MIGUEL A. ORTIZ

Professore Ordinario di diritto matrimoniale canonico
presso la Pontificia Università della S. Croce

LA COPULA CONIUGALE COME ESPRESSIONE DELLA VOLONTÀ MATRIMONIALE

SOMMARIO: 1. Consenso e copula nel momento costitutivo del matrimonio. Uno sguardo verso Bologna e Parigi. – 2. La centralità del consenso matrimoniale e il modo di esprimerlo. – 3. Consenso e copula sono espressioni dello stesso segno nuziale, manifestazioni dell'unica volontà coniugale. – 4. La "presunzione di coniugalità" del consenso e della copula. – 5. La diversa valenza antropologica, giuridica e sacramentale del segno nuziale. – 6. La "dispensa" per non consumazione e le perplessità dell'attuale disciplina. – 7. La convivenza coniugale con animo maritale. Si può considerare la copula come modo di rinnovare il consenso richiesto nella convalidazione?

1. Consenso e copula nel momento costitutivo del matrimonio. Uno sguardo verso Bologna e Parigi

La relazione tra consenso e copula coniugale può essere vista da molteplici angolature e interessa diversi istituti, prima fra tutti la condizione di matrimonio rato e consumato e la conseguente fermezza dell'indissolubilità. Non intendiamo qui riflettere su tutti gli aspetti coinvolti, che richiederebbero una trattazione ben più lunga di queste pagine. L'obiettivo di queste riflessioni è guardare l'atto coniugale in sé stesso, come espressione della volontà matrimoniale, sia nel momento costitutivo del matrimonio che nel momento in cui l'ordinamento richiede un rinnovo o prestazione del consenso, concretamente nella convalidazione.

Sofferriamo l'attenzione, a mo' di premessa, sul rapporto tra consenso e copula nel momento costitutivo del matrimonio. La narrativa tradizionale ha letto gli sforzi e i dibattiti tra la scuola di Bologna e quella di Parigi, come una polemica tra due visioni nettamente differenziate (quella giuridica e quella te-

ologica) sul momento costitutivo del matrimonio, centrato nella consumazione secondo i canonisti, nel consenso secondo i teologi¹. La confluenza dei principi romanisti e germanici con la visione cristiana del matrimonio ha richiesto la necessaria armonizzazione tra la teoria consensuale e quella della copula², presenti nella disputa tra Bologna e Parigi ma che, in un certo senso, erano già presenti nella tradizione patristica latina e orientale, in S. Ambrogio e S. Giovanni Crisostomo.

Probabilmente la differenza delle scuole – di Bologna e di Parigi, giuridica e teologica – non fu così radicale come a volte è stata presentata. In un recente studio, Álvarez de las Asturias³ mette in evidenza l'assoluta rilevanza della riflessione teologica sul pensiero di Graziano e le successive redazioni del Decreto. Il dato biblico sull'*una caro* comporta la necessità di fornire una giustificazione teologica alla rilevanza della consumazione nella realtà matrimoniale. Graziano individuò due momenti successivi nella formazione del vincolo: il consenso (matrimonio iniziato) e la consumazione (matrimonio perfetto), la cui distinzione fu stabilita con sempre maggior precisione lungo la sua vita e la sua opera⁴. Da una parte, in seguito all'accettazione delle nozioni del diritto romano, il matrimonio fu assimilato ai contratti reali, dando in tal modo rilevanza costitutiva alla consumazione con il rischio di svuotare di contenuto il consenso. Per questo motivo, il maestro bolognese cercò di garantire il minimo della rilevanza del consenso con la riflessione sul matrimonio *de futuro*: su questa scia, i continuatori approfondirono la distinzione tra *fides pactionis* e *fides consensus*⁵ ma senza risolvere definitivamente né la questione della preponderanza tra i due momenti nella costituzione del vincolo, né quella del

¹ Seguo le conclusioni di N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La formación del vínculo matrimonial de Graciano a Alejandro III: ¿tan sólo una cuestión histórica?*, in *Ius canonicum* 53 (2013), 621-654, al quale rinvio anche per l'aggiornata bibliografia sulla questione (650-654). Si veda per esempio: J. DAUVILLIER, *Le Mariage dans le Droit Classique de l'Église depuis le Décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris 1933; T. RINCÓN PÉREZ, *El matrimonio misterio y signo. Siglos IX-XIII*, Pamplona 1971; J. ALESANDRO, *Una Caro and the Consummation of Marriage in the Decretum Gratiani*, in *ZRG Kan. Abt.* 98 (2012), 64-148; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris 1987; R. WEIGAND, *Desarrollo y triunfo del principio del consentimiento en el derecho matrimonial de la Iglesia*, in *Revista Española de Derecho Canónico* 47 (1990), 53-67.

² Un buon riassunto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, I, Torino 2011, 211-215.

³ Cf. N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La formación del vínculo*, cit. 647-654.

⁴ Cf. J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *La composición del Decreto de Graciano*, in *Ius canonicum* 90 (2005), 431-485.

⁵ Cf. C. LARRAINZAR, *La distinción entre «fides pactionis» y «fides consensus» en el «Corpus iuris canonici»*, in *Ius canonicum* 21 (1981), 31-100.

tipo di consenso che si può ritenere come veramente matrimoniale, dimodoché si possa aver la certezza della prestazione del consenso.

Alessandro III cercò di colmare queste lacune, in parte servendosi della distinzione tra parole *de futuro* e *de praesenti*, leggendo il “matrimonio iniziato” di Graziano in termini di sponsali. E soprattutto, al fine di avere maggior certezza, equiparando la copula al consenso formalmente prestato: vale a dire, ritenendo la consumazione come segno “realmente di presente” del consenso dato, anche se “verbalmente” era stato prestato con parole *de futuro*.

Il dibattito sul momento costitutivo del matrimonio sembrerebbe una questione puramente accademica, senza particolare rilevanza per il diritto vigente. In un certo senso è vero, ma è anche vero che ricordare gli sforzi fatti nelle fonti classiche per individuare quando gli sposi hanno dato vita al matrimonio è di grande aiuto per capire meglio la natura della donazione veramente coniugale, che è una donazione di tutta la persona e che si esprime in diversi modi.

2. La centralità del consenso matrimoniale e il modo di esprimerlo

Il can. 1057 § 1 mette in evidenza che affinché nasca il vincolo coniugale si richiede che i coniugi *vogliano* contrarre matrimonio (che diano un consenso sufficiente in sé stesso), che *possano* farlo (che siano *giuridicamente abili*, vale a dire, che non ci siano impedimenti o incapacità personali) e che lo facciano seguendo una *forma* ammessa dalla comunità (*legittimamente*). Dei tre elementi (consenso, assenza di impedimenti e forma di celebrazione), il consenso è assolutamente imprescindibile: senza di esso non si può parlare di matrimonio, poiché «non può essere supplito da nessuna potestà umana». La forma ordinaria, in certi casi, può essere supplita, e anche gli impedimenti che non sono di diritto divino possono essere dispensati; il consenso invece non può essere supplito né i coniugi possono essere sostituiti. Solo gli sposi possono disporre di sé stessi, e il modo di esprimere la mutua donazione deve essere inequivocabile; secondo il can. 1104 deve essere fatta con parole o segni equivalenti.

Bisogna superare rigidi formalismi: il consenso non è un atto “magico” né isolato nella vita dei coniugi. Più che le parole adoperate, conta che sia manifestazione della volontà di donarsi coniugalmente. Inoltre, il consenso s’inserisce nella biografia degli sposi: la volontà di donarsi è preparata in un processo di innamoramento, e mantenuta nella volontà di continuare ad essere coniuge.

Anche se poi torneremo sulla questione, è bene ribadire che non si possono separare troppo il consenso iniziale e il consenso perseverante; uno si riferisce alla volontà di diventare e l’altro di esserci, ma rispetto alla stessa realtà: con parole di Hervada, sono due modi di esistere della stessa e radicale attualizza-

zione della volontà, due modi di esistere dello stesso volere⁶. Questa volontà matrimoniale si riconosce nei comportamenti propri di una vita coniugale volontariamente assunta.

Dunque il consenso è determinante e insostituibile, un altro conto è la modalità di manifestazione. È chiaro che il matrimonio non ha origine dal mero rapporto carnale (né dalla lunga coabitazione), ma dall'unico elemento decisivo: l'*animus maritalis*, la volontà specificamente matrimoniale la cui forma ordinaria di espressione è la celebrazione secondo la legge. Torneremo su questo punto a conclusione delle nostre riflessioni.

Come abbiamo segnalato poc'anzi, nel diritto delle decretali, l'unione carnale può essere considerata come espressione di un *consensus maritalis*. Senza la *desponsatio*, la consumazione non ha alcun valore causativo del vincolo, ma se vi è stato un certo impegno precedente (attraverso gli *sponsalia de futuro*) la copula è considerata espressione della volontà coniugale, manifestazione dunque del consenso, con una presunzione che per Innocenzo III sarà *iuris et de iure*⁷. Questa presunzione sarà alla base del controverso istituto del matrimonio presunto, fino alla deroga operata da Leone XIII⁸. In ogni caso, per ciò che adesso interessa, va sottolineato da una parte che non è il solo fatto dei rapporti carnali a costituire una coppia in matrimonio; e dall'altra, che la copula non è vista come "spiegazione" di quanto espresso negli sponsali, ma piuttosto come espressione attuale dello stesso *consensus maritalis* incoato nella *desponsatio*⁹.

⁶ Cf. J. HERVADA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, III, *Derecho matrimonial*, Pamplona 1973, 279-299.

⁷ Cf. C. LARRAINZAR, *La distinción*, cit., 73.

⁸ Con la decretale *De illis* Alessandro III dichiarò che la copula, oltre a rendere assolutamente indissolubile un matrimonio celebrato con il consenso *de praesenti*, attualizzava anche, cioè rendeva *praesens*, un consenso *de futuro*, consenso dato precedentemente (cf. X 4.5.3). Sulla base di questa affermazione, Ugucione da Pisa ritenne che il consenso efficace poteva essere espresso dalla copula carnale eseguita *maritali affectu*, anche se i coniugi non avevano espresso alcun consenso in precedenza. Le disposizioni di Innocenzo III (cf. X 4.5.6) e Onorio III (cf. X 4.1.30) portarono alla presunzione *iuris et de iure* a favore del matrimonio, che si trova alla base dell'istituto del matrimonio presunto col quale si ritenevano convalidati anche i matrimoni celebrati sotto condizione sospensiva e i matrimoni nulli per timore o altro difetto di consenso o impedimento, sulla base della copula o coabitazione con animo maritale. Sull'istituto: cf. P. CIPROTTI, *Il matrimonio presunto*, in *Archivio di diritto ecclesiastico* 2 (1940), 299-318 e 446-465; J. MULLENDERS, *Le mariage presumé*, Roma 1971; A.J. GARCÍA-BERBEL, *La convalidación del matrimonio en la codificación de 1917 (cc. 1133-1141)*, Roma 2004, 42-46; F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, IV, Prati 1912, 547-575.

⁹ «Hace bien Gismondi cuando rechaza la opinión de Ciprotti, para quien en el matrimonio presunto lo característico es que los actos declarativos no manifiestan unívocamente la voluntad matrimonial. La verdad parece ser más bien que la justificación del matrimonio presunto hay que buscarla en la consideración de que la cópula posterior a la promesa de matrimonio equivale sustancialmente a la manifestación directa expresada "per verba", a un comportamiento que

A meno che l'autorità stabilisca diversamente, la validità del patto coniugale non richiede altro che la manifestazione della volontà di donarsi coniugalmente, con un segno o un comportamento inequivoco. Anzi, secondo san Tommaso, il modo migliore di esprimere il *consensus* (la manifestazione di volontà coniugale) è proprio la copula: è la più efficace manifestazione dell'*animus maritalis*. Ben inteso, ribadiamo che la causa efficiente del matrimonio non è la copula in sé stessa, ma il *consensus* manifestato attraverso la copula¹⁰. Nella soluzione di Alessandro III, appunto, la copula coniugale era ritenuta espressione del consenso *de praesenti* che perfeziona quello prestato precedentemente nella *desponsatio*. Affinché la copula possa essere considerata una *sufficiente* manifestazione del consenso, dev'essere accompagnata da inequivocabili elementi probatori, com'era appunto la promessa di matrimonio, che costituiva una presunzione che comunque poteva venir meno in un caso concreto.

3. *Consenso e copula sono espressioni dello stesso segno nuziale, manifestazioni dell'unica volontà coniugale*

Consenso e copula coniugale fanno parte dei “segni” nuziali, come espressioni della “realtà” festeggiata e significata, che è la stessa unione coniugale¹¹. Come si legge in *Amoris laetitia*, «Il loro consenso e l'unione dei corpi sono gli strumenti dell'azione divina che li rende una sola carne»¹².

vale tanto como una declaración», V. DE REINA, *Forma canónica del matrimonio y autonomía sacramental*, in *Ius canonicum* 6-11 (1966), 292, con riferimento a P. CIPROTTI, *Il matrimonio presunto* cit., 455 e P. GISMONDI, *La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al Concilio Tridentino*, in *Ephemerides iuris canonici* 5 (1949), 329.

¹⁰ «Praeterea, consensus non solum expressus, sed etiam interpretativus, facit matrimonium. Sed nulla potest esse major interpretatio consensus quam carnalis copula. Ergo per hoc perficitur matrimonium» (*Super Sent.*, lib. 4, d. 28, q. 1, a. 2, arg. 2). «Respondeo dicendum, quod consensus qui matrimonium facit, est consensus in matrimonium: quia effectus proprius voluntatis est ipsum volitum; unde sicut se habet carnalis copula ad matrimonium, ita consensus qui matrimonium causat, est in carnalem copulam. Matrimonium autem, ut supra dictum est, non est essentialiter ipsa conjunctio carnalis; sed quaedam associatio viri et uxoris in ordine ad carnalem copulam, et alia quae ex consequenti ad virum et uxorem pertinent, secundum quod eis datur potestas invicem respectu carnalis copulae; et haec associatio conjugalis copula dicitur. Unde patet quod bene dixerunt illi qui diserunt, quod consentire in matrimonium est consentire in carnalem copulam implicite, non explicite» (*Super Sent.*, lib. 4, d. 28, q. 1, a. 4).

¹¹ Riprendiamo qui quanto esposto in J. CARRERAS – H. FRANCESCHI – M.A. ORTIZ, *Diritto canonico del matrimonio e della famiglia*, Roma 2020, 39-44.

¹² FRANCISCUS, Adh. ap. Post-Synodalis *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, AAS 108 (2016), 341, n. 75.

Consenso e consumazione sono due elementi che integrano il patto o alleanza coniugale, mediante cui «l'uomo e la donna danno e accettano reciprocamente sé stessi per costituire matrimonio». Il consenso di cui parla il richiamato can. 1057 ha una doppia valenza: come patto comune – atto duale degli sposi – e come atto di volontà di ciascun coniuge. Nelle nostre riflessioni, il consenso come segno nuziale si riferisce al patto come atto duale, posto in comune, che secondo il can. 1104 deve essere manifestato *in qualche forma*, «con parole o segni equivalenti».

La manifestazione del consenso tra i coniugi non consiste nell'esteriorizzazione di due consensi già esistenti in ognuno degli sposi, ma nella formazione, in termini sensibili, del comune consenso come unità duale, che integra le due volontà interne, diverse e complementari. Il consenso integra le volontà dei due coniugi in un unico segno nuziale sensibile (le parole o segni equivalenti, appunto). L'atto del consenso deve essere capace di unificare in un unico segno la dualità delle volontà matrimoniali; dev'essere capace di comunicare tra gli sposi la fondazione dell'unione e di essere riconosciuto come segno nuziale dalla Chiesa. Le volontà interne dei singoli coniugi devono necessariamente uscire, essere riconosciute e integrate vicendevolmente: così è richiesto dalla natura corporeo-sessuata dei coniugi. Vi sono dunque due momenti – la volontarietà e la sua manifestazione – di una stessa realtà: il consenso efficiente. Con le parole di Hervada possiamo dire che «l'atto di contrarre matrimonio non è la somma di due atti distinti, quello del maschio e quella della donna ma c'è un unico atto che richiede due volontà ma che è uno solo. L'atto è unico ed unico è il suo effetto: il matrimonio o unità formata dall'uomo e dalla donna. In altri termini, è un atto giuridico bilaterale»¹³. C'è un solo atto del consenso, un solo amore, un solo vincolo, una sola carne: «Numericamente e psicologicamente ci sono due amori, ma questi due fatti psicologici distinti si uniscono e creano un tutto oggettivo, in certo qual modo un solo essere in cui sono impegnate due persone»¹⁴.

Lasciando adesso da parte le implicazioni riguardanti la formalità intrinseca del consenso, che si deve materializzare in un segno conoscibile e significativa delle due volontà matrimoniali¹⁵, vorrei invece sottolineare il fatto che le parole nuziali – pronunziate dai coniugi nell'unico atto comune – esprimono la volontà

¹³ J. HERVADA, *El Derecho del pueblo de Dios*, cit., 319.

¹⁴ K. WOJTYLA, *Amore e responsabilità*, Casale Monferrato 1968, 61.

¹⁵ Rinviamo a M.A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio* in Id. (ed.), *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, Milano 2005, 137-186, pubblicato anche in *Ius Ecclesiae* 15 (2003), 371-406;.

degli sposi, che non è altro che un atto di amore¹⁶. Come ha scritto Viladrich, «il patto coniugale è l'atto di amore fondante il matrimonio e senza questo atto l'amore non riesce a varcare la frontiera che conduce alla costituzione di un'unione di due persone nell'unità di natura; senza questo atto, l'amore non sarebbe in grado di essere tradotto in termini di giustizia, non costituirebbe né *suum* né *debitum* alcuno tra le parti, non genererebbe nessun vincolo giuridico e non sarebbe affatto l'origine dei diritti e dei doveri coniugali»¹⁷.

Ma la parola nuziale che rivela e unifica la volontà degli sposi si esprime non solo con le parole (o segni equivalenti), ma con tutta la persona, anche con la copula coniugale. La prima copula coniugale esprime, con il linguaggio del corpo, lo stesso contenuto delle parole del consenso e per questo è stata sempre considerata dalla tradizione canonica come un “segno nuziale”, un modo specifico di “comunicare” il consenso interno della volontà.

Non è che l'atto fisico abbia un'efficacia magica o automatica: l'unione carnale da sola non trasforma gli amanti in marito e moglie. In questo senso è proverbiale l'assioma classico: «*consensus non coitus facit matrimonium*». Soltanto in un contesto sponsale – all'interno cioè dei riti e della cerimonia nuziale – la prima copula coniugale appare come parte integrante del patto coniugale, poiché essa è il modo specificamente coniugale che la natura offre agli sposi di esprimere il reciproco amore e di conseguenza di “conoscersi” (meglio, riconoscersi) come marito e moglie. Essa non ha valore giuridico se non in relazione al consenso coniugale: è un segno del consenso con un forte valore giuridico-canonico¹⁸.

Come segnalavamo poc'anzi, il segno nuziale è prima di tutto *comunicazione* tra i nubendi. La copula coniugale fa parte del patto coniugale non perché aggiunga qualcosa di essenziale al segno nuziale nei confronti della società o della Chiesa, ma perché è l'atto con cui – insieme alle parole del consenso – gli sposi si “conoscono” vicendevolmente come coniugi, con la conoscenza forte e piena di significazione biblica. Questa specifica mutua conoscenza aggiunge un'ulteriore perfezione al vincolo contratto col solo consenso. Una volta che

¹⁶ Cf. A. DE LA HERA, *Sobre el signo nupcial y los diversos significados de la forma: algunos temas para el debate*, in Aa.Vv., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, 538-541.

¹⁷ P.-J. VILADRICH, *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, in *Ius canonicum* 12 (1972), 311.

¹⁸ Così accolto da Graziano: «*Illud autem Iohannis Crisostomi: “Matrimonium non facit coitus, sed voluntas”; item illud Ambrosii: “Non defloratio virginitatis, sed pactio coniugalis matrimonium facit”, ita intelligendum est: Coitus sine voluntate contrahendi matrimonium, et defloratio virginitatis sine pactione coniugali non facit matrimonium, sed precedens voluntas contrahendi matrimonium, et coniugalis pactio facit, ut mulier in defloratione suae virginitatis uel in coitu dicatur nubere viro, vel nuptias celebrare*» (C. 27 q. 2 d.p.c. 45).

si sono “conosciuti” carnalmente, gli sposi diventano coniugi in senso pieno: una sola carne. Da quel momento in poi, nei successivi atti coniugali, essi si “ri-conosceranno” come coniugi.

4. La “presunzione di coniugalità” del consenso e della copula

Sia il consenso sia la copula esprimono la volontà degli sposi e per questo integrano il segno, la parola nuziale. Sia per l’uno sia per l’altra si deve riscontrare una corrispondenza tra la manifestazione (le parole del consenso, l’unione corporale) e la volontà di donarsi come sposi. Il can. 1101 § 1 contiene una presunzione di corrispondenza tra le parole e la volontà reale: «Il consenso interno dell’animo si presume conforme alle parole o ai segni adoperati nel celebrare il matrimonio». Il § 2 dello stesso canone prevede la possibilità della non corrispondenza, con l’effetto invalidante causato dall’atto positivo di esclusione.

Diverso è il caso della presunzione di coniugalità della copula; diverso ma non completamente estraneo. Oltre alla presunzione di coniugalità della copula realizzata dopo gli sponsali *de futuro* che veniva equiparata al consenso prestato con parole *de praesenti*, si può riconoscere anche un’altra presunzione di “coniugalità” della copula, che incide sulla fermezza del matrimonio. Mi riferisco alla necessità che l’atto coniugale debba essere realizzato “humano modo”, per poter ritenere il matrimonio rato e consumato¹⁹. Senza soffermarci ulteriormente sulla questione, basti mettere in evidenza che il carattere umano dell’atto carnale richiede sia la sufficiente coscienza e libertà sia che si compia con animo maritale, in modo da costituire un vero e proprio atto coniugale²⁰.

Si potrebbe individuare una certa analogia con la presunzione contenuta nel can. 1101. La prova della mancata corrispondenza tra le parole espresse e la volontà reale (“interna”, secondo il canone) comporta la nullità, se si prova l’atto positivo di esclusione. Similmente, la mancanza dell’animo maritale nella copula coniugale comporterebbe la non consumazione del matrimonio – qualora

¹⁹ Can. 1061 § 1. «Matrimonium inter baptizatos validum dicitur ratum tantum, si non est consummatum; ratum et consummatum, si coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro».

²⁰ Cf. C. PEÑA GARCÍA, *Los casos difíciles en la disolución canónica del matrimonio no consumado: aspectos sustantivos y procesales*, in *Estudios Eclesiásticos* 92 (2017), 577. Sull’argomento cf. E. FRANK, *Humano modo. Consummation of ratified marriage: a ground for dissolution or nullity?*, Roma 2005; P. MONETA, *Lo scioglimento del vincolo coniugale*, in Aa.Vv., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*. X Congreso internacional de Derecho Canónico, Pamplona 2000, 1319-1348; L. GHISONI, *La rilevanza giuridica del metus nella consumazione del matrimonio*, Coll. *Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico*, n. 47, Roma 2000.

si ritenesse realizzata in modo non umano – e addirittura potrebbe contenere degli elementi da approfondire per poter concludere che il consenso è invalido. Navarrete sostiene che, così come dovrebbe ritenersi nullo un matrimonio contratto per odio nei confronti dell'altra parte, allo stesso modo non sarebbe consumativa del matrimonio la copula posta per odio nei confronti del coniuge. Mancherebbe nei due casi «quel minimo di amore coniugale che è necessario vi sia esistenzialmente»²¹. Come suggerisce Montini, «andrebbe verificato accuratamente se la *voluntas consummativa* del matrimonio non debba possedere le stesse caratteristiche del consenso, naturalmente in riferimento all'atto di consumazione. Basti accennare alla questione se si possa ritenere consumativo del matrimonio quell'atto coniugale in cui la procreazione sia stata esclusa con atto positivo di volontà»²².

In altre parole, quando manca l'*humano modo* – concretamente quando manca l'animo maritale – si può ritenere che il matrimonio è non consumato e suscettibile di dispensa. Ma, nei casi di copula violenta, con odio o escludendo la dignità dell'altro coniuge, l'unione non solo non sarebbe consumativa, ma sarebbe un indizio forte di una mancanza di “coniugalità” nella volontà dello sposo, che potrebbe inficiare la validità dell'unione.

La “presunzione di coniugalità” della copula può essere vanificata, come la presunzione di coniugalità del consenso, se manca l'animo maritale necessario dell'*humano modo*. Infatti, se l'atto sessuale fu posto senza la minima libertà o senza alcuna volontà di ritenersi coniuge, o per odio nei confronti dell'altro, facilmente si potrebbero individuare degli elementi di prova di nullità per timore o esclusione del *bonum coniugum*, per esempio. Il matrimonio non sarebbe nullo perché la copula fu realizzata senza animo maritale, ma tale circostanza potrebbe essere determinante per concludere che mancava la volontà coniugale, sia nella copula che nel momento della manifestazione del consenso.

Infine, l'animo maritale con cui si realizza la copula coniugale può avere rilevanza nel caso a cui mi riferirò più avanti, della prestazione o rinnovo del consenso nella convalida del matrimonio.

²¹ U. NAVARRETE, *De notione et effectibus consummationis matrimonii*, in *Periodica de re morali canonica liturgica* 59 (1970), 645.

²² G.P. MONTINI, *Una coppia non si fa in una notte. Alcune riflessioni sul concetto di consumazione del matrimonio*, in G. Canobbio – F. Dalla Vecchia – G.P. Montini (ed.), *Il matrimonio*, Coll. *Quaderni teologici del Seminario di Brescia*, n. 9, Brescia 1999, 208.

5. La diversa valenza antropologica, giuridica e sacramentale del segno nuziale

Consenso e copula sono espressioni delle parole nuziali. Non è che il consenso sia l'espressione "spirituale" e la copula quella "corporale" della volontà nuziale: il consenso ha bisogno del corpo (le parole o i segni) per esprimersi e la consumazione non consiste nella mera unione dei corpi, ma è il modo più consono per manifestare, attraverso la carne, la donazione di tutta la persona che diventa precisamente una sola carne con l'altro. Tutti e due, consenso e copula, sono spirituali e corporali, proprio perché sono manifestazione della donazione di tutta la persona.

Il "segno nuziale" è il perno su cui si articolano la dimensione sociale e sacramentale del matrimonio cristiano. La Chiesa non può prescindere dal "segno" sociale: non può, ad esempio, ritenere che una coppia di conviventi costituisca oggi un autentico matrimonio, quando nemmeno essi vogliono essere considerati tali. La coniugalità non è un fatto, ma una relazione giuridica creata dal consenso degli sposi, la quale è oggi il "segno" attraverso il quale possono i coniugi "riconoscere" sé stessi ed essere riconosciuti dalla società e dalla Chiesa.

I due momenti del segno – il consenso e la consumazione – hanno una valenza antropologica (in quanto i coniugi si dicono la mutua appartenenza con le parole e con l'unione carnale) e anche di significazione sacramentale. L'approfondimento dottrinale del significato sacramentale del matrimonio operato dalla Chiesa ha seguito anche l'evoluzione storica degli usi nuziali vissuti dai cristiani e si è consolidato nell'attuale disciplina sul matrimonio rato e consumato, che costituisce il segno perfetto dell'unione di Cristo e della Chiesa.

La disciplina sul matrimonio rato e consumato²³ si è sviluppata al passo della modalità di celebrazione del matrimonio dei cristiani in due fasi, quella sponsale e quella nuziale, una con protagonismo delle famiglie, l'altra specificamente degli sposi. Ognuna delle fasi possedeva degli elementi significativi: la *dexterarum coniunctio* con lo scambio della fede nuziale nella prima fase; la *domum deductio* nella seconda, in ordine alla consumazione dell'unione come modo definitivo di espressione della volontà coniugale²⁴.

²³ Rinvio alla sintesi che offre J. KOWAL, *Inconsumación del matrimonio*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Pamplona 2012, IV, 520-525 e la bibliografia lì segnalata. Cf. anche G.P. MONTINI, *Il matrimonio inconsumato (can. 1061)*, in P.A. Bonnet – C. Gullo (ed.), *Diritto matrimoniale canonico*. Vol. III. *La forma, gli effetti, la separazione, la convalida*, Coll. *Studi giuridici*, n. LXIII, Città del Vaticano 2005, 397-422; C. PEÑA GARCÍA, *La no consumación del matrimonio como motivo de disolución canónica: cuestiones a reconsiderar*, in *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 23 (2017), 39-64.

²⁴ Cf. J. CARRERAS, *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, Madrid 1994, 27-66; P. DACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano alla luce della Bibbia*, Torino-Leumann 1984.

La diversa fermezza delle due fasi comportava la possibilità di sciogliere l'unione sorta dagli sponsali, perché si riteneva che questa possibilità non urtasse il principio dell'indissolubilità del matrimonio dal momento che il segno nuziale non era completo. Ciò che è segno dell'unione di Cristo con la Chiesa sarebbe fondamentalmente l'*una caro*, vale a dire, l'unione che si produce con la fusione dei corpi nella copula coniugale. Di conseguenza, alla diversa significazione sacramentale è seguita una diversità di gradi dell'indissolubilità: mentre «il matrimonio rato e consumato non può essere sciolto da nessuna potestà umana e per nessuna causa, eccetto la morte» (can. 1141 CIC)²⁵, «il matrimonio non consumato fra battezzati o tra una parte battezzata e una non battezzata, per una giusta causa può essere sciolto dal Romano Pontefice, su richiesta di entrambe le parti o di una delle due, anche se l'altra fosse contraria» (c. 1142 CIC).

Gli usi nuziali odierni sono invece incentrati sul momento dello scambio delle parole del consenso *de praesenti* (rafforzato ulteriormente con l'introduzione della forma canonica *ad validitatem*), per cui oggi la "consumazione" è un concetto privo del supporto sociale da cui proveniva e non di rado vista in una prospettiva puramente "biologicista". Anzi, per alcuni teologi e canonisti dei nostri giorni, essa sembra essere una conferma del cosiddetto "iuscorporalismo" o "biologismo"²⁶.

La rilevanza della copula non radica nel perfezionamento della *traditio*, che è già completa nella manifestazione del consenso²⁷. La copula non è propriamente la consumazione del patto coniugale, come avviene in altri negozi giuridici. Non si tratta di una consumazione negoziale ma piuttosto quella sacramentale, perché costituisce la completa espressione di quanto manifestato con il consenso. Gli sposi si dicono con il corpo – che si donano e accettano vicendevolmente – quanto si sono detti con le parole del consenso. Si tratta

²⁵ Questa dottrina è stata dichiarata come definitiva da Giovanni Paolo II nel suo discorso alla Rota Romana del 2000: «Emerge quindi con chiarezza che la non estensione della potestà del Romano Pontefice ai matrimoni sacramentali rati e consumati è insegnata dal Magistero della Chiesa come dottrina da tenersi definitivamente, anche se essa non è stata dichiarata in forma solenne mediante un atto definitorio» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 21 gennaio 2000, AAS 92 [2000], 8).

²⁶ Una contestazione della visione "biologista" della consumazione proponendo un'altra ritenuta più confacente alla sensibilità moderna, che è stata denominata «consumazione esistenziale», in J. BERNHARD, *A propos de l'hypothèse concernant la notion de «consommation existentielle» du mariage*, in *Revue de droit canonique* 20 (1970), 184-92; ID., *Réinterprétation (existentielle et dans la foi) de la législation canonique concernant l'indissolubilité du mariage chrétien*, in *ibid.* 21 (1971), 243-278. Per una critica di questa dottrina cf. G.P. MONTINI, *Una coppia non si fa in una notte*, cit.

²⁷ Seguo la precisa analisi di J. HERVADA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, cit., 302-304.

della manifestazione ontologica di ciò che sono: l'*una caro*. E qui si esprime anche la peculiare relazione di Cristo con la Chiesa attraverso l'Incarnazione.

La copula coniugale – e non solo la prima, quella consumativa – ha anche una significazione cristologica ed ecclesiologica, precisamente perché è il modo più proprio con cui gli sposi ribadiscono il dono di sé stessi²⁸. Il paradigma e il modello è sempre l'unione sponsale di Cristo e la Chiesa della quale partecipano gli sposi cristiani attraverso il sacramento del matrimonio. Ma questa partecipazione non si realizza soltanto nella celebrazione del matrimonio – nella quale il dono di sé degli sposi è segno del dono di Cristo alla Chiesa nella sua morte in croce –, ma soprattutto lungo la vita coniugale attraverso tutti gli atti di amore che realizzano gli sposi per mantenere viva ed accrescere la loro unione. Tra questi atti spicca l'atto coniugale, segno sacramentale di grande rilievo cristologico ed ecclesiologico.

Il sacramento del matrimonio e quello dell'Eucaristia si spiegano e si illuminano a vicenda. Cristo è lo Sposo della Chiesa, ad Essa si è dato una volta per sempre morendo sulla croce in un sacrificio che viene rinnovato ogniqualvolta si celebra l'Eucaristia. In modo analogo, gli sposi cristiani rinnovano la donazione realizzata nelle nozze, mediante gli atti coniugali. Questi atti racchiudono, dunque, un carattere sacramentale: il matrimonio è sacramento «*dum permanens*» e, in modo del tutto particolare per gli sposi, lo è quando si rinnova il dono di sé realizzato nel patto coniugale. In questo senso si può affermare che la comunione eucaristica è significata specialmente attraverso gli atti veramente coniugali²⁹ e che allo stesso tempo, «l'Eucaristia è la fonte stessa del matrimonio cristiano»³⁰.

Se il primo atto coniugale produce degli effetti giuridici nel matrimonio sacramentale, non è in forza della consumazione “negoziale” ma per la significa-

²⁸ Rinvio anche qui a J. CARRERAS – H. FRANCESCHI – M.A. ORTIZ, *Diritto canonico*, cit., 106-111.

²⁹ «Ci troviamo al centro stesso del Mistero pasquale, che rivela fino in fondo l'amore sponsale di Dio. Cristo è lo Sposo perché “ha dato se stesso”: il suo corpo è stato “dato”, il suo sangue è stato “versato” (Cfr. Lc 22, 19-20). In questo modo amò fino alla fine (Gv 13, 1). Il “dono sincero”, contenuto nel sacrificio della Croce, fa risaltare in modo definitivo il senso sponsale dell'amore di Dio. Cristo è lo Sposo della Chiesa come Redentore del mondo. L'Eucaristia è il sacramento della nostra redenzione. È il sacramento dello Sposo, della Sposa. L'Eucaristia rende presente e in modo sacramentale realizza di nuovo l'atto redentore di Cristo, che “crea” la Chiesa suo corpo. Con questo “corpo” Cristo è unito come lo sposo con la sposa. Tutto questo è unito nella *Lettera agli Efesini*. Nel “grande mistero” di Cristo e della Chiesa viene introdotta la perenne “unità dei due”, costituita sin dal “principio” tra uomo e donna» (per il testo latino, cf. IOANNES PAULUS II, Litt. enc. *Mulieris dignitatem*, 15 agosto 1988, AAS 80 [1988], 1715-1716, n. 26.).

³⁰ IOANNES PAULUS II, Adh. ap. *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, AAS 74 (1982), 150, n. 57, per il testo latino.

zione, che si radica nel vincolo (segno della *res non contenta* o unione tra Cristo e la Chiesa). In forza dell'identità tra matrimonio e sacramento, la pienezza della significazione produce una "correzione" del valore giuridico del vincolo: così gli viene attribuita una fermezza che non ha, per la sola ragione del patto, la fermezza dell'indissolubilità che lo rende simile all'unione indistruttibile che lega Cristo alla Chiesa per l'Incarnazione. In altre parole, la fermezza del matrimonio consumato ha poco a che fare con la tipificazione del matrimonio come negozio consensuale o reale.

6. La "dispensa" per non consumazione e le perplessità dell'attuale disciplina

D'altra parte, la consumazione è giuridicamente rilevante soltanto riferita al matrimonio sacramentale. Senza la sacramentalità "attuale", l'atto coniugale è irrilevante per ciò che riguarda l'efficacia giuridica del vincolo. La "dispensa *super rato*" è riferita al matrimonio sacramentale, quando i due coniugi sono attualmente battezzati e non c'è stata la consumazione. Di per sé non sarebbe applicabile ai matrimoni non sacramentali, proprio perché la rilevanza della consumazione è collegata al fatto della sacramentalità del matrimonio.

La questione desta qualche perplessità alla luce dell'unicità della realtà matrimoniale e della sostanziale identità tra matrimonio naturale e sacramentale, tenendo presente che il segno sacramentale è la stessa realtà naturale. La rilevanza attribuita alla consumazione esclusivamente nell'ordine sacramentale implicherebbe, invece, una configurazione essenzialmente diversa tra matrimonio nell'ordine naturale e in quello sacramentale. Sarebbe invece più consona ritenere che la piena significazione sacramentale che è inerente al primo atto coniugale, si basi proprio sulla rilevanza unica di tale atto nella costituzione dell'una sola carne a livello naturale³¹.

L'altra questione che desta perplessità in questa materia è il fatto che la configurazione della dispensa come scioglimento introduce un'eccezione all'in-

³¹ D'altra parte sia il can. 1142 che la prassi dell'Ufficio competente a vagliare le richieste di dispensa *super rato* (l'Ufficio Amministrativo presso la Rota Romana) applicano la dispensa anche a tutti i matrimoni non consumati, che siano sacramentali o meno. Cf. BENEDICTUS XVI, Litt. ap. M.P. datae *Quaerit semper*, 30 agosto 2011, AAS 103 (2011), 569-571; J. LLOBELL, *La competenza e la procedura per la dispensa "super quolibet" nel m.p. "Quaerit semper"*, in *Ius Ecclesiae* 24 (2012), 461-481, che mette in evidenza quanto affermato nelle *Note storiche* della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti dell'Annuario Pontificio del 2012: «Giudica circa l'esistenza della giusta causa per concedere la dispensa dai matrimoni tra cattolici, tra una parte cattolica e una acattolica battezzata, tra parti battezzate acattoliche e tra parti battezzate e parti non battezzate, sia per i fedeli dei riti latini che per quelli dei riti orientali (art. 67 [della cost. ap. *Pastor bonus*])».

dissolubilità, che viene spiegata in virtù di una speciale potestà esclusiva del Romano Pontefice, che viene esercitata come grazia, non come riconoscimento di un diritto. L'intervento pontificio è presentato in termini di "potere", con il ricorso alla dottrina della potestà vicaria del Papa.

Per Errázuriz, sarebbe bene «studiare se nel matrimonio non consumato si possa ravvisare un'incompiutezza e pertanto una non fermezza, prima di tutto naturale, tale da consentire un atto dichiarativo della Chiesa, corrispondente a un vero diritto delle parti. In questa maniera il matrimonio non perfezionato dal primo atto coniugale non verrebbe sciolto, ma dichiarato caducato in quanto almeno una delle parti lo chiedesse, provando che non è stato consumato e dichiarando che da parte sua non c'è volontà di consumarlo in futuro»³²

In questo senso, una rilettura del percorso seguito nella riflessione sul momento costitutivo del matrimonio permette di vedere una continuità non sempre apprezzata dalla narrativa tradizionale. Il matrimonio "iniziato" è certamente un vero matrimonio e la consumazione porta ad una pienezza che non può essere espressa con le categorie del diritto romano sui contratti reali. La conclusione di Álvarez de las Asturias è suggestiva: «Se l'unione matrimoniale è essenzialmente coniugale e pertanto comporta in sé stessa l'*una caro*, i passaggi richiesti per lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato non dovrebbero poggiare per forza sulla nozione di potestà vicaria del Papa ma come una presa in considerazione del carattere non pieno di un matrimonio comunque vero. La dottrina della doppia significazione sacramentale potrebbe portare perfino a presentare come "dichiarativi" gli interventi del Papa. In questo modo, la coerenza del sistema matrimoniale canonico (che è tale nella misura in cui riflette la verità del matrimonio) sarebbe più al sicuro di quanto lo è con le attuali "eccezioni all'indissolubilità"»³³.

Non è questa la sede per soffermare ulteriormente l'attenzione sulla questione, ma non v'è chi non veda le perplessità che pone la prassi dello scioglimento, quando ci sono dei ragionevoli dubbi sulla validità del matrimonio da sciogliere. Proprio perché la dimensione coniugale del consenso contiene inesorabilmente l'apertura alla dimensione unitiva (e feconda) della donazione degli sposi, la non consumazione costituisce un forte indizio di mancanza di "coniugalità" nelle parole del consenso: se uno dei coniugi (o entrambi) non ha voluto o non ha potuto consumare, è altamente probabile che la fattispecie celi un'anomalia del consenso o un'impotenza *coëundi*.

Ricordiamo quanto segnalavamo prima a proposito del modo umano della consumazione prevista dal can. 1061. La mancanza dell'*humano modo* non è solo presupposto per l'operatività della dispensa *super rato*, ma è anche un

³² C.J. ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale*, Roma 2016, 115.

³³ Cf. N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La formación del vínculo*, cit., 649.

indizio forte della mancanza di volontà veramente coniugale. Per cui la prassi dello scioglimento rischia di operare sul nulla, su un'unione solo apparentemente matrimoniale.

7. La convivenza coniugale con animo maritale. Si può considerare la copula come modo di rinnovare il consenso richiesto nella convalidazione?

Per concludere queste pagine vorrei riferirmi a una fattispecie in cui è richiesto il rinnovo o la prestazione del consenso per poter convalidare un matrimonio che si presume nullo, ai sensi dei cann. 1156-1159. Concretamente, la mia riflessione riguarda la possibilità di considerare che la pacifica convivenza con animo maritale sia sufficiente a esprimere il consenso richiesto per tale convalida. Non molto tempo fa mi sono soffermato sulla questione, a proposito dell'indirizzo della giurisprudenza italiana che ha messo in discussione la "quasi automaticità" del riconoscimento delle sentenze di nullità emesse dai tribunali ecclesiastici italiani, quando i coniugi avevano convissuto per diversi anni. La Cassazione ritiene che la convivenza coniugale che si sia protratta per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio concordatario impedisca – in virtù della situazione giuridica creatasi con dei diritti, doveri, responsabilità e aspettative – la delibazione dell'eventuale sentenza di nullità emanata da un tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico, per contrarietà all'ordine pubblico italiano³⁴.

A prescindere dalle considerazioni che si possono fare sull'eventuale violazione dell'impegno concordatario assunto dallo Stato italiano e altre perplessità che provoca detto indirizzo, riteniamo significativo il fatto che "dall'esterno" il sistema canonico è visto come un'anomalia; e questo ci offre degli spunti di riflessione. Forse la controversia può aiutarci a vedere con maggiore serenità in che modo la vita matrimoniale vissuta a lungo incide sulla validità del vincolo.

Per il diritto canonico, la convivenza prolungata può essere vista come termine in cui viene meno la legittimità per introdurre la causa, oppure come sanante del consenso viziato grazie ad una (presunta) volontà sopravvenuta, oppure ancora come un indizio di un consenso sufficiente al momento delle nozze³⁵. A metà del secolo scorso vi furono diversi tentativi in dottrina – e anche in sede legislativa – tendenti a segnalare termini di decadenza dell'azione

³⁴ Riprendo quanto esposto in M.A. ORTIZ, *Viene sanato automaticamente il matrimonio? A proposito del riconoscimento civile delle sentenze canoniche*, in H. FRANCESCHI – M.A. Ortiz (ed.), *Ius et matrimonium*. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico, Roma 2015, 331-358. Rinvio ai riferimenti legislativi, giurisprudenziali e bibliografici ivi raccolti.

³⁵ Sulla questione, cf. F. CATOZZELLA, *La durata della convivenza coniugale. Valore probatorio alla luce della Giurisprudenza rotale*, in *Apollinaris* 89 (2016), 509-544.

di nullità. Tali tentativi non ebbero successo, probabilmente perché ritenuti incompatibili con il principio della insostituibilità del consenso³⁶.

Certamente, la sola durata della convivenza (senza altre sfumature) non può far diventare valido un matrimonio celebrato invalidamente. È comprensibile che un ordinamento come quello statale, che ammette il divorzio come mezzo di scioglimento del matrimonio, voglia stabilire un termine per l'introduzione della causa di nullità. Ma nella Chiesa – proprio a ragione dell'indissolubilità del vincolo – i presupposti sono evidentemente diversi: i fedeli possono *sempre* impugnare la validità del proprio matrimonio. È un "sempre" nel senso più stretto: in qualsiasi momento, anche dopo molti anni dalla celebrazione. Anche in seguito a una lunga convivenza, il Legislatore canonico ritiene che la ricerca della verità sostanziale prevalga su ogni altro bene da proteggere (la sicurezza giuridica, gli eventuali diritti dei figli, ecc.).

Ma d'altra parte i fedeli possono anche sperimentare una certa perplessità – perfino scandalo – davanti al fatto che venga dichiarato nullo un matrimonio vissuto serenamente per molti anni, dove i coniugi si ritenevano marito e moglie e si sono comportati come tali, dove sono stati adempiuti i diritti e i doveri coniugali, dove sono nati e cresciuti i figli. È lo scandalo (sincero o meno, adesso non interessa) degli organi italiani che negano la delibazione delle sentenze.

Per non dilungare eccessivamente queste pagine, veniamo al punto che riguarda la (auspicata) valenza della convivenza vissuta con animo maritale come modo di esprimere il consenso richiesto per la convalida del matrimonio. Lasciamo da parte le questioni relative all'istituto della convalidazione – compresa la necessità di cercare di salvare il matrimonio, quando possibile, come richiesta dal *favor matrimonii*³⁷ – e

³⁶ Cf. 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. Un'analisi del processo in F. SPERANZA, *La convalidazione del matrimonio. Convalidazione ipso facto: ipotesi de iure condendo*, Roma 2007, 46-110; E. MASSIGNANI, *L'istituto della convalidazione automatica: un confronto tra l'ordinamento canonico e quello statale con speciale riguardo alla convalida del matrimonio*, Roma 2019.

³⁷ Come segnalò Giovanni Paolo II, «quando si considera il ruolo del diritto nelle crisi matrimoniali, troppo sovente si pensa quasi esclusivamente ai processi che sanciscono la nullità matrimoniale oppure lo scioglimento del vincolo. Tale mentalità si estende talvolta anche al diritto canonico, che appare così come la via per trovare soluzioni di coscienza ai problemi matrimoniali dei fedeli. Ciò ha una sua verità, ma queste eventuali soluzioni devono essere esaminate in modo che l'indissolubilità del vincolo, qualora questo risultasse validamente contratto, continui ad essere salvaguardata. L'atteggiamento della Chiesa è, anzi, favorevole a convalidare, se è possibile, i matrimoni nulli» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 28 gennaio 2002, AAS 94 [2002], 343-344, n. 6). Il tenore dell'attuale can. 1675 non cambia sostanzialmente il principio, dal momento in cui la previsione che solo si accetta la causa quando si ha la certezza che il matrimonio sia *irrimediabilmente* fallito, vorrebbe dire appunto che si sono fatti gli sforzi per riparare il matrimonio, sforzi che sono risultati inefficaci.

soffermiamo l'attenzione sull'esigenza di rinnovare il consenso, nella fattispecie della convalidazione semplice³⁸.

Senza soffermarci qui sulle perplessità che pone l'istituto della convalidazione semplice – soprattutto quella relativa all'impossibilità di prova nel foro esterno del vizio del consenso o alla non pubblicità dell'impedimento – ricordiamo che il modo di realizzare la convalidazione è tramite la manifestazione del consenso da parte di chi conosce la nullità. Nel caso del matrimonio nullo per un impedimento, il “rinnovo” è richiesto dal diritto ecclesiastico (cf. can. 1156 § 2; precisazione questa che non si trova nel can. 843 § 2 CCEO)³⁹. Il che vuol dire che per diritto naturale sarebbe sufficiente la perseveranza del consenso iniziale di entrambi i coniugi in modo che, scomparso l'ostacolo che ne impediva l'efficacia, il consenso farebbe sorgere il vincolo, sicché il matrimonio produrrebbe i suoi effetti sin dal momento della coincidenza della volontà dei contraenti appena è rimosso l'impedimento.

L'indicazione che il rinnovo del consenso è richiesto dal diritto ecclesiastico comporta, da una parte, che la norma si possa dispensare; dall'altra, che si applica solo a coloro che sono soggetti alle leggi ecclesiastiche (mentre per il diritto naturale potrebbe bastare la perseveranza del consenso prestato) e infine che è ipotizzabile un'altra soluzione *de iure condendo*. Ed è qui che la nostra riflessione potrebbe diventare di utilità.

³⁸ Tra la bibliografia sull'argomento rinvio a 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., *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Coll. *Quaderni della Mendola*, n. 3, Milano 1996, 187-214; 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; A. RAVA, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio (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 J. Carreras (ed.), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Milano 1998, 289-333; ID., *Le convalidazioni. La convalidazione semplice*, in P.A. Bonnet – C. Gullo (ed.), *Diritto matrimoniale canonico*. Vol III, cit., 517-531; J. ZYGALA, *La sanatio in radice en el matrimonio. Naturaleza y perspectivas*, in *Cuadernos doctorales* 21 (2005-06), 77-186; J.I. BAÑARES, *Sugerencias en torno al consentimiento matrimonial naturalmente suficiente, su nulidad y su sanación en la raíz*, in *Ius canonicum* 55 (2015), 27-44; E. MASSIGNANI, *L'istituto della convalidazione automatica*, cit.

³⁹ Il Codice distingue a seconda che si tratti della nullità per impedimento – e chiede che chi la conosceva “rinnovi” il consenso che aveva già dato – oppure di un vizio del consenso, e allora chi difettava deve “prestarlo”. Agli effetti della nostra riflessione, si possono considerare sostanzialmente equivalenti i due atti (rinnovo e prestazione).

Il Codice non segnala una modalità di rinnovo o di prestazione del consenso⁴⁰. Si può ritenere che la prolungata convivenza comporti il rinnovo del consenso? Abbiamo detto prima che l'insostituibilità del consenso non esige un unico modo di esprimerlo: il diritto canonico ha ritenuto che il consenso si esprimeva nella *copula maritalis*, posta da chi era già legato dagli *sponsali de futuro* e anzi, per san Tommaso, il modo migliore di esprimere il *consensus* è proprio la copula coniugale: è la più efficace manifestazione dell'*animus maritalis*.

Ordinariamente, i due coniugi manifestano il consenso in modo simultaneo nel momento della celebrazione. Ma nei matrimoni da convalidare le volontà matrimoniali dei coniugi vengono manifestate successivamente: in un caso, una volta cessato o dispensato l'impedimento; e nell'altro – di nullità per un vizio del consenso – una volta superato il limite che lo stesso coniuge aveva posto alla propria volontà.

Ma si può ritenere che la vita matrimoniale “qualificata” (non il solo passare degli anni) possa costituire un modo di esprimere il consenso? I tentativi di introdurre dei meccanismi per far sì che si possa convalidare “automaticamente” un matrimonio in cui la vita matrimoniale è durata a lungo sono stati numerosi, e si ritrovano in tutti i momenti salienti dei processi di revisione della normativa canonica: sia nella prima codificazione che nei lavori conciliari che, infine, nella codificazione del 1983⁴¹.

Come accennavamo poc'anzi, anche in sede legislativa ebbe luogo un tentativo di introdurre una convalidazione automatica, tramite i lavori di una commissione creata a tal proposito da Pio XI nel 1938 di cui diede notizia Bartocetti⁴². Detta commissione presentò a Pio XII un progetto di decreto che mai fu promulgato, nel quale si sceglieva di stabilire delle rigorose presunzioni *iuris et de iure* e dei termini di decadenza dell'azione per chiedere la nullità del matrimonio⁴³. Ritengo che questo punto, la natura della presunzione (*iuris*

⁴⁰ L'opinione comune al riguardo è che deve essere «un atto positivo della volontà identico a quello emesso al momento della celebrazione del matrimonio, con tutte le caratteristiche necessarie, e non un semplice atto confirmatorio, un suo prolungamento o un suo rafforzamento, così come il consenso emesso nel *contrahere* denuo in caso di nullità per vizio di forma» (A. RAVA, *Il requisito della rinnovazione del consenso*, cit., 269-270).

⁴¹ Rinvio all'esposizione di M.A. ORTIZ, *Viene sanato automaticamente il matrimonio?*, cit., e i riferimenti lì contenuti.

⁴² Cf. V. BARTOCETTI, *Codicis j.c. emendatio*, cit.

⁴³ «Itaque in executione Apostolici Mandati, Sacra Congregatio de Sacramentis Decreto presenti ea quae sequuntur, constituit ac decernit: I. Matrimonium, forma iure statuta in initum, ita praesumitur absolute ac rite celebratum, ut ex capite conditionis appositae vel simulati consensus accusari nequeat. II. Matrimonium irritum ob defectum consensus, quocumque ex capite, sive ex conditione vel simulatione sive errore vel alia qualibet causa, praesumptione iuris et de iure

et de iure) dalla quale si desume la prestazione del consenso, sia il punto che rende la proposta non praticabile.

Il Codice richiede che chi sa o ritiene che il matrimonio sia nullo, a causa della presenza di un impedimento o di un vizio del consenso, deve porre un atto di convalida – di prestazione o di rinnovo del consenso dato – ma non segnala una modalità di espressione del rinnovo o della prestazione del consenso, al di fuori dall’ammettere che possa essere fatta “*privatim et secreto*”.

In dottrina, è abbastanza condivisa la convinzione che il solo trascorrere del tempo non sani un matrimonio nullo. Un altro conto è considerare non tanto il decorrere del tempo ma una vita matrimoniale che sia espressiva della volontà di essere coniugi. Così Lombardía, che sotto il regime del CIC 17, aveva segnalato molto realisticamente che, non essendo stabilita una modalità di manifestazione della volontà da parte di chi conosce l’impedimento, tale esteriorizzazione della volontà di essere coniuge potrebbe desumersi da atteggiamenti che manifestino inequivocabilmente l’esistenza di una volontà matrimoniale⁴⁴.

Anche Moneta ritiene che «la convivenza può, in taluni casi, avere un qualche rilievo ai fini della convalidazione del matrimonio. Essa può infatti costituire un modo di manifestazione tacita, per fatti concludenti, del rinnovamento del consenso. [...] La *renovatio consensus* può avvenire “*privatim et secreto*” e pertanto (come almeno ritiene la più comune dottrina) anche tacitamente, attraverso una chiara manifestazione di *affectio coniugalis*»⁴⁵.

Non dimentichiamo che la copula coniugale – perno della vita coniugale – può essere considerata espressione del consenso matrimoniale. Anzi, come accennavamo precedentemente, per la validità del patto basta che la manifestazione della volontà di donarsi coniugalmente si esprima con un segno o un comportamento inequivoco come potrebbe essere la copula realizzata con animo maritale.

habendum est uti validum seu legitime convalidatum, licet defectus fuerit externus et publicus, si partes affectu maritali cohabitaverint per sex menses. III. Hoc praescriptum valet etiam de matrimonio invalide contracto propter vim et metum gravem, de quo in can. 1087, si coniuges metu purgato, per semestre pacifice simul cohabitaverint. Metus praesumitur purgatus post annum a cohabitatione» (*Decretum de peculiaribus normis quoad causas matrimoniales servandis*, in V. Bartocchetti, *Codicis j.c. emendatio*, cit., 17).

⁴⁴ Cf. P. LOMBARDÍA, *Supuestos especiales de relación entre consentimiento y forma*, in Aa.Vv., *Derecho Canónico*, II, Pamplona 1974, 139. Per Bernárdez Cantón, invece, sarebbe da richiedere un atto che contenga la manifestazione implicita del rinnovo del consenso (lo scambio di anelli, la celebrazione di un anniversario di nozze, ecc.), cf. A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, III, Pamplona 1996, 1604, con riferimento alle opinioni di Miguélez, Cappello, Mostaza e Gasparri.

⁴⁵ P. MONETA, *Communitas vitae et amoris*, cit., 144-145.

Ritengo che si potrebbe ritenere prestato o rinnovato il consenso una volta accertata la convivenza coniugale in modo pacifico e con animo maritale. Questa prestazione del consenso si potrebbe verificare attraverso delle presunzioni *iuris tantum*: non sarebbe il mero scorrere del tempo a convalidare, ma la volontà maritale manifestata in una convivenza nella quale si può scorgere una reale volontà di essere sposi, tramite cioè degli atteggiamenti che manifestino inequivocabilmente l'esistenza di una volontà matrimoniale. Tra questi atteggiamenti, l'espressione principale dell'animo maritale è l'unione carnale degli sposi. In questo modo, non verrebbe meno il principio fondamentale dell'insostituibilità del consenso, in quanto il consenso rimarrebbe l'unica causa del matrimonio convalidato, solo che lo si riterrebbe espresso nella libera convivenza vissuta con animo maritale per un certo tempo.

Ovviamente dovrebbe essere una presunzione *iuris tantum*, analoga a quella contenuta nel can. 1101. Similmente a come il suddetto canone prevede che si possa dimostrare che le parole del consenso non corrispondono alla volontà del soggetto, allo stesso modo – nella proposta ora avanzata – ci sarebbe la possibilità di dimostrare che alla convivenza non ha corrisposto in realtà una volontà matrimoniale vera. La convalidazione avverrebbe trascorso il tempo determinato dal Legislatore per la presunzione (tre, cinque anni), rimanendo aperta la possibilità di distruggere la presunzione con la prova della mancata volontà maritale, malgrado il tempo di convivenza⁴⁶.

Sono consapevole della difficoltà di adottare una simile soluzione. La difficoltà, a mio avviso, non sta nella necessità di perseguire la certezza – che verrebbe garantita allo stesso modo di come la garantisce la presunzione di conformità del consenso reale con quello manifestato ex can. 1101 – bensì in una certa pastorale volta a prediligere la possibilità di dare soluzione a quei casi di matrimoni falliti che possono appellarsi ad un difetto nella celebrazione iniziale del matrimonio stesso, senza considerare in alcun modo le vicende reali della volontà seguenti all'invalida celebrazione. Ritengo comunque che una soluzione di questo genere – pur con delle difficoltà di applicazione – sarebbe manifestazione di sano realismo e di efficace tutela del *favor matrimonii*.

⁴⁶ Di questo avviso G.P. MONTINI, *La convalidazione*, cit., 195-197.

II.
PROFILI MEDICO-LEGALI,
PSICHIATRICI E CANONISTICI

IPERSESSUALITÀ E SEX ADDICTION