

«CONSENSUS NATURALITER SUFFICIENS, SED IURIDICE INEFFICAX» LIMITI ALLA SOVRANITÀ DEL CONSENSO MATRIMONIALE

1. Introduzione

Il codice del 1917 adoperava la espressione «consensus naturaliter sufficiens, sed iuridice inefficax» per indicare la peculiarità di un consenso matrimoniale in sé stesso integro e completo, sia quanto alla sua volontarietà e libertà sia quanto al suo oggetto essenziale e, per tanto, «naturalmente sufficiente» e idoneo a produrre un matrimonio valido, ma esso non lo produce affatto perché privato della sua efficacia giuridica da una legge positiva invalidante che non è stata osservata. Tale espressione veniva adoperata nel c. 1139 sulla *sanatio in radice*, il quale recitava:

Can. 1139 §1. Quodlibet matrimonium initum cum utriusque partis *consensu naturaliter sufficiente, sed iuridice inefficaci* ob dirimens impedimentum iuris ecclesiastici vel ob defectum legitimae formae, potest in radice sanari, dummodo consensus perseveret.

§2. Matrimonium vero contractum cum impedimento iuris naturalis vel divini, etiamsi postea impedimentum cessaverit, Ecclesia non sanat in radice, ne a momento quidem cessationis impedimenti.

Il rispettivo canone del codice attuale invece è stato semplificato in questi termini:

Can. 1163 §1. Matrimonium irritum ob impedimentum vel ob defectum legitimæ formæ sanari potest, dummodo consensus utriusque partis perseveret.

§2. Matrimonium irritum ob impedimentum iuris naturalis aut divini positivi sanari potest solummodo postquam impedimentum cessaverit.

Ambedue i paragrafi hanno subito notevoli cambiamenti. Il presente studio si concentra sull'omissione, nel §1, dell'inciso «cum utriusque partis consensu *naturaliter sufficiente, sed iuridice inefficaci*». Si tratta di un inciso che non è certamente necessario in quanto ha una funzione puramente esplicativa; tuttavia esso esprime un concetto canonico molto preciso, scaturito da una lunga elaborazione e per certi versi insostituibile per esprimere uno stato consensuale molto complesso e, nondimeno, fondamentale nel sistema canonico. Il fatto che il codice attuale non adoperi in modo esplicito la suddetta espressione potrebbe favorire la sua dimenticanza, privando la scienza canonistica di uno strumento molto utile, e difficilmente sostituibile da altre espressioni che non riescono ad esprimere con la stessa precisione la dottrina canonistica in riguardo.

Innanzitutto vediamo in sintesi il contesto nel quale il legislatore del 1917 adopera detto concetto e i principi dottrinali che stanno alla base della sua formulazione.

Il legislatore, nel c. 1139 §1 CIC/17, usa il concetto «consensus naturaliter sufficiens, sed iuridice inefficax» per affermare la sanabilità di ogni matrimonio che sia stato celebrato con un consenso di entrambe le parti sufficiente di per sé a creare il matrimonio (consensus facit nuptias), ma che è stato reso inefficace sia da un impedimento dirimente di diritto ecclesiastico sia da un difetto di forma legittima.

La difficoltà consiste nel definire la forza o la profondità della «inefficacia» segnalata con la frase

«*iuridice inefficax*». Si tratta soltanto di negare il «riconoscimento» nell'ordinamento canonico al matrimonio celebrato violando una legge invalidante, oppure tale inefficacia è così profonda e radicale da rendere oggettivamente invalido il matrimonio, a prescindere dal suo riconoscimento nell'ordinamento canonico? Questa inefficacia causata dalla legge positiva, quindi da un fattore estrinseco al consenso, priva oggettivamente il consenso della sua forza naturale atta a produrre il matrimonio *hic et nunc*? Fino a che punto e in che senso si può parlare di sovranità del consenso?

Per rispondere secondo la dottrina comune e certa a questi importanti quesiti, è necessario tener presente l'insieme dei principi che stanno alla base delle affermazioni del c. 1039 §1 CIC/17. Ricordiamo i seguenti, ben noti del resto, che hanno maturato lungo la storia del diritto matrimoniale canonico.

1) Il matrimonio celebrato con un impedimento dirimente di diritto ecclesiastico o con un difetto della forma giuridica è oggettivamente invalido.

2) Proprio per questo la Chiesa riconosce agli interessati il diritto di accusare di nullità il proprio matrimonio «*ob dirimens impedimentum iuris ecclesiastici vel ob defectum legitimae formae*»; non solo, ma se dichiarato nullo questo matrimonio, la Chiesa ammette senza alcuna difficoltà i pseudo-coniugi alla celebrazione di nuove nozze con terze persone.

3) Per lo stesso motivo, se non si osservano le leggi invalidanti di diritto ecclesiastico, non si crea in senso oggettivo l'*impedimentum vinculi*, tanto che se i pseudo-coniugi, violando le leggi della Chiesa, celebrano nuove nozze con altre persone, osservando la forma canonica, il secondo matrimonio è ritenuto oggettivamente valido.

4) Tutto ciò suppone anche che l'influsso delle leggi irritanti e inabilitanti, anche di quelle umane, sia così profondo da privare il consenso matrimoniale della sua efficacia naturale per produrre *hic et nunc* il vincolo matrimoniale, cioè il rapporto oggettivo marito-moglie con tutte le conseguenze di ordine morale e di giustizia commutativa che esso comporta.

5) Il c. 1139 §1 suppone altresì che il consenso naturalmente sufficiente, reso inefficace da una legge ecclesiastica inabilitante o irritante, conservi la sua potenzialità naturale per produrre il matrimonio fino a che non sia stato revocato.

6) Suppone anche che l'autorità competente, in qualsiasi momento successivo alla celebrazione del matrimonio nullo «ob impedimentum dirimens vel ob defectum formae», possa eliminare mediante la dispensa l'ostacolo che priva il consenso dell'efficacia giuridica, in modo che il consenso sprigioni la sua efficacia naturale e produca di fatto il suo effetto, cioè il matrimonio *in facto esse*.

7) Dal §2 dei due canoni, risulta chiaro che il legislatore ammette la possibilità che ci sia un consenso naturalmente sufficiente e giuridicamente inefficace anche quando l'impedimento è di diritto naturale o divino positivo, al meno se si tratti di un impedimento che possa cessare da sé. Ovviamente il matrimonio non potrà essere sanato prima dell'estinzione dell'impedimento, che, in tal caso, non ammette la dispensa. Cessato l'impedimento, il matrimonio non si convalida *ipso facto* in forza dell'efficacia naturale del consenso, unicamente a causa della legge positiva irritante che esige la sua convalidazione semplice oppure l'intervento dell'autorità competente mediante la sanazione in radice. Inoltre, il cambiamento nella redazione di questo §2 esprime in forma inequivocabile l'evoluzio-

ne della prassi della Chiesa a questo proposito dal 1917 al 1983¹.

2. Sovranità del consenso e ordinamento giuridico

Da alcuni anni è stato messo in circolazione, nell'esposizione della dottrina canonistica, il concetto di «sovranità del consenso»; concetto che non può non sollevare delle riserve, a causa della sua intrinseca inadeguatezza per esprimere un fenomeno così complesso della realtà matrimoniale quanto quello finora esposto.

Il concetto «consensus naturaliter sufficiens, sed iuridice inefficax» tende ad esprimere il rapporto che esiste fra la autonomia o «sovranità» del consenso e l'influsso che le leggi invalidanti esercitano sull'efficacia del medesimo consenso. Esso quindi rappresenta un problema filosofico e teologico di estrema complessità e delicatezza, in quanto mette in gioco, da una parte la libertà del singolo fedele — che è anche cittadino — in una sfera che sembrerebbe intangibile quale è quella dell'amore e della sessualità e, d'altra parte, l'ordinamento giuridico che deve ottenere efficacemente le sue finalità sociali ed ecclesiali.

Va rilevato che di per sé i problemi sono oggettivamente gli stessi in qualsiasi ordinamento giuridico che adoperi lo strumento delle leggi invalidanti per regolare il matrimonio. Ammessa infatti la potestà della Chiesa di adoperare questo strumento per regolare in modo efficace il contratto matrimoniale riguardo ai battezzati, si deve ammettere pure che lo stesso stru-

¹ Sullo stato della dottrina al tempo della codificazione del 1917 e sull'evoluzione della prassi della Chiesa a questo proposito, cf. il mio articolo, «Ecclesia sanat in radice matrimonia inita cum impedimento iuris divini», *Periodica* 52 (1963) 348-390.

mento può essere adoperato dai legislatori civili, se lo ritengono opportuno, nei confronti dei non battezzati. La ragione è chiara: la Chiesa adopera questo strumento non per regolare il sacramento, ma per regolare il contratto naturale che, se i due contraenti sono battezzati, è a sua volta sacramento.

Quindi, se nel caso dei battezzati è certo che l'autorità competente, cioè la Chiesa, può regolare lo «ius nubendi» con leggi invalidanti, la stessa competenza spetta all'autorità civile riguardo al matrimonio dei non battezzati. Tanto è vero che in tutte le culture si trova, con una immensa varietà de forme, un sistema di leggi riguardanti il matrimonio che nella nostra terminologia verrebbero classificate quali inabilitanti (ad esempio, i gradi di consanguineità, l'endogamia) o irritanti (quali le solennità o i riti di celebrazione). Tali leggi infatti vengono considerate dotate di tale efficacia giuridica che, se non sono osservate, l'unione non è ritenuta vero matrimonio.

È ovvio che la spiegazione teorica del fatto può essere molto varia. Così oggi, gli ordinamenti civili, ispirati per lo più a criteri positivisti — pur conservando gli impedimenti e gli istituti fondamentali del diritto canonico storico — non tengono conto della realtà oggettiva creata dal consenso delle parti, ma soltanto del fatto che il patto coniugale avvenga secondo le prescrizioni di legge, in ordine al «riconoscimento» degli effetti civili che l'ordinamento riconosce o annette all'istituto matrimoniale. Gli ordinamenti civili per lo più prescindono dalla questione se il consenso crei o meno oggettivamente il vincolo marito-moglie con le conseguenze morali e di giustizia commutativa che sono intrinseche a tale vincolo. Le leggi vengono viste soltanto nella loro funzionalità di concedere il «riconoscimento» agli effetti dell'istituto matrimoniale nell'ordi-

namento giuridico proprio. Non sorprende che questo modo di prospettare il problema sia stato presentato come argomento a favore del divorzio civile, anche rispetto al matrimonio concordatario, nei dibattiti parlamentari che hanno portato all'introduzione del divorzio nelle nazioni di tradizione cattolica, con tutte le tensioni politiche che la hanno caratterizzato. Si ripeteva infatti, che il legislatore civile non toccasse la coscienza dei cittadini riguardo al vincolo coniugale, ma si limitasse a regolarne gli effetti civili, lasciando alle convinzioni di ciascuno libertà di comportamento in materia.

È chiaro che se l'efficacia delle leggi si limitasse a questo effetto di ordine esterno, sociale, essa non intaccerebbe mai l'efficacia del consenso, che resterebbe sempre integra nella sua potenzialità, e quindi potrebbe produrre in ogni caso il suo effetto naturale, cioè un matrimonio oggettivamente valido, pur se non riconosciuto dall'ordinamento giuridico. Secondo tale concezione della funzione delle leggi, il consenso agirebbe sempre in modo sovrano, senza essere mai limitato nella sua efficacia naturale da alcuna legge estrinseca a sé stessa.

Non è forse necessario ribadire che tale interpretazione sarebbe del tutto aprioristica non solo nei confronti del diritto canonico ma anche nei riguardi degli ordinamenti giuridici civili, almeno di quelli occidentali. La competenza infatti del legislatore canonico e civile nell'attribuire alle leggi la forza d'impedire l'efficacia naturale del consenso, se così lo richiede il bene comune, non può essere messa in discussione nello stato attuale della dottrina della Chiesa. Affermato il principio, tocca alla scienza giuridica la verifica di quali siano le leggi che godono della forza d'impedire l'efficacia naturale del consenso matrimoniale all'interno di ciascuno degli ordinamenti giuridici.

Per quanto concerne il diritto canonico, il sistema attuale delle leggi irritanti e inabilitanti è perfettamente configurato e viene applicato in modo inequivocabile nella prassi amministrativa e giurisdiziarica della Chiesa. Da questa prassi oltre che dalla dottrina risulta in modo assolutamente certo che un patto coniugale celebrato con un impedimento dirimente o violando qualsiasi altra legge invalidante è oggettivamente invalido, cioè non costituisce i contraenti in marito e moglie, e quindi, se battezzati, non effettua il sacramento del matrimonio.

Pertanto, la funzione delle leggi invalidanti nell'ordinamento canonico non è quella di rendere giuridicamente non «riconoscibile» dalla comunità ecclesiale l'avvenuto matrimonio, creato dal consenso in modo autonomo e sovrano, ma è quella d'impedire la costituzione stessa dell'istituto nella sua realtà ontologico-oggettiva. Il legislatore canonico infatti, con le sue leggi inabilitanti e irritanti, esercita un influsso così profondo sul consenso da poter impedire l'espletamento della sua potenzialità naturale e quindi da poterlo rendere giuridicamente inefficace a produrre il suo effetto, cioè il vincolo oggettivo marito-moglie, a prescindere da un eventuale suo riconoscimento nell'ordinamento canonico.

Da quanto detto risulta la necessità d'approfondire in che senso si possa affermare che il consenso sia autonomo o sovrano.

L'inconcusso principio «consensus facit nuptias» costituisce certamente un punto fermo di partenza. Nell'interpretazione tradizionale, esso indica che il consenso delle parti è la unica e insostituibile «causa efficiens» del matrimonio nel suo momento costitutivo («matrimonium in fieri»). Proprio per questo il consenso non può essere supplito da alcuna autorità umana (c. 1057 §1). Nel quadro delle leggi divine dell'istituto matrimoniale, il consenso gode di una sovranità asso-

luta, espressione dell'assoluta sovranità di ciascun individuo quanto alla sua matrimoniabilità. Nessuno si troverà mai unito in matrimonio se egli non ha voluto o con una persona che egli non ha voluto.

Affermato questo principio che suppone la assoluta sovranità del consenso nel senso positivo, il c. 1057 §1 pone immediatamente dei limiti a questa sovranità. Infatti affinché il consenso «*faciat matrimonium*», cioè attui in fatto la sua efficacia naturale, deve essere scambiato «*inter personas iure habiles*» per diritto divino e umano, e inoltre, deve essere manifestato «*legitime*», cioè secondo i prescritti delle leggi divine e umane. Il che significa che la causalità naturale del consenso non produce il suo effetto quando sconfinava dai limiti segnati dall'ordinamento quanto alla abilità delle persone e quanto alle solennità da osservare nella celebrazione del patto coniugale.

Ciò premesso, si presenta il gravissimo problema di determinare se il consenso matrimoniale scambiato fra persone inabili o manifestato illegittimamente produca un qualsiasi effetto e in caso di risposta affermativa se tale effetto appartenga all'ordine giuridico-canonico? Questa problematica è tanto importante quanto attuale se si pensa ai frequenti matrimoni civili celebrati da coloro che sono tenuti alla forma canonica.

3. Matrimonium invalidum, nullum, irritum

È noto che non tutte le unioni stabili fra un uomo e una donna entrano nella categoria di *matrimonio invalido*, nel senso tecnico canonico del termine. Tuttavia la categoria di matrimonio invalido è di grande portata, a causa degli effetti canonici ad essa annessi. In effetti, le unioni che non entrano nella categoria di *matrimonio invalido*, non hanno bisogno della dichiarazione di

nullità ottenuta presso i tribunali ecclesiastici e gli interessati possano contrarre liberamente matrimonio canonico con terzi, senza particolari formalità. Se invece un matrimonio entra nella categoria di matrimonio invalido, esso sarà ritenuto matrimonio valido fino a prova contraria, e quindi gli interessati non potranno contrarre altro matrimonio fino a che questo non sia dichiarato nullo. Per quanto riguarda poi la convalidazione, il presupposto per poter attuarla, specialmente per la *sanatio in radice*, è proprio una unione ritenuta *matrimonio invalido*.

Non pone alcun problema il caso in cui è stata osservata la forma canonica, ma questa è stata difettosa, come ad esempio nel caso di mancata delega nell'assistente. Il problema si pone riguardo ai casi d'omissione totale della forma canonica. Tali sono il matrimonio civile e quello religioso celebrato dinanzi ad un ministro non cattolico in circostanze nelle quali deve essere celebrato secondo la forma canonica ordinaria a norma del c. 1117. Per comodità, adopereremo d'ora in poi la terminologia di «matrimonio civile» per indicare ambo i casi.

Queste unioni entrano nella categoria di *matrimoni invalidi*, secondo la terminologia canonica?

Durante i lavori di revisione del codice ci furono dei tentativi per dare maggiore consistenza di quanto non si desse nel codice precedente ai matrimoni dei cattolici celebrati solo civilmente o dinanzi a un ministro non cattolico. A questo scopo, nello Schema del 1980 preparato per la Plenaria dei Cardinali dell'ottobre del 1981, nel c. 1014, che corrisponde all'attuale c. 1061, dopo il §3, dove si dava la definizione del *matrimonio invalido putativo*, vi si aggiungeva un quarto paragrafo che recitava: «§4. Matrimonium invalidum intelligitur etiam matrimonium civiliter contractum, quod est propter defectum formae canonicae invalidum». Questo pa-

ragrafo non esisteva nello Schema del 1974 inviato agli Organi di Consultazione; il che significa che non era stato elaborato per iniziativa del *coetus laboris*, ma soltanto in un secondo tempo dopo che erano state ricevute le osservazioni allo Schema del 1974. Inoltre, il paragrafo quarto scomparve nello Schema preparato dalla Segreteria per la Plenaria tenuto conto delle osservazioni ricevute sullo Schema del 1980. Per quanto risulta, il cambiamento fu dovuto ad una osservazione del Card. König, formulata in questi termini:

«Ad §4: Non videtur opportunum quod matrimonium civile ut matrimonium invalidum consideretur. In Normis generalibus et in doctrina canonistica distinguitur inter actum nulum et actum invalidum. Norma canonis non concordat cum doctrina traditionali canonica neque cum iure processuali, etiam in novo Schemate, ubi matrimonium civile tamquam non existens consideratur in ordine ad probationem. Nullus requiritur longus processus neque probari debet invaliditas huiusmodi matrimonii. Canon potest facile ad erroneas conclusiones ducere et confusionem gignere, neque norma est necessaria in ordine ad sanationem in radice, quae quidem dari potest etiam si matrimonium civile nullum aestimetur (Card. König)».

La Segreteria risponde:

«Ad §4: Supprimitur, nam revera potest ad conclusiones erroneas ducere, neque eius omissio obstat sanationi in radice quae concedi potest etiam si matrimonium sit nullum»².

² PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em.iss atque Exc.iss Patribus Commissionis ad Novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Segreteria et consultoribus datis*, Typis Poliglottis Vaticanis 1981, 247.

Prima di tutto occorre fare una precisazione sul senso dei termini utilizzati, al fine di evitare deprecabili confusioni o fraintendimenti. Nel codice si usano indistintamente i termini *invalidum*, *irritum*, *nullum*, *dirimit*, *irritat*, ed altri equivalenti per qualificare le unioni matrimoniali non valide o per indicare l'efficacia invalidante delle leggi. Va però sottolineato che per quanto concerne le unioni matrimoniali, questi termini si adoperano indistintamente per indicare situazioni profondamente differenziate, come sono quelle che risultano a seconda che l'invalidità provenga da una incapacità, da un difetto di consenso, da un impedimento di diritto divino che può cessare (impedimento di vincolo), o non può cessare mai (impedimento di consanguineità) o da una legge umana invalidante (irritante o inabilitante). Sarà bene dunque dare uno sguardo generale all'uso di questi termini nel diritto matrimoniale del codice attuale:

1) Nel capitolo sugli impedimenti, si adopera il termine *invalidum-invalidum* (*validum-valide*), per indicare la forza invalidante degli impedimenti di età (c. 1083 §1), di vincolo (c. 1085 §1), di disparità di culto (c. 1086), d'ordine (c. 1087), di voto (c. 1088), di crimine (c. 1089) e di parentela legale (c. 1094). Si usa invece il verbo *dirimit* negli impedimenti d'impotenza (c. 1084 §1), d'affinità (c. 1092) e di pubblica onestà (c. 1093). Della sterilità si dice che «matrimonium nec prohibet nec *dirimit*» (c. 1084 §3). Il termine *irritum* si usa poi nell'impedimento di consanguineità (c. 1093) e, in senso generale, nel c. 1085, nella frase «*quamvis prius matrimonium sit irritum aut solum qualibet ex causa*». L'aggettivo *nullum* però non è mai utilizzato per indicare l'efficacia stessa degli impedimenti. Nell'impedimento di ratto, si dice che fra l'uomo e la donna rapita «*nullum matrimonium consistere potest*» (c. 1089) e

nell'impedimento d'impotenza, si prescrive che se l'impotenza è dubbia «matrimonium non est impediendum nec, stante dubio, *nullum* declarandum» (c. 1084 §2).

2) Nel capitolo sul consenso, il termine *invalidum-invalidum* (*validum-valide*), viene adoperato per indicare l'effetto dell'errore sulla persona (c. 1097 §1), del dolo (c. 1098), dell'esclusioni (c. 1101 §2), della condizione (c. 1102), del «metus» (c. 1103), della necessità della presenza (c. 1104), delle condizioni per il matrimonio per procura (c. 1105) e in fine per indicare la presunzione di perseveranza del consenso in caso di «matrimonium *invalidum* ratione impedimenti vel defectus formae initum» (c. 1107). Si adopera il termine *irritum* una sola volta, e cioè per indicare l'effetto dell'errore sulle qualità (c. 1097 §2). Gli altri termini non vengono usati.

3) Si adopera esclusivamente il termine *invalidum-invalidum* (*validum-valide*) nei capitoli sulla forma canonica (cc. 1108 §1-1111, 1116), sui matrimoni misti (c. 1127 §1), sugli effetti del matrimonio (cc. 1134, 1139) e sulla separazione dei coniugi (c. 1144).

4) Nel capitolo sulla convalidazione, oltre al termine generico *convalidatio* che si trova nel titolo e nella frase «ad *validitatem convalidationis*» (c. 1156 §2), i quali comportano il concetto di *validum-invalidum*, si adoperano le seguenti frasi: «*irritum* ob impedimentum dirimens» (c. 1156 §1); «*irritum* ob defectum consensus» (c. 1159 §1); «matrimonii *irriti* sanatio» (c. 1161); «matrimonium *irritum* ob impedimentum vel ob defectum legitime formae» (c. 1163 §1); «matrimonium *irritum* ob impedimentum iuris naturalis aut divini positivi» (c. 1163 §2); e «matrimonium *nullum* ob defectum formae» (c. 1160).

Da questa analisi risulta evidente che nella terminologia del codice attuale, come del resto in quella del codice precedente, i termini *invalidum*, *irritum*, *nullum*

e locuzioni equivalenti non hanno un senso specifico, ma tutti e tre vengono adoperati per indicare il matrimonio non valido, prescindendo assolutamente dalla causa o dalla radice della sua invalidità.

Tale osservazione non significa in modo alcuno che il legislatore canonico ignori o non dia rilevanza alla distinzione delle nullità a seconda della loro causa. Tuttavia egli non ritiene opportuno adoperare una terminologia specifica per indicare le diverse categorie di invalidità. In modo simile, gli autori non adoperano una terminologia comune. Ad esempio, nella osservazione fatta dal Card. König, riportata sopra, si suppone come dottrina acquisita nelle Norme generali la distinzione fra atto giuridico *nullo* e atto *invalido*, senza però chiarirne il senso³. Si afferma poi che nel diritto processuale «matrimonium civile tamquam *non existens* consideratur in ordine ad probationem». Questo è vero nel senso che per quanto riguarda la dichiarazione di nullità, il matrimonio civile non viene considerato dal legislatore nella categoria di matrimonio canonico *invalido* e quindi i pseudo-coniugi sono liberi per celebrare matrimonio canonico con terzi, senza particolari formalità, tranne quelle comuni alla pratica prematrimoniale (cc. 1065-1071). Tuttavia tale terminologia risulta imprecisa, specialmente quando la espressione «tamquam *non existens* consideratur», viene contrapposta alla spiegazione presentata per giustificare l'omissione del §4, dello Schema 1980: «Canon potest fa-

³ Cf. G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis - Tornaci - Romae, 1953², 596-603, dove fra le tante distinzioni che presenta dell'atto giuridico non menziona la contrapposizione fra atto *invalido* e *nullo*. Invece scrive: «in doctrina canonica hodierna (non secus, de cetero, ac in doctrina moderna juris civilis), sat communiter *distingui solent*, in actos *iuridice inexistentes* [...] et *actus nullos*» (p. 599-600).

cile ad erroneas conclusiones ducere et confusionem gignere, neque norma est necessaria in ordine ad sanctionem in radice, *quae quidem dari potest etiam si matrimonium civile nullum consideretur*».

Quanto osservato indica come non si possa attualmente parlare di chiarezza terminologica. Tuttavia dalla omissione del §4 del can. 1014 dello Schema del 1980, in base a suddette osservazioni, non si deduce che il matrimonio civile dei cattolici non rientri nella categoria di *matrimonio invalido* nell'ordinamento canonico. Semplicemente il codice tace in riguardo. Inoltre, dal trattamento che ricevono i matrimoni civili nell'ordinamento canonico per quanto concerne la prova della nullità non si deduce un argomento tale da indicarne con certezza la categoria, in quanto il problema può avere una spiegazione pratica molto semplice senza che essa supponga una posizione teorica determinata sulla questione. Per la soluzione pratica infatti, basta la spiegazione secondo la quale nel caso del matrimonio civile, il legislatore considera il «defectus legitimae formae» così evidente da non esigere alcuna formalità particolare perché tali matrimoni siano trattati nella comunità ecclesiale da unioni di fatto che non sono matrimoni validi.

Da questa premessa derivano due conseguenze pratiche importanti nell'ordinamento canonico: 1) i matrimoni civili non debbono essere ammessi nei tribunali ecclesiastici — nemmeno per essere trattati per il processo documentale (cc. 1686-1688) — in ordine alla dichiarazione di nullità; ovviamente si tratta di casi in cui non c'è dubbio che al momento della celebrazione del matrimonio non era applicabile il c. 1116 riguardo alla forma straordinaria; 2) gli interessati possono essere ammessi al matrimonio canonico con terze persone senza alcuna formalità speciale, eccetto,

se il caso lo richiede, il prescritto del c. 1071 §1, 3°. Per ottenere queste finalità pratiche, il legislatore del codice ha ritenuto più opportuno non determinare in modo esplicito se il matrimonio civile dei cattolici entrasse nella categoria dei matrimoni invalidi. Anzi se li avesse annoverati in tale categoria, avrebbe dovuto stabilire espressamente perché tali matrimoni non venissero trattati, per quanto concerne la prova, come matrimoni invalidi.

4. Matrimonium inexistens

Resta però del tutto intatto il problema teorico dell'effetto che produce oggettivamente il consenso «naturaliter sufficiens» prestato nel matrimonio civile, nonostante che per difetto della forma canonica tale consenso sia «iuridice inefficax». Tale problema non è specifico del matrimonio civile, ma comune ad ogni consenso «naturaliter sufficiens», che diventa «iuridice inefficax» a causa d'una legge irritante o inabilitante di diritto umano. Il problema ha inoltre una importanza decisiva sulla problematica relativa alla sanazione in radice.

Vanno chiaramente distinti due gruppi di casi d'invalidità, che restano totalmente diversi l'uno dall'altro:

1) i casi d'invalidità per mancanza degli elementi essenziali del patto o contratto matrimoniale, i quali si riconducono alla matrimoniabilità o capacità naturale, attuale o al meno potenziale, dei contraenti, come oggetto del patto, e al consenso naturalmente sufficiente, come causa efficiente di esso;

2) i casi d'invalidità in cui, essendo presenti gli elementi essenziali del patto coniugale, questo non è valido a causa di un fattore estrinseco, vale a dire a causa d'una legge irritante o inabilitante, che rende il consenso «iuridice inefficax».

I casi del primo gruppo sono intaccati d'una invalidità molto più profonda che quelli del secondo. In essi infatti mancano gli elementi naturali costitutivi dell'atto giuridico in sé stesso. Per questa ragione, da non pochi autori tali atti vengono giustamente denominati «inesistenti»⁴. Nel codice, come provato sopra, tali atti vengono denominati con la terminologia generale di *invalidi*, *nulli*, *irriti*, senza ulteriori specificazioni.

I casi del secondo gruppo invece contengono tutti gli elementi essenziali costitutivi dell'atto, cioè matrimoniabilità o capacità naturale dei contraenti, attuale o al meno potenziale, e il consenso naturalmente sufficiente dei medesimi. Tuttavia un elemento estrinseco quale è una legge irritante o inabilitante, rende il consenso «iuridice inefficax»; quindi, non produce il suo effetto naturale cioè il matrimonio valido *in facto esse*. Tali atti giuridici nella terminologia accennata vengono visti come «esistenti» e denominati *nulli*. Tale terminologia non si trova nel codice, nel senso specifico con il quale viene utilizzata e non è scevra da gravi equivoci⁵.

⁴ G. MICHIELS, *Principia generalia* (cf. nt. 3), 599, dà questa definizione dell'atto inesistente in generale, non riferito specificamente al matrimonio: «[...] in actus *juridice inexistentes* — eos scilicet in quibus deficit elementum aut praesuppositum quod ex ipsa rei natura, sive vi juris divini naturalis aut positivi, sive vi juris ecclesiastici (si agatur de actibus, quorum forma intrinseca, elementa essentialia ipsos in suo esse seu determinata natura constituentia determinantur lege canonica) requiritur tamquam elementum ipsius actus essentialiter constitutum aut tamquam praesuppositum ad physicam vel juridicam ejusdem existentiam absolute necessarium». Su tutta la problematica della nullità dell'atto giuridico, cf. O. ROBLEDA, «Nullitas actus iuridici in Codice I. C.», *Periodica* 35 (1946) 29-50; IDEM, «De conceptu actus iuridici», *Periodica* 51 (1962) 413-446; IDEM, *La nulidad del acto jurídico*, Roma 1964².

⁵ G. MICHIELS, *Principia generalia* (cf. nt. 3), 500: «et actus nullos, — eos nimirum qui ex ipsa rei natura ad effectus juridicos

Tenuto conto di questa divisione fondamentale, si è potuto giungere a questa semplificazione terminologica: «*Actus iuridicus inexistens* est ille qui aliquo elemento essentiali caret. Simpliciter *nullus* est qui caret aliquo requisito a lege stabilito ut *actus in suis elementis iam constitutus, sit iuridice efficax. Actus vero iuridice efficax* est ille qui effectus iuridicos ex actu valido profuentes re vera producit»⁶.

Va però rilevato che per quanto concerne l'efficacia — o meglio l'inefficacia — giuridica dell'atto, non esiste alcuna differenza fra gli atti inesistenti e gli atti semplicemente nulli. Come osserva il P. Michiels, nel diritto del codice non sembra si dia alcun peso alla determinazione della natura specifica o della forza propria della inefficacia giuridica, cioè «in jure Codicis ex hoc titulo non distinguitur duplex inefficaciae juridicae *gradus* in se specificè diversus, sed in utroque casu proprius et directus effectus determinati defectus in se et substantialiter identicus est, videlicet juridica inefficacia actus, quae in utroque casu in Codice, et eodem sensu quidem, vocatur “nullitas” actus»⁷.

Prescindendo dalla questione se questa terminologia sia o meno idonea per classificare gli atti giuridici invalidi in genere, certo non sembra lo sia nel caso specifico del matrimonio. Abbiamo potuto notare nella osservazione sopra riportata del Card. König a proposito del matrimonio civile dei cattolici, come, da una parte, si afferma che tale matrimonio viene considerato «non

producendos sunt apti, sed quibus ex voluntate positiva legislatoris ecclesiastici denegatur efficacia juridica propter defectus aliquius solemnitatis aut condicionis ex se non essentialis a sacris canonibus sub poena nullitatis requisitae».

⁶ Cf. U. NAVARRETE, *De convalidatione matrimonii* (cc. 1133-1141), pro manuscripto ad usum alumnorum, Roma 1964-65, 6.

⁷ G. MICHIELS, *Principia generalia* (cf. nt. 3), 600.

esistente» per quanto concerne la prova, mentre, dall'altra, si sostiene che ciò non crea difficoltà affinché, nel campo della sanazione in radice, esso possa essere considerato *nullo* — e quindi visto come «esistente» — pena l'impossibilità di una sua sanazione in radice. Si rilevi però, che nell'ordinamento canonico, diversamente da quanto accade in altri ordinamenti giuridici ispirati a criteri positivisti, affinché un atto sia classificato come «inesistente» a tutti gli effetti, non basta che tale atto non sia entrato nell'ordinamento canonico per non aver osservato la forma giuridica prescritta dall'ordinamento stesso — come è nel caso del matrimonio civile dei cattolici — ma è necessario che nell'atto in questione manchino gli elementi costitutivi essenziali definiti dalla natura propria dell'atto. Se così non fosse infatti, il matrimonio civile non potrebbe essere preso in considerazione dall'istituto della sanazione in radice.

D'altra parte, nel codice viene considerato come matrimonio *invalido*, suscettibile di convalidazione anche il «matrimonium irritum ob defectum consensus», il quale, come è ovvio, nello stadio previo alla prestazione del consenso è un matrimonio *inesistente*. Anzi, il codice prevede non solo la possibilità della sua convalidazione semplice (c. 1159), ma anche della sua sanazione in radice a partire dal momento della prestazione del consenso (c. 1161 §2).

5. Matrimonio «esistente» ma nullo

Il termine *matrimonium nullum* oppure *simpliciter nullum* non è specificativo in contrapposizione al *matrimonium inexistens* poiché questo, come abbiamo visto, viene anch'esso qualificato come *nullum*, *invalidum*, *irritum*. Del resto se si vuole contrapporre un termine relativo a quello di «*inexistens*», si dovrebbe uti-

lizzare quello di «*exsistens sed nullum*, che sarebbe un termine equivoco se applicato al patto coniugale per indicare il matrimonio che, contenendo tutti gli elementi richiesti per sua natura per la sua validità, non fosse valido a causa di un fattore estrinseco, quale una legge irritante o inabilitante che rendesse il consenso giuridicamente inefficace. Sembra infatti che tale termine connoti una realtà già esistente, il che potrebbe indurre l'idea che si tratti di un matrimonio già costituito⁸, pur se non «riconosciuto» dall'ordinamento canonico.

Il vero problema è proprio questo, cioè se il consenso «*naturaliter sufficiens sed iuridice inefficax*» produce un qualsiasi effetto giuridico, tale da meritare il qualificativo di «patto coniugale esistente, pur se nullo». Se la risposta fosse affermativa, al consenso verrebbe attribuita una tale sovranità nello espletamento della sua causalità efficiente da non poter essere impedita da nessuna potestà umana. L'influsso dell'autorità pubblica resterebbe quindi limitato al non-riconoscimento dei matrimoni nei quali non sia stata osservata una legge irritante o inabilitante.

Senza arrivare a questa formulazione estrema, ma proprio per dare una maggiore consistenza alla realtà che sembra dover sempre risultare da un consenso naturalmente sufficiente e che solo resta giuridicamente inefficace in forza di un fattore estrinseco al

⁸ Cf. U. NAVARRETE, *De convalidazione* (cf. nt. 6), 6, nt. 4, dove facevo notare: «*Inexsistentia vel nullitas proprie praedicantur de matrimonio in fieri, seu de actu iuridico (contractu bilaterali) quo initur matrimonium; potest tamen applicari ad matrimonium (invalidum) in facto esse, seu ad illam condicionem particularem qua sunt constituti qui contractum matrimoniale inexistenter vel respective nullum contraxerunt. Semper autem cavendum erit ne cum dicitur matrimonium simpliciter nullum esse matrimonium exsistens, plus realitatis ei tribuatur quam quod de facto habet*».

consenso quale è una legge positiva, il P. Bertrams, alcuni decenni fa, in ripetuti articoli propose la sua teoria della «structura interna et structura externa» dell'atto giuridico, la cui sintesi, applicata al matrimonio, è la seguente, come approvata dallo stesso P. Bertrams:

Consensus naturaliter sufficiens sed iuridice inefficax efficit [...] structuram internam matrimonii, qua posita habetur matrimonium secundum esse constitutivum cum congruentibus iuribus et officiis matrimonialibus. Exercitium vero iurium matrimonialium simpliciter non habetur, donec per recognitionem auctoritatis publicae accedat forma, organisatio seu structura externa matrimonii. Hac recognitione deficiente, deficit condicio essentialis pro efficacia iuridica matrimonii. Deficiente vero efficacia iuridica, societas coniugalitatis simpliciter non habetur, quia deficit elementum essenziale matrimonii, i. e. structura externa debita in Ecclesia. Per sanationem in radice, auctoritas publica removendo obstacula, quae ipsa posuit, recognoscit structuram internam matrimonii et eo ipso matrimonium obtinent structuram externam. Matrimonium fit simpliciter validum⁹.

Il P. Bertrams, con questa teoria intendeva difendere un caso di sanazione in radice concessa dalla Congregazione del Santo Offizio il 12 maggio 1953 e fatto pub-

⁹ Cf. U. NAVARRETE, *Convalidatio* (cf. nt. 6), 33, nt. 29. Gli articoli nei quali il P. Bertrams propone la sua teoria sono i seguenti: W. BERTRAMS, «De effectu consensus matrimonialis naturaliter validi», in *Miscellanea Gasparri*, Roma 1960, 119-138; IDEM, «De influxu Ecclesiae in iura baptizatorum», *Periodica* 49 (1960) 441-449; IDEM, «De efficacia consensus matrimonialis naturaliter validi», *Periodica* 51 (1962) 288-300; IDEM, «Die rechtliche Natur der Zivilehe», in *Jahrbuch des Instituts für christliche Sozialwissenschaften*, Münster i.w. 1962, 191 ss; IDEM, *De relatione inter Episcopatum et Primatum*, Romae 1963, 40-43; IDEM, «De indole personali et sociali consensus matrimonialis», *Periodica* 53 (1964) 409-443.

blico dallo stesso P. Bertrams nel 1960¹⁰ che aveva suscitato non poche riserve. Si trattava di un matrimonio nullo per difetto di forma. Dopo la sua celebrazione, l'uomo divenne impotente in maniera assoluta e irreversibile. Scoperta la nullità del matrimonio e fatto ricorso al Santo Offizio, questo concesse la sanazione in radice.

Ma si può sanare in radice *quoad vinculum* un matrimonio allorché uno dei suoi contraenti è diventato incapace di contrarlo? I canonisti che scrissero sulla questione si pronunziarono in senso negativo¹¹. Finalmente, un articolo «officioso» di I. Graneris, Consultore del Santo Offizio, cercò di spiegare la concessione del rescritto invocando una possibile confusione di parole oppure perché si trattasse di un caso d'impotenza dubbia¹².

A prima vista l'applicazione della teoria del P. Bertrams per spiegare la possibilità della sanazione in radice del caso proposto, potrebbe sembrare logica. Se, da una parte, il consenso «naturaliter sufficiens» crea la

¹⁰ Il rescritto fu pubblicato dal P. Bertrams due volte: Cf. W. BERTRAMS «De effectu consensus» (cf. nt. 9), 133; IDEM, «De influxu Ecclesiae» (cf. nt. 9) 446, nt. 13.

¹¹ Cf. F. REGATILLO, «Una nueva sanación in radice de matrimonio», *Sal Terrae* 49 (1961) 351-360; IDEM, «Un caso nuevo de sanación en raíz», *Sal Terrae* 49 (1961) 419-427; J. M. SETIÉN, Recensione del articolo del P. Bertrams apparso in *Miscellanea Gasparri* (cf. nt. 9), *Revista Española de Derecho Canónico* 16 (1961) 236; P. CIPROTTI, «De matrimonii sanatione in radice quaestiones quaedam», in *Mélanges Card. Julien*, Strasburg 1961, 103, nt. 1.

¹² Cf. I. GRANERIS, «De quodam rescripto S. Officii (1848) quod dicitur sanari matrimonium viri impotentis», *Apollinaris* 35 (1962) 265-290. Parla di un rescritto del 1848 e conclude: «His omnibus confusionibus exstantibus mirum non fuit si illud famosum rescriptum [quello del 1953] prodire potuit ex cancelleria S. Officii; nec esset mirandum si alia rescripta eiusdem tenoris in mundo dispersa invenirentur. Quae omnia explicanda essent duplici via: a) vel per confusionem idearum et vocum supra indicatam; b) vel per dubium circa impotentiam» (p. 289).

«structura interna» del matrimonio «qua posita habetur matrimonium secundum esse constitutivum cum congruentibus iuribus et officiis matrimonialibus», mentre d'altro canto, l'inefficacia giuridica consiste nell'impedire il legittimo esercizio di tali diritti, «donec per recognitionem auctoritatis publicae accedat forma, organisatio seu structura externa matrimonii», allora tramite la sanazione in radice, l'autorità pubblica concede il «riconoscimento» della «structura interna» già esistente e il matrimonio acquisisce la struttura esterna e quindi diventa valido.

Se questa teoria fosse accettata, si riconoscerebbe una notevole consistenza al matrimonio civile, in quanto si affermerebbe che in esso si effettua già la struttura interna «qua posita habetur matrimonium secundum esse constitutivum cum congruentibus iuribus et officiis matrimonialibus», pur se mancando la struttura esterna, cioè la «recognitio auctoritatis publicae», manca l'efficacia giuridica e quindi manca l'esercizio dei diritti matrimoniali. Il matrimonio non è valido ed efficace.

La difficoltà tuttavia risiede in tutta la costruzione del P. Bertrams. Non sembra infatti ammissibile che nella semplicità dell'atto giuridico si possano distinguere due strutture ontologiche, in tal modo ordinate fra loro che il consenso naturalmente sufficiente dia sempre origine al «matrimonium secundum esse constitutivum cum congruentibus iuribus et officiis matrimonialibus» (struttura interna), mentre non si ha ancora l'esercizio di tali diritti fino al momento del riconoscimento dell'autorità pubblica che produrrebbe la forma o struttura esterna. La difficoltà sussiste anche prendendo in considerazione che, per il P. Bertrams, questa «recognitio» non va confusa con la «recognitio» presa nel senso ordinario, cioè nel senso del riconoscimento in un determinato ordinamento giuridico di una

realtà giuridica già compiuta del tutto previamente. Per Bertrams la «recognitio» ha un senso molto più profondo, tale cioè da costituire parte essenziale della struttura completa e totale del matrimonio, e quindi non solo costituita dal complesso dei diritti e obblighi che le sono propri ma anche dalla legittima facoltà del loro esercizio.

Nella teoria di Bertrams sembra che venga riconosciuto alla «sovranità del consenso», un ruolo superiore a quello che oggettivamente gli spetta. Al consenso infatti si attribuisce in ogni caso un'autonomia assoluta, capace di creare la struttura interna del matrimonio, cioè il «matrimonium secundum esse constitutivum cum congruentibus iuribus et officiis matrimonialibus». La potenzialità naturale del consenso verrebbe limitata soltanto dalle leggi intrinseche all'istituto naturale del matrimonio. Perciò il consenso creerebbe sempre e comunque, *positis aliis de iure naturali ponendis*, la struttura interna del matrimonio, mentre le leggi invalidanti estrinseche all'istituto naturale, attuerebbero soltanto circa la struttura esterna, non concedendo il riconoscimento alla struttura interna; riconoscimento che costituisce la struttura esterna, senza la quale non può esistere il legittimo esercizio dei diritti già creati da quella primordiale struttura interna.

Tuttavia il P. Bertrams, pur concedendo, nel campo teorico, alla «sovranità del consenso» un maggiore ambito di autonomia, in realtà resta entro i ferrei margini imposti dalla radicale efficacia delle leggi irritanti e inabilitanti, secondo la dottrina e la prassi giudiziaria e amministrativa della Chiesa. Quest'ultime impongono come presupposto indiscutibile di ogni riflessione teorica, una concezione del Diritto secondo la quale i contraenti che celebrano matrimonio in contrasto con una legge irritante o inabilitante non vengono costituiti og-

gettivamente in marito e moglie, e quindi non contraggono l'*impedimentum vinculi*. Tale è l'influsso dell'autorità pubblica nel regolare l'autonomia del consenso matrimoniale, o se si vuole, nel limitare la «sovranità» del medesimo.

Per quanto mi risulta, è stato il P. Bertrams l'autore che ha fatto lo sforzo speculativo di maggiore consistenza per spiegare il meccanismo dell'influsso delle leggi invalidanti sul consenso matrimoniale. Ma la teoria del P. Bertrams non sembra ammissibile né è priva di rischi da un punto di vista teorico, e, da un punto di vista pratico non è attuabile, in quanto nell'unico istituto dove potrebbe trovare la sua applicazione e per il quale fu costruita e sviluppata, essa non è mai stata applicata. Si tratterebbe infatti, come detto sopra, della sanazione in radice, in senso pieno, di un matrimonio nullo per difetto di forma, dopo che uno dei contraenti è divenuto incapace di contrarre matrimonio¹³.

Nessuno dubita che dal matrimonio invalido, anche da quello cosiddetto *inesistente*, possono sorgere dei rapporti non solo di ordine psicologico e affettivo ma anche morale e di giustizia commutativa di notevole portata. Il problema però è quello di determinare se il patto coniugale, come atto giuridico invalido, o nullo che sia, crei dei rapporti giuridici che leghino i due contraenti fra di loro nella linea del vincolo coniugale. In altre parole, si domanda: il «consensus naturaliter sufficiens» dà sempre origine ad un tipo di vincolo giu-

¹³ Dal caso concesso nel 1953 che diede occasione agli articoli del P. Bertrams, non si può trarre argomento alcuno in favore della prassi di concedere la sanzione in radice in tali fattispecie, come appare dall'articolo di G. Graneris citato sopra nella nota 12. Nello stesso art., p. 290, Graneris informa che riguardo a un altro caso simile, nel mese di maggio di 1963, il S. Ufficio rispose: «In casu sanationem concedi non posse».

ridico matrimoniale fra i contraenti? In che consiste allora l'inefficacia giuridica che producono le leggi invalidanti non osservate?

Abbiamo ribadito sopra che secondo la dottrina comune, confermata dal magistero e dalla prassi giudiziaria e amministrativa della Chiesa, tutti i capi di nullità senza differenza alcuna di efficacia fra di loro danno luogo a un matrimonio chiamato indifferentemente *invalido*, *nullo* o *irrito* o con locuzioni simili. La Chiesa tratta tutti i capi di nullità alla stessa stregua, senza differenza per quanto concerne l'efficacia del capo di nullità. La Chiesa quindi suppone che non è mai sorto alcun tipo di vincolo giuridico fra i contraenti, dal momento che il matrimonio sia stato invalido per qualsivoglia capo di nullità. Per tutti i capi di nullità quindi — per le incapacità, per gli impedimenti di diritto divino e di diritto ecclesiastico, per il difetto di consenso, per il difetto della forma canonica — si esige fondamentalmente altresì lo stesso processo per provare la nullità, con l'unica eccezione della nullità per omissione evidente della forma canonica, che, come nel caso di matrimonio civile, rende il processo superfluo.

Se si fa un confronto del trattamento paritario che dà la Chiesa ai diversi capi di nullità, si giunge dunque alla conclusione che tutti quanti producono uno stesso unico ed identico effetto invalidante, senza differenza alcuna fra di loro, ma con una conseguenza comune a tutti e cioè che i contraenti non contraggono mai, oggettivamente parlando, l'*impedimentum vinculi*, pur se, normalmente, essi saranno ritenuti in seno all'ordinamento giuridico, come vincolati da matrimonio valido fino a prova contraria. Tali prassi dimostra che agli occhi della Chiesa l'efficacia invalidante delle leggi umane è la stessa di quelle delle leggi divine e delle incapacità naturali. La differenza fra queste invalidità quindi

non si può trovare nella loro efficacia invalidante, dato che tutte producono la stessa invalidità del patto coniugale, evidenziabile nella non vincolazione giuridica delle parti contraenti.

La differenza va ricercata pertanto nel campo della possibilità di applicare o meno il rimedio della sanazione in radice, differenza certamente sostanziale. Da questa differenza, e unicamente da questa, si ricava anche il criterio per determinare i limiti della sovranità del consenso nello espletamento della sua causalità naturale.

Nel caso di un matrimonio *inesistente* mancano gli elementi costitutivi essenziali dell'atto — consenso naturalmente sufficiente e capacità attuale o almeno potenziale delle persone — e quindi mancano i presupposti essenziali perché tale matrimonio possa essere sanato dall'autorità in qualsivoglia ipotesi¹⁴. Nel caso invece di matrimonio semplicemente nullo, sono presenti tutti gli elementi richiesti per diritto naturale per la validità oggettiva del matrimonio — consenso naturalmente sufficiente e capacità attuale o almeno potenziale delle persone — ma una legge positiva invalidante, divina o umana, rende inefficace la causalità naturale del consenso¹⁵.

¹⁴ Si tratta della dottrina comune sugli atti giuridici applicata al matrimonio. Cf. G. MICHIELS, *Principia generalia* (cf. nt. 3), 600: «... in casu actus «inexistentis» coram societate nihil sive attuale sive potenziale effectum est atque proinde efficacia juridica et sanabilitas in radice talis actus ex ipsa rei natura absolute repugnat».

¹⁵ Cf. G. MICHIELS, *Principia generalia* (cf. nt. 3), 600-601: «... in casu actus simpliciter “nulli” (sensu supra explicato) realiter adest potenziale efficaciae juridicae fundamentum, actus ad efficaciam juridicam producendam naturaliter aptus, cui efficacia juridica solummodo deest, quia positive impeditur ab auctoritate legitima, ac proinde, ut in can. 1139 relate ad contractum matrimoniale explicite statuitur, nihil obstat quominus actus iste ab auctoritate legitima in radice sanetur».

Della sovranità del consenso matrimoniale ha quindi senso parlare, soltanto se il consenso è veramente matrimoniale, vale a dire se è «un atto di volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente sé stessi per costituire il matrimonio» (c. 1057 §2), con la sua struttura sostanziale, le sue finalità e le sue proprietà essenziali. La prima barriera alla sovranità del consenso matrimoniale viene pertanto costituita dall'oggetto specifico di tale consenso, vale a dire dal matrimonio stesso con la sua struttura sostanziale, la sua ordinazione e le sue proprietà essenziali. Se l'atto di volontà non intendesse, almeno implicitamente, la totalità degli elementi essenziali dell'oggetto, il consenso non sarebbe più consenso matrimoniale. Ma anche se l'atto di volontà fosse completo nella sua tendenzialità soggettiva verso l'oggetto proprio del matrimonio, l'atto giuridico sarebbe inesistente se avesse come oggetto una materia non matrimoniabile né attualmente né potenzialmente, come lo sono due persone dello stesso sesso, padre e figlia, madre e figlio ecc.

Ciò è così evidente che non varrebbe la pena esplicitarlo, se non fosse per il fatto di poter analizzare in modo più completo la problematica in questione. Invece, non è così evidente la questione relativa ai limiti alla sovranità del consenso quando questi limiti provengono dalle leggi irritanti e inabilitanti umane. Da quanto detto risulta chiaramente che l'efficacia di tali leggi è così profonda da rendere giuridicamente inefficace il consenso naturalmente sufficiente. Questa possibilità suppone, da una parte, la presenza di tutti gli elementi richiesti per diritto naturale per costituire un valido matrimonio — cioè in sintesi consenso oggettivamente sufficiente per produrre il matrimonio e capacità naturale delle persone contraenti — e dall'altra, una legge positiva umana che ostacoli la causalità naturale del

consenso al punto di renderla inoperante cosicché il matrimonio non si produca e le persone non diventino marito e moglie, restando giuridicamente liberi dall'impedimento del vincolo. Questo spiega come quand'ora l'autorità competente che aveva costituito la legge invalidante, la privasse di tale efficacia invalidante in un caso concreto mediante la sanazione in radice, il consenso potrà allora attuare la sua innata causalità giuridica — che conserva se non è stato revocato — e produrre *hic et nunc* il matrimonio e, se i contraenti fossero battezzati, il sacramento.

In nessun istituto forse come in questo appare il rapporto profondo fra libertà individuale e bene comune tutelato dall'autorità pubblica. La sovranità del consenso matrimoniale — pur trattandosi di un settore così intimo e personale come è l'amore e la sessualità — può essere limitata da leggi umane che impediscono la sua causalità naturale, privando d'efficacia giuridica il patto coniugale celebrato senza osservare tali leggi. Si dà luogo allora a una situazione peculiare del consenso che il codice del 1917 denominava «consensus naturaliter sufficiens, sed iuridice inefficax». L'espressione purtroppo non si trova nel codice attuale, ma il concetto costituisce uno strumento prezioso di lavoro che non dovrebbe e non deve cadere nell'oblio.

URBANO NAVARRETE, S.I.