



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2008
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

5

 **LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 1-2008
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. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, 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
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

La convalida del matrimonio Canonico

PIERO PELLEGRINO

I. La convalidazione semplice

1. Se un matrimonio è viziato di nullità, si può ricorrere a una delle seguenti soluzioni: a) che si continui nella coabitazione “uti frater et soror”; b) che si istituisca il giudizio per la dichiarazione di nullità; c) che si ricorra al procedimento di convalida del matrimonio¹. Il diritto canonico, secondo il codice pio-benedettino, come la presunzione generale che il matrimonio di cui sia dubbia la validità si debba ritenere valido fino a prova contraria (can. 1014), così ammette e facilita la convalidazione di matrimoni inizialmente invalidi o per la presenza di impedimenti dirimenti o per vizio del consenso o per difetti di forma sostanziale, ed impone anzi al giudice, davanti al quale il matrimonio sia impugnato, di indurre le parti alla convalidazione (can. 1965)². Attraverso questa si ha la trasformazione di un matrimonio nullo in matrimonio valido, sicché la convalidazione è quell’atto per cui si rende valido un matrimonio già invalidamente concluso³. Peraltro, la convalida secondo i principi civilistici generali, non è possibile di fronte all’inesistente, bensì soltanto di fronte a ciò che è nullo, ma non inesistente, in base alla nota distinzione civilistica; ma, di fronte al matrimonio nullo, e come tale inesistente, la Chiesa ammette la convalidazione⁴. La convalidazione del matrimonio può aversi in due forme, la convalidazione semplice e la sanazione in radice; la

¹ VINCENZO DEL GIUDICE, *Sommario di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1979, p. 113.

² MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. I, Padova 1936, p. 284.

³ DOMENICO SCHIAPPOLI, *Il matrimonio secondo il diritto canonico e la legislazione concordataria italiana*, Napoli 1932, p. 255. In precedenza PIETRO GASPARRI, *Tractatus De matrimonio*, Roma 1932, p. 252.

⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna 1983, p. 394.

differenza è che, mentre la convalidazione semplice richiede la rinnovazione del consenso matrimoniale e pertanto la cooperazione attiva di almeno uno dei coniugi, la sanazione in radice, invece, non richiede tale rinnovazione, anzi, può avvenire con la dispensa dalla rinnovazione del consenso anche indipendentemente dalla volontà e consapevolezza delle parti, per sola disposizione del Superiore⁵. Nel primo caso sia ha la convalidazione semplice, nel secondo la sanazione in radice. Esse si differenziano sostanzialmente in ciò che, pur presupponendo entrambe la perseveranza del consenso matrimoniale nei due coniugi, la prima esige, mentre la seconda non richiede la rinnovazione del consenso e, in quanto all'efficacia con la prima il matrimonio ottiene i suoi effetti per il futuro, mentre con la seconda gli effetti datano dal giorno della celebrazione del matrimonio⁶.

Quanto alla convalidazione semplice, il codice prevede una triplice ipotesi a seconda che il matrimonio sia nullo per l'esistenza di un impedimento dirimente (*defectus habilitatis*), per un difetto o vizio del consenso, per un difetto di forma.

Nel primo caso, se si tratta della presenza di un impedimento dirimente, se l'impedimento non può essere tolto, la convalidazione semplice è impossibile⁷. Dunque, a norma del can. 1133 per convalidare un matrimonio nullo per un impedimento dirimente sono richieste due cose: che sia rimosso l'impedimento e che sia rinnovato il consenso almeno dalla parte consapevole dell'impedimento⁸. Sicché, se l'impedimento non cessa di per sé o non può essere dispensato, il matrimonio non è convalidabile. Nella rinnovazione del consenso, che è un nuovo atto di volontà sopra il matrimonio che consta essere nullo fin dall'inizio (can. 1134), si procede diversamente a seconda che l'impedimento sia pubblico o occulto (can. 1135). Se l'impedimento è pubblico, il matrimonio deve essere rinnovato nella forma prescritta dal diritto, cioè davanti al parroco o ai testimoni; se si tratta di un caso ordinario, ovvero, se concorrono circostanze straordinarie, previa autorizzazione dell'Ordinario, in forma segreta, al fine di evitare uno scandalo oppure quando vi sia qualche difficoltà grave al compimento della celebrazione dinanzi al parroco o all'ordinario o al sacerdote delegato⁹. Conseguentemente, se l'impedimento

⁵ ARNALDO BERTOLA, *Il matrimonio religioso*, Torino 1953, p. 328.

⁶ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 257; ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 238; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 255.

⁷ IOANNIS CHELODI, *Ius matrimoniale iuxta codicem iuris canonici*, Tridentini 1921, p. 18.

⁸ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 255.

⁹ ANTONIO BOGGIANO PICO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Torino 1936, p. 610.

è pubblico, la rinnovazione del consenso deve avvenire da tutte e due le parti pubblicamente nel modo prescritto dal diritto, sia in forma ordinaria, sia in forma straordinaria¹⁰.

È da tener presente che la rinnovazione del consenso è richiesta *iure ecclesiastico* con la conseguenza che è riformata l'opinione di quanti sostenevano che doveva essere rinnovato il consenso per diritto naturale, e non soltanto per diritto umano, non avendo valore quello prestato da chi era inabile e da chi conosceva l'esistenza dell'impedimento¹¹. Il fatto che il can. 1133 richieda che la rinnovazione del consenso sia fatta per diritto ecclesiastico e non per diritto naturale non è una questione teorica, ma comporta che, dovendosi giudicare della validità di un matrimonio relativo a infedeli, dovrà tenersi presente che il matrimonio è rimasto convalidato se è venuta meno la causa di nullità, anche senza rinnovazione del consenso; ma per diritto positivo, venuta meno la causa di nullità inerente ad una inabilità della persona, almeno la parte conscia della nullità deve rinnovare il consenso, là dove la rinnovazione è un nuovo atto di volontà in ordine al matrimonio che dall'inizio consta essere nullo; con la conseguenza che occorre perché si abbia un nuovo consenso o che consti della nullità o che almeno la si ipotizzi e si emetta il consenso per la ipotesi della nullità del matrimonio¹².

Se, dunque, l'impedimento, e quindi la nullità del matrimonio, era pubblica, il consenso dovrà essere rinnovato nella forma stabilita dal *Codex* per il matrimonio, cioè dinanzi al parroco e a due testimoni; peraltro il vescovo potrà permettere che la rinnovazione del consenso avvenga in casa, ma non dovrà restare segreta, perché altrimenti agli occhi del mondo si avrebbe convivenza di persone non legate da vincolo efficace¹³.

Se l'impedimento era occulto (can. 1135), ma noto ad entrambe le parti, è necessario e sufficiente che entrambe rinnovino il consenso privatamente e in segreto, cioè senza la presenza del parroco e dei testimoni, e all'insaputa di ogni terzo¹⁴. Non saranno necessarie speciali parole o forme, perché potranno bastare dei segni, o la copula seguita con affetto maritale, non sarà neppure necessario che la rinnovazione del consenso avvenga simultaneamente¹⁵. Dunque, la legge si accontenta di una rinnovazione del consenso in forma

¹⁰ MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 285.

¹¹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 396.

¹² ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 397.

¹³ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 397.

¹⁴ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 239.

¹⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, pp. 197-198.

privata e segreta, perché la rinnovazione fatta nella forma ordinaria, davanti al parroco e ai testimoni, susciterebbe clamore e scandalo, il che la Chiesa procura in ogni modo di evitare. La rinnovazione del consenso fatta *privatim* è quella compiuta senza la presenza del parroco e dei testimoni, cioè senza la forma o sostanziale o accidentale, prescritta dalla legge, essendo sufficiente che le parti si dicano scambievolmente: “tu sei mia moglie, tu sei mio marito”, perché il matrimonio sia convalidato¹⁶.

Se l'impedimento sia occulto ai terzi ed ignoto ad una delle parti, è sufficiente che la sola parte che è a conoscenza dell'impedimento rinnovi il consenso *privatim et secreto* purché l'altra parte perseveri nel proprio consenso (can. 1135, 3)¹⁷. In base alla disposizione di cui al canone suddetto, la parte consapevole dell'impedimento non è tenuta a farlo noto all'altro coniuge, il quale, ignorando l'esistenza dell'impedimento, non è tenuto a rinnovare il consenso, e non si richiede da parte sua, se non che egli perseveri nel consenso prestato allorquando contrasse il matrimonio¹⁸. Il diritto canonico presume in ogni caso il perdurare del consenso dell'altro coniuge, purché non risulti da un atto positivo che esso sia stato revocato; e neanche la morale certezza che l'altro coniuge voglia revocare il consenso e troncare la vita coniugale varrebbe a distruggere questa presunzione, perché una simile disposizione di animo è considerata come puramente ipotetica, e non può avere giuridico effetto se non si traduce in un vero e proprio atto di volontà contrario¹⁹.

Quanto alla parte che è a conoscenza dell'impedimento, essa può rinnovare il consenso, oltre che con parole o altri modi, anche con un atto puramente interno di volontà, oppure mediante la copula attuata con animo maritale, o anche per mezzo di atti che esprimano l'ossequio coniugale, e intesi a questo fine²⁰. Si afferma così che questa ipotesi che si dà quando non si possa o non convenga dare notizia dell'impedimento alla parte ignara, per il pericolo che possa derivare grave danno dalla rivelazione dell'impedimento, fa nascere la domanda sul come possa ritenersi accertato che il coniuge ignaro perseveri nel consenso matrimoniale, e l'opinione comune è nel senso di presumere

¹⁶ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 257; ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 611.

¹⁷ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 257.

¹⁸ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 611.

¹⁹ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, pp. 611-612. Per quanto concerne la revoca del consenso, JAVIER HERVADA, *La revocacion del consentimiento matrimonial*, in *Jus canonicum*, 16 (1976), pp. 271-285 e ora in *Vetera et nova*, Pamplona, vol. I, 1991, pp. 727 ss.

²⁰ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 612.

verificata questa condizione quando manchino segni positivi della revoca del consenso²¹. In altri termini, in pratica si considera che persista il consenso in tutti i casi in cui si dà la continuazione della convivenza, quale possa essere lo stato di animo della parte ignara della nullità, e che colui che ha rotto la convivenza coniugale ha manifestato come poteva il suo dissenso specie se ha contratto, attraverso il divorzio, matrimonio civile, con la conseguenza che la nuova *affectio maritalis* elimina necessariamente la vecchia, ed importa così revoca del consenso²².

Si riassume la questione, osservando che se la nullità dipende da un impedimento dirimente, bisogna che l'impedimento cessi o che da esso si ottenga dispensa, e la rinnovazione del consenso dovrà farsi pubblicamente oppure *privatim et secreto* secondo che l'impedimento, il quale ha cagionato la nullità, sia pubblico o occulto, tenendo presente che l'incontro dei consensi può avvenire anche senza contemporaneità di manifestazione, purché il primo perseveri fin tanto che viene espresso il secondo²³.

2. Può accadere che il matrimonio contratto sia nullo per difetto di consenso. Orbene, se al difetto di consenso non può supplire neanche la Chiesa, a norma del can. 1081 c.i.c., tuttavia il Codice i.c. prevede la possibilità della convalidazione del matrimonio nullo, mediante una posteriore prestazione di un consenso valido. La disposizione di cui al can. 1136 contempla, infatti, la convalidazione del matrimonio nullo per difetto di consenso, che si effettua nel caso in cui la parte che non aveva acconsentito validamente presti il suo consenso, purché però perduri il consenso già prestato dall'altra parte. È evidente che la parte o le parti che debbono rinnovare il consenso debbono essere consapevoli della nullità del matrimonio già contratto, perché senza tale scienza del vizio del consenso inizialmente emesso il matrimonio continuerebbe ad essere puramente apparente e qualunque manifestazione d'animo maritale non sarebbe che la continuazione del precedente consenso nullo, e non sarebbe efficace a risanare il vizio²⁴. Deve poi sottolinearsi il fatto che, perché possa darsi una rinnovazione di consenso, occorre che venga meno

²¹ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 240. Cfr. MARIO FALCO, il quale afferma che quest'ultima ipotesi si ha quando non si può comunicare l'impedimento alla parte ignara o perché sono comunque da temere gravi danni dalla comunicazione, e in questo caso è sufficiente una qualunque manifestazione del consenso (*op. cit.*, p. 285).

²² ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 399.

²³ MARIO FERRABOSCHI, voce *Convalidazione del matrimonio* (Diritto canonico), in *Enc. del diritto*, vol. X, Milano 1962, p. 507. Così anche VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 114.

²⁴ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 612.

la ragione che ha determinato il vizio da cui era stato affetto, cioè l'errore, la coercizione, la simulazione, ecc.²⁵. È poi chiaro che non ha importanza la mancata simultaneità nella manifestazione dei due consensi, essendo sufficiente la contemporaneità, detta morale, che si ha quando avviene l'incontro dei due consensi prestati anche in tempi diversi²⁶. Il matrimonio, quindi, può essere nullo per mancanza o vizio di consenso di una o di entrambe le parti; ipotesi nelle quali il matrimonio può essere convalidato solo attraverso la prestazione di un nuovo consenso, poiché la Chiesa non ha la potestà di supplire al consenso mancante²⁷.

Se il difetto del consenso fu meramente interno è sufficiente che la parte che non aveva consentito consenta anche solo interiormente, cioè con un atto di individuale libera volontà senza esterna manifestazione. È necessario peraltro che la parte abbia notizia della nullità del matrimonio e di poi è sufficiente che rinnovi il consenso con un nuovo atto di volontà interno senza avvisare di tale atto l'altra parte, purché questa abbia consentito e perseveri nel consenso²⁸. Il nuovo consenso può desumersi dal fatto della copula o della coabitazione seguita liberamente da parte del coniuge sciente²⁹. Conseguentemente, se il difetto del consenso fu meramente interno, come nel caso della simulazione, è sufficiente che la parte, il cui consenso fu viziato, consenta internamente, purché alla manifestazione della volontà si aggiunga la volontà reale³⁰. È possibile però una *affectio maritalis* da parte di chi in origine non aveva prestato che un consenso simulato o comunque viziato. In tale ipotesi si può fare il caso di una donna che sposò con *metus* grave e che quindi simulò radicalmente il suo consenso, ma che poi durante la convivenza venga ad amare profondamente l'uomo che le era stato imposto: orbene la vita coniugale pacifica ed affettuosa è presunzione di rinnovazione del consenso, anche se trattasi di una presunzione *hominis tantum* non già di una presunzione assoluta, che non ammette prova in contrario³¹.

Se il difetto di consenso fu anche esterno, il consenso deve essere prestato

²⁵ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 241.

²⁶ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 242.

²⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 400, il quale afferma, considerando la incapacità naturale, quale vizio del consenso, che se il consenso mancò per incapacità naturale della persona a prestarlo occorrerà naturalmente siano mutate le sue condizioni mentali.

²⁸ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 181; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, pp. 257-258; ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 613.

²⁹ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 243.

³⁰ MARIO FALCO, *op. cit.*, pp. 285-286.

³¹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 401.

anche esternamente con parole o con segni esterni³². La forma della manifestazione è diversa a seconda che la nullità del matrimonio, dipendente dal vizio del consenso, sia pubblica oppure occulta. Nel caso in cui la causa della nullità sia pubblica, possa cioè provarsi nel foro esterno e quindi davanti al Tribunale, la manifestazione del nuovo consenso dovrà farsi in forma pubblica; laddove è causa di nullità pubblica, ad esempio, il *metus gravis ab extrinseco incussus*³³. Se il vizio del consenso sia esterno, ma occulto, cioè tale da non potersi provare nel foro esterno, il consenso dovrà essere manifestato esternamente, ma anche in modo privato e segreto; ed allora potrà bastare ogni manifestazione idonea, che abbia un minimo di exteriorità³⁴; cioè per semplice copula avuta *affectu maritali* o con delle espressioni di ossequio coniugale³⁵. In base alla distinzione tra difetto pubblico e difetto occulto, i Tribunali ecclesiastici dichiarano la nullità di matrimoni contratti in seguito a violenza pubblica, cioè che si può provare nel foro esterno, anche dopo molti anni di libera coabitazione e di vita coniugale, nonostante quindi la convalidazione privata, perché il consenso, che avrebbe indotto la convalidazione, non è stato manifestato nella forma pubblica prescritta dalla Chiesa³⁶.

In conclusione se il difetto è pubblico, il consenso deve rinnovarsi nella forma prescritta dal diritto, cioè davanti al parroco e ai testimoni; se è esterno, ma occulto, deve rinnovarsi in modo privato segretamente³⁷.

Infine, se il matrimonio è invalido per difetto di forma, per convalidarlo, occorre rinnovare il consenso nella forma prescritta, vale a dire procedere ad una nuova celebrazione davanti al parroco e ai testimoni, a norma del can. 1137³⁸. Se una delle parti ricusi assolutamente di addivenire ad una nuova celebrazione, all'altra parte non resta che invocare la sanazione in radice; se invece una delle parti si rifiuti di acconsentire alla celebrazione in forma

³² IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 182; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 258; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 257.

³³ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 614, il quale afferma anche che, in tali casi, ben si comprende che una rinnovazione del consenso fatta segretamente avrebbe un valore morale, ma sarebbe destituita di qualsiasi valore giuridico.

³⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 402.

³⁵ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 614. Vedi al contrario ARTURO CARLO JEMOLO, secondo cui la copula *affectu maritali* di per sé non basta se non si aggiunga qualche altro elemento idoneo a dimostrare la volontà di convalidare le norme (*op. cit.*, p. 402).

³⁶ MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 286.

³⁷ GIOVANNI CAVIGIOLI, *Manuale di diritto canonico*, Torino 1946, p. 619; ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 243; MARIO FERRABOSCHI, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 508; VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 115.

³⁸ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 182; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 298; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 257.

pubblica, l'altra parte può chiedere all'ordinario l'autorizzazione a compiere la nuova celebrazione, anziché nella pubblica chiesa, nella sagrestia o nella casa canonica o nella stessa abitazione dei coniugi, in modo però che se fosse nota la nullità della precedente celebrazione, possa essere pure nota la convalidazione avvenuta³⁹. Quanto agli effetti della convalida, è chiaro che il matrimonio comincia a valere dal momento della convalidazione, e quindi *ex nunc*. Per quanto concerne la prole precedentemente concepita occorre distinguere se il matrimonio fu nullo per difetto di consenso o di forma oppure a causa di un impedimento dirimente. Nel primo caso la prole, a termini del can. 1116 in forza del matrimonio convalidato diventa legittima, nel caso di matrimonio nullo perché uno dei coniugi era legato da precedente vincolo, o dall'ordine sacro o dal voto solenne, la convalida, operatasi allorché si sciolse il vincolo o fu dispensato l'impedimento nascente dall'ordine sacro o dalla professione religiosa, non rende legittimi i figli nati prima dello scioglimento o della dispensa e concepiti allorquando era già sorto l'impedimento⁴⁰. Conseguentemente, la convalidazione semplice produce effetti *ex nunc* ossia non ha forza retroattiva, salvo che per la legittimazione della prole nata antecedentemente, durante il matrimonio invalido⁴¹.

3. In base alla discussione avutasi in sede di redazione dei nuovi canoni, relativi al Codex giovanneo-paolino, si ricava una nuova *mens* del legislatore il quale accenna all'opportunità di semplificare la modalità da seguire per la convalidazione del matrimonio nei casi di nullità per l'esistenza di un impedimento dirimente, di un vizio di consenso di uno dei nubenti, di un vizio di forma⁴². Nella discussione, si è ritenuto che potrebbero essere sufficienti o la coabitazione coniugale volontaria per un determinato tempo, se la nullità è dovuta a disposizioni di diritto positivo, o la presunzione della continuità del consenso, quando alla validità del matrimonio osta soltanto un impedimento dirimente che è venuto a cessare o è stato dispensato, o la presunzione di

³⁹ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 614, il quale sostiene che la nuova celebrazione può farsi segretamente se la nullità del matrimonio sia occulta; ma quando la nullità sia notoria, e non vi sia altro modo di evitare lo scandalo, la rinnovazione del consenso deve essere pubblica e la dispensa dell'ordinario dalla forma pubblica può essere concessa solo quando sia possibile, senza una celebrazione pubblica, evitare lo scandalo. Cfr. anche MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 286. Vedi anche ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 405, il quale afferma che il Vescovo in questi casi di rinnovazione del consenso accorderà con particolare facilità il permesso di celebrazione fuori dalla chiesa.

⁴⁰ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 298; ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 405.

⁴¹ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 244.

⁴² FRANCESCO SALERNO, *Gli effetti del matrimonio canonico: stato coniugale canonico e sue vicende*, in AA.VV., *Il Codice del Vaticano II. Matrimonio canonico*, Bologna 1997, p. 302.

un rinnovamento del consenso viziato per coazione o per dolo, basato sulla libera coabitazione per un determinato tempo dal momento in cui la coazione o il dolo sono cessati⁴³. Ma questa tesi non fu accettata anche se ha una qualche rilevanza la motivazione che è stata adottata in contrasto con essa, perché dimostra l'accennata nuova mens del legislatore. Non si è accettata l'ipotesi di una convalidazione *ipso iure*, per l'inderogabile esigenza di un grado di certezza in materia, che non può derivare dalla sola presunzione e per il principio della prevalenza della reale volontà dei nubendi in ordine alla quale sarebbe pericoloso determinare una decadenza *ex lege* del diritto di impugnare la nullità del matrimonio perché ciò sarebbe in contrasto con la suprema legge della *salus animarum*⁴⁴.

4. Il nuovo codice giovanneo-paolino disciplina l'istituto della convalidazione semplice nei cann. 1156-1160.

La normativa del nuovo Codice è sostanzialmente identica a quella del Codice pio-benedettino.

Si è recentemente sostenuto che dinanzi ai matrimoni invalidi la Chiesa prevede quattro possibilità di azione. L'autorità ecclesiastica può dissimulare, ossia rimanere in silenzio, qualora i due coniugi siano in buona fede e la nullità non sia conosciuta, e ciò per evitare gravi danni che potrebbero provenire dalla conoscenza della nullità del matrimonio; può concedere la nullità, in base ad un giudizio su petizione di una delle parti o del promotore di giudizio; può ammettere la coabitazione come fratello e sorella, ossia tace, tollerando una situazione di matrimonio invalido, sempre che sia presente l'impegno reciproco degli pseudoconiugi alla castità; il che si realizza più facilmente quando gli pseudoconiugi sono avanzati in età o siano malati; infine la Chiesa ammette la conversione del matrimonio invalido in matrimonio valido, ossia la sua convalidazione⁴⁵. Questa può avvenire in forma ordinaria, convalidazione semplice, oppure in forma straordinaria, sanazione in radice.

La prima, la convalidazione semplice, consiste nella rinnovazione del consenso matrimoniale da parte di un contraente o di entrambe le parti, previa la cessazione della causa della nullità, senza necessità di osservare nuovamente la forma canonica⁴⁶.

⁴³ *Communicationes*, 5 (1973), pp. 88-90.

⁴⁴ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 302.

⁴⁵ NIKOLAUS SCHÖCH, *La convalidazione*, in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, Città del Vaticano 2005, pp. 518-519.

⁴⁶ JAVIER HERVADA, *De matrimonio*, in AA.VV., *Codice de derecho canonico*, Pamplona 1983, p. 699.

L'obbligo della rinnovazione del consenso, senza possibilità di essere dispensato, esiste per diritto naturale, poiché il consenso, causa efficiente del matrimonio non può essere supplito da nessuna potestà umana, la rinnovazione del consenso non sarebbe richiesta se entrambe le parti avessero prestato il consenso con tutti i suoi elementi costitutivi e non l'avessero successivamente revocato⁴⁷. L'istituto della convalida dimostra ancora una volta la grande preoccupazione pastorale della Chiesa, la quale, al fine di salvare un matrimonio invalido, ammette la convalida di esso, mediante la rinnovazione del consenso, che non è altro se non un nuovo atto di volontà in ordine al matrimonio, celebrato *coram Ecclesia*, che la parte sappia o supponga che sia nullo fin dall'inizio⁴⁸.

Dunque, due presupposti si ritengono necessari perché si proceda alla convalidazione semplice, cioè che il matrimonio sia celebrato *coram Ecclesia* e che la parte che rinnova il matrimonio sappia o supponga che esso è nullo sin dall'inizio⁴⁹. Quanto al matrimonio nullo, esso deve essere celebrato secondo le norme dell'ordinamento canonico⁵⁰, deve avere cioè l'apparenza di un vero e proprio matrimonio⁵¹, con la conseguenza che è impossibile la convalida di un concubinato o di un matrimonio civile. Non mancano, peraltro, autori secondo i quali l'apparenza di vero matrimonio si ha anche nel caso di matrimonio civile non poi nel caso di matrimoni inesistenti, cioè matrimoni celebrati per convenienze sociali o celebrati per giuoco⁵². Pertanto, da altri si insiste sulla necessità che il matrimonio nullo che si deve convalidare sia stato celebrato con tutti i requisiti della forma giuridica sostanziale esigiti dalla legislazione canonica⁵³. E perciò erroneamente si afferma in dottrina che, data la presente frequenza di situazioni matrimoniali irregolari nella società occidentale secolarizzata, bisogna aggiungere l'opportunità di una valorizzazione di ogni forma istituzionalizzata di convivenza matrimoniale di fronte al grave pericolo di una totale libertà nelle forme delle cosiddette unioni di fatto o, peggio, delle

⁴⁷ ANTONINO ABATE, *Il matrimonio, nella nuova legislazione canonica*, Brescia 1985, p. 166.

⁴⁸ LUIGI CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma 1990, p. 397.

⁴⁹ LUIGI DE LUCA, voce *Matrimonio. Diritto canonico* in *Enc. del diritto*, vol. XIX, Roma 1990, p. 35; vedi anche FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 303.

⁵⁰ ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canonico sustantivo y procesal*, Madrid 1992, p. 316.

⁵¹ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *Compendio de derecho matrimonial canonico*, Pamplona 1994, p. 234.

⁵² JOSÉ FERNANDEZ CASTANO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1994, p. 543.

⁵³ JUAN FORNES, *Derecho matrimonial canonico*, Pamplona 1999, p. 179; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canonico y concordato*, Madrid 2001, p. 362.

unioni tra persone dello stesso sesso; che una convalida del matrimonio civile con un nuovo atto di volontà potrà produrre degli effetti soltanto se i nubenti fanno o credono che il loro matrimonio sia nullo fin dall'inizio; che, se le parti che avevano celebrato il matrimonio in forma civile fossero convinte della sua validità ed accettano di rinnovare il consenso come pura formalità per conferire al loro matrimonio un carattere religioso, la convalidazione non produrrebbe nessun effetto, in quanto equiparato alla simulazione totale; nel senso che la convalidazione sarebbe essa stessa inefficace nell'ordinamento canonico in quanto gli sposi pensano di confermare semplicemente un consenso precedentemente prestato⁵⁴. Il vero è che la convalida semplice non può avere come oggetto il matrimonio civile, richiedendosi dal diritto canonico l'esistenza di un matrimonio celebrato *coram Ecclesia*.

Ed è necessario che le parti sappiano o ritengano che tale matrimonio celebrato *in facie Ecclesiae* sia nullo sin dall'inizio a norma del can 1157⁵⁵.

Il rinnovo del consenso è richiesto *iure ecclesiastico*, ragion per cui la Chiesa può dispensare da questo e in ciò consiste e si risolve *la sanatio in radice*.

Che la rinnovazione sia richiesta per diritto ecclesiastico umano è detto nel can. 1156, §2, e di conseguenza i non battezzati e i non cattolici non sono tenuti al rinnovo del consenso, perché non vincolati dalle leggi ecclesiastiche⁵⁶.

Si ritiene, inoltre, che presupposto della convalida semplice sia la cessazione della causa che dette luogo alla nullità⁵⁷. È necessario cioè che sia cessato l'impedimento con la scomparsa della circostanza da cui era costituito oppure sia dispensato dall'autorità ecclesiastica (can. 1156, §1)⁵⁸. Il can. 1156 c.i.c. tratta dell'eliminazione di un impedimento dirimente e, a tal proposito, si ribadisce che l'impedimento può cessare di esistere per la natura stessa della cosa (impedimento della minore età) oppure per morte (impedimento del legame) oppure per conversione religiosa (impedimento della disparità di culto) e, quanto alla dispensa essa si può ottenere da tutti gli impedimenti che non siano di diritto divino⁵⁹. Il can. 1158 stabilisce, quindi, il modo in cui debba avvenire la rinnovazione del consenso in caso di matrimonio nullo per la presenza di

⁵⁴ NIKOLAUS SCHÖCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 530.

⁵⁵ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Napoli 1985, p. 258.

⁵⁶ NIKOLAUS SCHÖCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 525.

⁵⁷ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 235.

⁵⁸ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167.

⁵⁹ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 257; JACQUES VERNAY, *La convalidation simple*, in AA.VV., *Droit canonique* (a cura di PATRICK VALDRINI, JACQUES VERNAY, JEAN-PAUL DURAND, OLIVIER ECHAPPÉ), Paris 1988, p. 433; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 397.

un impedimento che sia motivo di nullità di matrimonio. E precisa che, se l'impedimento è pubblico, in quanto può essere provato nel foro esterno, il consenso deve essere rinnovato nella forma canonica da entrambe le parti, salvo le eccezioni previste per i matrimoni misti (can. 1127, §2)⁶⁰.

Se, al contrario, l'impedimento non può essere provato, è sufficiente che il consenso sia rinnovato privatamente e in segreto dalla parte consapevole dell'esistenza dell'impedimento, purché l'altra parte perseveri nel consenso prestato⁶¹.

Occorre, dunque, la perseveranza del consenso nella parte che non era consapevole della nullità del matrimonio per l'esistenza di un impedimento dirimente⁶². È all'uopo da ricordare che, in base al can. 1107, si presume che il consenso perseveri sino a quando non consti della sua revoca. Si esige cioè che l'altra parte, che non era a conoscenza dell'impedimento, nutra tuttora la intenzione di restare nell'attuale unione, senza che nel frattempo, abbia distrutto con un atto positivo di volontà il consenso iniziale⁶³. La revoca esige un atto positivo di volontà che sia in contrasto con il consenso matrimoniale dato a suo tempo, non essendo sufficiente la revoca interpretativa o presunta che si avrebbe quando si presenti la certezza morale che la parte che pronunciò il consenso non sia disposta a rinnovarlo o che sia pronta a revocarlo positivamente se abbia conoscenza della nullità del matrimonio e della possibilità di essere dichiarata libera da ogni vincolo⁶⁴. Segno evidente della perseveranza sarà il prolungamento della vita coniugale; la rottura di tale

⁶⁰ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 259; JACQUES VERNAY, *op. cit., loc. cit.*, p. 433; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 398; LUIGI DE LUCA, *op. cit., loc. cit.*, p. 35; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317; JOSÈ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit., loc. cit.*, p. 542; PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 218; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 238; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 181; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 364; FEDERICO AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canonico*, vol. III, Salamanca 2003, p. 217.

⁶¹ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167; REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 259; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 399; LUIGI DE LUCA, *op. cit., loc. cit.*, p. 35; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317; JOSÈ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit.*, p. 542; PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 218; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 238; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 180; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 363; MARIO FRANCESCO POMPEDDA, in AA.VV., *Commento al codice di diritto canonico*, (a cura di PIO VITO PINTO), Città del Vaticano 2001, p. 684; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 2001, p. 100; FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 218; JOSÈ MARIA GONZALEZ DEL VALLE, *Derecho canonico matrimonial*, Pamplona 2002, p. 127; ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano 2007, p. 137; NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit., loc. cit.*, p. 527.

⁶² Sulla perseveranza del consenso cfr. PIERO PELLEGRINO, *Il consenso e il suo oggetto* (can. 1057-1100-1107), in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Città del Vaticano 2002, pp. 185 ss.

⁶³ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁴ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 236.

convivenza o la separazione, anche di fatto, dà luogo soltanto a una revoca interpretativa o ipotetica, non positiva, sicché in tali circostanze può avere luogo la convalidazione del matrimonio mediante la rinnovazione del consenso da parte del soggetto che conosceva la nullità del matrimonio⁶⁵. In altre parole, la perseveranza del consenso termina con la revoca di questo, ossia, quando vi sia una volontà ferma e ostinata di cessare d'essere coniuge⁶⁶.

Se poi l'impedimento era noto ad entrambe le parti, il consenso deve essere rinnovato da tutte e due le parti in una forma liberamente scelta che può consistere in un atto di amore coniugale e in segreto senza che gli altri ne siano a conoscenza⁶⁷. Il consenso cioè deve essere rinnovato da entrambe le parti e nel modo da esse ritenuto più opportuno⁶⁸ privatamente e in segreto come a dire, nel foro interno⁶⁹. Il che si verifica quando l'impedimento è occulto, cioè non può provarsi nel foro esterno.

5. Se il matrimonio è nullo per difetto o vizio del consenso, occorre distinguere l'ipotesi in cui la mancanza o il vizio del consenso possa essere provato da quella in cui il difetto o il vizio del consenso non possa essere provato. Nel primo caso a norma del can. 1159, quando la parte ha manifestato all'altra la propria intenzione di escludere un elemento essenziale del matrimonio, il consenso deve essere rinnovato da entrambe le parti in forma canonica⁷⁰. Se il difetto o vizio del consenso non può essere provato, è sufficiente che la parte che non aveva espresso un consenso valido lo rinnovi privatamente e in segreto, cioè senza la presenza del parroco e dei testimoni⁷¹. Viene così abbandonata opportunamente la problematica distinzione tra il vizio di consenso meramente interno e quello esterno. Al posto di siffatta distinzione viene

⁶⁵ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 236.

⁶⁶ JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁷ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁸ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 399; FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 303; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 238; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 363; FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁹ MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 361.

⁷⁰ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167; Cfr. Analogamente JACQUES VERNAY, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 433; LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 35; FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 303; ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317; JOSÉ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit.*, p. 543; PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 218; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, pp. 238-239; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 181; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 364; FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 219; JOSÉ MARIA GONZALEZ DEL VALLE, *op. cit.*, p. 129; NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 527; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *De matrimoniis convalidatione*, in *Commentario exegetico al código de derecho canonico*, vol. III, Pamplona 2002, pp. 1619-1621.

⁷¹ Vedi autori citati nella nota precedente.

adibita quella più chiara tra mancanza di volontà provabile e mancanza di volontà non provabile⁷². In tal modo il codice 1983 ha semplificato la normativa, abbandonando la distinzione tra vizio meramente interno e vizio esterno del consenso e sostituendo, quindi, questa distinzione con il principio della possibilità della prova, in analogia con quanto disposto nel can. 1074 circa la differenza tra impedimenti pubblici e impedimenti occulti⁷³. A norma del §1 del can. 1159, il legislatore richiede, affinché la rinnovazione del consenso sia valida, che venga meno il motivo di nullità preesistente e che il consenso sia rinnovato soltanto dal coniuge che prestò il consenso in modo invalido⁷⁴. Dunque, la mancanza del consenso o un suo vizio sostanziale rendono invalido il matrimonio e per la convalida è necessario per diritto naturale che il consenso sia debitamente rinnovato, dopo che sia cessata la causa che ne ha determinato la mancanza o il vizio; deve rinnovare il consenso la parte che ha mancato di darlo o lo ha prestato in modo viziato, purché l'altra parte perseveri nel consenso già dato⁷⁵.

Il matrimonio, infine, può essere nullo per vizio di forma, perché non è presente il ministro sacro o manca la delega per l'assistenza o mancano tutti e due i testimoni⁷⁶. In siffatta ipotesi, trattandosi di vizio essenzialmente pubblico, in quanto il difetto di forma può essere provato in foro esterno, la rinnovazione del consenso non può essere effettuata che nella forma canonica a norma del can. 1108, salvo il disposto del can. 1127, §2 relativo alla dispensa da detta forma nei matrimoni misti⁷⁷. In questi casi si ha una nuova celebrazione del matrimonio⁷⁸, nel senso che l'unico modo di sanare un matrimonio nullo per difetto di forma è quello di ripetere la celebrazione secondo le forme prescritte dalla legge, salvo quanto disposto dal can. 1127 per i matrimoni misti⁷⁹. Qualche autore sostiene che anche il matrimonio civile possa essere oggetto di convalidazione semplice⁸⁰, purché i coniugi sappiano o credano che il loro

⁷² REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 260; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit., loc. cit.*, p. 1621.

⁷³ FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303.

⁷⁴ LUIGI DE LUCA, *op. cit., loc. cit.*, p. 35.

⁷⁵ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 400.

⁷⁶ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 168; REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 260; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 400.

⁷⁷ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁸ JAVIER HERVADA, *op. cit., loc. cit.*, p. 700; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317.

⁷⁹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁰ JOSÉ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit.*, p. 543; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 400.

matrimonio civile sia nullo fin dall'inizio, nel senso che, se le parti fossero convinte della sua validità ed accettassero di rinnovare il consenso come pura formalità, la convalidazione non produrrebbe alcun effetto⁸¹. Si afferma che è necessario che l'atto di convalida del matrimonio sia dotato di tutte le qualità richieste per il consenso iniziale del matrimonio canonico⁸². E, a nostro avviso, non è possibile convalidare un matrimonio meramente civile, se è vero che, perché possa aversi la convalida semplice di un matrimonio, quest'ultimo deve essere un matrimonio celebrato *coram ecclesia*, ma nullo per mancanza del teste qualificato o della delega del sacerdote assistente o dei due testimoni.

Quanto poi agli effetti della convalidazione semplice, il matrimonio diventa valido dal momento della convalidazione, non ritenendo noi accettabile la tesi di chi distingue tra foro esterno nel quale gli effetti si produrrebbero dal momento della celebrazione (*ex tunc*), e foro interno, nel quale gli effetti si produrrebbero nel momento in cui un matrimonio invalido si converte in matrimonio valido (*ex nunc*)⁸³. Così deve riconoscersi che la convalidazione semplice, trattandosi di una nuova celebrazione del matrimonio, produce i suoi effetti *ex nunc*, cioè dal momento del rinnovo del consenso; essa non ha, in altre parole, efficacia retroattiva in quanto si tratta di un nuovo atto di volontà⁸⁴.

II. *La sanazione in radice*

6. La sanazione in radice è un modo straordinario di convalidazione del matrimonio. Essa è un'applicazione della superiorità del Pontefice su tutto il diritto umano, della sua possibilità di derogare ad ogni norma di tale diritto⁸⁵.

Ad essa si ricorre quando non sia possibile la convalidazione semplice con la rinnovazione del consenso. La sanazione in radice consiste nella convalidazione del matrimonio invalido, che porta con sé oltre alla dispensa dell'impedimento di diritto ecclesiastico, la dispensa dall'obbligo di rinnovare il consenso e la retrotrazione al passato per finzione giuridica riguardo agli effetti canonici⁸⁶. Questo concetto è stato accolto nel can. 1138, §1 del Codice 1917 e il §2 statuisce che la convalidazione è fatta dal momento della

⁸¹ NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 530.

⁸² NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 531.

⁸³ JOSÉ MARIA GONZALEZ DEL VALLE, *op. cit.*, p. 129.

⁸⁴ NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, p. 531.

⁸⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 406.

⁸⁶ MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 286.

concessione della grazia, laddove la retrotrazione degli effetti si intende fatta *ad initium matrimonii, nisi aliud expresse caveatur*.

Riserva, questa, che si riferisce al caso in cui la retrotrazione del provvedimento sia limitata ad un tempo intermedio anziché fatta risalire al momento della celebrazione del matrimonio⁸⁷.

I canonisti distinguono, infatti, una *sanatio totalis* o propriamente detta, che porta con sé la doppia dispensa, dall'impedimento e dalla regola del rinnovo del consenso, nonché la *fictio iuris* circa la retroattività degli effetti canonici, e la *sanatio partialis* o impropriamente detta che si ha allorquando non concorrano tutti questi estremi, perché si accordano i soli effetti canonici, o si richiede da un coniuge che rinnovi il consenso, o non si fanno retroagire gli effetti all'inizio del matrimonio o ad un tempo intermedio⁸⁸.

Perché possa operarsi la sanazione in radice si richiedono alcune condizioni.

Innanzitutto, deve trattarsi di un matrimonio nullo a causa di un impedimento di diritto ecclesiastico o per difetto di legittima forma⁸⁹. In quanto all'impedimento, si deve trattare di un impedimento di diritto ecclesiastico, perché se si tratta di un impedimento di diritto naturale o divino positivo, la Chiesa non sana il matrimonio, neanche dopo che l'impedimento sia cessato e neanche dal giorno della cessazione⁹⁰; a norma del can. 1139, §2. La questione era disputata nel caso in cui il matrimonio fu nullo per impedimento di legame o per impedimento di impotenza cessati per morte della moglie o per cessato impedimento di impotenza in seguito ad una operazione chirurgica. La Sacra Congregazione del Santo Uffizio il 2 marzo 1904 rispose alla proposta questione, affermando che il matrimonio contratto con impedimento di diritto naturale o divino non può sanarsi in radice. Ma, molti canonisti ritennero che questa risposta non fosse accettabile, come quella che negava alla Chiesa un potere che in realtà era possibile, fino a quando il Codice stabilì che il matrimonio in questi casi non può sanarsi, anche se la S. Congregazione del Santo Uffizio e le altre Congregazioni, nel foro esterno, e la Sacra Penitenziaria, nel foro interno, per gravi cause talvolta concedono questa imperfetta e impropriamente detta sanazione in radice dal momento della cessazione dell'impedimento, nonostante il suddetto can. 1139, §2⁹¹.

⁸⁷ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 621.

⁸⁸ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p.407.

⁸⁹ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 184.

⁹⁰ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 259.

⁹¹ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, pp. 264-266.

Si richiede, inoltre, che sussista un consenso naturalmente sufficiente, ma giuridicamente inefficace.

Questo consenso è la radice che viene sanata, e che, mancando nel caso in cui l'affetto non fu maritale, ma fornicario soltanto, non può concepirsi la sanazione⁹². Il consenso, in altri termini, deve essere un consenso matrimoniale, con la conseguenza che non sarebbe ammissibile una sanazione in caso di concubinato⁹³, in quanto la legittimazione di un consenso fornicario non sarebbe possibile perché si richiederebbe per operarla non un'attribuzione di legittimità, ma la creazione di un consenso maritale, che non era mai esistito⁹⁴. Ma è possibile ravvisare nel matrimonio civile l'espressione della volontà coniugale. S'afferma autorevolmente che si distingue tra la parte non credente che sposa civilmente insistendo di legarsi per la vita col matrimonio civile, ed esprimendo in questo *l'affectio maritalis*, la parte credente che nel matrimonio civile presta un vero consenso matrimoniale, pur ritenendo che esso sia inefficace perché solo nelle forme canoniche il consenso può raggiungere il suo risultato; infine, la parte credente che si presta al matrimonio civile intendendo espletare una semplice cerimonia civile; e si afferma all'uopo che, nei primi due casi, si ha una volontà matrimoniale che può essere base alla sanazione, mentre nel terzo non si ha la detta volontà matrimoniale⁹⁵. Sicché, la Chiesa piuttosto che delle estreme apparenze, come in passato, si preoccupa dell'effettiva esistenza di un vero e proprio consenso maritale, quale può precisamente sussistere in un matrimonio civile⁹⁶. Pertanto, quando non vi sia dubbio sulla validità del consenso proferito nel rito matrimoniale civile, la Santa Sede concede solitamente la sanazione in radice; che se, invece, celebrando il rito civile, le parti non emettessero un vero consenso maritale, ritenendo essere questa una mera formalità, non potrebbe applicarsi al rito civile la sanazione in radice⁹⁷.

Altra condizione imprescindibile della sanazione in radice è la perseveranza del consenso⁹⁸. Infatti presupposto essenziale della sanazione in radice è il consenso valido ed efficace emesso fin dall'inizio del matrimonio e che

⁹² IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 184.

⁹³ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 260; MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 287; ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 246.

⁹⁴ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 623.

⁹⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 412.

⁹⁶ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 624.

⁹⁷ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 625.

⁹⁸ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 185; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 267.

tuttora perdura⁹⁹. In effetti, con la sanazione si viene a togliere l'ostacolo, cioè l'impedimento dirimente dispensabile o il difetto di forma che rendono invalido il matrimonio; sicché, una volta tolto l'ostacolo, il matrimonio che fino a quel momento era invalido tale rimane per il passato, ma diventa efficace per il futuro, con la conseguenza che con una finzione di legge l'autorità ecclesiastica, nell'esercizio del suo potere legislativo, attribuisce alla dispensa una forza retroattiva, per cui il matrimonio è ritenuto valido nei suoi effetti canonici sin da principio¹⁰⁰. Quanto al consenso è necessario che esso sia prestato e perduri all'epoca della sanazione (can. 1139, §1), perché se in una o in ambedue le parti manca il consenso, il matrimonio non si può sanare in radice, sia che il consenso mancasse fin dall'inizio e sia che, dato inizialmente, sia stato poi revocato: che se il consenso mancò da principio, ma in seguito fu dato, la sanazione può essere concessa dal momento della prestazione del consenso (can. 1140, §1, §2)¹⁰¹. Si afferma che l'elemento del consenso, essenziale per la validità del vincolo matrimoniale, deve persistere senza interruzione dalla sua manifestazione iniziale sino al momento in cui è applicata la sanazione in radice, per cui quest'ultima non è applicabile se fosse intervenuta nel frattempo un'effettiva ed efficace revoca del consenso¹⁰². Secondo taluni il consenso non si ritiene revocato quand'anche vi sia discordia fra i coniugi ed abbiano iniziato il giudizio di separazione, e non si potrebbe ritenere revocato il consenso nel caso che una parte si rifiutasse di rinnovarlo, non potendosi confondere la revoca con il rifiuto della sua rinnovazione¹⁰³. Per quanto si sostiene in dottrina che il consenso si presume perseverare anche se i coniugi siano tra loro in aspra lite e se sia certo che si gioverebbero subito della nullità, ove la conoscessero, come pure nel caso che siano separati di letto e di mensa e perfino se abbiano già iniziato la causa di nullità, ma il giudice non abbia ancora deciso, da un'altra dottrina si ritiene che sembra insostenibile affermare che il consenso si presume perseverare nel caso che una parte instauri la causa di nullità, perché non si riesce a concepire quale manifestazione più univoca di revoca del consenso ci sia di chiedere al giudice la declaratoria di nullità¹⁰⁴. Quel che è certo è che di fatto la Santa Sede non concede mai la sanazione in radice dopo iniziata una causa di nullità e

⁹⁹ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁰ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰¹ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 260; MARIO FALCO, *op. cit.*, pp. 286-287.

¹⁰² ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, pp. 625-626.

¹⁰³ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 626; cfr. anche GIOVANNI CAVIGIOLI, *op. cit.*, p. 620.

¹⁰⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 413.

neppure vuole concederla quando le parti sono separate¹⁰⁵.

Si discute in dottrina se sia possibile concedere la sanazione in radice allorquando una parte sia diventata pazza o, comunque, inferma di mente. E si afferma all'uopo che, se l'amnesia è perpetua, senza lucidi intervalli, qualunque vi siano autori che ritengono possibile la sanazione in radice, poiché il consenso prestato non fu revocato, di fatto la Sacra Penitenziaria e le altre congregazioni non sanano siffatti matrimoni¹⁰⁶. Si può porre in rilievo che nell'ipotesi in cui uno dei coniugi sia morto e nell'ipotesi in cui uno di essi sia diventato infermo di mente, tra i requisiti che occorrono per la concessione della sanazione in radice non c'è quello della volontà né quello della scienza di entrambe le parti (can. 1138, §3); che non vuole concedersi la sanazione in radice contro il volere di entrambi gli interessati, mentre potrebbe essere concessa a loro insaputa, come nel caso di genitori sposatisi solo civilmente, rimasti nella indifferenza religiosa, ed ai figli religiosi che si struggono pensando allo stato di peccato in cui vivono i loro genitori ed implorano dall'autorità ecclesiastica di farla cessare¹⁰⁷. Si ritiene che, se l'amnesia sia temporanea e la parte amente abbia lucidi intervalli, si concede la vera e propria sanazione in radice soltanto nel lucido intervallo¹⁰⁸.

Si sostiene che in questi casi la Santa Sede non vuole concedere la sanazione in radice, usando tuttavia la formula, contenuta in un rescritto dell'8 dicembre 1889, del *non expedire*. A detta di un illustre canonista il *non expedit* sembra doversi interpretare: la Chiesa può anche in questo caso accordare gli effetti di diritto umano del matrimonio, e non vi sarebbe alcun inconveniente se sanasse il matrimonio allorché vi fosse la certezza che la sanazione non porterà mai i coniugi ad usare di quel vincolo che resta incerto se si sia formato davanti a Dio; ma pure non conviene che dispensi, perché sarebbe possibile che la sanazione in radice aprisse l'adito a rapporti fornicari¹⁰⁹.

7. La dispensa ha effetto retroattivo sicché gli effetti si producono *ex tunc*, cioè dal momento della celebrazione del matrimonio, con la conseguenza che i figli si considerano nati *ex iustis nuptiis* cioè legittimi¹¹⁰. Si sostiene così che i figli nati durante il matrimonio invalido, che venga poi sanato in radice, non

¹⁰⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 413.

¹⁰⁶ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, pp. 416-417.

¹⁰⁸ PIETRO GASPARRI; *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 416.

¹¹⁰ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 183; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 361.

sono legittimati per *subsequens matrimonium* ma si considerano legittimi, come nati da un matrimonio valido¹¹¹.

Il rescritto di concessione della dispensa richiede una causa giusta, che è l'altra condizione, al fine di ottenere la sanazione in radice.

L'apprezzamento della giusta causa costituisce la sfera in cui si esercita la facoltà discrezionale della Santa Sede o, ove ne sia il caso, degli Ordinari. Si avrebbe una causa giusta quando entrambe le parti fossero consapevoli della nullità del matrimonio, ma una di esse si rifiutasse di rinnovare il consenso dinanzi al parroco nella forma prescritta dalla legge, oppure se la invalidità sia nota a una sola delle parti e vi sia pericolo o fondato timore che la parte ignara, qualora venisse informata della nullità, possa essere indotta dall'occasione a revocare il consenso originariamente prestato, oppure se la nullità dipenda da negligenza colpevole dell'Ordinario o del parroco, oppure se esista un motivo di nullità ignoto ad entrambi i coniugi putativi e di cui non sia possibile avvisarli senza pericolo di danno o di scandalo¹¹². Si afferma che in tutta la materia delle dispense, di concessioni, cioè non obbligatorie, ma lasciate dalla legge al potere discrezionale della suprema potestà ecclesiastica, o di altre ad esse subordinate, vige il principio, che colui che ne invochi in proprio favore l'applicazione, deve dimostrare che, oltre a ricorrere le condizioni imprescindibili perché possa farsi ricorso alla sanazione in radice, concorre anche una giusta causa¹¹³. Sicché l'istituto della sanazione in radice viene a delinearci come una forma di convalidazione eccezionale, in cui la cooperazione delle parti viene ad essere sostituita dall'attività della autorità ecclesiastica¹¹⁴. Si avverte poi che la retrotrazione degli effetti canonici del matrimonio sanato in radice, per es. la legittimità dei figli, concessa per una finzione giuridica, non significa che il matrimonio si ritenga valido anche per il periodo anteriore alla sanazione quando cioè era invalido, poiché, nonostante l'attribuzione dell'effetto retroattivo, il vero matrimonio non sussiste se non dal momento in cui viene concessa la sanazione, dal quale istante solamente si perfeziona il contratto-sacramento, con la conseguenza che un matrimonio sanato in radice può essere sciolto per dispensa *super rato* nonostante la consumazione anteriore, se non vi siano stati rapporti coniugali dopo la sanazione¹¹⁵.

¹¹¹ VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 116.

¹¹² DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 260; MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 287; ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 626.

¹¹³ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 626.

¹¹⁴ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 245.

¹¹⁵ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 247.

Si osserva che è pressoché impossibile che non si presenti una giusta causa per la concessione della sanazione perché o la sanazione è il solo modo perché il vincolo divenga valido, e la causa della concessione è *in re ipsa* nel bene di avere due persone unite con un vincolo matrimoniale anziché con un vincolo concubinario e nell'effetto favorevole per i figli della legittimità o le parti potrebbero rinnovare il consenso, ma il fatto stesso che, in luogo di rinnovarlo, chiedono la *sanatio*, dimostra che la rinnovazione formale presenterebbe per loro qualche inconveniente¹¹⁶.

A norma del can. 1141, la sanazione in radice può essere concessa unicamente dalla Sede Apostolica. L'istanza deve essere presentata dalle parti o anche da un terzo a loro insaputa ed anche dopo la morte di uno dei coniugi¹¹⁷. Nel libello supplice accuratamente deve esprimersi la fattispecie, se il consenso vi fu fin dall'inizio e perseveri, se le parti siano in buona fede, e per quale causa sia richiesta la sanazione in radice¹¹⁸. Per il foro interno essa è concessa dalla Sacra Penitenziaria, per il foro esterno dalla Congregazione dei Sacramenti, di regola, ma dal Santo Ufficio, se una delle parti sia cattolica, dalla Congregazione di Propaganda Fide se le parti risiedono in territori a questa soggetti, dalla Congregazione per la Chiesa orientale, se una delle parti sia orientale¹¹⁹. Il Papa può delegare ai nunzi, ai delegati apostolici, ai vescovi, ed ai missionari questa facoltà e la delega è data attraverso i dicasteri sopra citati¹²⁰. Il Vescovo poi non può usare della facoltà di sanare in radice senza avere avuto la delega dalla Santa Sede, nel caso in cui una parte versi in punto di morte e sia disperata per essere unita con vincolo solo civile e non riesca ad ottenere che l'altra parte consenta a perfezionare il vincolo di fronte alla Chiesa¹²¹. Quantunque qualche autore ritiene che in questo caso si abbia un conflitto tra diritto divino e diritto umano ecclesiastico, in cui il primo deve prevalere¹²². Ma questo argomento, oltre a enunciare il principio nella formula generale secondo cui ogni organo della Chiesa può, quando il bene delle anime lo esiga, giovare di tutti i poteri posseduti dalla stessa Chiesa, anche se il diritto positivo li riserva espressamente a tali organi, non può neanche fondarsi sul can. 81, per cui i vescovi possono dispensare leggi

¹¹⁶ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 417.

¹¹⁷ MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 287; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 260.

¹¹⁸ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 185.

¹¹⁹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 418.

¹²⁰ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 418.

¹²¹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 418.

¹²² FELIX MARIA CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, vol. III, Torino 1939, p. 397.

generali della Chiesa, se sia difficile il ricorso alla Santa Sede, e si tratti di dispensa che la Santa Sede sia solita concedere, perché la *sanatio in radice* è qualcosa di più di una dispensa e non è possibile estendere il can. 81 oltre il proprio tenore e inoltre perché il can. 1141 come legge particolare dovrebbe prevalere sulla norma del can. 81, che ha carattere di generalità. Per analoghe ragioni non è possibile estendere i poteri accordati ai vescovi dai cann. 1043 e 1045, §2 fino a concedere nei vari casi ivi previsti la sanazione¹²³.

Il rescritto di concessione della sanazione può essere emanato in forma graziosa, nel qual caso la sanazione si ha al momento della concessione della grazia; ma di solito la Santa sede accorda la sanazione con un rescritto in forma commissoria, nel qual caso la sanazione si ha al momento dell'esecuzione allorché l'esecutore, adempiute le condizioni del rescritto, applica nel dovuto modo la dispensa¹²⁴.

Non è raro il caso che alla sanazione sia opposta una condizione qualsiasi, e la sanazione non sortirà effetto se la condizione non sia stata osservata¹²⁵.

8. È stato affermato, a proposito del Codice giovanneo-paolino, che circa la sanazione in radice esso ha dato la giusta evidenza alla sua finalità istituzionale, ponendo forte l'accento sull'essenzialità del consenso e sulla funzione meramente legalistica delle solennità formali, perché ordinate alla pubblicità e certezza dello stato coniugale¹²⁶ e, pur essendo ovvia la continuità storica dell'istituto, perché le nuove norme non ne alterano l'identità istituzionale, si deve prendere atto che siamo di fronte a un suo aggiornamento il quale non tocca soltanto aspetti marginali¹²⁷. Accade che spesso nelle norme in cui una delle parti non è cattolica o credente, questa potrebbe rifiutarsi di considerare senza efficacia il consenso matrimoniale già espresso dinanzi ad un ufficiale civile o a un ministro di culto acattolico, con grande angustia della parte cattolica, ignara della nullità del suo matrimonio, la informazione al riguardo le potrebbe causare un'angustia sapendo di essere in una unione irregolare per tanto tempo¹²⁸.

La sanazione in radice è la convalida di un matrimonio nullo per l'esistenza di un impedimento o per difetto di legittima forma, che avviene senza la rin-

¹²³ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 418.

¹²⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, pp. 418-419.

¹²⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 419; cfr. anche VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 118.

¹²⁶ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 304.

¹²⁷ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 304.

¹²⁸ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 169.

novazione del consenso ad opera diretta dell'autorità competente¹²⁹. Essa in realtà consiste nella convalida di un matrimonio nullo, che tuttavia a differenza della convalida semplice, non richiede la rinnovazione del consenso¹³⁰. La radice di cui si parla nella formula e nella quale viene "guarito" il matrimonio è la volontà sponsale mediante la quale un matrimonio viene in essere¹³¹.

Quanto alla definizione della sanazione in radice si nota nel codice un'enunciazione più semplice, in base al can. 1161, §1 secondo cui essa consiste nella convalidazione di un matrimonio nullo concessa dall'autorità competente senza la rinnovazione del consenso, la quale comporta la dispensa dall'impedimento causa della nullità, dalla forma canonica se questa non fu osservata nonché la retrotrazione al passato degli effetti canonici¹³². Tra i requisiti per la sanazione in radice il can. 1161, §3 propone la necessità di poter provare l'intenzione delle due parti di perseverare nella vita coniugale¹³³. A questo proposito si conferma asserendo che la sanazione in radice non si conceda a meno che non sia probabile che le parti intendano perseverare nella vita coniugale¹³⁴. Per ben capire meglio quale sia il procedimento giuridico di cui si parla è necessario avere presente il fatto che la volontà sponsale era presente al momento della celebrazione ovvero è stata posta in seguito (can. 1162, §2) e dura ancora al momento della sanazione in radice. Tuttavia tale volontà sponsale non ha potuto finora né può tuttora esplicitare la forza che possiede, perché a ciò osta un impedimento, sia questo un impedimento, sia questo un impedimento tecnico oppure una mancanza di forma legittima. Appena questa circostanza viene a cessare nulla più osta a che tale forza si espliciti, cioè ci troviamo di fronte ad un matrimonio valido¹³⁵.

Due presupposti sono richiesti dalla sanazione in radice. In primo luogo, il matrimonio deve essere contratto con una base sponsale sufficiente per

¹²⁹ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 400.

¹³⁰ LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 35.

¹³¹ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 261.

¹³² FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 304; cfr. ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 239; PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 220; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 182; FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 219; GINESIO MANTUANO, *Il c.d. recupero del negozio matrimoniale invalido*, Ancona 1992, pp. 261 ss; IDEM, *Consenso matrimoniale e consortium totius vitae*, Macerata 2006, pp. 221-224; ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *op. cit.*, p. 137.

¹³³ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 304.

¹³⁴ LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 35; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 367; FRANCESCO MARIO POMPEDDA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 686; NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 536.

¹³⁵ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 262.

diritto naturale. In secondo luogo nonostante la presenza di tale consenso sufficiente, non è sorto un matrimonio valido per diritto ecclesiastico o perché era presente un impedimento dirimente di diritto ecclesiastico oppure perché non fu osservata la forma prescritta dal diritto canonico.

La convalidazione in radice non può operare in mancanza di una preesistente volontà matrimoniale delle parti, ma deve necessariamente presupporre l'esistenza di un originario consenso matrimoniale di per sé idoneo a dar vita a un valido matrimonio, ma che non ha prodotto gli effetti giuridici suoi propri a causa di un impedimento o di un difetto di forma¹³⁶.

Tra i presupposti perché si abbia la sanazione in radice vi deve essere un matrimonio nullo per la legge ecclesiastica o divina, naturale o positiva. Ma deve sussistere un consenso naturalmente sufficiente qualunque sia la forma nella quale sia stato manifestato; deve esistere un vero consenso coniugale o animo maritale¹³⁷, perché il matrimonio invalido a causa di un vizio di consenso non può essere sanato in radice¹³⁸. Presupposto necessario perché possa operare la sanazione in radice sono la presenza del consenso matrimoniale naturalmente sufficiente in ambedue le parti e la perseveranza del consenso di entrambe le parti (can. 1163, §1). Esiste una presunzione *iuris tantum* di detta perseveranza come stabilisce il can. 1107¹³⁸.

Il consentimento necessario e sufficiente per servire da supporto alla sanazione in radice può consistere nella celebrazione del matrimonio canonico o di altro matrimonio religioso o del matrimonio civile o altra ipotesi di convivenza coniugale di mero fatto quando si dimostra che i conviventi siano animati da un sincero desiderio di vivere in matrimonio¹³⁹. Deve però trattarsi di un consenso naturalmente sufficiente anche se giuridicamente inefficace per la presenza di alcun impedimento dirimente o di un difetto di forma canonica in ambedue le parti. Si tratta di un requisito esigito dal diritto naturale per il quale il can. 1162, §1 stabilisce che, se manca il consentimento in entrambe le parti o in una sola di esse, il matrimonio non può sanarsi in radice, tanto se il consenso mancò fino dall'inizio come se fu dato in un primo momento e poi fu revocato¹⁴⁰.

La celebrazione del matrimonio in forma civile non esclude la prestazione di un autentico consenso di contenuto matrimoniale e attualmente si ammette

¹³⁶ PAOLO MONETA, *op. cit.*, pp. 220-221; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 305.

¹³⁷ ANTONIO MOLINA MELIÀ-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 318.

¹³⁸ JOSÈ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit.*, p. 544; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁹ JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 183.

¹⁴⁰ MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 367.

la sanazione in radice del matrimonio civile data l'ampiezza con la quale questa forma viene ammessa negli ordinamenti statali¹⁴¹. Il consenso naturalmente sufficiente costituisce la causa totale ed adeguata per il matrimonio e il consenso naturale si distingue dal consenso fornicario in quanto è esplicitamente coniugale, finalizzato ad un matrimonio indissolubile¹⁴².

L'espressione *naturaliter sufficiens* non significa che si tratti di un atto di volontà meramente psicologico e senza conseguenze nell'ordine giuridico; ma consenso *naturaliter sufficiens* si riferisce all'apparenza di un tale consenso che comporta delle conseguenze nell'ambito del diritto naturale perché tale consenso contiene l'espressione di una volontà pertinente ad un atto giuridico.

E si è anche detto che siffatta manifestazione della volontà è esternamente preferibile e dettata da una potenziale efficacia giuridica e che, pur essendo privo della forma pubblica, non si tratta di un atto meramente interno perché la volontà va manifestata anche secondo il diritto naturale, cosicché il consenso naturalmente sufficiente contiene in sé tutte le potenzialità per essere un vero consenso coniugale¹⁴³. Si afferma che tale consenso è *iure naturae* idoneo a costituire il vincolo coniugale ed è insostituibile da parte di qualsiasi persona o autorità esterna¹⁴⁴.

Ma per la concessione della sanazione in radice non basta un consenso naturalmente sufficiente al momento della celebrazione invalida, essendo richiesto un altro presupposto: cioè la perseveranza del consenso. Perciò si richiede che il consenso sia già prestato e che perduri ed una volta che sia stato espresso in una qualsiasi forma giuridica, con l'intenzione di contrarre vero matrimonio, si presume che perduri fino a che non consti con certezza morale che esso è stato revocato con un'azione umana, mediante un positivo atto di volontà contrario, che distrugga il consenso precedente, non ancora passato ad effetto¹⁴⁵.

Non è sufficiente la revoca mediante una volontà interpretativa o la domanda della separazione, mentre si ritiene che non perseveri il consenso quando sia stata instaurata una causa di nullità¹⁴⁶. Quello della perseveranza è un presupposto fondamentale che trova riscontro nella presunzione di

¹⁴¹ FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 221.

¹⁴² ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 241.

¹⁴³ NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 534.

¹⁴⁴ GINESIO MANTUANO, *Sulle forme di convalida del negozio matrimoniale canonico*, in *Dir. Eccl.*, 98 (1987), p. 738.

¹⁴⁵ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, pp. 169-170; REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁶ ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 318.

cui al can. 1107; così situazioni che possono colpire il matrimonio sono la separazione, l'abbandono, l'accusa di nullità, ecc...in quanto indizi o fatti contraddittori con la perseveranza del consenso; indagini che hanno perduto grande interesse pratico in quanto il Codice ha introdotto il can. 1163, §3 secondo cui deve concedersi la sanazione in radice quando sia probabile che le parti intendono perseverare nella vita coniugale¹⁴⁷. La sanazione di un matrimonio, il cui naufragio si possa ragionevolmente prevedere, non sarebbe soltanto imprudente, ma rischiosa e scandalosa.

La revoca del consenso è l'atto fermo e pertinace di cessare di essere coniugi e necessita della prova: la presunzione della perseveranza del consenso cessa soltanto se i coniugi sono di fatto, o per sentenza giudiziale, separati o hanno introdotto una causa di nullità o di divorzio perché in tal modo si dimostra implicitamente la revoca del consenso¹⁴⁸.

9. Nel vecchio ordinamento si osservava che non era possibile la sanazione in radice di un impedimento di diritto naturale o divino anche dopo la cessazione di esso, ma che era soltanto possibile la dispensa da un impedimento di diritto ecclesiastico. Nel Codice del 1917, in conformità con una risposta del Santo Ufficio del 2 marzo 1904, si stabiliva che il matrimonio contratto con un impedimento di diritto naturale o divino positivo non era suscettibile di sanazione da parte della Chiesa neppure quando l'impedimento fosse cessato (can. 1139, §2).

Si suoleva dire che era un'affermazione di fatto, ma non di diritto, come a dire che la Chiesa non sanava in radice questo tipo di matrimonio non perché non aveva la potestà di farlo, ma perché non era conveniente procedere ad esso¹⁴⁹.

Questa posizione era carente di una sufficiente ragione e veniva confermata da Paolo VI, nel 1966 col M.P. *Episcoporum muneribus* 15 giugno 1966 (AA S. 58 (1966) (p. 467-472) il quale si riservò la dispensa dalla norma che concedeva la sanazione in radice in tutti i casi in cui esisteva un impedimento di diritto naturale o divino già cessato¹⁵⁰. Questa disposizione è stata disci-

¹⁴⁷ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 142.

¹⁴⁸ NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, p. 546; il quale afferma anche che la Chiesa non concede la sanazione in assoluto se il pericolo di divorzio è attuale, perché è contro il buon senso che due coniugi per intervento dell'autorità della Chiesa, vengano legati con un vincolo indissolubile, se almeno uno di loro è già pronto a rompere questo vincolo (p. 537).

¹⁴⁹ PIO CIPROTTI, *De sanando in radice matrimonio irritato ob impedimentum iuris divini*, in *Apollinaris* 12 (1939), pp. 411-423; LUDOVICUS BENDER, *Sanatio matrimonii invalidi per impedimentum iuris divini*, in *E.I. can.*, 15 (1957), pp. 29-44.

¹⁵⁰ FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 222.

plinata nell'attuale normativa canonica che nel can. 1163, §2 determina che il matrimonio nullo per un impedimento di diritto naturale o divino positivo solo può sanarsi una volta che è cessato l'impedimento¹⁵¹.

Si tratta in questo caso di una sanazione imperfetta perché i suoi effetti retroagiscono al momento non della celebrazione, ma al momento della cessazione dell'impedimento¹⁵². In generale, però, gli effetti canonici per *fictio iuris* sono operanti dal momento in cui è stato celebrato invalidamente il matrimonio tranne che sia stabilito diversamente in modo espresso. Uno degli effetti è la piena legittimità dei figli nati dopo tale matrimonio e non la semplice legittimazione¹⁵³.

Questa condizione è particolarmente avallata dai due casi di sanabilità del matrimonio nullo per vizio di consenso se questo viene prestato (can. 1162, §2) e del matrimonio nullo a causa di un impedimento di diritto naturale o divino positivo dopo che tale impedimento è cessato (can. 1163, §2); nel primo caso, la sanazione si riferisce al momento quando il consenso è prestato, nel secondo si suppone la oggettiva verità del consenso¹⁵⁴.

Un'altra questione, già dibattuta durante la vigenza del codice 1917, riguarda la possibilità o meno di sanare in radice un matrimonio quando uno o entrambi i nubendi siano deceduti. E, nonostante gli opposti pareri, non manca un autore di osservare che tali sanazioni furono in passato concesse dalla Chiesa e che nel caso si tratta di sanazioni in radice impropriamente dette, ossia parziali, che non riguardano il vincolo matrimoniale, ma solo gli effetti canonici collaterali¹⁵⁵. Si presenta anche il caso di chi sia colpito da demenza o in genere da incapacità di contrarre matrimonio dopo la sua celebrazione e anche in questo caso qualche autore sostiene la sentenza affermativa¹⁵⁶.

Ma una particolare applicazione della sanazione in radice è quella relativa al matrimonio civile.

Avvenuta meno l'avversione verso il matrimonio civile considerato in passato come un vero concubinato, il più recente Magistero pontificio riconosce che la situazione dei cattolici che hanno contratto matrimonio civile non può equipararsi a quello dei semplici conviventi senza alcun vincolo e *more uxorio*.

¹⁵¹ *Communicationes*, 5 (1973), p. 192.

¹⁵² FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 222; JOSÈ MARIA GONZALEZ DEL VALLE, *op. cit.*, p. 180.

¹⁵³ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 402.

¹⁵⁴ *Communicationes*, 5 (1973), pp. 9 ss.; 10 (1978), p. 123.

¹⁵⁵ FELIX CAPPELLO, *De Matrimonio*, Taurini, 1961, p. 789; in senso contrario MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 367.

¹⁵⁶ FELIX CAPPELLO, *op. cit.*, pp. 793-794,

Si è all'uopo sostenuto che a ben guardare il riconoscimento di effetti giuridici al matrimonio civile deriva soltanto dalla mancanza, sia pure radicale, della forma di celebrazione prescritta *ad substantiam*, mentre in esso è normalmente presente quella volontà matrimoniale di per sé idonea a dar vita ad un valido matrimonio e su questa volontà può innestarsi il provvedimento di sanazione in radice dell'autorità ecclesiastica a rendere così canonicamente validi quei matrimoni civili tra battezzati, quando non è possibile, per opposizione di una delle parti o per qualche altra valida ragione, procedere a una celebrazione religiosa tra i coniugi¹⁵⁷.

10. Ogni dispensa da una legge ecclesiastica richiede una giusta causa e ragionevole altrimenti la dispensa è illecita e, se non sia data dallo stesso legislatore o dal suo superiore, anche invalida¹⁵⁸.

Il can. 1164 stabilisce che la dispensa non sia concessa se non *gravem causam*¹⁵⁹.

Una modificazione si ha in ordine alla competenza a concedere la sanazione in radice. È stata infatti mitigata la norma che riserva all'esclusiva autorità della Santa Sede ogni competenza in materia e questa viene estesa in parte ai Vescovi¹⁶⁰.

Il Codice rompe con la vecchia norma codicistica secondo la quale la sanazione in radice solo poteva essere concessa dalla Sede Apostolica (can. 1141, 1917). E la nuova disciplina ammette che la sanazione in radice possa essere concessa dal Vescovo diocesano in ciascun caso (can. 1165, §2). Si osserva che con riferimento al Vescovo diocesano deve osservarsi che la facoltà si attribuisce precisamente al Vescovo diocesano e non ad altre autorità che potevano godere della considerazione dell'ordinario del luogo (can. 134, §3), con la conseguenza che tale facoltà può difficilmente considerarsi delegabile e deve essere concessa in ciascun caso, per la qual cosa si deve intendere che non è competente il diocesano a concludere la sanazione in una pluralità di casi indefinitivamente¹⁶¹. Si ritiene che solamente la Santa Sede è competente per concedere sanazioni generali per tutto il territorio o parziali per un gruppo di matrimoni; così si deduce dal can. 1165 che solamente il Vescovo diocesano ha la facoltà di concedere sanazioni in ciascun caso anche quando

¹⁵⁷ PAOLO MONETA, *op. cit.*, pp. 223-224.

¹⁵⁸ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 404.

¹⁵⁹ LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 35.

¹⁶⁰ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 305.

¹⁶¹ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 242.

concorrono vari motivi di nullità dello stesso matrimonio e che questa facoltà è delegabile conformemente al can. 137¹⁶². L'autorità competente è dunque la Sede Apostolica, a cui ognuno può rivolgersi direttamente: la Penitenziaria apostolica per il foro interno, la Congregazione dei Sacramenti per il foro esterno, salva la competenza della Congregazione per la dottrina della Fede (matrimoni misti) e della Congregazione per le Chiese orientali¹⁶³. Si tratta di una vera dispensa da un impedimento in senso improprio. La sanazione in radice può essere concessa dunque anche dai Vescovi diocesani ma con alcune limitazioni.

Il can. 1165, §1 impone, infatti, l'obbligo di osservare le condizioni richieste per autorizzare un matrimonio misto (can. 125) quando la sanazione verte su un tale matrimonio, ed include nella loro potestà la sanazione di matrimoni nulli a causa o di un impedimento la cui dispensa è riservata alla Santa Sede (can. 1078, §2), o di un impedimento di diritto naturale o di diritto divino che sia venuto a cessare (can. 1165, §2)¹⁶⁴.

La sanazione in radice può concedersi su domanda di entrambe le parti o di una sola di esse o da parte di un terzo (can. 1164). Può concedersi in termini assoluti o condizionali, nel qual caso la validità della stessa dipende dall'adempimento delle condizioni. Viene concessa mediante rescritto in forma graziosa o in forma commissoria, la prima sortisce i suoi effetti dal momento della concessione, mentre, la seconda sortisce i suoi effetti dal momento dell'esecuzione¹⁶⁵. Il rescritto deve notificarsi al sollecitante e si deve notificare anche al parroco del luogo dove si celebrò il matrimonio perché si proceda alla annotazione nei registri del matrimonio e del battesimo (can. 1123).

¹⁶² MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 368; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 405, perché è facoltà ordinaria annessa all'ufficio.

¹⁶³ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 405.

¹⁶⁴ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 306.

¹⁶⁵ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 242.