

ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

Carlo Attanasio, Dario Farace,
Fulvio Gigliotti, Alessandro Hirata,
Sabrina Lo Iacono, Anna Sammassimo,
Livia Ventura, Patrizio Cataldo,
Arturo Maniaci

XXIV

2019-1

Gennaio - Giugno

INSCHIBOLETH

ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona)

Comitato di redazione

Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

Segreteria di redazione

Carlo ATTANASIO; Roberta BENDINELLI; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Maria Teresa NURRA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.
Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856

ISSN on line: 2240-4864

© 2020, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 1/2019, gennaio-giugno, pubblicato on line il 20 giugno 2020.

INDICE

Saggi

CARLO ATTANASIO, *Parità di trattamento e rapporti tra imprese* p. 11

DARIO FARACE, *La procreazione medicalmente assistita: spunti dalla dottrina sociale della Chiesa* p. 79

FULVIO GIGLIOTTI, *Inadempimento negoziale e danno non patrimoniale (a proposito di una recente proposta di intervento normativo)* p. 101

ALESSANDRO HIRATA, *Die datio in solutum in neubabylonischer Zeit* p. 115

SABRINA LO IACONO, *Il divorzio della liberta dal suo patrono eo invito* p. 127

ANNA SAMMASSIMO, *Brevi note sul principio di insostituibilità del consenso nella disciplina del matrimonio canonico* p. 149

LIVIA VENTURA, *Certified B-Corps and Benefit Corporations in the Italian Legal System* p. 169

Note a sentenza

PATRIZIO CATALDO, *L'onere della prova nelle controversie sulla garanzia per vizi e le ricadute sulle compravendite immobiliari. Nota a Cass. S.U. 3 maggio 2019 n. 11748* p. 193

Recensioni

ARTURO MANIACI, *L'incertezza del diritto* p. 211

Saggi

Brevi note sul principio di insostituibilità del consenso nella disciplina del matrimonio canonico

Anna Sammassimo

Sommario: 1 – Premessa. – 2. Il principio consensualistico. – 3. Il principio di insostituibilità del consenso matrimoniale. – 4. Il fondamento di diritto naturale. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'ordinamento canonico qualifica il matrimonio come contratto consensuale¹ poiché nasce e si perfeziona attraverso la reciproca manifestazione del consenso dei due nubendi, prima ed indipendentemente dalla cd. *copula coniugalis*, cioè da quella donazione mutua e reale dei corpi che si compie mediante l'atto della consumazione ed in virtù della quale i coniugi *fiunt duo in carne una*². Per affermare questo principio, la nascente dottrina canonistica attingeva dai testi romani il noto aforisma di Ulpiano «nuptias non concubitus sed consensus facit»³ plasmandolo in base alla originalità del pensiero cristia-

¹ O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, 3^a ed., Milano, 1968, pp. 23 ss.; ID., *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, in *Acta Conventus Internationalis canonistarum*, Roma, 1969, p. 342 ed ora in ID., *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, I, Milano, 1981, pp. 335 ss.; V. DEL GIUDICE, *Il matrimonio nel diritto canonico e nel diritto concordatario italiano*, Milano, 1946, pp. 5 ss.

² È da sottolinearsi che ancora oggi la stessa normativa canonica, nel can. 1061 del Codice del 1983, mostra con chiarezza la differenza tra matrimonio rato, ossia valido in virtù del solo consenso, e matrimonio rato e consumato, «*se i coniugi hanno compiuto tra loro, in modo umano, l'atto coniugale per sé idoneo alla generazione della prole, al quale il matrimonio è ordinato per sua natura, e per il quale i coniugi divengono una sola carne*».

³ 15, D. XXXV, 1; 31, D. L, 17. Del Giudice sottolinea come nella materia matrimoniale la letteratura canonistica abbia troppo spesso adottato, e non sempre avvedutamente, espressioni e definizioni romanistiche. Così, ad esempio, adattando le note definizioni di Modestino e di Ulpiano (l. I, D., 23, 2; l. I, Inst., I, 9), molti canonisti usavano, ancora vigente il Codice piano-benedettino, definire il matrimonio *in fieri*: «*contractus legitimus inter virum et feminam, individuum vitae consuetudinem afferens*»; e il matrimonio *in facto*: «*vitae consuetudo, praesertim vinculum coniugale*» (cfr. in c. II, X, 2, 23; V. DEL GIUDICE, *Il matrimonio nel diritto*

no⁴. L'orientamento fu ripreso e confermato dalla Patristica che, quanto al fondamentale problema del momento in cui si forma il vincolo matrimoniale, ribadiva appunto non essere necessaria la consumazione⁵. Infatti, nella Lettera a Diogneto si spiegava che i cristiani si sposano come tutti, ma «testimoniano un metodo di vita sociale mirabile e indubbiamente paradossale» (V, 4); accolgono la vita nascente e rispettano il letto coniugale: «Generano figli, ma non gettano i neonati. Mettono in comune la mensa, ma non il letto» (V, 6 e 7).

Al riguardo argomenti importanti, anzi determinanti, sono, per un verso, la nuova concezione dell'amore tra uomo e donna proposta dal Cristianesimo, concezione fondata sulla parità tra i due ed insieme sul parallelismo tra amore uomo-donna ed amore Dio-popolo, e, per altro verso, il fatto storico

canonico e nel diritto concordatario italiano, cit., pp. 5-6). Si deve però ricordare esserci una netta antitesi tra il concetto di matrimonio canonico e quello dell'antico matrimonio romano. Anche quest'ultimo, infatti, sorgeva e si perfezionava mediante il consenso delle parti solo che tale consenso non era concepito come un atto definitivo ed irrevocabile, la cui presenza era necessaria nel solo momento iniziale di formazione del negozio, quanto piuttosto come una manifestazione reciproca di volontà continuativa ed essenzialmente revocabile *ad libitum* dalle parti, la cui presenza era necessaria per tutta la durata della società coniugale. In altri termini, mentre nel diritto canonico basta il *consensus initialis* degli sposi nel momento formativo del contratto matrimoniale, il diritto romano esigeva un consenso duraturo e continuo, cioè quel perdurare della volontà dei coniugi diretta all'*individua vitae consuetudo* che era designata con il nome tecnico di *affectio maritalis*. Onde, in sostanza, per il diritto romano il matrimonio non era tanto un contratto quanto uno stato, il quale durava fintanto che i coniugi avevano l'intenzione di farlo sussistere e la cui essenza non risiedeva in un accordo iniziale e momentaneo delle parti stesse quanto nell'*affectio maritalis*, cioè in un accordo duraturo, continuo, effettivo; P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Firenze, 1952, p. 20. Sul passaggio dalla concezione romana a quella cattolica cfr. G. D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *Studia et documenta Historiae et Juris* 1 (1939), pp. 18-75; O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., pp. 37-38; P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel codice di diritto latino*, Torino, 1998, pp. 12-13. Deve inoltre ricordarsi che «tra il principio *consensus facit nuptias*, nel modo nuovo in cui venne assunto dalla Chiesa e la teoria del matrimonio contratto vi è un rapporto, ma non così necessario ed immediato, come si suole affermare. Anorché il significato attribuito dalla Chiesa al *consensus* fosse quello di una volontà iniziale che creava effetti perenni, da ciò non scaturiva direttamente la "teoria del matrimonio contratto"» (R. ORESTANO, *Un errore che ha fatto storia: il matrimonio fra i contratti*, in ID., "Diritto", *incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 320; cfr. G. LE BRAS, *Mariage*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, vol. IX/II, Paris, 1926, col. 2139). Infatti, se il principio *consensus facit nuptias* fu utilizzato sin dalla Patristica (cfr. A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, vol. I, p. 97), solo dal XII secolo la dizione di Ulpiano fu accolta dalla dottrina giuridica della Chiesa (cfr. G. BERTOLINI, *La simulazione del «bonum coniugum» alla luce della giurisprudenza rotale*, Milano, 2012, p. 10, nt. 13).

⁴ O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 39 ss.; L. VELA, *Consenso matrimoniale*, in *Nuovo Dizionario di diritto canonico*, Cinisello Balsamo (MI), 1993, p. 291.

⁵ I Padri e con essi tutta la Chiesa dei primi quattro secoli sentono profondamente la novità del messaggio di Cristo e l'abisso tra lo stesso e la mentalità pagana dell'epoca nonché tra la legge di Dio e la legge di Cesare; cfr. G. STANGHELLINI, *Il diritto matrimoniale nelle opere dei Padri della Chiesa*, in *Archivio giuridico*, 1910, p. 105.

del matrimonio di Maria e Giuseppe, vero matrimonio ed insieme matrimonio verginale⁶.

Nei secoli successivi la Chiesa accolse nel suo seno le nuove popolazioni barbariche che, entrate in contatto con il mondo romano-cristiano, si convertivano: ciò provocò conseguenze anche nell'ambito del diritto matrimoniale, riproponendo, in un acceso dibattito che investì la fine dell'Alto Medioevo⁷, la convinzione, propria alla concezione germanica, dell'essenziale importanza della consumazione ai fini della formazione del vincolo coniugale⁸. Uomini di Chiesa di alto valore furono indotti a ritenere che senza l'unione fisica degli sposi non vi sia ancora matrimonio: nonostante tali affermazioni si rinvenissero finanche negli interventi di alcuni Pontefici, rimase sempre una opinione dottrinale che non divenne mai concezione ufficialmente accolta dalla Chiesa⁹.

⁶ O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 38 ss. Sottolinea l'A. come infatti questi due fondamentali elementi pervadano tutta la Patristica da Tertulliano (*Liber de monogamia*, cap. X, in MIGNE, P.L., tom. 2, col. 993) a San Giovanni Crisostomo, a Sant'Ambrogio (*De institutione virginis*, cap. VI, n. 41, in MIGNE, P.L., tom. 16, col. 330-331; *Expositio in lucam*, lib. II, ad vers. 26, 27 n. 5 in MIGNE, P.L., tom. 5, col. 1635) e Sant'Agostino (*De nuptiis et concupiscentia*, cap. XI, in MIGNE, P.L., tom. 44, col. 420; *Sermones ad populum*, LI, cap. 13, MIGNE, P.L., tom. 38, col. 344), unitamente ai Papi della Chiesa dei primi secoli, da Papa Evaristo a Papa Giulio I (*Decreta*, in MIGNE, P.L., tom. 8, col. 971).

⁷ Tra il IX ed il XII secolo la dottrina teologica e canonistica medievale è divisa tra le due opposte concezioni e a lungo dibatte se il consenso debba considerarsi quale elemento unico necessario e sufficiente per la costituzione del matrimonio o quale elemento necessario ma non sufficiente per la sua validità. Così, per ricordare gli esponenti più noti della disputa, da un lato ad Incmaro da Reims (806-882, *De nuptiis Stephanie et filiae Rigimundi comitis*, in MIGNE, P.L., tom. 126, col. 137 e 150), che afferma la necessità della *commixtio sexuum* perché si abbia un valido matrimonio, fa eco Anselmo da Laon (1050-1117) per cui soltanto nel matrimonio consumato può vedersi realizzato il sacramento in quanto esso è figura dell'unione tra Cristo e la Chiesa; dall'altro Ugo da S. Vittore (-1141), convinto assertore della concezione consensuale, arriva ad affermare che il mero consenso dei coniugi non solo basta a rendere il matrimonio valido e perfetto ma finisce per essere un vincolo più nobile e sacro di quello integrato dalla copula coniugale. In realtà il primo assertore della dottrina consensualistica si ritiene essere proprio Ugo di San Vittore il quale afferma che il matrimonio è fondato sul patto coniugale con cui i nubenti si impegnano a vivere sempre in comune e che è costituito dal consenso spontaneo, legittimo ed esprimente un'intenzione attuale e non una semplice promessa; cfr. Libro II della XI parte del *De sacramentis christianae fidei* (PL 176, 479-520); *De Beatae Mariae virginitate*, IV (PL, 176, 857-876); *Quaestiones in Epistulas Pauli*, in Ep. I ad Cor., q. 56 (PL, 175, 524). Tra l'altro Ugo da San Vittore evidenzia come il matrimonio sia una *societas* tra uomo e donna fondata sull'amore coniugale, anticipando di oltre un millennio le riflessioni del Concilio Vaticano II e la concezione, presente nel Codice del 1983, dell'istituto quale *communitas totius vitae*; *De Beatae Mariae virginitate*, IV (PL, 176, 859). Per una più ampia trattazione dell'argomento cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, 1974, pp. 15 ss.; P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 25. Autorevole dottrina ha sottolineato che in realtà la contrapposizione tra *consensus* e *conubitus* sembra acuita dall'interpretazione posteriore, soprattutto dalla dottrina moderna, piuttosto che avvertita dalla più antica scienza medievale; cfr. O. GIACCHI, *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, cit., pp. 335 ss.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Nel sec. IX Papa Niccolò I, nella celebre Epistola ai Bulgari, ribadisce che per la formazione del vincolo coniugale «*Sufficit secundum leges solum eorum consensus de quorum*

È questa l'era, quindi, della vera e propria disputa dottrinale tra i sostenitori del principio consensualistico e quanti, invece, propugnano la *copulatheoria*, che si anima ancor di più quando a prendere posizione sono le Scuole di Bologna e di Parigi¹⁰.

La prima, infatti, con Graziano¹¹ e i suoi discepoli¹², a metà del XII secolo affermava che il consenso dà vita solo ad un *matrimonium initiatum* e che, affinché il matrimonio sia "rato", cioè valido, esso deve essere anche consumato, con la conseguenza di ritenere che il matrimonio si perfezioni giuridicamente solo al momento della consumazione fisica.

La concezione *consensualistica*, invece, sostenuta dalla Scuola di Parigi già con Pier Damiano (XI secolo) e Pietro Lombardo (XII secolo)¹³, con Tommaso

conjunctionibus agitur. Qui consensus si solus in nuptiis forte defuerit, caetera omnia etiam cum ipso coitu celebrata frustrantur...» (*Responsa Nicolai Papae ad consulta Bulgarorum*, in MIGNE, P.L., tom. 119, col. 980).

¹⁰ Al proposito si vedano, *ex multis*, J. BRYNS, *De dispensatione in iure canonico praesertim apud Decretistas et Decretalistas usque ad medium speculum decimum quartum*, Brugis-Wetteren, 1925; 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; A. ESMÉIN - R. GÉNESTAL, *Le mariage en droit canonique*, 2^a ed., Paris 1929; G. LE BRAS, *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille* (in collaborazione con P. FOURNIER), in *Dictionnaire de théologie catholique: contenant l'exposé des doctrines de la théologie catholique, leurs preuves et leur histoire*, IX, Paris, 1927, col. 2134 ss; E. PHILIPPE, *Étude historique sur les origines et les développements du droit matrimonial dans l'Église*, in *Canoniste contemporaine*, 1892-1902; F. SALERNO, *La definizione del matrimonio canonico nella dottrina giuridica e teologica dei secoli XI e XII*, Milano, 1965; G. FRANSEN, *La formation du lien matrimonial au moyen âge*, in *Revue de droit canonique*, 1971, p. 109.

¹¹ Graziano tratta del problema nella q. II della Causa XXVII del Decreto, preoccupandosi innanzitutto di concordare le varie *auctoritates*, cioè i vari testi in favore sia della tesi consensuale che della opposta copula-teoria. Fissata la *discordantia canonum*, ritiene di arrivare alla loro *concordantia* tentando una prima conciliazione fra le due opposte concezioni, cioè sostenendo che nel processo formativo del vincolo coniugale si devono distinguere due momenti, quello del *coniugium initiatum*, che sorge dal matrimonio meramente consensuale e che è pertanto costituito dal mutuo consenso dei coniugi, da quello del *coniugium perfectum*, che si ha solo dopo l'avvenuta consumazione o *commixtio sexuum*: infatti "*Sciendum est quod coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur*" (Dictum, ad c. 34).

¹² Tra questi non possiamo non ricordare Rolando Bandinelli (eletto poi Papa col nome di Alessandro III), il quale però già come cardinale nelle sue *Sententiae* stempera la dottrina della scuola bolognese e poi, da Pontefice, si allontana nettamente da essa pur non adottando il principio dell'assoluta indissolubilità del matrimonio contratto con il consenso (cfr. c. 2, X, 3, 32; c. 3, X, 4, 4). Per un approfondimento cfr. A. DE SMET, *De sponsalibus et matrimonio: tractatus synopticus*, Brugis, 1927, pp. 78 ss.

¹³ Sostiene, in particolare, Pier Lombardo che negli *sponsalia*, cioè nello scambio dei consensi, occorre distinguere la *desponsatio* ossia la volontà dell'uomo e della donna *de contraendo matrimonio*, dalla *pactio coniugalis*, nella quale i nubendi esprimono un *consensus de praesenti* e che dunque ha per oggetto l'immediata nascita del vincolo matrimoniale tra l'uomo e la donna che manifestano tale volontà. Quindi il matrimonio si perfeziona con la sola manifestazione del *consensus de praesenti* senza bisogno che si verifichi la consumazione, con il risultato che l'unione fisica dei coniugi diventa una conseguenza del vincolo matrimoniale e non l'elemento formativo di esso: *contractus iam perfectus est per solum consensum* (Glossa, *Cognovisset* al c. 5, X, IV, 4); O. GIACCHI, *Volontà e unione coniugale nella dottrina matrimoniale di Pier Lom-*

D'Aquino¹⁴ affermava definitivamente che, per fondare giuridicamente il matrimonio, basta il consenso degli sposi, purché libero, a nulla rilevando sotto il profilo della validità la consumazione.

Tale impostazione è solennemente ribadita e fissata in modo chiaro dal Concilio di Firenze con la dichiarazione formale che *causa efficiens matrimonii regular iter est mutuus consensus per verba de praesenti expressus*¹⁵ per poi essere definitivamente consacrata nel can. 1081 § 1 del Codice piano-benedettino¹⁶ ed infine ripresa dal can. 1057 del codice vigente.

La norma, ancorando la validità del matrimonio al principio consensualistico, raccoglie e sintetizza dunque un'eredità millenaria di approfondimento dottrinale e di elaborazione giurisprudenziale canonistica¹⁷.

Ribadisce ancora oggi tale impostazione l'attuale Codice di diritto canonico¹⁸ che, già nella definizione del can. 1055, pur preferendo utilizzare al § 1 il termine *foedus* in accoglimento della terminologia conciliare¹⁹, al § 2 parla

bardo, in AA.Vv. (a cura del Pontificio Ateneo Salesiano di Torino), *Miscellanea Lombardiana*, I, Novara, 1956, p. 243 n. 11.

¹⁴ T. D'AQUINO, III, *Suppl.*, q. 42, a. 4, esclude che la *carnalis commixtio* sia *de necessitate sacramenti* così ragionando: «*Duplex est integritas (rei): una, quae attenditur secundum perfectionem primam, quae consistit in ipso esse rei; alia, quae attenditur secundum perfectionem secundam, quae consistit in operatione. Quia ergo carnalis commixtio est quaedam operatio, sive usus matrimonii, per quod facultas ad hoc datur, ideo erit carnalis commixtio de secunda perfectione matrimonii et non de prima*». E in q. 48, a. I: «*Matrimonium non est essentialiter ipsa coniunctio carnalis, sed quaedam associatio viri et uxoris in ordine ad carnalem copulam, et alia quae consequenti ad virum et uxorem pertinent, secundum quod eis datur potestas ad invicem respectu carnalis copulae... Unde patet quod bene dixerunt illi, qui dixerunt quod consentire in matrimonium est consentire in carnalem copulam implicite, non explicite: non enim debet intelligi, nisi sicut implicite continetur effectus in sua causa, quia potestas carnalis copulae, in quam consentitur, est causa carnalis copulae, sicut potestas utendi re sua est causa usus*». Cfr. inoltre q. 61, a. 2.

¹⁵ H. DENZINGER, *Enchiridion Symbolorum*, Friburgi Brisgovie, 1942, n. 702.

¹⁶ Cfr. A.M. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma, 1985, p. 35; R.F. AZNAR GIL, *El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, Salamanca, 1985, p. 299; J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma, 1994, pp. 124-125; J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano, 2000, p. 281; P. MONETA, *Il matrimonio nella codificazione canonica*, in ID., *Communitas vitae et amoris. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa, 2013, pp. 51 ss.

¹⁷ G. LE BRAS, *Marriage. La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, cit., IX, col. 2126; A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, I, Paris, 1891, pp. 25 ss.

¹⁸ Sottolinea P. Moneta che viene riaffermata, nel Codice del 1983, la *insostituibile funzione generatrice* del matrimonio propria del consenso; P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, 3ª ed., Genova, 1998, pp. 40 ss.

¹⁹ La definizione del can. 1055 del Codice del 1983 del matrimonio come «*matrimoniale foedus quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum*» riprende quasi letteralmente la costituzione *Gaudium et spes*, n. 48 («*Intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur...*»). Essa è dunque certamente frutto dell'aggiornamento conciliare (come sottolinea O. FUMAGALLI CARULLI, *Il Governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, pp. 177 ss.) e delle istanze cd. personaliste ad esso sottese ma non fa in

esplicitamente di *contractus matrimoniale* in riferimento alla inseparabilità tra lo stesso ed il sacramento²⁰.

2. *Il principio consensualistico*

Dunque, il consenso è la causa efficiente, l'architrate, l'*elemento creatore*²¹ del matrimonio, indipendentemente dalla consumazione. Lo ribadisce il § 1 del can. 1057 quando afferma che il matrimonio come stato di vita (*matrimonium in facto esse*) è posto in essere esclusivamente dal consenso delle parti legittimamente manifestato tra persone giuridicamente capaci di esprimerlo (*matrimonium in fieri*)²².

Si tratta di un evidente dato logico²³ prima ancora che di un principio giuridico, affermato ancora oggi con estremo vigore nell'ordinamento della Chiesa a seguito di una tradizione consolidata, in virtù della quale si può, e si deve, ritenere che nella costituzione del vincolo matrimoniale il consenso occupi una posizione ed un valore fondamentali. Inoltre, la ricerca autonoma e spregiudicata condotta sull'argomento negli ultimi due secoli dalla dottrina canonistica ha chiarito e precisato che il valore del consenso nella costituzione del vincolo non è solamente essenziale ma è il solo ad essere così qualificabile²⁴.

alcun modo venir meno la natura contrattuale del matrimonio canonico, come del resto ribadita dallo stesso canone. Tale visione personalista inoltre non deve essere ritenuta una svolta priva di alcun precedente. Al contrario, il Concilio Vaticano II la recupera, rivalorizzandola, dallo stesso patrimonio della dottrina cristiana, a sua volta direttamente collegato con la tradizione vetero-testamentaria (cfr. «*non è bene che l'uomo sia solo: gli voglio fare un aiuto che sia simile a lui*»; Gen 2, 18 ss.).

²⁰ Non è oggetto di disamina, in questa sede, l'approfondimento dell'aspetto sacramentale del matrimonio.

²¹ O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 23; ID., *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, cit., p. 509. Il carattere essenzialmente autodonativo del patto coniugale delineato dal can. 1055, con il quale l'uomo e la donna costituiscono, tra loro, il *consortium totius vitae*, postula che detto patto coniugale non possa che sorgere da un libero atto di volontà cosciente e consapevole col quale i nubenti stessi si impegnano personalmente compromettendo reciprocamente e totalmente se stessi; cfr. P.A. BONNET, *Il consenso*, in AA.VV., *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Bologna, 1991, pp. 162-163; M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto: consenso quale atto psicologico*, in *Dilexit Iustitiam*, Città del Vaticano, 1984, pp. 13-16; J.F. CASTAÑO, *El canon 1057, centro de la legislación matrimonial de la Iglesia*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 47 (1990), p. 565; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, trad. it., Milano, 2001; A. D'AURIA, *Il consenso matrimoniale: dottrina e giurisprudenza canonica*, Roma, 2007, pp. 42-43.

²² P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano, 1985, p. 3.

²³ O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, cit., p. 3.

²⁴ O. GIACCHI, *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, cit., p. 335.

Questo significa che, affinché ci sia matrimonio canonico ed affinché esso sia valido, innanzitutto deve esserci il consenso²⁵ ed in secondo luogo che questo basta a se stesso, non avendo bisogno di altro per svolgere la sua funzione “creativa” del coniugio.

Tale ultima affermazione deve a sua volta essere declinata in un duplice senso. Innanzitutto, significa che non si ha matrimonio senza che vi sia il consenso, essendo dunque l'accordo delle due volontà dei nubenti assolutamente necessario a costituire il contratto.

In secondo luogo, essa significa che basta il consenso perché si abbia il matrimonio (certo purché esistano capacità e forma, come elementi in qualche modo “esterni” ai due nubenti e voluti dall'ordinamento giuridico per ragioni generali²⁶): l'accordo delle due volontà dei nubenti è infatti non solo condizione assolutamente necessaria ma anche sufficiente (sempre che vi siano le suddette *conditiones iuris*) affinché si costituisca il vincolo matrimoniale.

Il consenso, essendo l'elemento fondante, necessario ed indispensabile del matrimonio, dovrà anche essere libero da ogni possibile difetto o vizio che possa intaccarne la sostanza di atto umano²⁷.

3. Principio di insostituibilità del consenso

Si è accennato che il canone 1057 § 1, affermando la centralità e la necessità del valido consenso delle parti per far sorgere il matrimonio, ne sancisce indirettamente anche la sufficienza per la valida costituzione del medesimo ed a tal fine non richiede alcun'altra prestazione in forza del principio del *solus consensus*.

Si è anche detto che, per il diritto canonico, il matrimonio è un contratto “consensuale” (formale) poiché si perfeziona col solo consenso.

Il can. 1057, però, afferma anche qualcosa in più e cioè che il consenso delle parti è non solo assolutamente necessario e sufficiente a costituire il ma-

²⁵ «Il consenso è sempre essenziale nella formazione del matrimonio, per cui senza di esso non può nascere il vincolo coniugale» sottolinea C.J. ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale. Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, Roma, 2016, p. 116.

²⁶ Anche il can. 1057 prevede che il consenso sia accompagnato dalla capacità delle parti e da una determinata forma per la sua manifestazione ma questi sono elementi imposti dall'ordinamento per ragioni generali ed esterne ai soggetti. Il consenso, invece, è richiesto, prima che dall'ordinamento, dalla stessa natura sostanziale del matrimonio e interessa prima di tutto i due nubenti e il mondo interiore nel quale si costituiscono gli elementi sostanziali del negozio prima che essi diventino elementi formali e quindi giuridici; cfr. O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 23 che rinvia a J. MANS PUIGARNAU, *El consentimento matrimonial*, Barcellona, 1956, pp. 14-22.

²⁷ Tutte le altre condizioni che le norme canoniche prescrivono e che sono pure necessarie perché si possa parlare di matrimonio agiscono come requisiti, presupposti, o formalità, affinché il consenso esista e svolga la sua efficacia costitutiva del coniugio; *ibidem*.

trimonio ma anche insostituibile²⁸. Lo puntualizza il § 1 della norma sancendo che nessun potere umano può supplirlo²⁹.

Tale asserzione, che – ancora una volta – riproduce fedelmente quella dell’abrogato canone 1081 § 1 del Codice del 1917³⁰, manifesta l’assolutezza³¹ di un principio che non ammette alcuna eccezione nell’ordinamento canonico³²: l’espressione “nessuna potestà umana” si riferisce proprio all’incapacità

²⁸ Del resto aveva già insegnato J. DUNS SCOTO (*Quaestiones in lib. IV sententiarum*, d. 26, q. unica, n. 8, in *R.P.F. Iohannis Duns Scoti... opera omnia...*, collecta, recognita, notis, scoliis et commentariis illustrata, a Pp. Hibernis, Collegii Romani S. Isidori Professoribus, iussu et auspiciis R.^{mi} P.F. Iohannis Baptista a Campanea, tom. IX, Lugduni, Sumptibus L. Durand, 1639, p. 582) che nessuno può trasferire ad altri la potestà sul proprio corpo se non attraverso un atto della propria volontà: con tale atto diventa padrone e smette di essere padrone e rende un altro padrone; conseguentemente la potestà che uno acquista sul corpo dell’altro è a lui trasferita attraverso un atto di volontà liberamente effettuato da chi la trasferisce (puntuali e ben incisive le parole ed il ragionamento del grande teologo francescano: «*Potestatem sui corporis, quae est sua, nullus transfert in alium, nisi per actum voluntatis suae; quia per illum fit dominus, et desinit esse dominus, et sic facit alium dominum; et per consequens illud, quod alius acquirit in corpore alterius, transfertur in ipsum per actum voluntatis libere transferentis*»).

²⁹ Attenta dottrina ha sottolineato come il principio di insostituibilità del consenso matrimoniale sia del tutto necessario considerando la valenza essenzialmente autodonativa e propria del consenso, come pure puntualizzava fedelmente, tempo fa, la costituzione pastorale *de Ecclesia in mundo huius temporis*: «*L’intima comunità di vita e d’amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie, è stabilita dal patto coniugale, vale a dire dall’irrevocabile consenso personale. E così, è dall’atto umano col quale i coniugi mutuamente si danno e si ricevono che nasce, anche davanti alla società, l’istituto [del matrimonio] che ha stabilità per ordinamento divino*» (n. 48 a, in AAS 58 [1966] nonché in *Enchiridion Vaticanum*, vol. I, Bologna, 1981¹², n. 1471, p. 863, da cui si cita la traduzione italiana); cfr. P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 4.

³⁰ Se si eccettua il punto e virgola che stacca le due parti della disposizione, divenuto nella codificazione del 1983 una virgola, come sottolinea P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 5.

³¹ Il principio di insostituibilità del consenso è e deve oggi essere affermato nella sua assolutezza, senza esitazioni di sorta, nonostante le difficoltà che più antica non diversamente da più recente dottrina canonistica hanno sottolineato. Cfr. F. DE VITORIA, *Relectio de matrimonio*, p. 1, n. 6-7, in *Obras de Francisco de Vitoria, relectiones teológicas*, Madrid, 1960, pp. 889-897; J. MULLENDERS, *Le mariage présumé*, Roma, 1971. Ha dimostrato l’infondatezza di questi dubbi P.A. BONNET, *Osservazioni sulla sanazione in radice. Contributo alla dottrina della struttura interna ed esterna degli istituti giuridici*, in AA.VV., *Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, vol. III, Roma, 1972, pp. 665-700; Id., *A proposito di alcune questioni attuali in materia matrimoniale: amore coniugale; causalità matrimoniale nella sanazione in radice*, in 83/1 (1972), pp. 342-380.

³² Tale assolutezza è non solo chiaramente espressa nella norma attraverso una formula caratteristicamente perentoria ma anche pienamente confermata dalla disciplina giuridica del consenso matrimoniale che, per tale ragione, viene ad essere costituita da un complesso di norme tra loro singolarmente coerenti come pure inusuali in rapporto ai sistemi legislativi relativi al matrimonio; cfr. P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 5; P. FEDELE, *Insostituibilità e irrevocabilità del consenso matrimoniale*, in AA.VV., *Il matrimonio oggi tra crisi e rinnovamento. Atti del convegno internazionale promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 9-10 aprile 1979*, Milano, 1980, p. 89.

totale, anche di qualunque forma di potere costituito, di sostituirsi alla decisione volontaria e personale³³ degli interessati riguardo al matrimonio³⁴.

È, questo, un punto cruciale nel diritto matrimoniale canonico che merita, anzi esige, di essere puntualmente compreso.

Il consenso delle parti è assolutamente necessario a far nascere il vincolo coniugale ma soltanto i futuri coniugi possono prestarlo. Deve pertanto ritenersi del tutto irrilevante ai fini del sorgere di un valido matrimonio sia il consenso prestato da un'altra persona che non sia uno dei contraenti³⁵ sia la eventuale "volontà" dell'ordinamento giuridico (che non può assolutamente sostituirsi alla volontà dei nubendi): infatti per il diritto canonico né la legge né alcuna autorità – come, ad esempio, quella giudiziale – sono competenti a ritenere valido un matrimonio laddove sia mancato o inficiato il consenso delle parti o di una sola di esse, come pure – e tanto meno – la medesima legge o autorità non possono assolutamente dispensare dal consenso delle parti.³⁶

Per questo motivo non ha rilievo, nel diritto matrimoniale canonico, quello che negli ordinamenti civili è chiamato principio di affidamento a tutela del contraente incolpevole o in buona fede³⁷. Né, tanto meno, può avere rilevanza il principio della "responsabilità" del dichiarante nel negozio giuridico come limite all'assoluta prevalenza della "volontà interna" sulla "dichiarazione" ogni volta che la contraddizione tra elemento interno ed elemento esteriore del negozio sia da attribuirsi alla responsabilità del dichiarante³⁸.

Pur fondandosi i principi di affidamento e di responsabilità sulla necessità di tutela dei soggetti nei confronti dei quali è avvenuta la manifestazione di volontà e nell'affidamento che essi fanno in colui che l'ha compiuta e pur essendo tali accorgimenti previsti ed applicati anche dal diritto canonico in materia di negozi giuridici, non possono comunque avere applicazione in quello specialissimo contratto che è il matrimonio.

³³ Ciò è del resto perfettamente coerente con il disposto del can. 219 del Codice di diritto canonico, il quale riconosce tra i diritti fondamentali del fedele quello alla scelta dello stato di vita, da intendersi come qualcosa in più di una semplice immunità da coazione, come libertà di decisione personale.

³⁴ Tale principio di insostituibilità del consenso matrimoniale ha avuto costante affermazione nel magistero sia pontificio che conciliare fino ad essere riaffermato in modo autoritativo ed assoluto dal Concilio Vaticano II. Pertanto esso oggi può dirsi del tutto indubitabile e certo; cfr. P.A. BONNET, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. I, Il momento costitutivo del matrimonio*, Padova, 1976, pp. 147-148; O. ROBLEDA, *Causa efficiens matrimonii iuxta Const. "Gaudium et spes" Conc. Vaticanii II*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 55 (1966), pp. 354-380, ed anche in AA.VV., *De matrimonio coniunctanea*, Roma, 1970, pp. 654-673.

³⁵ Ovviamente altra è l'ipotesi del matrimonio per procura di cui al can. 1105.

³⁶ Il can. 86 del Codice di diritto canonico prevede in maniera esplicita che non sono suscettibili di dispensa, tra le altre, le norme che prevedono i requisiti di validità degli atti giuridici.

³⁷ Sia permesso sottolineare, al proposito, la netta differenza tra il caso di specie ed il matrimonio putativo: nel momento in cui si stabilisce che il consenso è mancato non è più questione di buona fede dell'altra parte, perché il matrimonio è irrimediabilmente nullo.

³⁸ O. GIACCHI, *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, cit., pp. 340-341.

In tale ambito, infatti, è principio assolutamente fondamentale ed inderogabile quello per cui nessuna potestà umana (e dunque neppure la volontà del legislatore) può supplire il consenso degli sposi³⁹.

Certamente non vi è chi non veda che le suddette istanze di tutela della parte in buona fede sono avvertite anche nel matrimonio canonico, dove il contraente ignaro della simulazione che l'altra parte pone in essere subisce conseguenze che possono essere irreparabili (come ad esempio la dichiarazione di nullità del matrimonio nel caso in cui il coniuge si rivolga al giudice ecclesiastico “confessando” la propria volontà simulatoria). Esse però cedono di fronte alla esigenza fondamentale della esistenza effettiva della volontà matrimoniale⁴⁰.

4. *Il fondamento di diritto naturale*

Le ragioni di tale assolutezza del principio di insostituibilità del consenso sono ben note.

Innanzitutto vi è in gioco l'impegno totale, intimo, esclusivo e perpetuo che il consenso produce⁴¹ e che fa sì che il matrimonio non possa che essere voluto interamente ed esclusivamente dai nubendi. Questa esigenza, che echeggia in vari fondamentali testi delle fonti canoniche, è ben rappresentata da un passo del Supplemento alla Parte Terza della *Summa theologiae*: «*Matrimonium significat coniunctionem Christi ad Ecclesiam quae fit secundum libertatem amoris*»⁴².

In secondo luogo e soprattutto, però, rilevano i principi di diritto naturale che fondano l'ordinamento canonico.

Ogni ordinamento giuridico, infatti, risolve il problema della volontà nei negozi giuridici in vario modo, secondo le sue fondamentali esigenze, non costanti ma variabili in relazione ai diversi momenti storici ed ai conseguenti vari atteggiamenti politici⁴³, non trattandosi di un problema meramente tecnico-giuridico⁴⁴.

³⁹ A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., p. 192.

⁴⁰ O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 89.

⁴¹ Non deve dimenticarsi che proprietà naturali del matrimonio sono l'unità e l'indissolubilità, come ribadito dal can. 1056 dell'attuale Codice di diritto canonico.

⁴² “Summa Th., III, Suppl. 47, 3, sed contra est”; cfr. O. ROBLEDA, *Amore coniugale e matrimonio – Res facti*, in *Gregorianum*, 51 (1970), p. 374, n. 20. Sulla differenza tra i concetti di “libero” e “liberum secundum quid” si veda, da ultimo, P. LOBIATI, *La rilevanza del contesto socioculturale nelle cause di vis vel metus. Commento ad una coram Salvatori*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1-2 (2018), p. 381.

⁴³ V. FASANO, *Le mariage civil en France au lendemain de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013*, in *Angelicum*, 90 (2013), pp. 331-342.

⁴⁴ Si tratta di uno dei problemi più dibattuti (anche) dalla dottrina (civilistica) del negozio giuridico. Riducendo il dibattito ai suoi minimi termini, si può sicuramente affermare che nel diritto civile l'interno volere non ha e non può avere nessuna rilevanza giuridica finché non

Nell'ambito del diritto canonico, invece, tale problema non può essere impostato e risolto al di fuori dei presupposti teologici immutabili sui quali questo diritto è fondato⁴⁵. A tal proposito è stato opportunamente sottolineato

trova un'espressione, grazie alla quale soltanto la volontà, acquistando importanza sociale, diventa un fenomeno giuridico. Nel caso che in questa sede interessa l'espressione è data dalla dichiarazione: è con la dichiarazione, rivolta all'intelligenza o alla volontà altrui, e quindi diretta a fondare l'altrui affidamento, che la volontà negoziale viene presa in considerazione dall'ordinamento giuridico. Questa è la necessaria premessa alla valutazione delle varie teorie, che sono state formulate per dirimere il problema dianzi posto. Sia però ben chiaro che non si può risolvere il problema in astratto ma sulla base delle disposizioni di un determinato diritto positivo. Posta l'irrelevanza dell'interno volere per se medesimo, deve anzitutto trattarsi della cd. teoria della volontà, che è poi quella accolta dall'ordinamento canonico nella sua purezza e totalità, secondo la quale, per decidere della validità e dell'efficacia del negozio, dovrebbe aversi riguardo alla sussistenza di una volontà corrispondente alla dichiarazione e anzi alla vera volontà, eventualmente divergente dalla volontà concretamente determinatasi per effetto di un vizio del volere. Una volontà concreta o ipotetica, non sorretta da un'adeguata dichiarazione, non solo non può produrre i suoi effetti ma non può neppure bastare a privare senz'altro la dichiarazione degli effetti di cui sembra capace: ciò significherebbe disconoscere che proprio nella dichiarazione l'ordinamento ravvisa il momento culminante ed essenziale dell'autonomia privata, la quale solo grazie alla dichiarazione riesce ad operare nello spazio e nel tempo. D'altra parte, appunto perché il negozio è esercizio di privata autonomia, non può neppure concedersi che, per la validità e la efficacia del negozio, basti comunque e senz'altro la dichiarazione, disinteressandosi della sua conformità all'interno volere. Una tale veduta ridurrebbe il negozio giuridico a un manichino senza vita, contro la realtà, la quale c'insegna che nella sua genesi storica e nella sua figura normale il negozio è un atto di volontà. La legge, poiché vi è stata un'espressione di volontà e con ciò è intervenuta una novità rispetto alla situazione preesistente, può attenuare le conseguenze della mancanza o, che astrattamente è lo stesso, del vizio della volontà (ad esempio con lo stabilire l'annullabilità invece della nullità del negozio), in applicazione di un principio conservativo connaturato a qualunque ordinamento, nel caso del principio della conservazione del negozio, ma non ignorare quella mancanza o quel vizio. Perché la volontà possa e debba essere sacrificata in presenza di una dichiarazione che alla stessa non corrisponda, bisogna che il sacrificio sia giustificato o da un fatto del soggetto agente, fatto che viene così a porsi come un equivalente della volontà mancante o manchevole, o dalla situazione concretamente creata dalla dichiarazione. Astrattamente tanto l'una che l'altra soluzione del problema posto dal conflitto fra volontà e dichiarazione è possibile: la prima mette capo alla teoria della responsabilità, la seconda alla teoria dell'affidamento. Secondo la prima teoria, l'agente sarebbe vincolato dalla dichiarazione quante volte questa non corrispondesse al suo volere, concreto o ipotetico, per sua colpa: di qui la sua responsabilità, che giustificerebbe la conservazione degli effetti del negozio. Come si vede, alla base di questa teoria è ancora una concezione individualistica, per quanto, in considerazione dell'importanza sociale del negozio, sia temperata l'asprezza del dogma della volontà. Secondo l'altra teoria, ciò che decide è che la dichiarazione abbia determinato l'affidamento del destinatario. Se ha determinato quest'affidamento, si è concretamente realizzato, secondo il tenore della dichiarazione, il momento sociale del negozio, grazie al quale il negozio assume rilevanza giuridica, e ciò preclude l'indagine sulla volontà che starebbe dietro la dichiarazione: il contenuto non può ormai desumersi che dalla stessa dichiarazione. È evidente come questa teoria sia la conseguente applicazione della prevalenza del momento sociale nell'ammissione dell'autonomia privata; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, pp. 127-130. Al proposito cfr. anche le puntuali considerazioni di A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., pp. 191-193.

⁴⁵ Autorevole dottrina sottolinea che pertanto qui i verbi «impostare» e «risolvere» non possono significare meccanismi di pura tecnica o logica giuridica, perché nulla qui si può impo-

da Pio Fedele che il rapporto tra volontà e dichiarazione rappresenta, nel diritto matrimoniale canonico, uno degli aspetti più interessanti della questione del rapporto tra foro interno e foro esterno, questione delicata e fondamentale per comprendere lo spirito del diritto della Chiesa in quelle molteplici manifestazioni che più specificamente lo caratterizzano e più nettamente lo differenziano dal diritto civile. In altri termini, l'antitesi espressa dal binomio *voluntas-verba vel signa aequipollentia* costituisce una particolare caratteristica configurazione dell'antitesi tra l'uno e l'altro foro, che legislazione e dottrina e giurisprudenza canonistiche hanno sempre avuto, e sempre avranno, il compito di verificare⁴⁶.

Qualunque sia l'impostazione e la soluzione da dare a questo problema nel diritto "civile" canonico, ossia quando si tratti di negozi giuridici di diritto canonico, è fuori dubbio che, in ambito matrimoniale, non si può fare a meno di risolvere ogni eventuale conflitto tra l'uno e l'altro foro nel senso di far prevalere l'interno sull'esterno⁴⁷. Vero è che il § 1 dello stesso can. 1101 sancisce la presunzione della conformità tra la manifestazione del consenso e la volontà interna del manifestante⁴⁸ ma essa non può che rivestire la natura di una presunzione *iuris tantum*⁴⁹, suscettibile quindi di essere superata ogni volta che si raggiunga la prova di una effettiva difformità⁵⁰, perché, altrimenti-

stare e risolvere che non sia già inquadrato, non dico nell'evoluzione storica di quel diritto, ma in quegli immutabili presupposti; P. FEDELE, *Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, Roma, 1975, pp. 150-151.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ P. FEDELE, *Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 151.

⁴⁸ Tale principio è di diritto naturale ed inviolabile, sicché la sua trasgressione comporta necessariamente la nullità dell'atto; cfr. L. VELA, *Simulazione di matrimonio*, in *Nuovo Dizionario di diritto canonico*, cit., p. 991. A tale esigenza di diritto naturale si aggiungono quelle del diritto positivo ed in particolare (i) quella che configura la manifestazione del consenso (can. 1057 § 2) come un atto formale (can. 1108 § 1); (ii) quella, già enunciata nel diritto romano, per cui «*nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit*» (Fr. 7, § 2, D. 33, 10) e che attiene alla naturale *fides* che deve presiedere tutti i rapporti umani, in specie quelli di contenuto giuridico; (iii) quella, infine, del cd. *favor matrimonii* nuovamente confermato nel Codice del 1983 al can. 1060 (can. 1014 CIC 1917) e della quale la specifica presunzione *de qua agitur* costituisce applicazione concreta; cfr. M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 75. Si badi tuttavia che si tratta di una presunzione *iuris tantum* che ammette la prova contraria, com'è dimostrato dallo stesso fenomeno della simulazione. È però una presunzione "fortissima" le cui prove contrarie risultano molto difficili e sono da esperire con estremo rigore; cfr. L. VELA, *Simulazione di matrimonio*, cit., p. 992.

⁴⁹ Non è canonicamente accettabile la proposta, pur autorevolmente sostenuta, di introdurre una limitazione al principio dell'insostituibilità del consenso trasformando, per un ventaglio più o meno vasto di fattispecie, la norma di cui al can. 1101 § 1 CIC in una presunzione *iuris et de iure* non suscettibile di prova diretta contraria e quindi statuendo sostanzialmente una "finzione giuridica"; cfr. B. FILPIAK, *Il problema della simulazione nel diritto matrimoniale canonico*, in *Ephemerides iuris canonici* 31 (1975), pp. 214-217.

⁵⁰ Proprio l'affermazione normativa della suddetta presunzione, tutt'altro che inutile, rafforza la stessa presunzione generale di validità del matrimonio di cui al can. 1060 CIC, rendendo necessario che le prove della presunta difformità essenziale tra volontà e dichiarazione siano

ti, si avrebbe, in contrasto con il can. 1057 § 1, la sostituzione del legislatore ai nubendi nel dare il consenso matrimoniale⁵¹. Ed è proprio l'insuperabilità del principio di insostituibilità del consenso⁵² a fornire la chiave ermeneutica della suddetta presunzione.

La prevalenza dell'interno volere sulla manifestazione verbale è dunque inderogabilmente imposta dalla esigenza, immanente in questo ordinamento, di risolvere il problema della volontà, nella disciplina positiva del matrimonio, in modo pienamente conforme alla sua realtà naturale ed alla sua disciplina logica, pregiuridica, meramente razionale e naturalistica.

Il diritto canonico non può fare a meno di soddisfare questa esigenza, perché non può non uniformarsi al diritto divino, al quale esso è indissolubilmente ancorato e sul quale quella disciplina positiva (del matrimonio) e questa esigenza (di rispettare l'effettiva volontà dei coniugi) hanno il loro fondamento.

Per questo motivo la forza del principio inderogabile della insostituibilità del consenso, in cui la disciplina matrimoniale ha la sua significativa e vigorosa manifestazione, è tanta e tale da escludere qualsivoglia temperamento che esigenze pratiche o d'altra natura, finanche pubblicistica, consigliassero di apportare.

Ne deriva che il principio schiettamente canonistico della prevalenza della volontà interna sull'esterna manifestazione è quello in cui il dogma della volontà attinge, nel diritto matrimoniale della Chiesa, il suo più alto vertice. Nell'assoluta inderogabilità di questo principio e di questo dogma, imposta dall'ordinamento divino-naturale, cioè dai presupposti teologici che dominano e pervadono l'ordinamento positivo, è, allora, da ricercare la ragione per la quale la scienza canonistica è sempre rimasta del tutto estranea⁵³ ai vivaci dibattiti che hanno diviso il campo della dogmatica civilista in due avverse schiere, l'una a difesa del dogma della volontà, l'altra della dichiarazione.

Nel matrimonio canonico la dichiarazione ha una funzione meramente strumentale, una pura e semplice efficacia rappresentativa probatoria dell'interno

particolarmente gravi e concludenti; cfr. L. DEL AMO PACHÓN, *La prueba de la simulación en las causas matrimoniales*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 19 (1963), pp. 387-437.

⁵¹ P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 97.

⁵² Con riferimento alla codificazione piano-benedettina cfr. P. HAYOIT, *La présomption du canon 1086*, in AA.VV., *Etudes de droit et de l'histoire, Melanges Mgr. H. Wagnon*, Leuven, 1976, pp. 557-576.

⁵³ Nel diritto canonico non si dà libertà di scelta tra l'uno e l'altro dogma poiché i suoi presupposti teologici postulano, senza temperamenti di sorta, il primo. Non si potrebbe, infatti, sostenere, senza tradire quei presupposti, che la dichiarazione ha natura precettiva o dispositiva e quindi carattere impegnativo, nel senso che non è semplice rivelazione di un contenuto psicologico, la cui esistenza sia giuridicamente rilevante già come tale e dimostrabile in altro modo. Né si potrebbe concepire, in tema di consenso matrimoniale, una dichiarazione avente funzione costitutiva e natura precettiva o dispositiva, avente cioè una propria efficacia operativa in antitesi col suo contenuto; cfr. P. FEDELE, *Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 151-152 con riferimento a quanto sostenuto da U. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 50 ss.

volere, in quanto serve solo a rivelare il fatto del volere, per sé incontrollabile, che sta alla dichiarazione come “l’anima al corpo”⁵⁴.

Dunque, tutto ciò considerato, non deve dubitarsi in alcun modo che il problema della volontà matrimoniale nel diritto canonico non può non essere impostato e risolto al di fuori di ogni considerazione di conseguenze antisociali o addirittura immorali. Perciò non ha alcuna possibilità di applicazione il principio di (auto) responsabilità, in virtù del quale la mancanza di volontà dovrebbe essere supplita dalla responsabilità del dichiarante, neutralizzato e soppiantato da quello dell’insostituibilità del consenso⁵⁵.

5. Conclusioni

Attorno al principio di insostituibilità del consenso si consolida, con straordinaria unità e coerenza, l’intera disciplina giuridica del matrimonio.

La normativa canonica, infatti, con puntuale rigore, dà rilevanza ad ogni fattispecie di difetto del consenso, sancendo, con corretta consequenzialità, la nullità del patto nuziale⁵⁶. Se così non fosse, un tale principio fondamentale non potrebbe dirsi realmente salvaguardato, perché il consenso si dovrebbe ritenere supplito dal volere del legislatore ogniqualvolta la mancanza del consenso stesso non fosse sanzionata con la nullità del matrimonio⁵⁷.

Si può dunque fare riferimento al suddetto principio come alla chiave di volta del sistema di diritto matrimoniale canonico, che deve essere sempre tenuto presente quando si tratti di *causae nullitatis*⁵⁸, in quanto serve a spie-

⁵⁴ Si riprende un’espressione dal Betti, che ha mosso le più aspre critiche contro quella che egli ha chiamato «erronea mitologia della volontà», ritenendo appunto il dogma della volontà come un mito ed osservando che, per combatterlo, alcune sue conseguenze son da considerare come antisociali e addirittura immorali. Ma il richiamo a queste conseguenze, se mai può avere ragion d’essere nella teoria civilistica del negozio giuridico, è del tutto fuori luogo nella teoria canonistica del matrimonio nullo per difetto di consenso dovuto al dissidio tra voluto e dichiarato, quale che sia il suo modo di configurarsi; così come non meno fuori luogo è qui il rilievo, fondato su una concezione obiettiva del negozio giuridico, che gli effetti giuridici non dipendono positivamente dalla volontà dell’interessato né possono essere esclusi da una volontà puramente interna, e che il fenomeno di una volontà negativa degli effetti giuridici appartiene esclusivamente al foro interiore e che pertanto, alla luce di una «virile concezione dell’autonomia e dell’autoresponsabilità privata», non può non essere severamente valutato; cfr. P. FEDELE, *Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 151-152 sempre con riferimento a quanto sostenuto da U. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 50 ss.

⁵⁵ Ad ulteriore dimostrazione di quanto detto aggiungasi che il Codice del 1917 prevedeva al can. 1971, § 1 che il nubente che consapevolmente e volontariamente avesse avuto parte nel porre in essere il disaccordo tra voluto e dichiarato fosse privato dello *ius accusandi*.

⁵⁶ Cfr. G. DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio canonico*, Milano, 1943, pp. 7-10 e 13-19.

⁵⁷ P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 6.

⁵⁸ Non si concorda con chi (P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 7) precisa che il principio di insostituibilità è integralmente garantito solo quando la normativa evita di considerare come consenso matrimoniale ogni fattispecie in cui questo, per

gare e giustificare quel rispetto – che di per sé può anche sembrare eccessivo – che il legislatore canonico ha per il contenuto e per la manifestazione della volontà dei due contraenti nella formazione del negozio e quella rilevanza, tanto più ampia ed accentuata rispetto al diritto civile italiano e tanto criticata dalla dottrina civilistica, che ha nella legislazione matrimoniale canonica la teoria dei vizi del consenso quali motivi di nullità matrimoniale⁵⁹.

Così si deve continuare a ritenere, insieme alla ininterrotta tradizione canonistica, che tutta la materia relativa al consenso sia retta dal fondamentale principio che alla esterna manifestazione di esso deve corrispondere la interna volontà⁶⁰, senza che ad esso costituiscano un limite neces-

difetto, manchi realmente, mentre non venga propriamente in considerazione nei casi in cui un consenso matrimoniale, pur esistente (*voluntarium*), sia *viziato* (*voluntarium secundum quid*), non sia posto cioè in modo perfetto. Secondo l'A. infatti, in questi ultimi casi il matrimonio nel suo momento costitutivo, pur dovendosi considerare, in quanto atto di volontà, espressione della persona che lo ha posto, non può dirsi che sia stato voluto, soprattutto nel momento decisionale, secondo modalità ordinarie, in quanto turbato, nella sua formazione, pur senza essere toccato nella sua realtà essenziale, da una qualche particolare anomalia, causativa appunto del vizio di volere. Pertanto in questi casi la volontà, pur esistente, è viziata ed il vizio, ponendosi al di là dell'esistenza del consenso, non intaccherebbe il principio di insostituibilità del consenso, cosicché il legislatore, nello stabilire la disciplina giuridica di queste anomalie del consenso, viene guidato essenzialmente da altri criteri, tra i quali il principio di stabilità del matrimonio può spingere in taluni casi a non sanzionare con la nullità il vizio. In realtà si ritiene che il principio di insostituibilità del consenso entri in gioco sia per le ipotesi in cui il consenso manchi che per quelle in cui esso sia viziato: in entrambe, infatti, esso esige ed impone la nullità del matrimonio, proprio per evitare una qualunque forma di sostituzione da parte del legislatore o del giudice o di altro potere umano. Innanzitutto, il vizio del consenso incide comunque sullo stesso ed in qualche modo lo "sostituisce". In secondo luogo, affermare che il legislatore al proposito sarebbe guidato da altri criteri, tra i quali quello di stabilità del vincolo, significa ipotizzare una differenziazione ingiustificata tra ipotesi che invece si basano sulla stessa ragion d'essere.

⁵⁹ Così, ad esempio, mentre nel diritto civile italiano alcuni vizi del consenso non hanno addirittura influenza sulla valida formazione del negozio matrimoniale (si pensi alla simulazione o alla condizione) e altri determinano una semplice annullabilità del negozio, sanabile con la coabitazione o con il decorso del tempo (ad esempio errore o violenza), nel Codice di diritto canonico qualunque vizio del consenso determina sempre la radicale nullità del contratto senza possibilità di sanatorie di sorta sia legislative sia amministrative, appunto perché è solo il consenso delle parti a dare vita al negozio matrimoniale come causa efficiente e insostituibile che nessun potere umano e neppure l'autorità suprema ecclesiastica può supplire o sanare in caso di assenza o deficienza, onde, tutte le volte che esso manchi o sia viziato, il matrimonio si trova nell'impossibilità stessa di sorgere ed acquistare una qualunque giuridica esistenza; P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 21.

⁶⁰ Si condivide, anche dopo l'emanazione del Codice di diritto canonico del 1983, l'opinione di Giacchi per la quale risulta evidente che il legislatore canonico, nella determinazione delle conseguenze della mancanza o del vizio della volontà, ha tenuto presente considerazioni intrinseche, che si collegano strettamente agli elementi sostanziali offerti dalla psiche umana; O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., pp. 51-53. Altra visione del fondamento e dei limiti delle nullità nel matrimonio canonico è stata proposta da Dossetti (*La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Milano, 1943, pp. 61 ss.), per il quale tutto il sistema matrimoniale canonico, e in particolare ciò che riguarda il consenso, sarebbe il frutto della conciliazione che il legislatore avrebbe operato tra due esigenze opposte: quella della massi-

sità di ordine generale, da ricercarsi nel bene della società cristiana o nella solidità dell'istituto matrimoniale⁶¹ o in altre considerazioni di "interesse

ma perfezione del vincolo matrimoniale, che richiederebbe la presenza di tutti gli elementi necessari alla sua costruzione e la maggiore pienezza di essi; e quella della massima stabilità di tale vincolo, la quale imporrebbe che esso, una volta costituito, non venga più messo in dubbio nella sua validità. Per questo il legislatore avrebbe determinato la nullità del matrimonio ogni volta che la volontà manca e ne avrebbe stabilito invece la validità tutte le volte che, pur essendo la volontà viziata, la difficoltà della determinazione in astratto e dell'accertamento in concreto del vizio porterebbe a scuotere la stabilità del vincolo. Giacchi sottolinea come questa concezione circa il fondamento dei limiti della nullità del matrimonio canonico mette a confronto due principi eterogenei, che appartengono a differenti ambiti del diritto e quindi sono tali da non potersi porre come termini tra loro opposti dalla cui conciliazione derivare un sistema unitario. Mentre infatti il principio della massima perfezione del vincolo appartiene al diritto matrimoniale sostanziale, il principio della stabilità di esso si riferisce indubbiamente al diritto processuale canonico, dove trova piena applicazione senza conciliarsi con il principio della massima perfezione ma anzi limitandolo ed escludendolo (nel campo processuale): è questo il *favor juris circa matrimonium* di cui al can. 1014 CIC 1917 (ed oggi can. 1060 CIC 1983), per cui «*in dubio standum est pro valore matrimonii*». In sede processuale e solo in essa si afferma vigorosamente il principio della stabilità del vincolo. A riprova del ragionamento Giacchi sottolinea come nell'ambito del diritto sostanziale, il legislatore canonico ha tanto poco tenuto conto dell'asserito principio della stabilità che, senza un'assoluta necessità logica, ha dato rilevanza alle condizioni apposte al matrimonio, che sono senza dubbio fonti di indagini lunghe e complesse e di molteplici incertezze circa la validità o nullità del vincolo. Si ritiene che la revisione del Codice di diritto canonico abbia confermato e dato piena ragione al docente dell'Università Cattolica: basti, al proposito, pensare non solo alla rinnovata disciplina dei capi di nullità già presenti nel Codice piano-benedettino ma anche all'introduzione dei nuovi capi del dolo e dell'incapacità psichica.

⁶¹ O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., p. 53. A proposito di tali elementi, che si potrebbero anche chiamare "sociali" in quanto si riferiscono a interessi della società ecclesiastica quale comunità e a istituti, come il matrimonio, di essenziale importanza per i singoli ma che hanno anche una fondamentale funzione nella *societas fidelium*, si può, ad avviso dell'A., vedere una certa differenziazione che non è affatto contraddizione o antitesi tra gli "interessi pubblici" della società ecclesiastica e quelli dei singoli fedeli. È però evidente che di fronte al fine supremo dell'intera Chiesa, che è la *salus animarum*, la quale a sua volta si risolve nella gloria di Dio (ivi, p. 15), non esistono sfere di interessi privati da tutelare e neppure quindi, in senso stretto, "diritti privati". Ciò non deve però far dimenticare che, appunto perché costituita per la salvezza delle anime, tutta la Chiesa – anche con il suo ordinamento, proiezione formale ed esterna della sua vita sostanziale – tende alla salvezza dell'anima singola, del singolo fedele; che non esiste una *salus animarum* collettiva ma soltanto un insieme di mezzi, anche sociali, per giungere a quel fine individualissimo che è la salvezza eterna del singolo, con la sua inconfondibile personalità e la sua esperienza unica, irripetibile per qualsiasi altro. Sulla *salus animarum* quale principio supremo dell'ordinamento canonico la bibliografia è ampia. Tra gli altri si rinvia ai contributi di Herranz, Moneta, Errazuriz e Arrieta pubblicati sul fascicolo n. 2 del 2000 della rivista internazionale di diritto canonico *Ius Ecclesiae* nonché a V. BERTOLONE, *La salus animarum nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, Roma, 1987; J. GAUDEMET, *Tradition romaine et réflexion chrétienne: le concept d'«aequitas» au IVe siècle*, in *Apollinaris*, 63, 1990, pp. 199 ss.; P. ERDÖ, *Salus animarum: Suprema lex. La funzione dei riferimenti alla salvezza delle anime nei due codici della Chiesa Cattolica*, in AA.Vv., *Atti del Simposio internazionale per il decennale dell'entrata in vigore del CCEO*, Città del Vaticano, 2004, pp. 579 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007; B. SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Napoli, 2007. Di un "sentiero equitativo" verso la *salus animarum* scrive suggestivamente P. GROSSI, *L'ordine*

pubblico⁶²: mai, infatti, esse potranno, in alcun modo, limitare la radicale essenzialità del consenso nell'ordinamento canonico⁶³.

Ciò significa anche e per contro che, qualunque sia la ragione per la quale il consenso di entrambe le parti o anche di una sola di esse manchi o sia viziato sostanzialmente, il matrimonio risulterà sempre nullo⁶⁴, a prescindere dalla posizione, dalla buona fede o dalla validità del consenso dell'altro contraente. Infatti l'insostituibilità del consenso matrimoniale implica che la disciplina matrimoniale canonica debba essere necessariamente tesa a salvaguardare il nucleo essenziale del consenso, così che non si debba riconoscere come valido un matrimonio ogniqualvolta non si possa individuare l'effettiva esistenza di quella peculiare realtà psicologica che è il consenso delle parti⁶⁵.

Un esempio valga a spiegare la portata di quanto detto sino ad ora.

La necessaria rilevanza giuridica nel consenso matrimoniale di qualsiasi divergenza essenziale tra volontà e dichiarazione porta all'individuazione di

giuridico medievale, Roma-Bari, 2002, pp. 119 ss e 214, rifacendosi ad un'immagine tratta dalle fonti: «*Nos autem per aequitatis semitam incedentes*» (*Decretales*, I, 29, 26).

⁶² Si condivide ancora oggi l'opinione di Giacchi, D'Avack (*Corso di diritto canonico*, Milano, 1956, pp. 215 ss.) e Bidagor (*Consideraciones historico-juridicas sobre la distinción del derecho publico y derecho privado en el derecho canónico*, in *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 1968, pp. 545 ss.), sulla identificazione del *privatum* con l'interesse spirituale individuale, motore essenziale di tutto l'ordinamento della Chiesa. L'A. osserva che «*s'intende perfettamente quale posto abbia nell'ordinamento della Chiesa la salus animarum: il posto di uno scopo che, come tale, non è entro l'ordinamento ma al di fuori di esso, anzi non è tanto uno scopo ma lo scopo per eccellenza, l'elemento metagiuridico al quale tutto il complesso della giuridicità canonica deve tendere e in cui alla fine deve realizzarsi*»; O. GIACCHI, *Commento al discorso di Pio XII al Tribunale della S.R. Rota del 4 ottobre 1941*, in *Jus*, 1941, p. 515.

⁶³ O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., p. 54.

⁶⁴ Va peraltro tenuto presente che questo principio eminentemente contrattualistico, spinto addirittura alle sue estreme conseguenze, regge e domina il solo momento costitutivo del negozio matrimoniale, senza estendersi in alcun modo anche alla vita e sussistenza giuridica del negozio stesso, la quale risulta al contrario regolata da un complesso di norme di squisita natura pubblicistica, che escludono fin la più lontana idea del contratto. Nel diritto canonico, cioè, il matrimonio sorge e si perfeziona unicamente in virtù del *consensus* degli sposi ma tale consenso è inteso come un consenso iniziale, definitivo ed irrevocabile, scambiato da essi nel momento in cui comincia la loro vita coniugale e quindi, una volta costituitosi validamente il matrimonio, le parti non solo non possono più scioglierlo revocando il loro consenso ma non hanno riconosciuta neppure alcuna libertà di scelta per quanto attiene la natura, la qualità e l'esercizio stesso dei diritti e doveri nascenti dal vincolo. In altri termini, nel diritto canonico, mentre il *matrimonium in fieri* si presenta come un contratto irrevocabile, la società coniugale, cioè il *matrimonium in facto esse*, appare addirittura un'istituzione di diritto pubblico per la quale è il potere stesso ecclesiastico che fissa autoritativamente tutti i compiti dei coniugi; P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 22; cfr. anche, *ex multis*, D'AURIA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 47; O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., p. 48, p. 89.

⁶⁵ Tanto meno può poi ritenersi sufficiente, come sostiene pur autorevolmente il Fedele, una volontà caratterizzata unicamente dalla mancata esclusione di un momento matrimonialmente essenziale, perché non può certo costruirsi su elementi negativi un atto positivo qual è, in base al can. 1057 § 1, quel consenso matrimoniale che nessuna potestà umana può sostituire; cfr. P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962, p. 539.

quel fenomeno, canonicamente singolare rispetto alle legislazioni statuali⁶⁶, che suole tradizionalmente qualificarsi come “simulazione”. A tenore del § 2 del can. 1101, infatti, per simulazione deve intendersi qualsiasi dichiarazione matrimoniale che sia stata unilateralmente o bilateralmente modificata mediante un positivo atto di volontà diretto ad escludere il matrimonio, un suo elemento essenziale o una sua proprietà essenziale⁶⁷.

La singolarità di un tale fenomeno è misurata anzitutto dalla diversità dei contenuti abbracciati con questa qualificazione nel diritto matrimoniale ecclesiale ed in quello degli altri ordinamenti statali⁶⁸. È, infatti, questo il più significativo tra i molteplici aspetti della disciplina positiva canonica del matrimonio che riflettono i principi razionali, pregiuridici, cioè di diritto naturale, ai quali essa è indissolubilmente ancorata e determinano il suo incolumabile

⁶⁶ L'art. 123 cc recita: «1. Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti. 2. L'azione non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima». Esso mostra perfettamente e continua a riflettere il contrasto che divideva dottrina e giurisprudenza prima della riforma del diritto di famiglia. Da una parte, infatti, – ed era la posizione prevalente – si sosteneva la contrarietà ad ammettere la efficacia invalidante della simulazione nel matrimonio per una ragione teorica ed una – ben più fondante – pratica. Sotto il profilo ideologico e speculativo, rifacendosi alla dottrina hegeliana, si argomentava che, il matrimonio essendo un atto dello Stato rispetto al quale il consenso ha il solo valore di presupposto o quanto meno un negozio complesso a tre parti di cui una è l'ufficiale di stato civile, non sarebbe concepibile la simulazione perché essa presuppone l'accordo simulatorio tra tutte le parti del negozio mentre per definizione non partecipa a quest'ultimo ufficiale di stato civile. Sotto il profilo pratico più efficacemente si negava rilevanza alla simulazione con riferimento al matrimonio perché altrimenti sarebbe stato facile costruire false prove di essa o addirittura precostituirla per il caso che poi la convivenza si rivelasse non piacevole o non continuabile. Dall'altra parte, si rilevava che però l'ordinamento giuridico non ha nessun interesse a tenere in piedi dei vincoli coniugali che non sono stati voluti o che sono stati posti in essere solo in apparenza o per ottenere effetti del tutto estranei all'essenza del matrimonio (ad esempio per ottenere la cittadinanza oppure quei benefici del sistema previdenziale che presuppongono il vincolo del matrimonio). Al proposito cfr. le chiarissime ed illuminanti parole di L. MENGONI, *Appunti in materia di invalidità matrimoniale delle lezioni del corso di Diritto civile (a.a. 1975/1976) tenuto nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università Cattolica*, in A. NICOLUSSI (a cura di), *Diritto civile della famiglia*, Milano, 2011, pp. 71 ss. Sembra a chi scrive che le suddette ragioni, pur in qualche modo condivisibili negli anni '70, oggi, soprattutto dopo la riforma del cd. divorzio e dopo l'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano del riconoscimento delle unioni civili e delle convivenze di fatto abbiano perduto gran parte, se non tutta, la loro forza argomentativa.

⁶⁷ Nonostante le molteplici ragioni che apparentano strettamente questa fattispecie canonica alla simulazione (cfr., tra gli altri, S. PUGLIATTI, *Interferenze tra metus e simulazione nel matrimonio canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 62 [1951], pp. 467-468), alcuni hanno autorevolmente fatto rilevare come l'ipotesi di “simulazione” propria di uno dei contraenti debba più esattamente qualificarsi “riserva mentale” (cfr. P. FEDELE, *Intentio e conditio contra matrimonii substantiam*, in *Rivista di diritto privato* 6/1 [1936], pp. 33-40 o anche A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., p. 194), mentre altri ha osservato che lo stesso termine “simulazione” è del tutto estraneo al linguaggio del legislatore canonico (cfr. E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva*, cit., pp. 159-160).

⁶⁸ P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 97.

divario e più spesso il suo netto contrasto rispetto alla disciplina civile del matrimonio⁶⁹. Si tratta, in altri termini, di uno degli aspetti che più riflette lo spirito e l'essenza del diritto e dell'ordinamento canonico e sul quale – forse proprio per questo – la cd. mentalità laica è più lontana da quella della Chiesa e meno riesce a comprenderla⁷⁰.

Per le motivazioni anzi esposte se la volontà interna di una o di entrambe le parti contraddice la manifestazione esterna espressa durante la celebrazione del matrimonio, la volontà dell'ordinamento giuridico canonico non si sostituisce alla mancante volontà del soggetto e, malgrado l'apparente celebrazione, non sorge alcun vincolo, per quanto possa essere dimostrato che il soggetto, con o senza l'adesione dell'altro contraente, era conscio della discordanza tra la sua volontà e la manifestazione esterna da lui compiuta ed anzi voleva tale discordanza⁷¹.

È questa la dimostrazione forse più netta e potente di quel principio proprio del matrimonio canonico ed introdotto dal Cristianesimo per la prima volta nella storia, per cui il matrimonio è essenzialmente l'accordo di due volontà⁷². Se tale accordo o *consensus* manca o è viziato nel momento in cui è manifestato, il matrimonio non esiste. A questo concetto essenziale la Chiesa tiene fede anche laddove ragioni morali e pratiche farebbero persino dubitare se non fosse meglio passare oltre e far sì che chi ha simulato la volontà matrimoniale rimanga legato ad essa.

⁶⁹ P. FEDELE, *Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 150. Tutto ciò spiega quello che non è sempre facile far comprendere alla cd. mentalità laica e cioè il valore dato dall'ordinamento canonico in materia matrimoniale alla contraddizione tra volontà interna e manifestazione anche nei casi di simulazione o cd. riserva mentale unilaterale; cfr. O. GIACCHI, *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, cit., p. 341. Si riporta al proposito il condiviso e condivisibile commento dell'A.: «Purtroppo qua e là affiora nell'interno stesso della Chiesa, qualche tendenza ad assimilare su questo punto l'antica ed irrefragabile posizione del diritto canonico a quella dei diritti civili, forse nella supposizione che ciò serva meglio alla funzione pastorale della Chiesa. Si permetta qui all'ultimo dei laici, ben conscio tra l'altro della diversità che esiste nella Chiesa tra i due ceti che la compongono sia pure formando un unico popolo di Dio, esprimere il proprio parere di persona immersa necessariamente nelle cose del mondo e a contatto con i più diversi ambienti, anche i più «laicisti» e più lontani: mai la Chiesa esercita sui «lontani» da avvicinare e da avviare a Cristo Signore, il suo fascino di Maestra e la sua attrazione di Madre come quando presenta tutta se stessa, senza per nulla annacquare il vino della Chiesa con l'acqua del mondo, con intatto il suo speciale punto di vista, inalterato il frutto della sua esperienza bimillenaria, coerente in ogni sua parte il suo insegnamento di vita».

⁷⁰ O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 89-90.

⁷¹ Al proposito cfr. anche S. GHERRO, *Diritto canonico (nozioni e riflessioni) II. – Diritto matrimoniale*, Padova, 2004, pp. 165-166; nonché P. MONETA, *Spunti di riflessione sulla simulazione del consenso matrimoniale*, in J. KOWAL - J. LLOBELL (a cura di), «*Iustitia et Iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. II, Città del Vaticano, 2010, pp. 707 ss.

⁷² O. GIACCHI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 89.

Abstract [Ita]

In base al can. 1057 CIC il matrimonio nasce grazie al consenso delle parti, consenso che nessuna autorità umana può supplire. Deve pertanto ritenersi del tutto irrilevante ai fini del sorgere di un valido matrimonio sia il consenso prestato da un'altra persona che non sia uno dei contraenti sia la eventuale "volontà" dell'ordinamento giuridico (che non può assolutamente sostituirsi alla volontà dei nubendi): infatti per il diritto canonico né la legge né alcuna autorità – come, ad esempio, quella giudiziale – sono competenti a ritenere valido un matrimonio laddove sia mancato o inficiato il consenso delle parti o di una sola di esse, come pure – e tanto meno – la medesima legge o autorità non possono assolutamente dispensare dal consenso delle parti.

Parole chiave: consenso matrimoniale; diritto canonico; matrimonio canonico; simulazione.

Abstract [Eng]

The consent to marriage refers to the manifestation of the intending spouses' will, through which they express their decision to marry each other. In canon law only the consent of the parties, legitimately manifested between persons qualified by law, makes marriage; this consent cannot be supplied by any human power (cfr. can. 1057 § 1). This means that the juridic efficacy of a marriage that is celebrated could be deficient when, for example, the internal consent of either party was defective. A marriage, in fact, can be and has to be declared invalid due to defect of consent.

Keywords: consent; marriage; canon law; simulation.