello stato civile l'atto della seconda celebrazione del matrimonio» (art. 33).

Per estensione si può ritenere che, stante la celebrazione (invalida), si può sempre poi richiedere la trascrizione della convalidazione (sia della convalidazione semplice sia della sanazione in radice) sia entro il tempo della trascrizione d'ufficio sia nella c.d. trascrizione tardiva.

La fattispecie qui recensita, anche interpretata estensivamente, è molto ristretta⁶⁰.

Per alcuni altri casi non contemplati si deve ritenere in vigore la nor-

⁵⁹ Una certa plausibilità alla interpretazione proposta proviene dalla facoltà abituale che la S. C. S. Officii concedeva agli Ordinari del luogo in un caso specifico: «4. Sanandi in radice matrimonia attentata coram officiali civili vel ministro acatholico *a suis subditis etiam extra territorium, aut non subditis, intra limites proprii territorii...*» (cit. in A. VERMEERSCH - J. CREUSEN, *Epitome iuris*

canonici I, Mechliniae - Romae 1929^a, 536; il corsivo è nostro).

⁶⁰ Non è previsto il caso della trascrizione della sanazione in radice di un matrimonio nullo non tanto per (un) difetto di forma canonica, ma per mancanza di forma canonica. In questi casi manca del tutto l'atto di matrimonio per la trascrizione.

mativa della Istruzione della S. Congregazione per i Sacramenti del 1° luglio 1929, che è stata abrogata dal Decreto generale della CEI sul matrimonio canonico soltanto «quatenus opus sit»⁶¹.

La menzionata Istruzione prevede all'art. 44 due casi, nell'ipotesi in cui il matrimonio da convalidare sia già stato trascritto:

– nel caso della convalidazione semplice «l'Ordinario pronunzierà, se è il caso, a tenore del can. 1990 [= CIC 1917], sentenza di nullità di quel primo matrimonio [trascritto] la quale seguirà il corso stabilito per le necessarie annotazioni nei registri civili».

– nel caso della sanazione in radice «emessa la sentenza di cui sopra [...] il rescritto della sanazione in radice, con la notizia della nullità del matrimonio in questione, previo il consenso dell'Ordinario e se lo richiegga l'interesse delle parti, sarà comunicato dal parroco all'ufficiale dello stato civile, e la sanazione del matrimonio verrà trascritta nel registro civile a margine della particola del matrimonio ch'è stato sanato in radice».

«Se anche non vi sia un vero atto di nuova celebrazione, può [possa] trascriversi l'atto complesso, costituito dall'originale dell'atto di matrimonio e dal provvedimento di convalida, che ne modifica la decorrenza»⁶².

Gianpaolo Montini

⁶¹ Cf. decreto della Segreteria di Stato 26 settembre 1990, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana* 1990, 257.

⁶² A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino

1957³, 311, citato da L. SPINELLI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, Milano 1975³, 177, nota 1.