



diritto & religioni

Semestrale
Anno IV - n. 2-2009
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

8



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno IV - n. 2-2009
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli
G. J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
A. Fuccillo
F. De Gregorio
S. Testa Bappenheim
G. Schiano
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Sulla “presunzione” di consenso matrimoniale nell’ordinamento canonico

CLAUDIA CIOTOLA

1. *L’elaborazione della teoria del matrimonio presunto*

Il costrutto canonico in base al quale si introdusse nell’ambito del diritto della Chiesa l’istituto del c.d. “matrimonio presunto” viene generalmente fatto risalire a Uguccone¹, il quale lo trasse, in via interpretativa, dalla decretale *Veniens* di Alessandro III², ove si prevedeva che la copula intervenuta tra due sposi promessi determinava il sorgere del vincolo matrimoniale³.

Con la sua peculiare lettura, Uguccone consentì che tale disposizione si ponesse in consonanza con la teoria consensualista, fatta propria dalla Scuola di Parigi, per la quale il matrimonio poteva nascere solo dal consenso espresso tra le parti e non già, come invece si sosteneva nella Scuola di Bologna, per effetto della copula intervenuta tra le stesse⁴.

In particolare, con la teoria del matrimonio presunto si introdusse la

¹ Glossatore canonista e maestro di Innocenzo III. Morto nel 1210.

² All’interno della collezione di Gregorio IX: in *Lib. Extra*, lib. IV, tit. I, cap. 15. Cfr. MARIO FERRABOSCHI, voce *Convalidazione del matrimonio (diritto canonico)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 507-508: «Per il diritto delle decretali il matrimonio si presumeva automaticamente ratificato, se gli sposi impuberi, raggiunta l’*aetas nubilis*, fossero addivenuti alla congiunzione sessuale. Abrogato oggi l’istituto del matrimonio presunto e tolta ogni efficacia presuntiva alla *copula* nella costituzione del matrimonio, evidentemente anche questa *ratihabitio tacita* non è possibile».

³ PIO CIPROTTI, *Il matrimonio presunto*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, 1940, II, p. 301: «È noto che Alessandro III, nella Decretale *Veniens*, che fu poi riportata nella collezione di Gregorio IX (X.4,1,15), aveva insegnato che la copula susseguente agli sponsali produceva il matrimonio».

⁴ L’idea che per aversi matrimonio fosse necessaria anche la consumazione di un rapporto sessuale tra le parti era tipico della tradizione germanica e fu ripreso dalla Scuola di Bologna, che «seguendo il principio germanico della *traditio rei*, sosteneva che, per porre in essere un vero matrimonio, non bastava il consenso, ma era necessaria la sua consumazione: il consenso era soltanto l’avvio della vita coniugale, l’inizio del matrimonio, che, pertanto, doveva essere perfezionato nella sua realtà giuridica e sacramentale mediante la copula» (LUIGI CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma, 1990, p. 32).

presunzione dell'esistenza di un consenso *de praesenti* produttivo del matrimonio tra due fidanzati che avessero avuto un rapporto sessuale⁵. Infatti, se la promessa di matrimonio, gli *sponsalia*⁶, determinava soltanto un impegno per l'avvenire, il perfezionamento del matrimonio richiedeva, per i fautori della teoria consensualista, la manifestazione di una volontà attuale, appunto *de praesenti*⁷, che, grazie alla teoria del matrimonio presunto, si sarebbe potuta desumere dalla copula carnale⁸.

La proposta teorica di Ugucione fu poi sviluppata nella *Is qui fidem*, posta tra le decretali di Gregorio IX, che, peraltro, la rese maggiormente incisiva e cogente, in ragione dell'introduzione di una presunzione di consenso matrimoniale, non solo *iuris tantum* ma *iuris et de iure*: «*licet praesumptum matrimonium videatur, contra praesumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda*»⁹. Il consenso *de praesenti*, indispensabile per il sorgere del vincolo matrimoniale, laddove ci fosse stata una promessa di matrimonio seguita da un'unione sessuale tra le parti, «non necessitava più di essere espresso, ma si considerava come tale, in quanto si presumeva *iuris et de iure*, come effetti-

⁵ Cfr. PIO CIPROTTI, *Il matrimonio presunto*, cit., p. 302: «È evidente la differenza tra questa concezione e quella di Alessandro III: nella decretale di questo Pontefice la copula intervenuta fra due fidanzati produceva di per sé sola il matrimonio, senza alcuna considerazione per la volontà di essi al momento della copula; in Ugucione invece non è la copula, ma il consenso *de praesenti* manifestato con la copula o, in altre parole, la copula, in quanto manifestazione del consenso *de praesenti*, che produce il matrimonio». Cfr., però, ALFREDO RAVA, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio (can. 1157 §2). Studio storico-giuridico*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2001, p. 40, il quale evidenzia che, in realtà, il pensiero di Alessandro III in materia «non fu sempre lineare in senso "consensuale": in alcune decretali egli sta per il valore assoluto del consenso attuale, mentre in altre adotta una soluzione di compromesso, riconoscendo l'indissolubilità soltanto al matrimonio consumato o al matrimonio solamente contratto, ma con una celebrazione solenne davanti ad un sacerdote o ad un notaio».

⁶ Gli *sponsalia* erano un istituto del diritto romano: in epoca classica essi si presentavano come una reciproca promessa, non solenne e non impegnativa, la cui inadempnienza non produceva particolari conseguenze giuridiche.

⁷ Cfr. ORIO GIACCHI, voce *Matrimonio canonico (elementi)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 894, il quale asserisce che Pietro Lombardo spiegava con «lapidaria evidenza che vi è una "*desponsatio*", nella quale può essere contenuta una volontà dell'uomo e della donna "*de contraendo matrimonio*", in cui ci si riferisce cioè ad un futuro matrimonio che ci si impegna a celebrare; e vi può essere una "*desponsatio*", nella quale è contenuta una "*patio coniugalis*" in cui si esprime un consenso "*de praesenti*" e che perciò ha per oggetto l'immediata nascita del vincolo matrimoniale tra l'uomo e la donna che manifestano tale volontà».

⁸ I principali testi della *Summa* di Ugucione si ritrovano in J. ROMAN, *Summa d'Huguccio sur le Décret de Gratian*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1903, p. 745 ss.; si veda anche LUIGI PROSDOCINI, *La "summa Decretorum" di Ugucione da Pisa. Studi preliminari per una edizione critica*, in *Studia Gratiana*, 1955, 3, pp. 349-374; *Summa decreto rum. Distinctiones I-XX, vol. I, di Ugucione da Pisa*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Roma, 2006.

⁹ *Liber Extra*, lib. IV, tit. 1, cap. 30.

vamente dato nel momento e in virtù della copula carnale»¹⁰.

Il fatto che, nel c.d. matrimonio presunto, il consenso matrimoniale fosse desunto, grazie ad una presunzione che non ammetteva prova contraria, dal rapporto sessuale consumato tra fidanzati, determinò innumerevoli problemi, soprattutto in relazione al foro interno¹¹. Infatti, nonostante si assumesse che la copula costituiva la manifestazione di un consenso *de praesenti*, poteva accadere che tale presunzione non corrispondesse affatto alla realtà e che l’unione sessuale fosse stata basata non su una volontà maritale ma sul mero istinto¹² e sulla «frazzola umana»¹³.

L’invincibilità della presunzione di un consenso matrimoniale esponeva di fatto «gli interessati ad insuperabili tensioni conflittuali con il *forum conscientiae* quando alla situazione comportamentale non rispondessero un vero consenso e l’adesione all’apparente vincolo sacramentale di coniugio; nel caso che *in veritate* non ci fosse un tale intento di convalida, il vincolo si costituiva per il solo *foro externo* in forza della presunzione che non ammetteva *probatio in contrarium*»¹⁴. Sicché, l’unico modo per evitare che la copula trasformasse la promessa di matrimonio in matrimonio era quello di rompere ufficialmente gli *sponsalia* prima della copula stessa.

Oltre a tali drammatici casi, che esponevano le persone a persistere in situazioni di peccato¹⁵, l’istituto del matrimonio presunto¹⁶ sembrava mettere

¹⁰ ALFREDO RAVA, *Il requisito*, cit., p. 41. Sul punto si vedano anche le osservazioni di GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale e consortium totius vitae*, Centro Studi “Attilio Moroni” di Diritto Matrimoniale e della Famiglia, Macerata, 2006, p. 136: «Anche S. Tommaso sembrava ammettere qualche prova contro la presunzione. Probabilmente, però, prima della Decretale “*Is qui fidem*” di Gregorio IX, si era già formata l’opinione che la presunzione fosse *iuris et de iure*. In realtà, il motivo per cui si optò per questo tipo di presunzione, era squisitamente tecnico, e constava nell’estrema difficoltà, se non impossibilità, di procurare prove sull’intima intenzione dei soggetti nell’atto della *commixtio sexuum*. E col passare del tempo, non solo quasi tutti i canonisti parlarono di presunzione *iuris et de iure*, ma alcuni, come Goffredo da Trani, Antonio da Butrio, e l’Abbate Panormitano, parlarono addirittura di *factio iuris*».

¹¹ Si ricorderà che Antonio da Butrio aveva giudicato “pericolosa” la presunzione su cui si basava la teoria del matrimonio presunto: in *Liber Extra*, lib. IV, tit. 1, n. 8, cap. 30.

¹² Cfr. PIO CIPROTTI, *Il matrimonio*, cit., p. 314.

¹³ Così MARIO FERRABOSCHI, *Convalidazione*, cit., p. 507.

¹⁴ Cfr. GINESIO MANTUANO, *Convalida “ipso iure” del matrimonio e “renovatio consensus”*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, II/1, Giuffrè, Milano, 1991, p. 529.

¹⁵ Cfr. GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale*, cit., pp. 138-139: «A sollecitare i germi del declino dell’istituto del matrimonio presunto, fu la critica elaborata della dottrina canonista: Antonio da Butrio accusava la scarsa trasparenza e la facile possibilità, insita nella natura stessa dell’istituto, di ingenerare confusione tra foro esterno e foro interno, procurando innegabili tensioni conflittuali, scaturenti dal rapporto tra l’esternazione di una certa volontà ed il *forum conscientiae*, il tutto a scapito della certezza dell’esistenza del vincolo e della *salus animarum*».

¹⁶ Cfr. LUISA ACCATI, *Madri pervasive e figli dominanti. Dinamiche sociali e violenza nella Controriforma*,

in ombra l'importanza del consenso matrimoniale, riconosciuto come vera *causa efficiens* del matrimonio.

2. La progressiva decadenza dell'istituto

La fortuna della teoria del matrimonio presunto, così come il suo radicamento nella prassi ecclesiale, furono certamente dovute al fatto che, per circa quindici secoli, la celebrazione del matrimonio canonico non fu soggetta a particolari solennità¹⁷.

Benché nel tempo vi fossero stati vari tentativi¹⁸ di renderne pubblica la celebrazione, fino al Concilio tridentino¹⁹, il matrimonio continuò ad essere un contratto "a forma libera", poiché si riteneva che l'autorità ecclesiastica non avesse il potere di intervenire nella materia dei sacramenti.

L'approvazione, nel 1563, del decreto *Tametsi*, imposta anche dall'esigenza di evitare i rischi connessi alla prassi dei "matrimoni clandestini"²⁰, fu segnata

European Press Academic Publishing, Firenze, 2003, p. 42, ove si rileva che, tra le altre cose, il matrimonio presunto restava di difficile prova: «la maggior parte delle volte la consumazione rimaneva segreta ed era sufficiente che una delle parti negasse ogni rapporto per sottrarsi agli obblighi matrimoniali».

¹⁷ Cfr. NIKOLAUS SCHÖCH, *La solennizzazione giuridica della "forma canonica" nel decreto Tametsi del Concilio di Trento*, in *Antonianum*, 1997, 4, p. 538; SARA ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el decreto "Ne temere"*, in *Ius Canonicum*, 1973, p. 180 ss.

¹⁸ Il Concilio Lateranense IV del 1215 aveva già previsto l'obbligo della celebrazione dei matrimoni *in facie Ecclesiae*. Tale obbligo però non era *ad validitatem* e pertanto incideva solo sulla liceità della celebrazione delle nozze

¹⁹ Si rinvia a PAOLO SARPI, *Istoria del Concilio Tridentino*, a cura di C. Vivanti, Einaudi, Torino, p. 232 ss. e HUBERT JEDIN, *Storia del Concilio di Trento*, Morcelliana, Brescia, 1973 e anche Id., *Concilio di Trento*, vol. II, *Il primo periodo 1545-1547*, Morcelliana, Brescia, 2009.

²⁰ Le motivazioni sottese alla riforma tridentina dell'istituto matrimoniale vengono ben evidenziate nel saggio di GABRIELLA ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, in *Il Concilio di Trento e il moderno*, a cura di PAOLO PRODI e WOLFGANG REINHARD, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 438, ove, tra l'altro, si sottolinea: «Frequenti erano poi i matrimoni clandestini, quelli cioè contratti senza la presenza dei testimoni oppure da minorenni senza il consenso dei genitori. [...] C'è anche difficoltà a distinguere i matrimoni validamente contratti dal concubinato, anche perché la dottrina aveva sanzionato il matrimonio presunto, quello cioè che riconosceva validità di matrimonio allo scambio dei consensi accompagnato dalla coabitazione *more uxorio* e con fama di onestà. Il problema di una regolamentazione della prassi matrimoniale era esigita anche dalla difficoltà di distinguere sul piano formale una promessa di matrimonio (sponsali *de futuro*) da un matrimonio concluso (sponsali *de presente*), atti e momenti diversi della celebrazione che differivano soltanto per una espressione verbale. Le conseguenze sociali di questa confusa situazione sono note: bigamia, illegittimità dei figli, *mesalliances*. Dal secolo XV si fa sempre più impellente da parte degli stati la necessità di sancire leggi in materia matrimoniale e aumenta la conflittualità con la Chiesa che detiene il potere giurisdizionale nelle cause concernenti il sacramento del matrimonio». Cfr. anche GABRIELLA ZARRI, *Recinti: donne, clausura e matrimonio nella prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2000.

da un vivace e acceso dibattito, centrato su questioni teologiche di elevato spessore²¹. Era ormai opinione consolidata che il matrimonio nascesse solo dallo scambio del consenso, sicché l’imposizione di particolari solennità per la celebrazione delle nozze avrebbe potuto travolgere l’essenza stessa del sacramento²².

Rimasti infruttuosi i tentativi, nell’ambito del Concilio tridentino, volti ad operare una scansione, quantomeno temporale, tra realtà contrattuale e sacramentale del matrimonio – poiché la potestà ecclesiastica si sarebbe potuta far valere solo sul contratto e non sul sacramento –, si scelse, alla fine, di introdurre la forma canonica come un impedimento dirimente: «Per non intervenire sul contratto e quindi sul sacramento secondo il noto principio: “Ciò che Dio ha unito l’uomo non lo separi”, i Padri scelsero di rendere inabili i coniugi stessi avvicinando la mancata osservanza delle solennità giuridiche ad un delitto che, perché inerente alla persona, comporta l’*impedimentum clandestinitatis*»²³.

Per tale via, con un quarto dei votanti contrari²⁴, il decreto *Tametsi* passò, determinando, nei luoghi in cui fu poi pubblicato, l’introduzione *ad validitatem* del requisito del rispetto di una forma solenne per la celebrazione del ma-

²¹ Nelle perplessità espresse dal Patriarca di Gerusalemme si trova sintetizzata l’essenza della questione: «...qui seum aestiment, quo iure quove istituto possint proponere adversus dogma verum et catholicum dogma istud invalidans matrimonia contrahenda libero consensu, qui consensus solus efficit matrimonium et sacramentum. Dixi: adversus dogma verum et catholicum. Id scilicet, quod in principio huius decreti ponitur sub anathemate, quod semper verum fuit in ecclesia Dei atque observatum in hunc usque diem», in *Congregatio Generalis*, Patriarcha Hierosolymitanum, Votum in scriptis datum, 26 ottobre 1563, *CT*, IX, p. 902.

²² Cfr. NIKOLAUS SCHÖCH, *La solennizzazione*, cit., p. 649: «In base al ruolo meramente probatorio delle solennità giuridiche, non desta meraviglia che una parte dei Padri conciliari si opponesse assiduamente sino alla fine alla prescrizione di solennità giuridiche per la validità. Per evitare i mali sorti dalle nozze clandestine raccomandano solo mezzi coercitivi. Essi si trovano perfettamente sulla linea tracciata dal teologo Antonius Delfinus nel 1553 che ribadì che il modo di celebrare i matrimoni pubblicamente o segretamente non fa parte dell’essenza».

²³ NIKOLAUS SCHÖCH, *La solennizzazione*, cit., p. 670. Si veda anche GIUSEPPE DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Vita e pensiero, Milano, ristampa anastatica della prima edizione (1943): ottobre 1998, p. 27: «Particolarmente significativo è il fatto che per introdurre la nullità del matrimonio clandestino, si ricorse all’artificio di prospettarla come *inhabilitatio personarum*, appunto al fine di superare la tradizionale ripugnanza contro la subordinazione di un consenso, per sé naturalmente sufficiente, ad un estrinseco requisito di forma, cioè contro ogni deroga al prevalente principio della saldezza matrimoniale che non fosse fondata sopra a un difetto della struttura intrinseca del negozio».

²⁴ La votazione finale vide comunque 55 voti contrari al decreto *Tametsi*. Il dato è richiamato in NIKOLAUS SCHÖCH, *La solennizzazione*, cit., p. 668. Sul punto, cfr. anche ALESSANDRO GIRAUDO, *L’impedimento di età nel matrimonio canonico (can. 1083). Evoluzione storica e analisi delle problematiche attuali della dottrina e della prassi*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2007, p. 141.

trimonio²⁵, che richiedeva la presenza del parroco e di due o tre testimoni.

Nel corso della discussione tridentina, le attenzioni dei Padri furono prevalentemente puntate sulla questione dei matrimoni clandestini, che tanto scompiglio creavano nella vita sociale ed ecclesiale²⁶, nondimeno emerse anche il problema del matrimonio presunto, che da alcuni teologi non era considerato sacramento²⁷.

Benché la materia non fosse stata regolata espressamente, e nonostante non si fosse neanche dato seguito alla proposta di alcuni Padri conciliari di introdurre vincoli di forma pure per gli *sponsalia*²⁸, dopo il Tridentino, il matrimonio presunto poté restare in uso soltanto nei luoghi in cui il Concilio non era stato pubblicato²⁹.

²⁵ Cfr. *Storia della Chiesa. Riforma e Controriforma*, diretta da HUBERT JEDIN, Jaka Book, Milano, 1975, p. 593: «La ventiquattresima sessione dell'11 novembre 1563 riguardò tre decreti dei quali è difficile sopravvalutare l'importanza: un decreto dogmatico convalidava la sacramentalità del matrimonio, la sua indissolubilità e il diritto della chiesa di porre impedimenti al matrimonio. Il decreto di riforma *Tametsi* faceva dipendere per l'avvenire la validità del matrimonio dall'osservanza della *forma tridentina* e cioè dallo scambio del consenso dinanzi al parroco competente e a due o tre testimoni».

²⁶ Cfr. *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, a cura di Silvana SEIDEL MENCHI e DIEGO GUAGLIONI, Il Mulino, Bologna, 2001.

²⁷ Cfr. in proposito l'opinione dell'autorevole teologo MELCHIOR CANO, *Locorum theologicorum libri duodecim*, Libro VIII, Venetiis, Bartolomeo Rubino, p. 479.

²⁸ Cfr. GABRIELLA ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, cit. p. 478 ss.

²⁹ L'obbligatorietà della forma canonica del matrimonio, sancita dal Concilio di Trento, venne imposta, in modo generale, solo con il decreto *Ne temere* del 2 agosto 1907, emanato dalla Sacra Congregazione del Concilio: SACRA CONGREGATIO CONCILII, *Decretum Ne temere*, p. 527-530: «III. *Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram parochio vel loci Ordinario vel sacerdote ab alterutro delegato et duobus saltem testibus...*

VII. *Imminente mortis periculo, ubi parochus vel loci Ordinarius vel sacerdos ab alterutro delegatus haberi nequeat, ad consulendum conscientiae et (si casus fuerat) legitimationi prolis matrimonium contrahi valide ac licite potest coram quolibet sacerdote et duobus testibus.*

VIII. *Si contingat, ut in aliqua regione parochus locive Ordinarius aut sacerdos ab eis delegatus, coram quo matrimonium celebrari queat, haberi non possit eaque rerum condicio a mense iam perseveret, matrimonium valide ac licite iniri potest emisso a sponsis formali consensu coram duobus testibus.*

XI. §1. *Statutis superius legibus tenentur omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eam ex haeresi aut schismate conversi (licet sive hi sive illi ab eadem postea defecerint), quoties inter se sponsalia vel matrimonium ineant.*

§2. *Vigent quoque pro iisdem de quibus supra catholicis, si cum acatholicis sive baptizatis sive non baptizatis, etiam post obtentam dispensationem ab impedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus, sponsalia vel matrimonium contrahunt; nisi pro aliquo particulari loco aut regione aliter a S. Sede sit statutum.*

§3. *Aatholicis sive baptizatis sive non baptizatis, si inter se contrahunt, nullibi ligantur ad catholicam sposalium vel matrimonii formam servandam». Cfr., sull'argomento, ANNA SAMMASSIMO, *Nullità del matrimonio per vizio di forma (can. 1108)*, commento alla sentenza rotale *coram* Pompedda del 14 febbraio 1997, in OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici, con cinque sentenze rotali commentate a cura di Anna Sammassimo*, Vita e Pensiero, Milano,*

Di fatto, la fine dell’istituto³⁰ venne sancita, in via generale, da Leone XIII, con il decreto *Consensus mutuus* del 15 febbraio 1892³¹, ove si stabiliva che «*copula carnalis sponsalibus superveniens non amplius ex iuris praesumptione coniugalis contractus censeatur, nec pro legitimo matrimonio agnoscatu seu declaretur*».

3. La “convalida” canonica del matrimonio: possibilità operative e limiti nei matrimoni civili e nelle c.d. unioni di fatto

Con il provvedimento di Leone XIII, l’istituto del matrimonio presunto smise di avere rilievo giuridico e di esso non si fece menzione nel codice pio-benedettino. Neanche il codice del 1983 prevede tale istituto, sancendo, come la normativa precedente, l’obbligatorietà della forma canonica di celebrazione del matrimonio, con l’importante innovazione, però, di esentare dal rispetto della stessa i cattolici che abbiano abbandonato la fede con atto formale³². Tale esenzione, comunque, è venuta meno per effetto del motu proprio “*Omnium in mentem*” del 15 dicembre 2009.

L’imposizione di una forma canonica di celebrazione del matrimonio non lascia posto a istituti come il matrimonio presunto che è completamente scomparso dalla normativa e dalla prassi canonica. Tuttavia, le suggestioni provocate dalla raffinata teoria della presunzione di consenso matrimoniale, tratta da un elemento fattuale, come era quello della copula, non hanno mai smesso di attirare gli studi dottrinali e di provocare le riflessioni dei canonisti.

Oltre alle note diatribe dottrinali, centrate sulla possibilità di riconoscere

2008, p. 311: «Mentre il decreto Tametsi attribuiva al parroco proprio dei contraenti la competenza ad assistere al loro matrimonio, il decreto Ne temere ha invece affermato un criterio di competenza più specificamente territoriale, in base al quale sono competenti ad assistere ai matrimoni celebrati entro i confini del proprio territorio il parroco e l’ordinario del luogo».

³⁰ Cfr. MYRIAM TINTI, *Condizione esplicita e consenso implicitamente condizionato nel matrimonio canonico*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 2000, p. 44: «Da rilevare, però, che mentre è assolutamente chiara la soppressione del matrimonio presunto fondata sugli *sponsalia* e sul matrimonio degli impuberi, non risulta così evidente la soppressione del matrimonio presunto basato sul consenso *de presenti* condizionato, seguito da copula. Nel periodo postridentino, infatti, ci furono canonisti di grande autorità sia per la sentenza affermativa di tale soppressione, che per quella negativa».

³¹ Cfr. *ivi*, p. 45, ove si rileva che il provvedimento di Leone XIII abolì «ove fosse in vigore, il matrimonio presunto basato sugli *sponsalia* e la copula susseguente, dando come ragione fondamentale che, cambiate le circostanze storiche, allora non si poteva presumere più che gli “*sponsi*” compissero l’atto sessuale “*animo maritali*” e non piuttosto fornicario».

³² Cfr. JOSEF PRADER, *La forma di celebrazione del matrimonio*, in *Il matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, pp. 283-300.

o meno un valore sanante alla convivenza pacifica instaurata tra le parti³³, alla presunzione di consenso, volta a consentire il recupero di matrimoni nulli, si faceva riferimento, anche nel corso dei lavori preparatori per il nuovo *Codex*. Ma «fu facile alla Commissione riaffermare con vigore il principio consensuale su cui è fondato l'assetto normativo, di diritto naturale, relativo al negozio e al Sacramento del matrimonio: "*Lex nequit supplire consensum neque in casu convalidationis; difficile esset determinare in quondam momento matrimonium validum fit*". Fu altresì agevole alla Commissione rilevare "*cohabitationem non esse signum certum renovationis consensus, neque tacitae, quia ex solo facto cohabitationis probari nequit partem habuisse intentionem renovandi consensum, quae intentio tamen semper requiritur; non habetur nisi praesumptio renovationis consensus*"»³⁴.

Se la normativa canonica appare essere oggi ferma in ordine alla richiesta di un consenso effettivo per la celebrazione del matrimonio³⁵, escludendo qualsiasi forma di presunzione rispetto allo stesso, la normativa civile, in diversi casi, attribuisce ad alcuni elementi di fatto un rilievo ai fini del recupero dei matrimoni invalidi. Il codice civile italiano prevede, ad esempio, che il matrimonio viziato non possa essere più impugnato, e sia quindi sanato di diritto, per effetto di alcune circostanze di fatto, tra le quali possono acquistare un precipuo valore la coabitazione o la convivenza³⁶.

Appare evidente che, in tali casi, la preoccupazione del legislatore è stata quella di salvaguardare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, dando rilievo a elementi sananti rispetto ai vizi genetici dell'atto di celebrazione del matrimonio³⁷.

³³ Cfr. FELICE CAPPELLO, *La legislazione ecclesiastica e suoi eventuali perfezionamenti*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1942, pp. 385-389; PIO FEDELE, *In tema di convalida del matrimonio canonico nullo per difetto e vizio di consenso*, in *Scritti di diritto canonico in onore di M. Magliocchetti*, II, Roma, 1975, p. 487 ss.

³⁴ GINESIO MANTUANO, *Convalida*, cit., p. 568.

³⁵ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nullità o annullabilità matrimoniali*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 178: «Per quel che riguarda la rilevanza del consenso – molto più ampia nel diritto canonico – la differenza tra i due ordinamenti è netta e non consente di aderire all'opinione dello Jemolo che nell'ambito civile vi sia un maggior rispetto della volontà individuale, mentre è vero, almeno nella fase prodromica, meno in quella del rapporto, che il matrimonio canonico si differenzia da quello civile perché tende ad assicurare la pienezza della libertà e la purezza del consenso, ampliando con ciò notevolmente le ipotesi di nullità». Si rinvia anche a GILDA FERRANDO-AGNESE QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Ipsa, 2007; ANTONIO INGOGLIA, *Le nullità matrimoniali nella prospettiva canonistica*, in <http://www.statoecchiese.it>, (giugno 2007).

³⁶ Si può tenere presente l'art. 123, comma 2, c.c. che prevede che il matrimonio non può essere impugnato «decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima».

³⁷ Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UN., sentenza n. 4700 del 20 luglio 1988: «Sulla base degli art.

Ben diversa è la prospettiva adottata dall’ordinamento canonico dinanzi a fattispecie matrimoniali viziate da nullità³⁸. Poiché il matrimonio ha natura sacramentale, non sembra ammissibile il riconoscimento di un’efficacia sanante a situazioni di fatto, come la convivenza, che andrebbero a scalfire l’importanza e la centralità dello scambio del consenso per la valida costituzione del vincolo matrimoniale.

Non è un caso che le due forme di convalida previste dal *Codex*³⁹ fanno sempre riferimento all’esistenza di un valido consenso. La *convalidatio simplex*, cui si può ricorrere nei casi in cui il vincolo risulta essere inficiato dalla presenza di un impedimento dirimente, o da un difetto di forma, o da un difetto del consenso⁴⁰, richiede la rinnovazione del consenso⁴¹ e ha effetto *ex nunc*⁴². La *sanatio in radice*, invece, è la convalidazione di un matrimonio nullo

2 e 29 cost. si osserva che i diritti della famiglia sono riconosciuti perché appartengono ad una società naturale fondata sul matrimonio, società rientrante “nelle formazioni sociali” contemplate dall’art. 2 cost., ove si svolge la personalità del singolo, i cui diritti inviolabili sono garantiti dalla Repubblica (Cass. n. 5354-87; Cass. n. 192-88), argomentati da tale formulazione che le anzidette norme considerano il matrimonio come titolo indispensabile ma non sufficiente per l’esistenza della famiglia, abbisognante del supporto “naturale”, del comportamento “societario” dei suoi componenti (Cass. n. 5358-87), con la conseguenza che il matrimonio non è solo riconducibile nella figura dell’atto negoziale in quanto l’attuazione degli impegni assunti assurge a fatto costitutivo della famiglia, quale entità cardinale dell’assetto sociale, fondata su una piena comunanza di vita, spirituale e materiale, dei soggetti che la compongono (Cass. n. 5358-87) e con l’ulteriore conseguenza che le richiamate norme tutelano la stabilità della comunanza di vita, spirituale e materiale, fra i coniugi e salvaguardando, cioè, l’istituto del matrimonio concepito nel suo momento sociale e dinamico, e l’unità della famiglia stessa, come società naturale su di esso fondata (Cass. n. 5354-87). Questa interpretazione delle norme costituzionali viene ad essere giustificata soprattutto sulla base della legislazione ordinaria quale si è venuta evolvendo a seguito dell’introduzione del principio della dissolubilità del matrimonio e della riforma del diritto di famiglia, che ha privilegiato il fatto della convivenza – qualificata – dei coniugi, anche sdin presenza di determinati vizi dell’atto che ne costituisce la fonte, dando così prevalenza al matrimonio-rapporto, rispetto al matrimonio-atto, e alla rinnovazione del consenso dato dai coniugi, nonostante il vizio, con l’instaurazione del consorzio coniugale (Cass. n. 192-88)».

³⁸ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nullità o annullabilità*, cit., p. 171.

³⁹ Cfr. MARIO PETRONCELLI, *Diritto canonico*, Jovene Editore, Napoli, 1996, p. 318: «Il diritto canonico, essendo legato al principio del *favor matrimonii*, come ammette che il matrimonio si debba ritenere valido sino a prova contraria, così ammette la convalida del matrimonio originariamente invalido e prescrive che, in caso di giudizio di nullità, il giudice deve indurre le parti *ad consensum renovandum*, o *ad dispensationem petendam* (can. 1676), cioè a convalidare il loro matrimonio». Si veda anche, in generale, PIERO PELLEGRINO, *La convalida del matrimonio Canonico*, in *Diritto e Religioni*, 2008, 1, p. 74 ss.

⁴⁰ Cfr. ENRICO VITALI- SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 166.

⁴¹ Il codice, al can. 1159, prevede anche una forma di rinnovazione segreta del consenso, fatta da una sola delle parti perdurando il consenso dell’altra, ma, comunque, in tal caso, resta necessaria una rinnovazione del consenso inizialmente difettoso.

⁴² Cfr. MARIO FERRABOSCHI, voce *Convalidazione*, cit., p. 508: «La convalidazione canonica non è

per effetto di dispensa da un impedimento o vizio di forma. Producendo i suoi effetti *ex tunc*, la *sanatio* si presenta come un rimedio straordinario, che si fonda sul presupposto che, tra le parti, vi sia stato un valido consenso, reso però inefficace per l'esistenza di un impedimento o vizio di forma.

La crisi attuale in cui versa l'istituto matrimoniale⁴³, per l'ampia percentuale di separazione e divorzi, nonché di processi di nullità fondati su difetto del consenso e per la diffusione del ricorso a matrimoni meramente civili o a forme di convivenza *more uxorio*⁴⁴, ha fatto sì che l'istituto della *sanazione* dovesse misurarsi con le necessità imposte dalla nuova realtà sociale, con esiti, peraltro, profondamente diversi a seconda della fattispecie presa in considerazione. Se si può registrare una certa apertura nei confronti dei matrimoni contratti solo nella forma civile, per i quali, in alcuni casi, si ammette il ricorso alla sanazione in radice, resiste una diffusa ostilità a "convalidare" le c.d. "unioni di fatto"⁴⁵.

Nei matrimoni contratti solo civilmente, che sono chiaramente nulli per i cattolici che sono obbligati al rispetto della forma canonica, si ritiene possibile ravvisare l'esistenza di un consenso *naturaliter sufficiens*⁴⁶, posto a fondamento della convalidazione: «Ora la Chiesa con un provvedimento amministrativo può riconoscere valido, legittimo, indissolubile e sacramento quel consenso espresso davanti all'ufficiale di stato civile, senza richiedere agli sposi di rinnovare il consenso davanti al sacerdote, e concedendo la retroazione al passato (alla radice, al matrimonio civile) degli effetti canonici, cioè della grazia del Signore. È una possibilità che l'Ordinario della Diocesi

né rinuncia all'azione di nullità, né – per quanto essa sia possibile con atto meramente interno – la semplice integrazione di una volontà difettosa, ma essa è invece una vera e propria rinnovazione del negozio attraverso un *novus voluntatis actus*».

⁴³ Cfr. GILDA FERRANDO-AGNESE QUERCI, *L'invalidità del matrimonio*, cit., p. 86; VITTORIO FILIPPI, *Dove va la famiglia italiana? Alla ricerca di un senso di marcia*, in *Aggiornamenti sociali*, 2003, pp. 187-198; GIAN PAOLO SALVINI, *La famiglia in Italia, protagonista dimenticata*, in *La Civiltà Cattolica*, 5 settembre 2009, pp. 400-407.

⁴⁴ Si vedano le belle pagine di GAETANO LO CASTRO, *Famiglia e matrimonio nella temperie della modernità*, in *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel Codice di diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 17-33.

⁴⁵ Cfr. *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2007; F. GRILLINI-M.R. MARELLA, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza fra status e contratto*, Napoli, 2001; GIAN PAOLO MONTINI, *Le situazioni matrimoniali irregolari e difficili*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1993, pp. 236-248; JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, "Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. *Rassegna della legislazione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2003, 2, pp. 343-364.

⁴⁶ Cfr. GIACOMO BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, Cedam, Padova, 2008.

può concedere alle due parti o a una sola parte, specialmente nel caso in cui una parte si dichiara non credente o contraria a sottostare all’ordinamento canonico della Chiesa. La Chiesa quale madre amorosa viene incontro alla parte credente riconoscendole unilateralmente valido, legittimo e indissolubile il matrimonio civile, dandole la possibilità di riaccostarsi ai sacramenti. La sanazione in radice permette così al battezzato di riottenere quella pace interiore perduta con la celebrazione del matrimonio civile, e reinserirsi a pieno titolo nella comunità cristiana»⁴⁷.

Nelle unioni di fatto, invece, si ritiene che manchi del tutto un consenso di tipo matrimoniale, poiché, nonostante le diverse tipologie delle “convivenze” di fatto e pur considerando le differenti motivazioni su cui le stesse poggiano⁴⁸, sembra comunque che in esse manchi proprio la volontà di stabilire un consorzio di tipo coniugale, civile o religioso, con i diritti e gli obblighi propri del matrimonio: «La realtà delle famiglie di fatto, per quanto presenti attese dei componenti pressoché speculari a quelle della famiglia legittima, a differenza di questa, è posta in essere da persone che non intendono (o non ritengono opportuno) accedere al matrimonio; sorge con un atto di volontà privo di qualsiasi forma che, molto probabilmente, è volere poco incline a sottoscrivere accordi che stabilizzerebbero la strutturazione (o non può manifestarsi in tal senso, per il perdurare di precedenti vincoli matrimoniali e di conseguenti vantaggi)»⁴⁹.

Se si tentasse quindi di assumere il dato della *pacifica cohabitatio* come elemento volto a comprovare la sussistenza di una volontà coniugale nelle unioni di fatto, si potrebbe giungere a risultati pericolosi e fuorvianti.

Peraltro, l’inopportunità di stabilire forme di equiparazione tra matrimonio e unioni di fatto, non sembra possa giungere a un discorso di netta chiusura.

Lo stesso Pontificio Consiglio per la Famiglia, nel documento su *Famiglia, matrimoni e “unioni di fatto”*, del 26 luglio 2000⁵⁰ rilevava: «Tuttavia non sempre le unioni di fatto sono il risultato di una chiara scelta positiva: a volte le persone che convivono in queste unioni mostrano di tollerare o subire

⁴⁷ Vicariato di Roma, Mons. Virgilio La Rosa, Direttore dell’Ufficio Matrimoni, “*I casi difficili del matrimonio. Indicazioni giuridico-pastorali*”, in <http://www.vicariatusurbis.org>.

⁴⁸ Cf. MARIA RITA MOTTOLA, *Famiglia e unioni di fatto*, in *Famiglia e persone*, coordinato da Rita Rossi, Utet, 2008, p. 351 ss.

⁴⁹ FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER, *Note a margine degli interventi in materia di “convivenze”*, in *Diritto e Religioni*, 2008, 1, p. 423.

⁵⁰ Reperibile sul sito <http://www.vatican.va>.

questa situazione. In alcuni paesi, la maggior parte delle unioni di fatto è dovuta ad una disaffezione al matrimonio, non per motivi ideologici, bensì per l'assenza di una formazione adeguata alla responsabilità, prodotta dalla situazione di povertà e di emarginazione dell'ambiente in cui vivono [...]. In questo contesto non è raro trovare unioni di fatto in cui sia espressa, fin dall'inizio, una volontà di convivenza, in principio autentica, in cui i conviventi si considerano uniti come se fossero marito e moglie, e si sforzano di assolvere obblighi simili a quelli del matrimonio»⁵¹.

Proprio la storia del matrimonio nella Chiesa, ove prima che fosse imposta la forma solenne per la celebrazione delle nozze esistevano matrimoni clandestini e presunti, cui non poteva negarsi il carattere sacramentale, dovrebbe suggerire prudenza nella lettura delle realtà delle c.d. unioni di fatto, nelle quali, comunque, potrebbe essere presente un consenso effettivamente matrimoniale. Se deve scartarsi la possibilità di supplire, attraverso presunzioni, alla manifestazione del consenso matrimoniale, così come avveniva nel c.d. matrimonio presunto, nondimeno appare viziato anche l'orientamento teso ad escludere *a-priori* il valore, magari intrinsecamente matrimoniale, di un consenso manifestato in forme non conformi a quella tridentina, eppure in sé valido sul piano teologico, benché inefficace per il diritto canonico⁵².

⁵¹ PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Famiglia Matrimoni e "unioni di fatto"*, 26 luglio 2000, cit.

⁵² Cfr. PIERO PELLEGRINO, *La convalida*, cit., p. 97; GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale*, cit., p. 223.