

QUESTIONI RIGUARDANTI LA FORMA MATRIMONIALE.
LA “CONVALIDAZIONE INVALIDA”
E L’AMBITO DI OBBLIGATORIETÀ
DOPO IL M.P. *OMNIUM IN MENTEM*

Miguel A. Ortiz
Pontificia Università della Santa Croce

Tra gli argomenti trattati nei precedenti corsi di aggiornamento non si trovano né lezioni né casi pratici relativi alla forma matrimoniale. Tale scelta ha ubbidito alla scarsità di cause riguardanti l’argomento: come tutti sanno, le cause trattate dalla Rota Romana riguardo il difetto di forma non sono numericamente molte, e inoltre sono anche “qualitativamente” ridotte, poiché la stragrande maggioranza di esse – soprattutto negli ultimi anni – riguarda la questione dell’applicabilità della normativa sulla supplenza di facoltà.

In questa occasione abbiamo deciso di trattare non la questione della supplenza di facoltà (che magari verrà vista in un futuro corso) bensì due argomenti relativamente innovativi. Uno riguarda una controversa linea giurisprudenziale, la così detta “convalidazione invalida” dei matrimoni nulli per difetto di forma – concretamente dei matrimoni civili la cui unione i coniugi vogliono “regolarizzare” davanti alla Chiesa –, e l’altro una recente innovazione legislativa, il motu proprio *Omnium in mentem*, che ha soppresso la clausola che esimeva dall’obbligatorietà della forma a coloro che avevano abbandonato la Chiesa con atto formale. La riflessione su questa modifica ci offrirà l’occasione di riflettere sulla stessa funzione della forma canonica, considerata come uno strumento al servizio della verità del consenso.

1. SULLA CONVALIDA DEL MATRIMONIO NULLO PER DIFETTO DI FORMA

1.1. *Un nuovo capo di nullità? Questioni dottrinali implicate riguardo la celebrazione canonica posteriore a quella civile*

Nella dottrina e nella giurisprudenza recenti si possono trovare diverse riflessioni riguardanti un capo di nullità controverso: la “invalida convalidazione” di un matrimonio nullo per difetto di forma, e concretamente del matrimonio civile di chi era obbligato alla forma canonica¹. Ricordiamo che il Codice prevede due modalità di convalida, quella semplice e la *sanatio in radice*; le principali differenze tra i due mezzi riguardano innanzitutto l’autore della convalida: i coniugi nella convalidazione semplice (tramite un atto di volontà – di entrambi o di uno di essi, se solo uno conosceva la nullità del matrimonio – che conferisce efficacia al consenso altrimenti inefficace), l’autorità nella *sanatio in radice*, senza che in questo caso sia necessario che i coniugi pongano alcun atto specifico².

¹ Riprendiamo quanto abbiamo esposto in *La forma del matrimonio nella giurisprudenza della Rota Romana*, in Aa.Vv., *La giurisprudenza della Rota sul matrimonio (1908-2008)*, Città del Vaticano 2010, 229-279. Cfr. U. NAVARRETE, *A proposito del Decreto del S. T. della Segnatura Apostolica del 23 novembre 2005*, in *Periodica* 96 (2005) 307-361, con abbondanti riferimenti giurisprudenziali. Per la dottrina cfr. L.A. BOGDAN, *Simple convalidation of marriage in the 1983 Code of Canon Law*, in *The Jurist* 46 (1986) 511-531; C. HETTINGER, *Invalida convalidazione di matrimonio nullo*, in *Monitor Ecclesiasticus* 124 (1999) 569-583; A. MENDONÇA, *Defective Convalidation*, in *Proceedings of the Canon Law Society of America*, Washington DC 2008, 193-236; G. READ, *Invalid Convalidation*, in *Canon Law Society Newsletter* 124 (2000) 11-17; L. ROBITAILLE, *Defective Validations of Marriages Lacking Canonical Form. An Interpretation of Total Simulation*, in *The Jurist* 66 (2006) 436-468; E. WALKER, *The invalid convalidation. A neglected caput nullitatis*, in *Studia Canonica* 9 (1975), 325-336; L.G. WRENN, *Invalid Convalidation*, in *The Jurist* 32 (1972) 253-265.

² Cfr. P. BIANCHI, *Il pastore d’anime e la nullità del matrimonio XIII. La convalidazione di un matrimonio invalido*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale* 10 (1997) 206-229; A. BERNARDEZ CANTÓN, *Commenti ai canoni 1160-1165*, in Aa.Vv., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, III, Pamplona 1996, 1619-1637; L. MADERO, *A convalidação simples e a sanção na raiz do matrimonio nulo*, in *Ius Canonicum*, vol. speciale in onore di J. Hervada, Pamplona 1999, 887-905; A.J. GARCÍA BERBEL, *La convalidación del matrimonio en la codificación de 1917 (cc. 1133-1141)*, Roma 2004; J.T. MARTÍN DE AGAR, *Matrimonio putativo y convalidación automática del matrimonio nulo*, in *Ius Canonicum* 81 (2001) 293-317; G.P. MONTINI, *La convalidazione del matrimonio: semplice, sanazione in radice*, in Aa.Vv. (*Quaderni della Mendola*), *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Milano 1996, 187-214; U. NAVARRETE, *De convalidatione matrimonii (cc. 1133-1141). Ad modum manuscripti*, Romae 1964; M.A. ORTIZ, *La nulidad del matrimonio y su convalidación*, in Aa.Vv. (a cura di D. García-Hervas), *Manual de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 2002, 251-270; A. RAVA, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio*

I canoni dedicati alla convalidazione semplice specificano che essa può realizzarsi in caso di matrimonio nullo per impedimento occulto o per un vizio del consenso che non può essere provato. In quei casi, chi conosce l'impedimento deve rinnovare il consenso già dato; chi invece diede un consenso insufficiente, deve prestarlo. Nei due casi, deve perseverare il consenso dell'altra parte. Il can. 1160 aggiunge che "il matrimonio nullo a causa di un vizio di forma, per diventare valido deve essere nuovamente contratto secondo la forma canonica, salvo il disposto del can. 1127, §2".

Per alcuni autori, il can. 1160 propone una vera e propria convalidazione del matrimonio nullo per difetto di forma – a questo punto, alcuni autori distinguono se si tratta di un vizio, che sarebbe convalidabile, o dell'assenza di forma per esempio nel caso della celebrazione civile di chi è obbligato alla forma canonica, che viceversa non rientrerebbe nella "convalidazione" del can. 1160. Per esempio, in un decreto del 2000, mons. Stankiewicz espone la propria opinione nel senso che "si tamen forma canonica totaliter omissa sit ab eis, qui ad eam tenentur, «vix sermo esse potest de convalidatione matrimonii, cum non habeatur species seu figura matrimonii canonici, v. gr. si tantum civiliter contraxerunt», quia «tunc technice loquendo potius agitur de celebratione quam de convalidatione matrimonii canonici»". Ma aggiunge che "Sed doctrina praevalens tenet convalidationem simplicem proprie dictam locum habere posse etiam in casu totalis omissionis formae canonicae, prout in matrimonio civili, si hoc forte celebrationem matrimonii canonici praecesserit"³. Gli autori che ritengono che il can. 1160 prende in

(can. 1157 § 2). *Studio storico-giuridico*, Roma 2001; N. SCHÖCH, *La sanazione in radice dei matrimoni celebrati in forma civile o senza forma pubblica*, in AA.VV. (a cura di J. Carreras) *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Milano 1998, 289-333; Id., *Le convalidazioni. La convalidazione semplice*, in AA.VV. (a cura di P.A. Bonnet e C.A. Gullo), *Diritto matrimoniale canonico* vol III, Città del Vaticano 2005, 517-531; J. ZYGALA, *La sanatio in radice en el matrimonio. Naturaleza y perspectivas*, in *Cuadernos doctorales* 21 (2005-06) 77-186; F. SPERANZA, *La convalidazione del matrimonio. Convalidazione ipso facto: ipotesi de iure condendo*, (in corso di stampa).

³ Cfr. decreto c. Stankiewicz, 26 ottobre 2000, *Indianapoliotana*, n. 5. Il decreto rinvia a M. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici, De sacramentis*, vol. III, *De matrimonio et de sacramentalibus*, Romae 1957³, p. 946, n. 682; H. HEIMERL - H. PREE, *Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Eherecht*, Wien-New York 1983, p. 275; A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma 1985, p. 168; L. CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, vol. II, Roma 1996², p. 427; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *comm. ad can. 1160*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, pp. 1620-1622; L.G. WRENN, *The Invalid Marriage*, Washington 1998, p.

considerazione una vera e propria convalida del matrimonio nullo per difetto di forma discutono se si debbano applicare o meno le norme sul rinnovo del consenso previste dai cann. 1157-1158 per il matrimonio nullo per un impedimento.

Per altri autori invece, l'espressione del can. 1160 sta rinviano non tanto ad una convalidazione quanto alla celebrazione canonica *tout court*, come segnala per esempio Hervada: "due sono, in senso stretto, i modi di trasformare un matrimonio nullo in valido: la *convalidatio simplex* e la *sanatio in radice*. A queste due modalità se ne aggiunge una terza che, propriamente parlando, non è una nuova e propria convalida: la nuova celebrazione del matrimonio"⁴; in tal senso sembra esprimersi anche la giurisprudenza più recente in materia⁵.

Il 23 novembre 2005, la Segnatura Apostolica emanò un decreto con il quale il Supremo Tribunale concesse la *nova causae propositio*, chiesta dal difensore del vincolo, nella causa *Sancti Francisci in California*, emessa in seconda istanza dal turno rotale c. Sable il 29 gennaio 1999⁶.

Si trattava di un matrimonio celebrato da due cattolici nel 1950: in seguito alla gravidanza della fidanzata celebrarono matrimonio civile; e tre mesi dopo celebrarono in forma canonica. Le parti riconobbero che

171; J.P. BEAL, *comm. ad can. 1160*, in AA.VV., *New Commentary on the Code of Canon Law*, New York-Mahwah 2000, p. 1385.

⁴ J. HERVADA, *De matrimonii convalidatione*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, a cura di J.I. Arrieta, Roma 2004, 772. "En el supuesto contemplado en este precepto —matrimonio nulo por defecto de forma— se requiere lisa y llanamente la nueva celebración del matrimonio. Por eso no se dice, como en casos anteriores, que se renueve o preste consentimiento en «forma canónica», sino que «ha de contraerse de nuevo en forma canónica». No es, pues, un caso de convalidación sino de una nueva celebración" (A. BERNARDEZ CANTÓN, *Comentario al can. 1160 cit.*).

⁵ "In specie nostra, prorsus, haud agitur de convalidatione invalidi matrimonii, sed de nova matrimonii canonica celebratione. Matrimonium civile, enim, pro Ecclesia minime nullum vel putativum retinetur, quia simpliciter inexistens putatur. Convalidatio etenim admittitur solummodo cum matrimonium, ob causam vel vitium canonicum, nullum sit; at hoc minime dari potest in casu matrimonii inexistens, sicut in casu matrimonii civilis: «Convalidatio matrimonii est actus quo matrimonium ante sub legitima specie et forma, sed nulliter celebratum, ita restauratur, ut suum consequatur valorem»" (cent. c. Yaacoub del 19 luglio 2007 n. 11 con riferimento a una c. Huber e alla dottrina di F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius matrimoniale*, III editio, 1946, 852, n. 652 riportata alla fine della citazione).

⁶ Cfr. SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, Decreto del 23 novembre 2005, Periodica 96 (2007) 285-288 e i commenti di U. NAVARRETE in *ibid.*, 289-361; cfr. anche il commento di A. MENDONÇA, *Defective Convalidation cit.* La sentenza affermativa c. Sable in RRDec 91 (1999) 41-47.

la celebrazione in Chiesa fu fatta piena di amore ed entusiasmo. Dopo trent'anni di matrimonio e quattro figli si separano e divorziano. Dieci anni dopo, nel 1992, l'attore decise di introdurre la causa per mancanza di discrezione di giudizio. Siccome l'attore era fratello dell'arcivescovo di Los Angeles, la causa fu deferita al tribunale di San Francisco, il quale formulò il dubbio per mancanza di discrezione e per invalida convalidazione, e decise *negative* al primo capo e *affirmative* al secondo. La moglie presentò querela di nullità che non venne accettata, e poi l'appello in Rota. Il turno c. Sable emise sentenza affermativa, contro la quale il difensore del vincolo chiese la *nova causae propositio*, concessa dal decreto della Segnatura del 2005. La terza istanza fu decisa negativamente dal turno c. Yaacoub il 19 luglio 2007.

La causa è espressione di una nuova linea giurisprudenziale che si basa su due principi: da una parte, che il matrimonio civile possa essere ritenuto "matrimonio nullo" e di conseguenza possa essere convalidato ricorrendo alla convalidazione semplice invocando il can. 1160. Dall'altra, si presume che tutte le fattispecie di convalidazione semplice esigono un rinnovo del consenso (come prevedono i cann. 1156 e 1157 per la convalidazione del matrimonio nullo per la presenza di un impedimento) per cui anche la "convalida" del c. 1160 richiederebbe il rinnovo del consenso.

Questa linea dottrinale e giurisprudenziale ritiene che se la celebrazione canonica posteriore (ritenuta appunto come atto di convalida del matrimonio civile precedente) non contiene un consenso pieno rinnovato e consapevole della nullità dell'unione precedente, può dichiararsi invalida. Ciò accadrebbe se le parti (o una di esse) si ritenessero già sposate dopo la celebrazione civile e accondiscendessero a celebrare il matrimonio canonico per "regolarizzare" la situazione ecclesiale.

C'è una molteplicità di questioni implicate sulle quali non possiamo soffermarci qui: da una parte, la considerazione da attribuire al "matrimonio civile" dei cattolici obbligati alla forma canonica⁷, soprattutto

⁷ Sulla questione, cfr. U. NAVARRETE, *A proposito del Decreto del S. T. della Segnatura Apostolica del 23 novembre 2005* cit., 313-325, dove sottolinea in primo luogo che il matrimonio civile non si considera "invalido" agli effetti dell'istituto del matrimonio putativo; di fatto, il Legislatore non ammise un § 4 nel can. 1061, secondo il quale "matrimonium invalidum intellegitur etiam matrimonium civiliste contractum, quod est propter defectum formae matrimonium invalidum". La stessa conclusione a proposito della legittimazione dei figli (cann. 1137-1140); la pratica amministrativa di stato libero e l'esclusione del processo documentale per accertare la libertà (cann. 1066-1073, 1686), nonché (nel Codice del 1917, can. 1078) per quanto riguarda la pubblica onestà.

alla luce dell'unicità della realtà matrimoniale nelle sue dimensioni naturali e sacramentali⁸ (in altri termini, quale è la portata della volontà di donarsi coniugalmente senza aver osservato la forma prescritta). Dall'altra, se il "defectus formae" del can. 1160 comprenda sia la forma canonica difettosamente seguita (per mancanza di delega, per esempio) che l'assenza di forma canonica perché è stata seguita quella civile.

Comunque, nel caso – da noi non condiviso – si ritenesse che il can. 1160 contempli una vera e propria convalidazione, è da discutere se ad essa si debbano applicare i requisiti richiesti dai cann. 1157-1158 per il rinnovo del consenso nella convalida del matrimonio nullo per la presenza di un impedimento dirimente⁹.

Andando ancora più a monte, la questione ci potrebbe portare a riflettere sulla possibilità di convalidare automaticamente il matrimonio nullo per difetto di forma (in questo caso, a causa di un vizio nella forma difettosamente posta, e non nella fattispecie della celebrazione civile). Si tratta di una considerazione ricorrente nella riflessione dottrinale, presente anche nei lavori di codificazione sia del Codice del 1917 che in quello del 1983, nonché in un non riuscito tentativo di riforma del Codice pianobenedettino portato avanti durante i pontificati di Pio XI e di Pio XII, che prospettava una drastica limitazione nell'esercizio

Questo autore conclude che nel matrimonio civile non c'è nemmeno *species seu figura* di matrimonio canonico. Distingue l'ordine morale e antropologico (come fa Giovanni Paolo II in *Familiaris consortio* n. 82, in cui riconosce "un certo impegno a un preciso e probabilmente stabile stato di vita" in tali unioni) dall'ordine giuridico, dove – per il diritto della Chiesa – il matrimonio civile non è invalido perché appunto non ha "species seu figura" di matrimonio. Un altro conto è che la forma civile possa essere adoperata per celebrare un matrimonio canonico, nei casi dei cann. 1117 – prima del motu proprio *Omnia in mentem* del 26 ottobre 2009 –, 1116 e 1127 § 2.

⁸ Con parole di Giovanni Paolo II riportate precedentemente, "non si può (...) configurare, accanto al matrimonio naturale, un altro modello di matrimonio cristiano con specifici requisiti soprannaturali" (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 2003, n. 8). Sulle conseguenze nell'ambito dell'esclusione della dignità sacramentale, rimandiamo al nostro *L'esclusione della dignità sacramentale del matrimonio nel recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale* cit.

⁹ Punto questo fortemente contestato da U. NAVARRETE, *A proposito del Decreto del S. T. della Segnatura Apostolica del 23 novembre 2005* cit. Anche Mendonça segnala che non si possono applicare i requisiti della convalidazione del matrimonio nullo per la presenza di un impedimento (in particolare, il rinnovo del consenso) alla convalida del matrimonio nullo per difetto del consenso o di difetto di forma: cfr. A. MENDONÇA, *Defective Convalidation*, in *Proc CLSA* 2008, 193-236.

dello *ius accusandi* del matrimonio dopo un periodo di pacifica coabitazione dei coniugi¹⁰.

Come si vede, le questioni implicate sono di grande spessore, e meriterebbero un approfondimento che esula dall'obiettivo di queste riflessioni. Qui ci limiteremo a fare un commento alla nuova tendenza giurisprudenziale e dottrinale accennata alla luce del decreto della Segnatura del 2005.

1.2. Giurisprudenza rotale in tema di "convalidazione" del matrimonio civile

Diciamo *nuova tendenza* giurisprudenziale perché in passato – fino al 1988, data di una nota sentenza c. Funghini¹¹ – la Rota Romana si era occupata della questione solo tangenzialmente: durante il Codice del

¹⁰ Cfr. V. BARTOCETTI, *Codicis J.C. emendatio a S.P. Pio XI circa leges et causas matrimoniales disposita anno 1938*, in *Revue de Droit Canonique* 11 (1961) 9-23. Cfr. in proposito L. BENDER, *Convalidatio matrimonii*, in *Monitor Ecclesiasticus* 81 (1956) 102-116; ID., *Convalidatio matrimonii et defectus consensus*, in *Monitor Ecclesiasticus* 482-492; F.M. CAPPELLO, *La legislazione ecclesiastica e i suoi eventuali perfezionamenti*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 53 (1942) 385-389; A.J. GARCÍA BERBEL, *La convalidación del matrimonio en la codificación de 1917* (cc. 1133-1141), Roma 2004; G. MANTUANO, *Convalida "ipso iure" del matrimonio e "renovatio consensus"*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, II-1, Milano 1991, 523-580; J.T. MARTÍN DE AGAR, *Matrimonio putativo y convalidación automática del matrimonio nulo* cit.; G.P. MONTINI, *La convalidazione del matrimonio: semplice, sanazione in radice* cit.; M.A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio* in M.A. ORTIZ (a cura di), *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, Milano 2005, 180-186; F. SPERANZA, *La convalidazione del matrimonio. Convalidazione ipso facto: ipotesi de iure condendo* cit. Anche Navarrete, dopo essersi riferito alla dottrina di Bender e Cappello e alla possibilità di convalida automatica nel caso di timore, età e impedimento di disparità di culto, aggiunge: "Per evitare gli inconvenienti dei matrimoni 'clandestini', introdotta la forma per tutti i cattolici, forse non sarebbe necessario esigere sempre ed in ogni ipotesi l'intervento della Chiesa o la consapevolezza della nullità almeno di una delle parti per ottenere la sicurezza giuridica sullo stato esterno delle persone, con notevoli detrimenti pastorali e non pochi inconvenienti anche nel campo giuridico" (U. NAVARRETE, *A proposito del Decreto del S. T. della Segnatura Apostolica del 23 novembre 2005* cit., 329, nota 21).

¹¹ Cfr. sent. c. FUNGHINI, *Pragen.* del 30 giugno 1988, in RRDec 80 (1988) 439-448; U. NAVARRETE, *A proposito...* cit., 341-348.

1917, nelle cause c. Wynen del 1 giugno 1940¹²; c. Fideicicchi del 20 gennaio 1948¹³; c. Fiore del 15 giugno 1966¹⁴; e c. Rogers del 21 gennaio 1969¹⁵.

Dopo il Codice de 1983, la decisione c. Funghini del 30 giugno 1988 dichiarò la nullità di un matrimonio per invalida convalidazione¹⁶. Si trattava di due cattolici che si erano sposati civilmente perché la moglie non assecondava il desiderio del marito di sposarsi in Chiesa. In occasione del battesimo del primo figlio, i parenti dell'uomo ottengono dal parroco che dopo il battesimo si celebri il matrimonio, come se fosse parte dello stesso rito, anche se i coniugi – al meno la moglie – sono all'oscuro. Dopo diversi anni vissuti pacificamente, il matrimonio fallisce, il marito divorzia e chiede la nullità per difetto del consenso della moglie. La sentenza di prima istanza e il turno rotale sancirono la nullità applicando i canoni relativi al rinnovo del consenso (1156-1157 CIC, 1133-1134 CIC 17).

Dopo la sentenza c. Funghini ci furono altre decisioni in materia: una c. Boccafola del 12 marzo 1998 che riformò la prima sentenza affermativa in un matrimonio celebrato canonicamente tra un cattolico e

¹² Sent. c. Wynen, *Berythen. Maronitarum* dell'1 giugno 1940, in RRDec 32 (1940) 423-437, *pro nullitate*, che in realtà è un caso di mancata competenza del parroco maronita.

¹³ Sent. c. Fideicicchi, *Tripol. Maronitarum* del 20 gennaio 1948, in RRDec 40 (1948) 25-31, *pro vinculo*, che riguarda la convalida di un matrimonio nullo a causa dell'impedimento di consanguineità, non conosciuto e non accettato dagli sposi che esitano a dare il consenso davanti al parroco che vuole convalidare.

¹⁴ Sent. c. Fiore, *Novarcen.* del 15 giugno 1964, in RRDec 56 (1964) 478-483, *pro nullitate*, in un matrimonio civile celebrato da un cattolico e una battezzata acattolica che dopo aver promesso di celebrare matrimonio canonico si rifiuta di farlo; dopo la separazione, il marito scopre che il matrimonio era stato sanato *in radice* a sua insaputa.

¹⁵ Sent. c. Rogers, *Dubuquen.* del 21 gennaio 1969, in RRDec 61 (1969) 63-67, *pro nullitate*, matrimonio celebrato in una chiesa metodista, la donna cattolica riesce a convincere il marito a celebrare anche il rito cattolico: il ponente decide *pro nullitate* ammettendo che si trattava di convalidazione nella quale mancò l'atto di volontà dello sposo.

Navarrete segnala che a volte viene citata anche una sent. c. Filipiak, *Monasterien.* del 14 giugno 1957, in RRDec 49 (1957) 490-494, *pro nullitate*, che riguarda però un caso di simulazione.

¹⁶ Sent. c. Funghini, *Pragen.* del 30 giugno 1988 cit., *pro nullitate*.

una anglicana tre anni dopo il matrimonio civile¹⁷, e due c. Turnaturi, del 30 aprile 1998 e dell'1 marzo 2002¹⁸.

Successivamente, ci fu la causa oggetto dell'intervento della Segnatura, c. Sable del 29 gennaio 1999¹⁹, che conferma la prima decisione affermativa e contro la quale la parte convenuta chiese ed ottenne la *nova causae propositio*, decisa *pro vinculo* dal turno c. Yaacoub il 19 luglio 2007. Come abbiamo anticipato, si trattava di un matrimonio celebrato canonicamente tre mesi dopo la celebrazione civile, nel 1950; quarant'anni dopo, l'attore chiese la nullità per mancanza di discrezione. Il tribunale di prima istanza aggiunse all'incapacità anche il capo della "defective convalidation"²⁰. La causa fu decisa in primo grado rispondendo affermativamente al dubbio "per invalida convalidazione da parte della con-

¹⁷ Sent. c. Boccafola, *Arundellien.-Brichtelmestumen*. del 12 marzo 1998, in RRDec 90 (1998) 228-238, *pro vinculo*. La prima decisione aveva dichiarato la nullità della convalidazione. Dopo l'appello della moglie, in Rota fu formulato il dubbio "se esiste prova della nullità del matrimonio nel presente caso dovuto al difetto di consenso matrimoniale in una o in ambedue le parti al momento della convalidazione del matrimonio civile delle parti (cann. 1160; 1157), cioè dovuto all'invalida convalidazione del matrimonio che fu celebrato l'8 marzo 1967".

¹⁸ Sent. c. Turnaturi, *Rubribaculen*. del 30 aprile 1998, in RRDec 90 (1998) 345-358, *pro vinculo* e *Roffen*. in *America* del 1 marzo 2002, anche *pro vinculo*. La prima riguarda il matrimonio di un cattolico e una non battezzata che celebrano matrimonio civile in seguito alla gravidanza della ragazza. Due anni dopo ottengono la dispensa dall'impedimento e celebrano matrimonio canonico, che si protrae per diciott'anni, dopodiché la moglie ottiene il divorzio e il marito chiede la nullità "per difetto di consenso da parte sua", anche se il dubbio viene concordato per mancanza di discrezione di giudizio dell'attore e lungo l'istruzione viene riformulato "of defective convalidation"; anche il difensore del vincolo, contravvenendo al suo ruolo, manifestò che "the marriage union was not good and his [l'attore] concern at the time of convalidation was not really involving an already deteriorated marital union". Dopo la prima sentenza affermativa, la convenuta appella in Rota, che decide negativamente perché il turno ritenne che la celebrazione canonica conteneva un vero consenso. La sentenza del 2002 riguarda il matrimonio tra un cattolico e una battezzata non cattolica, celebrato canonicamente un anno dopo la celebrazione davanti al ministro episcopaliano. Dopo diversi anni, il marito abbandona la famiglia, ottiene il divorzio e chiede la nullità senza specificare alcun capo. Il dubbio viene concordato per incapacità di assumere delle parti e per difetto della convalidazione, che è riconosciuta da un giudice unico. Dopo l'appello della convenuta in Rota, il turno decise negativamente.

¹⁹ Sent. c. Sable, *Sancti Francisci in California*, del 29 gennaio 1999, in RRDec 91 (1999) 41-47.

²⁰ "Whether the marriage of NN and ZZ is null on the grounds of lack of discretion of judgment on the part of the Petitioner or defective convalidation on the part of the Petitioner or defective convalidation on the part of the Respondent": cfr. A. MENDONÇA, *Defective Convalidation* cit., 200.

venuta”, applicando le norme sul rinnovo del consenso richiesto per la validità della convalidazione, nonché la consapevolezza della nullità del matrimonio precedente; siccome la convenuta si riteneva validamente sposata dalla celebrazione civile, il tribunale ritenne invalida la convalidazione avvenuta con la posteriore celebrazione canonica²¹. Arrivata la causa in Rota dietro l’appello della stessa parte convenuta, e dopo essere stata rinviata all’esame ordinario, il turno precisò meglio il dubbio: “ex capite defectus novi actus voluntatis ex parte mulieris conventae in matrimonio convalidato (can. 1156 § 2; 1157 CIC)”.

La decisione di seconda istanza, c. Sable, pur condividendo l’opinione che la previsione del can. 1160 è di nuova celebrazione e non propriamente di “convalidazione”, afferma che il consenso prestato nella celebrazione ex can. 1160 deve essere pieno in sé, e non basta la conferma del consenso dato davanti all’ufficiale civile perché dev’esserci la consapevolezza della nullità dell’unione precedente²². Malgrado i suggerimenti del difensore del vincolo di impostare la causa come di simulazione totale, il turno ritiene che si tratta di assenza di consenso, e non di simulazione, fenomeno nel quale – afferma il turno – si da una opposizione di due volontà, quella simulata esterna e quella dissimulata interna, prevalente su quella manifestata. La *nova causae propositio* richiesta dal difensore del vincolo fu inizialmente respinta dal turno c. Huber, ma ammessa dalla Segnatura Apostolica dietro il ricorso presentato sempre dal difensore del vincolo.

²¹ La decisione riportava un passo della sent. c. Rogers del 21 gennaio 1969: una “person who not only is unaware of the invalidity of the prior marriage but really fights for its validity is that much more certainly prevented from positing new consent, he can be intending nothing other than either to simulate consent totally or to confirm (his juridically) inefficacious consent; in neither case, however, is a true marriage brought to birth”: cfr. A. MENDONÇA, *Defective Convalidation* cit., 204.

²² Riporta lo stesso passo della sent. c. Rogers de 21 gennaio 1969 citata: “Qui autem non solum ignorat invaliditatem prioris matrimonii, sed pro validitate eiusdem profecto pugnat, certo certius impeditur quominus novum consensum ponat: si verba exprimentia denuo pronuntiet, nihil aliud intendere valet quam aut consensum totaliter simulare aut consensum inefficacem confirmare; in casu verum matrimonium gignitur” (vol. 61, n. 2). E la c. Funghini del 1988: “Iure ecclesiastico ad validitatem, pro convalidatione simplici, requiritur renovatio consensus. (...) Non sufficit ergo mera confirmatio consensus initio dati sine efficacia, sed agatur oportet de novo voluntatis actu formali et positivo, qui esse debet veluti ac si primo praestetur. Idem liber et non fictus sit oportet. (...) Ut hoc verificetur prae primis necesse est ut partes sibi consciae sint matrimonium, in quo vivant, coram Ecclesia nullitate laborare inde a momento celebrationis” (c. Funghini del 30 giugno 1988, RRdec. vol 80, 443, n. 5).

La Segnatura Apostolica segnala che oltre le due presunzioni contenute del Codice (di validità del matrimonio fino a prova contraria e di conformità tra la volontà e la manifestazione: cfr. cann. 1014 e 1086 CIC 17, 1060 e 1101 CIC 83), nella nuova celebrazione ex can. 1160 agiscono altre due presunzioni non espresse nel Codice: che quando le parti contraggono il nuovo matrimonio sanno che quello precedente è da ritenersi come non valido, e che quando prestano il consenso intendono dare un vero consenso matrimoniale. Inoltre, per la Segnatura Apostolica, il can. 1160 riguarderebbe la convalida del matrimonio nullo per difetto, non per assenza di forma: in questo caso si può solo celebrare *ex novo*, con la prestazione del consenso davanti al teste qualificato e i due testi comuni²³. D'altra parte, il supremo tribunale affronta con grande realismo la questione della consapevolezza della nullità dell'unione civile precedente in chi accede alla forma canonica: basterebbe che i coniugi avessero una vaga consapevolezza che per la Chiesa all'unione civile dei cattolici manca qualche elemento rilevante, il che potrebbe essere compatibile con il loro convincimento che il consenso dato davanti all'ufficiale civile ha un certo valore esistenziale. Di conseguenza, fino a prova contraria si dovrebbe presumere che il consenso espresso davanti al teste canonico è sufficiente anche se i coniugi vedono l'intervento del sacerdote come di mera "benedizione" dell'unione esistente. E in ogni caso la Segnatura richiama il can. 1100 nell'ipotesi che i coniugi non diano alcun valore alla forma canonica: "Sapere o supporre che il matrimonio sia nullo, non esclude necessariamente il consenso matrimoniale"²⁴.

La sentenza c. Yaacoub del 19 luglio 2007 modifica la precedente decisione affermativa c. Sable. Il ponente ritiene che il matrimonio civile dei cattolici non è invalido ma inesistente, per cui non può essere applicato il canone 1160²⁵; di conseguenza, la celebrazione canonica di chi era sposato civilmente non è propriamente una convalidazione ma una "nuova" o meglio la "prima" o l'unica celebrazione. Il consenso *de*

²³ Mendonça segnala che la segnatura apostolica inviò ad alcuni tribunali degli orientamenti riguardo la trattazione della convalida del matrimonio nullo per difetto di forma: STSA Lettera *Defective convalidation*, Prot. No. 1014/07 SAT 175/07 ES, 19 dicembre 2007, A. MENDONÇA, *Defective Convalidation* cit., 221 nota 49.

²⁴ Cfr. J.A. NIEVA, *Conocimiento u opinión acerca de la nulidad del propio matrimonio*, Roma 2008.

²⁵ Per l'uditore, viceversa, il matrimonio nullo per difetto di forma (non per assenza) potrebbe essere "convalidato" con la nuova celebrazione del can. 1160, ma non si applicherebbe la norma sul rinnovo del consenso.

praesenti deve essere manifestato esternamente, con una presunzione di corrispondenza con la vera volontà (can. 1101). Nel caso in esame, il tribunale ha riscontrato nella convenuta una vera volontà coniugale che comprendeva sia la manifestazione del consenso davanti al giudice civile che davanti al parroco: pur ritenendosi sposata dalla prima celebrazione civile, ha desiderato ricevere la “benedizione” della Chiesa sul suo matrimonio.

Posteriormente alla decisione oggetto dell’intervento della Segnatura, c’è stata una nuova causa (c. Caberletti, *Brisbanen.* del 18 gennaio 2008) il cui dubbio era formulato “an constet de nullitate matrimonii, in casu, ob invalidam matrimonii convalidationem”, ed è stato risolto in terza istanza *pro vinculo*. La causa riguardava il matrimonio tra un cattolico e una metodista, celebrato inizialmente nella chiesa metodista e canonicamente meno di un anno dopo, per tranquillizzare la coscienza del marito. La moglie diventò cattolica pochi mesi dopo il matrimonio. Più di quarant’anni dopo il matrimonio, i coniugi si separano e il marito chiede la nullità per invalida convalidazione, mancanza di discrezione di giudizio da parte di entrambi e dolo causato dalla donna (che avrebbe nascosto al marito alcune relazioni prematrimoniali). La prima sentenza fu negativa *ad omnia*, mentre la seconda, a seguito dell’appello del marito, decise *pro nullitate* soltanto per il difetto della convalidazione operata dalla donna, che appellò la sentenza ed ottenne in terza istanza una sentenza *pro vinculo*.

Questa decisione c. Caberletti accoglie i presupposti del decreto della Segnatura del 2005, e conclude che il can. 1160 non riguarda un tipo di convalidazione bensì una nuova celebrazione: “Reapse in casu nullitatis matrimonii ob defectum formae, agitur de novo matrimonio, et ipse Legislator, qui in casu nullitatis ob impedimentum, vel ob vitium consensus, postulat novum consensum, in casu autem defectus formae exigit novum contractum” (n. 6).

Nella decisione c. Caberletti si dice (n. 1) che il dubbio era stato formulato inizialmente “an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob defectum formae canonicae”, ma che poi fu riformulato: “pristina formula, *quamvis non laudanda*, resumpta est”, e cioè “an constet de nullitate matrimonii, in casu, ob invalidam matrimonii convalidationem”.

1.3. *La previsione del can. 1160 è di una celebrazione canonica "ex novo". L'eventuale nullità si deve valutare con i parametri del consenso simulato*

Una possibile spiegazione della presenza di queste cause nella giurisprudenza romana è, a detta di Navarrete, che i turni rotali subiscono la tendenza dei tribunali locali, per cui arrivano in appello in Rota cause che furono formulate sotto il capo della "invalida convalidazione" e devono essere decise rispondendo a quel dubbio anche se sostanzialmente si tratta di casi di esclusione. Così sembra concludere anche la sent. c. Boccafolo del 12 marzo 1998: "vera quaestio in his casibus est praecise utrum adsit vel non totalis simulatio consensus"²⁶, se cioè nella celebrazione canonica con la quale fu "regolarizzata" la situazione davanti alla Chiesa i coniugi diedero un consenso vero oppure simulato. Tale era anche la conclusione della c. Funghini del 30 giugno 1988: "Hac de causa ut distincte de simulatione totali pertractetur opus non est"²⁷. Di fatto, nella causa c. Funghini il dubbio fu fissato in questi termini alquanto complessi: "An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob defectum consensus matrimonialis in una vel utraque parte momento ecclesiasticae «convalidationis» matrimonii civilis partium (can. 1160; 1157), seu ob invalidam «convalidationem» matrimonii die 8 martii 1967 peractam".

Anche la decisione c. Boccafolo del 12 marzo 1998 mette in evidenza come le decisioni c. Wynen del 1 giugno 1940, c. Rogers del 21 gennaio 1969 e c. Funghini del 30 giugno 1988, anche se dovettero rispondere a un dubbio formulato in termini di "convalidazione invalida", sostanzialmente erano casi di esclusione del matrimonio: "Pauca excerpta ex aliquibus casibus iam sub hoc capite «invalidae convalidationis» apud Rotam Romanam decisis clare demonstrant fundamentalem quaestionem revera esse illam de simulatione totali matrimonii, cum sententiae

²⁶ Sent. c. Boccafolo del 12 marzo 1998 cit., n. 12; aggiunge che "Nam nullitas in casu postulatur sive quia teneatur partem haud vera tradidisse vel accipisse verum consensum matrimonialem momento celebrationis canonicae, cum tranquille quieverit consensui iam in caerimonia civili dato, sive quia teneatur partem conscie simulavisse, refutantem praestare consensum illo momento atque nolentem recognoscere ullam efficacitatem ac validitatem caerimoniae canonicae".

²⁷ Sent. c. Funghini del 30 giugno 1988, n. 6, in cui riporta anche un'affermazione della c. Rogers del 21 gennaio 1969 cit., n. 8: "Defectus novi consensus in casu convalidationis matrimonii aequiparandus est simulationi totali consensus".

in his casibus generatim pro nullitate concluderunt ob probatam simulationem totalem”²⁸.

Nella terza istanza della causa che diede origine all’intervento della Segnatura, la questione si propone apertamente in termini di simulazione: oltre a sottolineare che non si tratta di una convalida ma di una nuova celebrazione²⁹, il ponente conclude che bisogna accertare la completezza o meno del consenso prestato, per cui imposta la causa sulla simulazione totale, che finalmente ritiene non provata (tenuto anche conto della durata della vita matrimoniale, quasi trent’anni, con quattro figli). Il ponente fa proprie le conclusioni di Navarrete sulla mancanza di *species seu figura* del matrimonio civile, sull’infondatezza della dottrina contraria e sul fatto che la previsione del can. 1160 non è di una vera convalidazione ma di una nuova celebrazione³⁰.

Alla stessa conclusione giunge infine la decisione c. Caberletti del 18 gennaio 2008: “Invalida convalidatio nihil aliud esse potest nisi simulatio consensus, quae evenit non quia novus actus minime elicitus est, sed quia nubens vult matrimonium non contrahere, et hoc facit «qui nullum in idem consensum praestat, cum noluerit positive, dum posset, consensum praestare, seu cum animum habet non contrahendi, sed, ut dici solet, comoediam agere mavult; vel pressius si quis positive excludit animum contrahendi, seu reiicit intentionem contrahendi, aut cui deest matrimonialis voluntas»”³¹.

Soluzione questa a nostro avviso ineccepibile, conclusione logica del principio che ritiene che la celebrazione in forma canonica del can. 1160 di chi era sposato civilmente e vuole “regolarizzare” la propria posizione davanti alla Chiesa non è propriamente una convalidazione di un “matrimonio invalido” (appunto perché il matrimonio civile non è tale) ma una nuova celebrazione, a dire il vero *la celebrazione*³², per cui la portata del consenso delle parti andrà misurata in assoluto.

²⁸ Sent. c. Boccafolo del 12 marzo 1998 cit., n. 13.

²⁹ “Mens Legislatoris dein excludere videtur convalidationem simplicem pro matrimoniis civilibus, quia in ipsis abest prorsus forma canonica” (Sent. c. Yaacoub del 19 luglio 2007 cit., n. 9).

³⁰ Cfr. c. Yaacoub 19 luglio 2007 cit., nn. 8-11.

³¹ Sent. c. Caberletti del 18 gennaio 2008 cit., n. 6, con citazione di A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem*, in *Monitor ecclesiasticus* 122 (1997) 210-211.

³² Così nella c. Yaacoub del 19 luglio 2007 cit., n. 11 con riferimento a una c. Huber: “Stricto sensu, igitur, fas est in casu loqui de nova matrimonii celebratione, vel, rectius,

Comunque, in questo punto bisogna fare attenzione alla sostanza del problema, più che alle parole. Per esempio, Mendonça sembra ammettere che il can. 1160 riguarderebbe una vera convalida del matrimonio nullo sia per difetto che per assenza di forma, tramite la nuova celebrazione nella forma canonica. Lo segnala come pacificamente ammesso in dottrina per il difetto di forma (per esempio, per delega invalida): in tal caso, la convalidazione “must take place through a new marriage celebrated in the canonical form”, non tramite il rinnovo del consenso ma con “a new consent on the part of each party”³³.

Mendonça arriva alla stessa conclusione riguardo il matrimonio nullo per assenza di forma, concretamente nel matrimonio civile di un obbligato alla forma canonica. Anche se la dottrina comune tende a escludere la convalidazione semplice in tal caso, per Mendonça “if we understand the norm of canon 1160 correctly, it does not seem unreaonable to concede that a civil or non-Catholic marriage of Catholics can be convalidated through a new celebration in the canonical form. It would be a new or fresh marriage because it is done within the context of the canonical form in which the consent of each party is explicitly asked for and received by the qualified witness, with absolutely no reference to the previous consent”³⁴. Una volta prestato il consenso nella celebrazione canonica, l’eventuale nullità riguarderebbe gli stessi capi di nullità che possono inficiare la validità del matrimonio: la presenza di un impedimento, un difetto del consenso o un vizio di forma. Di conseguenza, per Mendonça, il dubbio non deve essere formulato “se consta la nullità della convalidazione” ma “whether there is proof of nullity of the convalidated marriage in the case because of simulation [grave defect of discretion of judgment, error of quality, determining error, force and fear, etc.] on the part of...”³⁵.

Ma a questo punto avvertiamo che si tratta di una questione di parole, perché si può ben concludere che la qualifica di “convalida” di questa seconda celebrazione (sia in seguito al matrimonio nullo per difetto che per assenza di forma) è piuttosto formale, poiché la valutazione del consenso va fatta allo stesso modo di qualsiasi celebrazione “ordinaria”.

de prima (et quidam in facie Ecclesiae, unica) matrimonii celebratione”.

³³ A. MENDONÇA, *Defective Convalidation* cit., 234-235.

³⁴ *Ibid.*, 235.

³⁵ *Ibid.*, 236.

Il “nuovo” matrimonio potrebbe essere nullo per gli stessi capi di qualsiasi matrimonio, e non per una ambigua “invalida convalidazione”.

1.4. *La portata del consenso di chi intende “regolarizzare” un precedente matrimonio civile*

Come valutare il consenso dato in forma canonica da chi si ritiene già sposato con la celebrazione civile precedente e considera la nuova celebrazione canonica una mera formalità? Si legge in dottrina che “se le parti, che avevano celebrato invece il matrimonio in forma civile, fossero convinte della sua validità ed accettassero di rinnovare il consenso come pura formalità per conferire al loro matrimonio un carattere religioso, la convalidazione non produrrebbe nessun effetto, in quanto equiparata alla simulazione totale. La convalidazione sarebbe essa stessa inefficace nell’ordinamento canonico in quanto gli sposi pensano di confermare semplicemente un consenso precedentemente prestato. Tali pseudoconiugi porrebbero invece un nuovo atto di consenso se sapessero che è richiesto per la validità della convalidazione. Coloro invece che sono convinti di essere già validamente sposati e di ricevere nella convalidazione una semplice benedizione per il proprio matrimonio, non ottengono l’effetto desiderato, cioè di vivere ormai in una situazione matrimoniale regolare. Una tale affermazione può avere significato in quanto si può osservare non di rado che coloro che desiderano regolarizzare la propria situazione matrimoniale irregolare di fronte alla Chiesa dopo un cosiddetto matrimonio civile o religioso acattolico, si rivelano carenti di una vera e propria nuova volontà matrimoniale. In tal caso la convalidazione o, meglio, il matrimonio convalidato è nullo”³⁶.

La giurisprudenza rotale rammenta che, non giova alla chiarezza un modo di esprimersi abbastanza diffuso in alcuni ambiti, nei quali la celebrazione canonica di chi era già sposato civilmente viene chiamata “convalidation” o “blessing”³⁷. È vero che i fedeli “convalidano” (in senso ampio) l’unione precedente, nel senso che intendono “regola-

³⁶ N. SCHÖCH, *Le convalidazioni. La convalidazione semplice* cit., 530.

³⁷ “Proh dolor aliqua confusio gignitur ex facto quod in aliquibus Ecclesiis particularibus, vox «convalidatio» (v.d. «convalidation») vel vox «benedictio» (v.d. «blessing») pro matrimoniis canonicis celebratis post aliquam praehabitam caeremoniam civilem vel non catholicam, sensu improprio sumuntur” (sent. c. Yaacoub del 19 luglio 2007 cit., n. 11 con riferimento a una c. Huber). Anche nel decreto c. Sable, 29 gennaio 1999, n. 5.

rizzare” la propria situazione di coniugi davanti alla Chiesa. A volte con la convinzione che il “vero” matrimonio è quello celebrato davanti alla Chiesa, altre volte no. È evidente che è molto diverso l’atteggiamento di chi ritiene il matrimonio canonico una mera formalità da chi considera la celebrazione canonica una “benedizione” che conferma (e in un certo senso completa) lo stato matrimoniale acquisito nella celebrazione precedente).

In questo senso, la dottrina e la giurisprudenza erano solite sottolineare la necessità della consapevolezza della nullità del precedente matrimonio civile, affinché si possa parlare di convalidazione o nuova celebrazione valida³⁸. Tale consapevolezza od opinione della nullità è richiesta dal can. 1157, a proposito del rinnovo del consenso in caso di nullità a causa di un impedimento (chi rinnova, “sa o suppone” che il matrimonio era nullo dall’inizio). Per questo motivo, in dottrina e giurisprudenza spesso è stato chiesto *un nuovo atto*, “de novo voluntatis actu formali et positivo, qui esse debet veluti ac si primo praestetur”³⁹, uguale al consenso prestato nella celebrazione, esplicito, distinto dal precedente, come se fosse prestato per la prima volta. Per alcuni autori, non basterebbe la conferma del consenso già emesso – nella cerimonia civile –, perché quello era inefficace e quindi anche la sua conferma sarebbe inefficace. Riteniamo che questo argomento è di poco peso, perché il consenso precedente era inefficace ma può essere naturalmente sufficiente⁴⁰.

In contrasto con queste posizioni leggermente formaliste, ricordiamo il realismo col quale la segnatura considera sufficiente che i coniugi abbiano una generica consapevolezza che, per la Chiesa, all’unione civile dei cattolici manca qualche elemento rilevante, il che potrebbe essere compatibile con il loro convincimento che il consenso civilmente prestato ha un certo valore esistenziale.

A nostro avviso, non sembra accettabile chiedere un’intenzionalità più attuale di quella richiesta per la prestazione del consenso in condi-

³⁸ Cfr. Sent. c. Boccafola del 12 marzo 1998 cit., n. 13, con riferimento a diverse sentenze precedenti, a partire dalla c. Wynen del 1 giugno 1940 cit.: “cum sponsi celebrent formam canonicam post caerimoniam civilem «ex natura rei sequitur, quod noviter contrahentes coram parochio et testibus sciant prius matrimonium fuisse nullum et quod utraque pars novum eliciat consensum»”.

³⁹ Sent. c. Funghini del 30 giugno 1988 cit., p. 443, n. 5, con riferimento alla sent. c. Wynen del 1 giugno 1940 cit., n. 7.

⁴⁰ Cfr. Le critiche di Navarrete all’opinione segnalata, in U. NAVARRETE, *A proposito del Decreto del S. T. della Segnatura Apostolica del 23 novembre 2005* cit., 357.

zioni normali. L'atto del consenso non è un atto isolato, ma s'inserisce nella biografia del soggetto, che matura la decisione coniugale fino ad esprimerla nel consenso coniugale, con volontà attuale o almeno virtuale (che espleta la sua efficacia nel momento di porre il segno nuziale). A dire il vero, la volontà degli sposi non di rado è più virtuale che attuale, a causa delle forti emozioni che accompagnano il momento delle nozze.

L'uomo e la donna che vogliono essere sposi, ed essere ritenuti tali dalla comunità ecclesiale (quando appunto vogliono "regolarizzare" la loro situazione davanti alla Chiesa), esprimono il loro consenso inserito nella propria biografia, che abbraccia il fidanzamento, la celebrazione civile, la convivenza posteriore e le nozze in Chiesa. Non dimentichiamo che il consenso non consiste nell'adesione ad un "modello matrimoniale" ma nella donazione ed accettazione reciproca, nel voler costituire *l'una caro* che lega i due nel vincolo coniugale⁴¹. Chi si ritiene sposato dalla prima cerimonia e vuole manifestare la volontà di essere appunto sposo, a meno che non escluda positivamente il matrimonio stesso o una sua proprietà o elemento essenziale, si deve presumere che esprima un vero consenso coniugale⁴². Del resto, il caso che ci interessa non differisce molto dalla fattispecie assai frequente, per esempio di chi magari preferirebbe istaurare una convivenza ma acconsente al desiderio del fidanzato o della fidanzata, o della famiglia, di celebrare un matrimonio in Chiesa al quale non tiene più di tanto. Tutti sanno che questo atteggiamento potrebbe costituire l'eventuale *causa simulandi* invocata in una causa di simulazione. Ma tutti sanno anche che perfino in queste circostanze può essere presente una vera volontà matrimoniale.

La decisione c. Caberletti del 18 gennaio 2008 riporta un passo di Bernárdez Cantón in questo senso: "En realidad se trata de un consentimiento nuevo y distinto, pero que no puede considerarse desvinculado del anterior puesto que con frecuencia será la actualización y se mostrará en coherencia con un consentimiento ya dado que se supone perseverante y, en cualquier caso, versará sobre un matrimonio que resultó

⁴¹ Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Sul rapporto tra il consenso e il matrimonio: il consenso quale atto umano che assume l'altra persona nella sua dimensione coniugale naturale*, in H. FRANCESCHI - M.A. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto canonico matrimoniale e processuale*, 39-56.

⁴² Cfr. J. HUBER, *Die Totalsimulation*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000 e M.A. ORTIZ, *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento* in *Ibid.*, 1159-1174.

inválido pero que creó una apariencia de matrimonio en virtud de una declaración, al menos externa, de voluntad”⁴³.

Con la nuova celebrazione ex can. 1160 il consenso ritenuto di per sé sufficiente (la volontà di essere coniuge e di essere ritenuto come tale) viene riconosciuto e protetto dall’ autorità, di modo che possa essere anche efficace, costituendo il vincolo. Un fenomeno per certi versi simile avviene nella sanazione in radice, con la quale l’ autorità riconosce e rende efficace il consenso prestato in precedenza dai coniugi: né va dimenticato che la sanazione può realizzarsi anche all’ insaputa di una o entrambe le parti (can. 1164), proprio perché si ritiene sufficiente l’ esistenza di un consenso presente e virtualmente efficace nel momento del riconoscimento ecclesiale.

Visto da un’ altra prospettiva, in questo caso ci ritroviamo di fronte alla complessa questione del doppio atto di volontà della simulazione, nel senso ammesso dal decreto c. Sable impugnato presso la Segnatura: per l’ uditore rotale nel fenomeno simulatorio si dà una lotta di due volontà, quella simulata esterna e quella dissimulata interna, prevalente su quella manifestata⁴⁴.

Invece, riteniamo che sia chi si sposa veramente sia chi esclude non pone due atti di volontà, quello di sposarsi e quello di celebrare la cerimonia nuziale, ma un solo atto di volontà che è matrimoniale o simulatorio: i coniugi devono semplicemente voler donarsi come sposi *legittimamente*, con un unico atto di volontà, quella matrimoniale, che comprende la posizione del segno nuziale⁴⁵.

⁴³ A. BERNARDEZ CANTÓN, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III/2, Eunsa, Pamplona 1996, 1607-1608, cit. nella decisione c. Caberletti, n. 6.

⁴⁴ “Cum quis consensus simulet, positivo voluntatis actu idem vel matrimonium ipsum vel matrimonialia bona excludit; duo igitur in nubente adsunt voluntates, inter se pugnant: simulata, uti dicitur, quae externe apparet, quaeque est ullius momenti, et dissimulata, quae etsi interna, certo certius praevalens est. In casu nostro non fit, quia mense t voluta muliebri omnino extranea et aliena erat ad viro nubendum, cum putaret sese iam nuota esse. Neminem exinde latet mulierem nullum actum voluntatis posuisse, ex quo deducitur matrimonium –quod facit consensus- ortum minime habuisse. At contra est casus, clarus quidem, de defectu consensus matrimonialis ex parte muliebri” (n. 11).

⁴⁵ Rimandiamo al nostro *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, cit.; cfr. anche J. HERVADA, *La simulación total*, in *Ius Canonicum* 2 (1960) 723-760; anche in *Vetera et Nova* I, Pamplona 1991, 235-293.

2. L'AMBITO DI OBBLIGATORIETÀ DOPO IL MOTU PROPRIO OMNIUM IN MENTEM

Veniamo alla seconda questione che volevamo trattare: la soppressione della clausola "*actus formalis defectionis ab Ecclesia Catholica*". Come tutti sanno, il motu proprio *Omnium in mentem* ha introdotto due modifiche nel vigente Codice di diritto canonico⁴⁶. Il Presidente del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi ha segnalato nella presentazione della norma che dette modifiche "da tempo erano sottoposte allo studio dei Dicasteri della Curia romana e delle Conferenze episcopali"⁴⁷. Le variazioni apportate riguardano due ambiti ben diversi: da una parte i canoni 1008 e 1009, che vengono adattati al contenuto del n. 1581 del Catechismo della Chiesa Cattolica in cui viene definita la funzione ministeriale dei diaconi; dall'altra, viene soppressa la clausola "*actus formalis defectionis ab Ecclesia Catholica*" presente nei cann. 1086, 1117 e 1124. Ci soffermiamo su questa seconda modifica, che presenta risvolti decisamente più problematici.

2.1. *L'actus formalis defectionis ab Ecclesia Catholica. Un tentativo di agevolare l'esercizio dello ius connubii*

Il legislatore del 1983 decise di esimere dall'osservanza della forma canonica ai cattolici che si fossero separati dalla Chiesa *con atto formale* e sposavano un'altra persona non tenuta alla forma. Tale previsione era un'eccezione al principio contenuto nel can. 11, che stabilisce che "alle leggi puramente ecclesiastiche sono tenuti i battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti". La soluzione costituiva una delle novità del regime matrimoniale previsto dal CIC rispetto al precedente pianobenedettino, anche se non era stata accolta nella legislazione per le Chiese orientali⁴⁸.

In realtà, il can. 1099 CIC 17 conteneva anche una previsione per certi versi simile, poiché - nella redazione originale - il § 2 riteneva esentati dalla forma i battezzati nella Chiesa cattolica "qui ab infantili

⁴⁶ Cfr. BENEDETTO XVI, motu proprio *Omnium in mentem*, 26 ottobre 2009, in AAS 102 (2010) 8-10.

⁴⁷ F. COCCOPALMERIO, *Le ragioni di due modifiche*, in L'Osservatore Romano, 16 novembre 2009.

⁴⁸ A differenza di quanto previsto nel can. 1117 CIC, il CCEO non contiene alcuna norma simile sull'atto di abbandono della Chiesa. La clausola *nec actu formali ab ea defecerit* prevista nel c. 57 § 1 dello *Schema* del CCEO del 1978 venne soppressa nella sessione del 30 marzo 1979; cfr. *Nuntia* 8 (1979) 26-27.

aetate in haeresi vel schismate aut infidelitate vel sine ulla religione adoleverunt". Il motu proprio di Pio XII del 1 agosto 1948 soppresse quest'ultima parte del paragrafo, a motivo delle difficoltà di applicazione pratica di tale esenzione⁴⁹. Per cui dopo il 1948 risultavano esentati soltanto gli acattolici, battezzati o meno, quando contraevano tra di loro: vigeva il principio *semel catholicus, semper catholicus*, ed era irrilevante un allontanamento della Chiesa e qualsiasi celebrazione differente da quella canonica.

Senza soffermarci qui sull'*iter* di elaborazione del canone 1117⁵⁰, vale la pena ricordare che quando il legislatore introdusse la clausola in questione voleva venire in contro a quei battezzati che avrebbero presumibilmente ignorato la forma e si sarebbero sposati – se non ci fosse stata la previsione del canone 1117 – invalidamente. Il tentativo di trovare un sistema di esenzione che facilitasse l'esercizio dello *ius connubii* è presente lungo tutto l'*iter* di redazione del canone, nel proposito più volte espresso in seno al *coetus* di revisione del Codice di ridurre al massimo le nullità per motivi formali, perché "*Matrimonia invalida non sunt multiplicanda*"⁵¹.

E infatti così si riconosce nel proemio di *Omnium in mentem*: "La ragione e il fine di questa eccezione alla norma generale del can. 11 aveva lo scopo di evitare che i matrimoni contratti da quei fedeli fossero nulli per difetto di forma, oppure per impedimento di disparità

⁴⁹ Cfr. AAS 40 (1948) 305.

⁵⁰ Ci siamo occupati di tali questioni in M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio. El matrimonio canónico celebrado en forma no ordinaria*, Pamplona 1995, 225-248.

⁵¹ Nelle ultime fasi di revisione del testo, venne respinta la proposta di sopprimere la clausola *nec actu formali ab ea defecerit*, proprio perché *matrimonia invalida non sunt multiplicanda*: PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em. mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, Typ. Pol. Vat. 1981, 252 s., 261. «Maiori enim parti coetus placuit ut illi, qui Ecclesiam catholicam palam reliquerunt ideoque formam canonicam celebrationis matrimonii numquam observent, nihilominus validum matrimonium contrahere possint, servatis utique aliunde servandis» (P. HUIZING, relatore del *coetus De matrimonio*, in *Communicationes* 3 (1971) 80). Si veda anche *Communicationes* 8 (1976) 58 s.; *Communicationes* 10 (1978) 96.

Infatti, questo proposito di limitare i casi di nullità per difetto di forma fu presente sia nei lavori conciliari che in quelli di riforma dei canoni relativi all'obbligatorietà della forma e ai suoi requisiti *ad validitatem*: Cfr. M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio* cit., 229 s.; ID, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio* cit.; F.R. AZNAR GIL, *La revisión de la forma canónica del matrimonio en el Concilio Vaticano II*, in *Revista Española de Derecho Canónico* 38 (1982) 507 s.

di culto". L'esenzione del 1117 adesso soppressa cercava di garantire – almeno per quanto riguarda le esigenze formali – la validità di tali matrimoni: poiché chi si è allontanato dalla Chiesa non perde lo *ius connubii*, l'esenzione dal requisito della forma verrebbe a facilitare l'esercizio di tale diritto.

2.2. Una difficile interpretazione

La soluzione finalmente adottata si rivelò subito di difficile interpretazione, e non a caso fu considerata vera *crux interpretum* per la dottrina⁵². Le diverse interpretazioni avanzate coincidevano soprattutto nell'evidenziare le perplessità che potevano sorgere a proposito dell'operatività dell'atto di abbandono, sia perché non risultava pacifico determinare ciò che si dovesse intendere per *atto formale di defezione* – se si dovesse adoperare un'interpretazione più o meno stretta di esso, e quali fossero gli atti ritenuti in grado di far rientrare i soggetti che li compiono nella fattispecie di esenzione dalla forma – sia per le conseguenze sulla validità del matrimonio. Tante più fattispecie rientravano in quell'atto formale, tanto più numerose erano le unioni da considerarsi valide in seguito contratte, soprattutto da persone che non avrebbero mai seguito la forma canonica e – se il loro caso si dovesse ritenere di allontanamento formale della Chiesa – la loro unione sarebbe diventata valida davanti alla Chiesa.

Le difficoltà di interpretazione e le perplessità che potevano sorgere a proposito dell'operatività dell'atto di abbandono portarono la

⁵² Per i riferimenti bibliografici, cfr. M.A. ORTIZ, *Abbandono della Chiesa e forma del matrimonio*, in AA.VV. (a cura di J. Carreras), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Milano 1998, 181-214.; ID., *La forma*, in AA.VV. (a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, Città del Vaticano 2005, 25-56; V. DE PAOLIS, *Alcune annotazioni circa la formula "actu formali ab Ecclesia Catholica deficere"*, in *Periodica* 84 (1995) 579-608; T. RINCÓN-PÉREZ, *Alcance canónico de las fórmulas "abandono notorio de la fe católica" y "apartamiento de la Iglesia por acto formal"*, in AA.VV., *Forma jurídica y matrimonio canónico*, Pamplona 1998, 94-114; J. FORNÉS, *La forma en el matrimonio de un católico con un no católico*, in *ibid.*, 84-91, pubblicato anche su *Ius Canonicum* 37 (1997) 13-31; P. MONETA, *I soggetti tenuti ad osservare la forma canonica: il canone 1117*, in AA.VV. (a cura di J. Carreras), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia cit.*, 149-179; P. ETZI, *Considerazioni sull'"actus formalis defectionis" di cui nei cann. 1086 § 1, 1117 e 1124 del C.I.C.*, in *ibid.*, 215-250; A. RIBOT, *La exención de la forma canónica del matrimonio de quienes han abandonado la Iglesia mediante acto formal (can. 1117)*, Roma 2004.

dottrina a sollecitare un responso autoritativo circa la portata dell'espressione *atto formale di abbandono*⁵³ o addirittura la sua soppressione⁵⁴.

La dottrina e la giurisprudenza privilegiarono spesso un'applicazione restrittiva, per garantire la certezza giuridica, riscontrando l'abbandono formale soltanto laddove il fedele si fosse rivolto all'autorità ecclesiale, dimodoché questa potesse *fare fede* dell'abbandono avvenuto. Nelle poche cause riguardanti l'argomento, la giurisprudenza ritenne insufficiente -agli effetti dell'esenzione della forma- la frequentazione e il battesimo in una setta acattolica; per esempio, in una decisione c. Verginelli del 2005 che non riconosce la defezione dalla Chiesa nella la moglie, battezzata cattolica neonata e ribattezzata in una comunità acattolica nel 1983. Il ponente richiede "in defectione ab Ecclesia uti talis publice agnoscitur necessaria certa forma seu solemnitas ut quendam actum publicum quis possit serio ac valide significare" (n. 7). "Hoc, igitur, in sensu videntur intellegi verba "actu formali", non materiali aut virtuali, scilicet quo intenderetur vera intentio defectoris discedendi ab Ecclesia Catholica coram Ecclesiae legitima auctoritate legitime manifestata et accepta, non, contra, coram auctoritate novae selectae confessionis" (n. 11)⁵⁵.

Nella presentazione del *motu proprio*, mons. Coccopalmerio si riferì ai tentativi di soluzione della questione emersi in seno al Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi: "La questione fu trattata inizialmente nella Sessione Plenaria del 3 giugno 1997. I Padri della Plenaria approvarono la formula di un *dubium* e il relativo *responsum* per realizzare eventualmente una Interpretazione autentica sulla precisa portata giuridica di detta clausola, ma ritennero opportuno procedere prima a una consultazione delle Conferenze episcopali circa le esperienze, positive

⁵³ Ne dà notizia lo stesso Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi: cfr. *Communicationes* 27 (1995) 31. Cfr. M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio* cit., 256; R. NAVARRO VALLS, commento al can. 1117, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, IV, Pamplona 1996, 1468; J.F. CASTAÑO, *Legislación matrimonial de la Iglesia*, Salamanca 1994, 379; V. DE PAOLIS, *Alcune annotazioni circa la formula "actu formali ab Ecclesia Catholica deficere"* cit., 607-608; J. FORNÉS, *La forma en el matrimonio de un católico con un no católico* cit., 86; T. RINCÓN-PÉREZ, *Alcance canónico de las fórmulas "abandono notorio de la fe católica" y "apartamiento de la Iglesia por acto formal"* cit., 113.

⁵⁴ Cfr. P. LÓPEZ GALLO, *Formal defection from the Catholic Church*, in *Monitor Ecclesiasticus* 123 (1998) 620-646; S. VILLEGIANTE, *Dispensabilità della forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale*, in AA.VV., *I matrimoni misti*, Città del Vaticano 1998, 159-173.

⁵⁵ Dec. c. Verginelli, *Camden.*, del 25 febbraio 2005.

e negative, provenienti da queste prescrizioni, al fine di poter valutare tutte le circostanze prima di prendere una decisione”.

La consultazione delle Conferenze episcopali, continua il presidente del Pontificio Consiglio, è avvenuta nei due anni successivi e al dicastero “sono pervenute una cinquantina di motivate risposte, rappresentative dei cinque Continenti, compresi tutti i Paesi con un episcopato rilevante come numero. In alcuni luoghi non c’erano significative esperienze in argomento; nella maggioranza, però, emergeva il bisogno di un chiarimento sulla portata precisa di questo inciso o, meglio, si desiderava la sua completa soppressione”.

Il presidente aggiunge che i risultati della consultazione vennero sottoposti ad una nuova sessione Plenaria del Pontificio Consiglio, tenutasi il 4 giugno 1999, “che approvò all’unanimità di proporre la soppressione del menzionato inciso, e il Servo di Dio Giovanni Paolo II confermò tale decisione nell’Udienza del 3 luglio 1999, incaricando di preparare l’opportuno testo normativo”.

2.3. *La Lettera Circolare del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi* (13 marzo 2006)

Malgrado il Pontificio Consiglio avesse deciso di sopprimere la clausola, e il Romano Pontefice avesse confermato tale decisione, mentre era in corso di preparazione il testo normativo, il dicastero dovette esprimersi riguardo l’interpretazione dell’espressione “atto formale di defezione”. Infatti, dopo diverse risposte particolari, il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi inviò il 13 marzo 2006 ai Presidenti delle Conferenze Episcopali una *Lettera Circolare*⁵⁶, nella quale si forniva un’interpretazione dell’atto di defezione decisamente restrittiva.

La dottrina ha visto nel contenuto della Lettera Circolare una risposta al problema sorto in ambito germanico riguardante la portata canonica dell’uscita dalla Chiesa (la *Kirchenaustritt*) dei cattolici tedeschi che non volevano pagare il *Kirchensteuer*⁵⁷. E infatti Mons. Coccopalmerio fa riferimento all’argomento: si tratta di “una questione del tutto diversa,

⁵⁶ *Communicationes* 38 (2006) 170-184.

⁵⁷ Cfr. M. NELLES, *Der Kirchenaustritt – kein „actus formalis defectionis“*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 175 (2006) 353-373; L. MÜLLER, *Die Defektionsklauseln im kanonischen Eherecht. Zum Schreiben des Päpstlichen Rates für Gesetzestexte an die Vorsitzenden der Bischofskonferenzen vom 13. März 2006*, in *Ibid.*, 374-396.

che richiedeva però opportuno chiarimento, e riguardava esclusivamente alcuni Paesi centro-europei: si trattava dell'efficacia ecclesiale dell'eventuale dichiarazione fatta da un cattolico davanti al funzionario civile delle tasse di non appartenere alla Chiesa cattolica e, in conseguenza, di non essere tenuto a versare la cosiddetta tassa per il culto".

La Lettera circolare del 2006, in ogni caso, concludeva che l'abbandono formale, ai sensi del can. 1117, era riscontrabile soltanto quando tale atto di defezione fosse formalizzata davanti all'autorità ecclesiastica, che in questo modo avrebbe potuto garantire la portata teologica della volontà di abbandono (al quale si voleva dare un contenuto equiparabile all'eresia, apostasia o scisma, con le conseguenze penali che ne derivavano): "soltanto la coincidenza dei due elementi - il profilo teologico dell'atto interiore e la sua manifestazione nel modo così definito - costituisce l'*actus formalis defectionis ab Ecclesia Catholica*, con le rispettive sanzioni canoniche (cfr. can. 1364 § 1)".

Tale interpretazione, sebbene avrebbe potuto giovare alla certezza giuridica, certamente limitava l'esercizio dello *ius connubii* e metteva in discussione la stessa *ratio* della norma che aveva sancito l'esenzione dall'obbligatorietà della forma canonica ai cattolici che avevano abbandonato formalmente la Chiesa e che non avrebbero mai scelto di sposarsi in Chiesa. Sarebbero stati molto limitati gli atti di defezione presentati davanti all'autorità, per cui l'esenzione dall'obbligatorietà della forma e la conseguente validità del matrimonio celebrato in altre forme pubbliche sarebbe risultata una possibilità più teorica che reale.

In ogni caso, le evidenti difficoltà di applicazione di detta Circolare del 2006 (segnalate almeno dalle conferenze episcopali italiana e spagnola⁵⁸) portarono poco dopo il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi ad ammettere l'efficacia della comunicazione dell'abbandono senza il rapporto personale tra pastore e fedele, nel caso in cui il fedele si rifiutasse di tenere tale confronto con l'autorità. In tal modo, veniva svuotata nella pratica la finalità che aveva portato il Pontificio Consiglio ad intervenire, e cioè, la necessità di verificare di persona che la defezione avesse un contenuto teologico e non solo amministrativo. Il dicastero infatti era stato costretto ad ammettere la possibilità di defezione unilaterale, quando il fedele non avesse risposto alle sollecitazioni dell'autorità, per cui nella pratica si aveva una presunzione di coincidenza tra

⁵⁸ Cfr. *Communicationes* 38 (2006) 186-188.

i piani amministrativo e teologico, che in un certo senso era ciò che il Pontificio Consiglio voleva evitare⁵⁹.

2.4. *Le motivazioni della soppressione della clausola: garantire la certezza giuridica a scapito dell'esercizio dello ius connubii*

Le difficoltà di interpretazione e di applicazione hanno portato alla soppressione della clausola. Nella presentazione del *motu proprio*, il Presidente del Pontificio Consiglio segnalava queste motivazioni: "la convenienza di non avere in questi casi un trattamento diverso da quello dato alle unioni civili dei battezzati che non fanno alcun atto formale di abbandono; la necessità di mostrare con coerenza l'identità *matrimonio-sacramento*; il rischio di favorire matrimoni clandestini; le ulteriori ripercussioni nei paesi dove il Matrimonio canonico possiede effetti civili, e così via".

Il proemio del *motu proprio* da parte sua specifica le ragioni della modifica in questi termini: "Anzitutto è apparsa difficile la determinazione e la configurazione pratica, nei casi singoli, di questo *atto formale di separazione* dalla Chiesa, sia quanto alla sua sostanza teologica sia quanto allo stesso aspetto canonico. Inoltre sono sorte molte difficoltà tanto nell'azione pastorale quanto nella prassi dei tribunali. Infatti si osservava che dalla nuova legge sembravano nascere, almeno indirettamente, una certa facilità o, per così dire, un incentivo all'apostasia in quei luoghi ove i fedeli cattolici sono in numero esiguo, oppure dove vigono leggi matrimoniali ingiuste, che stabiliscono discriminazioni fra i cittadini per motivi religiosi; inoltre essa rendeva difficile il ritorno di quei battezzati che desideravano vivamente di contrarre un nuovo matrimonio canonico, dopo il fallimento del precedente; infine, omettendo altro, moltissimi di questi matrimoni diventavano di fatto per la Chiesa matrimoni cosiddetti clandestini".

Certamente, un'interpretazione dubbia dell'atto di defezione rendeva difficile l'apprezzamento della validità o meno (e del carattere

⁵⁹ Cfr. F. MARTI, *Quali novità riguardo all'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui ai cc. 1117, 1086 §1 e 1124? Un commento alla Lettera Circolare del PCTL del 13 marzo 2006*, in *Ius Ecclesiae* 19 (2007) 247-268; F.R. AZNAR GIL, *Consejo Pontificio para los Textos Legislativos. Carta circular sobre el actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica, 13 marzo 2006 (Prot. no. 10279/2006). Texto y comentario*, in *Revista Española de Derecho Canónico* 63 (2006) 125-196; M. MOSCONI, *L'abbandono pubblico o notorio della Chiesa e in particolare l'abbandono con atto formale*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 20 (2007) 35-59.

sacramentale del matrimonio se celebrato tra due battezzati) delle unioni dei cattolici che, lontani dalla pratica religiosa, intendevano esercitare il diritto al matrimonio scegliendo forme di celebrazione diverse da quella canonica. È vero che l'interpretazione dubbia nuoce alla vita giuridica, ma è anche vero che la possibilità di agevolare l'esercizio dello *ius connubii* costituisce un obiettivo prioritario del processo di revisione del Codice, come abbiamo segnalato.

Il legislatore ha cercato di fare il possibile per armonizzare i due traguardi: facilitare l'esercizio dello *ius connubii* limitando al massimo le nullità per motivi formali, da una parte, e dall'altra garantire la certezza giuridica. Nel 1983, si è privilegiato il primo scopo, per cui il Codice aveva optato per rendere possibile che i fedeli che mai avrebbero osservato la forma canonica (perché appunto avevano abbandonato formalmente la Chiesa) potessero almeno esercitare il diritto fondamentale al matrimonio. Tali matrimoni, celebrati per lo più in forma civile, erano da considerarsi canonici e – se celebrati tra battezzati – anche sacramentali, a meno che la volontà espressa non sia veramente coniugale⁶⁰.

Ma d'altra parte, bisogna fare i conti con la possibilità di fallimento del matrimonio (forse più elevata nei fedeli che hanno abbandonato la Chiesa e magari sono meno consapevoli della serietà degli impegni coniugali, nonché dell'aiuto della grazia per adempierli), e il moltiplicarsi delle situazioni matrimoniali irregolari in questi fedeli validamente sposati il cui matrimonio è fallito. L'augurabile riavvicinamento alla fede di questi fedeli si trovava però con l'ostacolo della validità del matrimonio precedente, in forza del can. 1117. Come abbiamo segnalato, il proemio del presente *motu proprio* sottolinea che la clausola di esenzione contenuta in detto canone "rendeva difficile il ritorno di quei battezzati che desideravano vivamente di contrarre un nuovo matrimonio canonico, dopo il fallimento del precedente".

In definitiva il *motu proprio* vuole da una parte evitare l'incertezza riguardo i fedeli obbligati alla forma e dall'altra evitare che molti rimangano "intrappolati" in un matrimonio valido ma fallito. In questo modo si è voluto garantire la certezza e la possibilità di "ricostruire" la vita ai fedeli che, non osservando la forma canonica, in questo modo

⁶⁰ Rimandiamo al nostro *L'esclusione della dignità sacramentale del matrimonio nel recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale*, in H. FRANCESCHI - M-A. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto canonico matrimoniale e processuale*, Roma 2009, 101-127.

rimangono “liberi” in previsione del nuovo matrimonio da celebrare una volta fallito quello invalido. Ma di fatto a tali fedeli viene negato l’esercizio dello *ius connubii*: chi ha abbandonato la Chiesa quasi sicuramente non si sposerà in forma canonica (a meno che non sia l’altra parte a volerlo fortemente), per cui la volontà di donarsi coniugalmente rimane in questi casi necessariamente inefficace.

Né va dimenticato che, per i fedeli semplici, queste situazioni (di matrimoni civili dichiarati inesistenti dopo una lunga convivenza; e con la conseguente facilità di sposarsi in Chiesa una volta sciolta quell’unione) sono, molto spesso, motivo di scandalo.

A questo punto possiamo domandarci se la soluzione adoperata dal motu proprio (ritenere obbligati alla forma tutti i battezzati nella Chiesa cattolica, senza possibilità di esenzioni), e tenendo presenti tutti i beni in gioco (in primo luogo l’esercizio dello *ius connubii*) era l’unica soluzione possibile. Concretamente, vi proporrei alcune riflessioni riguardo l’opportunità di riconsiderare la necessità *ad validitatem* della forma canonica⁶¹.

Ci sarebbero altre questioni puntuali riguardo l’*Omnium in mentem*, sulle quali per mancanza di tempo non mi soffermerò: in particolare, sull’entrata in vigore del motu proprio, che porta la data del 26 ottobre 2009, ed è stato pubblicato sul primo numero di AAS del 2010, che ha per data l’8 gennaio. Per cui secondo il can. 8 entrerebbe in vigore “compiuti tre mesi dal giorno apposto al numero degli Acta”, cioè l’8 aprile 2010. Ma il fascicolo di *Acta Apostolicae Sedis* di fatto è stato pubblicato (ed è arrivato ai vescovi e agli operatori del diritto) nei mesi di agosto-settembre 2010, ben quattro mesi dopo l’ipotetica entrata in vigore della norma, il che porrebbe la questione della validità dei matrimoni celebrati senza forma canonica tra aprile e settembre 2010 da persone che abbiano defezionato formalmente della Chiesa.

⁶¹ Riprendiamo sostanzialmente quanto abbiamo esposto in *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio* cit., e in *La forma del matrimonio nella giurisprudenza della Rota Romana*, in AA.VV., *La giurisprudenza della Rota sul matrimonio (1908-2008)*, Città del Vaticano 2010, 229-279. Si è mostrato anche favorevole alla tesi che ora proponiamo C.J. ERRÁZURIZ M., *Contratto e sacramento: il matrimonio, un sacramento che è un contratto. Riflessioni attorno ad alcuni testi di San Tommaso d’Aquino*, in AA.VV., *Matrimonio e sacramento*, Città del Vaticano 2004, 43-56.

2.5. *Un modo per garantire l'esercizio dello ius connubii e la certezza giuridica: il ripensamento della forza invalidante della forma canonica*

Uno dei suggerimenti più volte avanzato durante i lavori conciliari, e più precisamente nelle *animadversiones* inviate dai vescovi nella fase antepreparatoria del Concilio è significativamente quello di sopprimere la forza irritante della forma canonica⁶². La proposta si ritrova nei lavori di revisione del Codice, ma con molta minor forza: una sola conferenza episcopale suggerì *ut in lege quoque canonica aliqua ratio habeatur de forma a lege civili statuta ad matrimonium contrahendum*; la risposta del *coetus* di revisione fu che tale proposta *hodiernae tendentiae saecularizationis indulget*⁶³.

Senza soffermarci qui dettagliatamente sulla funzione della forma canonica, è bene ricordare che essa muove a vari livelli: uno per così dire

⁶² "Obligatio ad formam catholicam non sit amplius ad validitatem sed muniatur poena S. Excommunicationis" (S. Andreae et Edimburgen); "Ne retineatur necessitas iurisdictionis ad validitatem matrimonii" (Zamoren); "Ad validitatem matrimonii si omnia constant sufficiant testes" (Lippen); "Estne bonum quod matrimonium in bona fide civiliter ininitum inter fidelem invalidum sit ob defectum formae (can. 1099 § 2)?" (Bobodiulassen); "Ubi pauci sunt sacerdotes matrimonium civile habeatur legitimum servatis impedimentis canonicis" (46 vescovi orientali) (*Acta et Documenta Concilio Oecumenico Vaticano II Apparando, Series I, Antepreparatoria. Appendix Vol. II. Pars II.*, 166-174). "... quarendum est an nova lex ferri possit qua omnia matrimonia censeantur valida quandocumque cum consensu et externalitate a lege naturalis requisitis celebrentur, ita ut omnes, etiamsi catholici, coram auctoritate publica contrahentes, valida contrahant. Ut omnes Ecclesia Catholica baptizati licite contrahant, sub poena excommunicationis speciali modo reservanda, obligari debeant ut coram parochio et duobus testibus nuptias ineant. Ante absolutionem..." (Card. Cushing, in *Acta et Documenta series I, vol. II, pars VI*, 281). "Ut matrimonium civile solemne et legaliter celebratum inter christianos possit habere effectus religiosos sive Sacramenti, cum obligatione quamprimum Curiae sivi parochiali sive episcopali nuntiandi huiusmodi celebrationis notitiam" (de Uriarte); (in *Acta et Documenta series I, vol. II, pars VII*, 330); "Ut, ubi pauci sint sacerdotes, quod in locis missionis ut Brasilia accidit, civilis habeatur contractus ut legitimum matrimonium, servatis de iure servandis quoad canonica impedimenta" (Batú Wichrowski) (*ibid.*, 532). "Ad bonum animarum tutandum et ad admirationem acatholicorum vitandam, mihi videtur praescripta C.I.C. circa "formam" Matrimonii reconsideranda esse. Opinor enim Matrimonia contracta contra praescriptum can. 1099 illicita potius quam invalida consideranda esse" (Patriarchae Hierosolymitani Latinorum, in *Acta et Documenta, series I, vol. II, pars IV*, 438).

⁶³ *Communicationes* 10 (1978) 96-97; cfr. M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio cit.*, 229 s.; G. DI MATTIA, *La forma canonica del matrimonio. Revisione radicale*, Roma 1972; P. BARBERI, *La celebrazione del matrimonio cristiano. Il tema negli ultimi decenni della teologia cattolica*, Roma 1982, 279-313; P. HUIZING, *Some proposals for the formation of matrimonial law: impediments, consent, form*, II, in *The Heythrop Journal* 7 (1966) 169-182; 269-286.

costitutivo (il consenso deve essere espresso “in qualche forma”, che d’altra parte si ritiene che deve essere pubblica perché richiesto dalla dimensione sociale del matrimonio); uno ecclesiale-disciplinare (secondo il quale la forma sarebbe uno strumento per accertare la comunione ecclesiale), e uno di pubblicità, fortemente perseguito a Trento con l’introduzione della forza invalidante della forma canonica.

Il proposito di garantire l’esercizio dello *ius connubii* portò il legislatore del 1983, come abbiamo visto, ad esimere alcuni fedeli dall’osservanza della forma. Trent’anni dopo (col presente *motu proprio*) il legislatore ha ritenuto conveniente sopprimere l’esenzione per evitare le incertezze e perché di fatto – vista l’interpretazione restrittiva dell’atto formale sancita dalla circolare del 2006 – chi non dà importanza al rapporto con la Chiesa mai si curerebbe di adempiere ai requisiti posti per accertare l’atto formale di defezione che lo esimeva dalla forma: si è privilegiata la certezza a scapito dello *ius connubii*.

Un ripensamento della forza invalidante della forma potrebbe servire, a nostro avviso, a meglio distinguere la forma canonica – come espressione della comunione – dall’esercizio dello *ius connubii*: tale diritto potrebbe essere esercitato col ricorso a qualsiasi forma pubblica di celebrazione, mentre la piena comunione ecclesiale richiederebbe l’osservanza della forma canonica: i fedeli che la ignorassero rimarrebbero sposati anche se in situazione irregolare per mancanza di comunione (poiché la comunione ecclesiale comprende la *communio disciplinae*), e non potrebbero essere ammessi ai sacramenti.

La considerazione della forma del matrimonio come strumento al servizio della volontà matrimoniale dei coniugi dovrebbe far riflettere se non sarebbe meglio rendere possibile l’effettivo esercizio dello *ius connubii* esigendo la forma soltanto per la liceità della celebrazione del matrimonio. I fedeli dei casi menzionati – quelli che ignorano la forma – potrebbero sposarsi e veder riconosciuta la loro volontà coniugale davanti alla società, prima quella civile e poi anche quella ecclesiale. A nostro avviso, ciò gioverebbe al bene dei fedeli molto più che l’ipotetico bene di una regolarizzazione della propria posizione davanti alla Chiesa, basata sulla presunzione di aver celebrato un matrimonio “destinato al fallimento”.

La rivalutazione della forma del matrimonio, d’altra parte, non può più riguardare soltanto la necessità di dare certezza e pubblicità dell’avvenuta celebrazione – il che si può raggiungere con altre vie –, bensì deve puntare sulla promozione di tutti i valori ecclesiali in gio-

co. Valori che, bisogna ammettere, una visione troppo formalista, aiuta solo ad oscurare. Del resto, viste le disfunzioni riscontrate nei secoli di operatività della forma *ad validitatem*⁶⁴, un'eventuale forma richiesta *ad liceitatem* potrebbe essere l'occasione per una più incisiva pastorale matrimoniale, anche perché la soppressione della forza invalidante non comporterebbe minimamente la soppressione completa della forma, che si richiederebbe, appunto per la lecita celebrazione del matrimonio, e i fedeli sarebbero tenuti a veder riconosciuta la loro unione da parte dell'autorità ecclesiale.

Come si realizzerebbe tale riconoscimento? Ordinariamente, come avviene nel regime attuale, si effettuerebbe nel momento della celebrazione del matrimonio, poiché come dicevamo i fedeli sarebbero sempre tenuti ad osservare la forma. Chi invece non l'avesse osservata, dovrebbe presentarsi all'Ordinario o al parroco affinché, come si fa ordinariamente prima di sposarsi in forma canonica, si accerti amministrativamente che il matrimonio già celebrato riunisce i requisiti necessari per la sua validità. In tal caso, il matrimonio andrebbe iscritto nel registro dei matrimoni, essendo tale iscrizione il modo di provare che è avvenuto l'accertamento⁶⁵.

Segnaliamo ancora molto brevemente altre precisazioni riguardo ad un'eventuale esigenza della forma *ad liceitatem*. In primo luogo, che dovrebbe essere sempre richiesta una forma pubblica di celebrazione, in attenzione alla dimensione formale e sociale che deve essere sempre presente nell'origine del matrimonio. Infatti, l'esistenza di una qualche forma pubblica per la validità del matrimonio è indispensabile perché – riteniamo – richiesta dal diritto naturale, dalla stessa natura del matrimonio: per cui sarebbero assolutamente da escludere le celebrazioni private, poiché ogni consenso efficiente ha delle esigenze formali inseparabili alla formazione della volontà veramente matrimoniale⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. il nostro *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio* cit.

⁶⁵ Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio. Un sacramento che è un contratto* cit., dove aggiunge che solo a partire da tale accertamento con esito positivo, il fedele potrebbe avvicinarsi di nuovo all'Eucaristia, giacché prima la sua situazione sarebbe da considerarsi di grave peccato oggettivo pubblico agli effetti del can. 915.

⁶⁶ Oltre alle ragioni indicate nel testo, l'ipotesi di celebrazioni private urta contro l'indole naturalmente festosa delle nozze. Tale natura festosa, come abbiamo segnalato altrove, richiama a sua volta l'indole naturalmente sacra di ogni matrimonio: cfr. M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio* cit., 219-221; J. CARRERAS, *Las bodas: sexo, fiesta y derecho* Madrid 1998 *passim*.

D'altra parte, che la soppressione della forza invalidante della forma canonica non comporterebbe una canonizzazione della forma civile, soprattutto perché, come abbiamo detto, la Chiesa continuerebbe ad avere una forma, richiesta obbligatoriamente come un dovere grave in considerazione della materia sacramentale in gioco. Né si sosterebbe la tesi che il ricorso alla forma civile debba necessariamente aprire la porta a un eventuale *modello* contrastante con la verità sul matrimonio, ammesso che ci sia un vero modello matrimoniale civile⁶⁷. E ciò, per due ragioni: perché il matrimonio lo fanno i coniugi e non la forma di ricezione né l'ordinamento che lo accoglie; e perché l'oggetto del consenso non è il modello matrimoniale, ma la persona dell'altro coniuge, nella sua coniugalità⁶⁸. Inoltre, bisogna tener presente che con l'evoluzione sperimentata dal matrimonio civile (che all'origine è semplicemente la versione secolare di quello canonico), con l'introduzione del divorzio e di altre situazioni sociologiche anomale che si vogliono equiparare al matrimonio, è sempre più difficile parlare di vero modello matrimoniale e familiare civile. Nell'ambito civile infatti coesistono veri matrimoni con altre situazioni più o meno somiglianti al matrimonio, indipendentemente dal nome che il legislatore decida di dare a tali situazioni: com'è logico, saranno matrimoni non per il fatto che così vengano chiamati dal legislatore ma se aderiscono al progetto divino sull'uomo e la donna⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio* cit., 191 s.; G. LO CASTRO, *L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali*, in *Tre studi sul matrimonio*, Milano 1992, 41-87; ID., *Il matrimonio nella scienza dei giuristi*, in *ibid.*, 89-122, pubblicato anche su *Ius Ecclesiae* 4 (1992) 35-55; A.M. PUNZI NICOLÒ, *Due modelli di matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 97 (1986) 13 s.; G. DALLA TORRE, *Ancora su due modelli di matrimonio*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiale* 5 (1988) 33 s.; R. NAVARRO VALLS, *El modelo matrimonial de la legislación histórica española*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 78 (1991-92) 205-234; ID., *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995.

⁶⁸ Cfr. J. HERVADA, *Relección sobre la esencia del matrimonio y el consentimiento matrimonial*, in *Vetera et Nova*, II, Pamplona 1991, 937; J. CARRERAS, *L'oggetto del consenso matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae* 5 (1993) 139.

⁶⁹ Ma il fatto che una situazione chiamata matrimonio dalla legge civile non sia veramente matrimoniale, non comporta che la forma civile porti sempre e necessariamente ad uno pseudo matrimonio. La realtà matrimoniale può venir meno soltanto se il consenso non contiene una vera donazione sponsale oppure in presenza di ostacoli stabiliti dal legislatore competente (canonico), ostacoli che rendono inefficace il consenso prestato. Di conseguenza, non è impossibile l'ingresso nel matrimonio canonico dalla porta del funzionario civile. Un altro conto è che il ricorso alla forma civile a scapito di quella canonica possa contenere, in certi casi, una volontà che non sia veramente matrimoniale. Ma questa possibilità va verificata caso per caso, senza accogliere una presunzione *pro nullitate* (né un'esclusione implicita della sacramentalità,

In ogni caso, è bene sottolineare che la soppressione della forza invalidante (e la conseguente possibilità di celebrare valido matrimonio in forma civile, per esempio), non comporta minimamente l'introduzione di due tipi di matrimonio celebrati dai fedeli: uno civile e uno religioso, uno "naturale" e uno sacramentale. La questione ci porterebbe molto lontano, perché tocca punti centrali dell'essenza del matrimonio come l'unicità della realtà matrimoniale precedente alle regolamentazioni positive oppure la continuità tra la dimensione naturale e sacramentale del matrimonio dei battezzati, che non dipende minimamente dalla forma di celebrazione, se è una forma ritenuta capace di soddisfare il principio formale⁷⁰.

Siamo consapevoli delle difficoltà e le incognite che potrebbe recare un cambiamento così radicale. La principale obiezione sta nel ritenere che la più importante funzione della forma – di riconoscimento e di protezione della verità del consenso – si soddisferebbe meglio col regime attuale nel quale i fedeli sono tenuti a rapportarsi con la comunità e l'autorità ecclesiale. Ma non si può dimenticare che – come abbiamo detto –, in un regime di forma *ad licitatem*, il fedele sarebbe sempre tenuto a rapportarsi con la comunità e con l'autorità ecclesiale con un obbligo giuridico di tale entità da essere anche moralmente grave. Tale esigenza dovrebbe ritenersi ineliminabile, a ragione della piena comunione cattolica nel celebrare un sacramento (o comunque un matrimonio che può arrivare ad esserlo mediante il battesimo dell'altro coniuge) e come aiuto pastorale e garanzia per la stessa validità e fruttuosità sacramentale del matrimonio, particolarmente necessaria in tempi di confusione generalizzata sull'essenza stessa del matrimonio⁷¹.

Il presente *motu proprio* muove apparentemente da altri presupposti (la garanzia della certezza giuridica, l'apertura alla regolarizzazione delle unioni invalidamente celebrate). È vero che l'interpretazione dubbia della clausola ora soppressa poteva nuocere alla vita giuridica, ma è anche vero che la rilevanza pratica della clausola (oltre i problematici casi di ambito tedesco) riguardava una grande intuizione conciliare e del legislatore canonico: fare in modo che la volontà veramente coniugale fosse

come talvolta è stato ipotizzato) che né il Codice né la natura delle cose giustificano. Rimandiamo sempre al nostro *La forma canonica quale garanzia...* cit.

⁷⁰ Si veda in questo senso GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 2003.

⁷¹ Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio. Un sacramento che è un contratto* cit.

efficace, riuscisse cioè a costituire il vincolo. In questo senso, l'esigenza soltanto *ad liceitatem* della forma canonica (mantenendo una forma pubblica per la validità dell'unione) potrebbe aiutare e alla certezza e all'esercizio dello *ius connubii*. In tal modo si metterebbe anche in evidenza l'unicità della realtà matrimoniale e la ricchezza del segno sacramentale che è radicato nella stessa realtà naturale⁷²: la volontà di sposarsi secondo il progetto divino, e cioè – riprendendo le parole di Giovanni Paolo II – “di impegnare nel loro irrevocabile consenso coniugale tutta la loro vita in un amore indissolubile ed in una fedeltà incondizionata”, costituisce il segno sacramentale del matrimonio, ed è bene che costituisca efficacemente il vincolo davanti alla Chiesa, proprio perché tale volontà matrimoniale naturale “implica realmente, anche se non in modo pienamente consapevole, un atteggiamento di profonda obbedienza alla volontà di Dio, che non può darsi senza la sua grazia”⁷³.

⁷² Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 2003, n. 8.

⁷³ GIOVANNI PAOLO II, Es. ap. *Familiaris consortio*, 68.