

L'ASSENZA DELLA FORMA CANONICA PRECLUDE L'OPERATIVITÀ DEL PROCESSO DI NULLITÀ MATRIMONIALE? UN'IPOTESI

PAOLA BUSELLI MONDIN

SUMARIO

I • PREMESA: UN DUBBIO PRAXEOLOGICO. **II •** PRELIMINARI D'ORDINE ERMENEUTICO. **III •** LA GIUSTA CAUSA DELL'AZIONE PROCESSUALE: UN MATRIMONIO CELEBRATO. 1. La rinnovata funzione della forma canonica: da presunzione *iuris et de iure* a presunzione *iuris tantum*. A. La valorizzazione della manifestazione reale del consenso matrimoniale. B. L'attuale significato giuridico della forma canonica. C. La rinnovata dimensione umana e culturale del matrimonio. 2. La rinnovata dimensione dell'appartenenza ecclesiale. 3. La rinnovata pastoraltà del processo canonico. **IV •** IL *FUMUS BONI IURIS* DELL'AZIONE PROCESSUALE: LA CELEBRAZIONE DI UN MATRIMONIO. 1. Il *fumus boni iuris* nell'art. 3, §2 DC. A. Necessità accertare un senso matrimoniale. B. Il matrimonio come istituzione. 2. Il *fumus boni iuris* per il matrimonio celebrato tra cattolici senza osservare la forma canonica. **V •** LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE DEL FEDELE: OBBLIGAZIONE EX COSCIENZA E STRETTAMENTE GIURIDICA. **VI •** CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESA: UN DUBBIO PRAXEOLOGICO

Ci si chiede se, all'interno del sistema giuridico canonico, possa trovare legittimo spazio la *prassi* di rendere il processo di nullità operativo anche per i matrimoni che i cattolici hanno celebrato senza osservare la forma canonica¹. La questione proposta esprime un dubbio né di di-

1. L'indagine che si sta svolgendo viene mossa in una prospettiva unicamente intra-ordinamentale, perciò si sta considerando l'ipotesi in cui due cattolici abbiano celebrato *tra loro* un matrimonio senza osservare la forma canonica cui sono tenuti. Per completezza sistemica non mancheranno comunque delle considerazioni sui cattolici non più tenuti ad osservare la forma canonica (cfr. can. 1117 CJC) e sui matrimoni misti (cfr. cann. 1124-1129 CJC).

ritto né di fatto ma piuttosto *praxeologico*². Non sono in discussione il significato giuridico o l'operatività pratica di una norma in vigore, quanto la possibilità giuridica³ del costituirsi di una prassi: quella, appunto, di riconoscere *un interesse ad agire*⁴ anche in relazione ai matrimoni che i cattolici hanno celebrato senza osservare la forma canonica.

L'occasione di questo dubbio è offerta dall'art. 3, §2⁵ dell'istruzione *Dignitas Connubii*⁶, in cui non si dà esecuzione ad una precisa disposizione di legge (cfr. can. 34 CJC) ma ad una *prassi ecclesiastica*⁷ la cui ra-

2. Cfr. C. I. MASSINI, «La interpretación jurídica como interpretación práctica», in *Persona y Derecho* 52 (2005), pp. 413-443; G. ROUTHIER, «La recezione dell'ecclesiologia conciliare: problemi aperti», in ASSOCIAZIONE TEOLOGICA ITALIANA, *La Chiesa e il Vaticano II. Problemi di ermeneutica e recezione conciliare*, Milano 2005, p. 27.

3. La possibilità giuridica è una condizione dell'azione che indica l'esistenza di una norma che contempla in astratto il diritto indicato nella *causa petendi*, cfr. V. INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939, I, pp. 313 e ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino 2004, p. 49, nota 4.

4. L'espressione *interesse ad agire* viene qui usata in senso ampio per indicare non solo la relazione giuridica che intercorre tra l'azione processuale ed il soggetto agente (cfr. cann. 221 e 1501 CJC), ma anche quella che intercorre tra l'azione e l'intera comunità ecclesiale (cfr. cann. 1400 e 1401 CJC), sicché vengono in considerazione sia l'utilità del soggetto agente sia l'utilità della stessa Chiesa al processo. In tal senso, cfr. J. LLOBELL, «Fondamenti teologici del diritto processuale canonico. Sul ruolo del processo per la comprensione dell'essenziale dimensione giuridica della Chiesa», in AA.VV., *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, C. J. ERRÁZURIZ M. e L. NAVARRO (a cura di), Milano 2000, pp. 267-300.

5. «Iudex autem ecclesiasticus illas tantum causas nullitatis matrimonii acatholicorum, sive baptizatorum sive non baptizatorum, cognoscit, in quibus status liber unius saltem partis coram Ecclesia catholica comprobetur oportet, salvo art. 114».

6. L'istruzione *Dignitas Connubii* verrà indicata con l'espressione *DC*.

7. La prassi ecclesiastica occupa un posto di rilievo tra le fonti della *Dignitas Connubii*, come si deduce dal proemio: «Dopo la promulgazione del Codice del 1983, era parso necessario predisporre sollecitamente un'Istruzione che, seguendo le tracce della *Provida Mater*, fosse di aiuto ai giudici e agli addetti dei tribunali nell'interpretare e applicare in modo corretto il rinnovato diritto matrimoniale [...] nel contempo, però, era sembrato opportuno lasciare trascorrere un certo periodo di tempo, prima che la nuova Istruzione vedesse la luce [...] affinché nel redigerla si fosse in grado di tenere conto sia dell'applicazione del nuovo diritto matrimoniale alla luce dell'esperienza, sia delle interpretazioni autentiche eventualmente emesse dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, sia infine dello sviluppo della dottrina e dell'evoluzione della giurisprudenza, soprattutto quella del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica e del Tribunale della Rota Romana», pp. 13-15. Su tale aspetto, cfr. F. DANEELS, «Una introducción general a la Instrucción Dignitas Connubii», in *Ius Canonicum*, 91 (2006), pp. 33-58. Discusso rimane, per altro, il valore normativo della *Dignitas Connubii* al punto che essa non viene riconosciuta come un'istruzione nel senso stretto del can. 34, perché in essa trovano spazio vere e proprie supplenze di lacune legis, soprattutto in riferimento alla giurisdizione ecclesiastica sui matrimoni acattolici, cfr. G. P. MONTINI, «L'istruzione Dignitas Connubii nella gerarchia delle fonti», in *Periodica* 94 (2005), pp. 417-476; J. OTADUY, «El principio de jerarquía normativa y la Instrucción Dignitas Connubii», in *Ius Canonicum* 91 (2006), pp. 59-97.

zionalità (cfr. cann. 24, §2 CJC e 1507, §§2 e 3 CCEO) è stata riconosciuta dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, secondo il quale un tribunale ecclesiastico può giudicare la nullità di un matrimonio celebrato tra non cattolici solo quando le parti acattoliche, siano esse il ricorrente o la parte da convenire, abbiano intenzione di unirsi in matrimonio con un fedele cattolico, da cui deriva appunto la necessità che si accerti il loro stato libero⁸. Per gli acattolici, l'ammissibilità dell'azione è subordinata a due speciali presupposti: l'azione deve essere sorretta da una specifica *giusta causa* ed il *fumus boni iuris* va ricostruito tenendo presente anche il diritto proprio dell'acattolico⁹. La *giusta causa*, intesa come nesso di connessione oggettiva, serve a giustificare la potestà giurisdizionale della Chiesa cattolica, la quale, in sua mancanza, si troverebbe ad invadere l'autonomia propria degli altri sistemi giuridici, cristiani (o altrimenti religiosi) o civili in cui si è realizzato il matrimonio, e consiste appunto nella necessità che sia da provare lo stato libero dell'acattolico (parte attrice o parte da convenire) innanzi alla Chiesa cattolica. Il *fumus boni iuris* va, poi, ricostruito anche sulla scorta del diritto proprio dell'acattolico, perché occorre avere la certezza che un matrimonio sia stato effettivamente celebrato secondo il rito nuziale prescritto dal diritto della comunità acattolica innanzi alla quale le parti si sono sposate.

Orbene, la questione è entro quali limiti i due speciali presupposti accordati all'azione processuale degli acattolici possono valere anche per i cattolici che si sono sposati senza osservare la forma canonica. Quale motivazione giuridica il giudice dovrebbe addurre, per respingere o ammettere la domanda di nullità matrimoniale presentata da un cattolico che ha celebrato il suo matrimonio senza rispettare la forma canonica? Ogni valutazione a favore o contro l'ammissione del libello, nel caso, deve infatti essere giuridicamente fondata in modo coerente nel sistema giuridico canonico, sia quanto alla *causa* sia quanto al *fumus boni iuris* dell'azione processuale, tenendo ben presente la di-

8. Cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, «Dichiarazione sulla giurisdizione della Chiesa riguardo al matrimonio celebrato tra due acattolici», decreto del 28 maggio 1993, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), p. 366; M. A. ORTIZ, «Note circa la giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici», in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), pp. 367-377.

9. Cfr. J. KOWAL, «L'istruzione Dignitas Connubii e la competenza della Chiesa circa il matrimonio dei battezzati», in *Periodica* 94 (2005), pp. 477-507.

versità che sussiste tra la posizione intra-ordinamentale del cattolico rispetto quella extra-ordinamentale dell'acattolico. A tal fine, immediatamente, si nota che non riconoscere nessuna possibile rilevanza canonica ai matrimoni celebrati con rito civile o acattolico da cattolici, come si deduce dal disposto dell'art. 5, §3 DC¹⁰, pare attualmente una posizione che genera una specie di disparità di trattamento tra cattolici ed acattolici, visto che le celebrazioni matrimoniali degli acattolici, nonostante siano giuridicamente inesistenti in senso giuridico-canonico, tuttavia conservano la possibilità giuridica di essere conosciute in un processo di nullità matrimoniale¹¹. Teniamo, poi, presente che viviamo un'epoca in cui il matrimonio canonico soffre frequenti e pungenti mistificazioni e fraintendimenti, sicchè l'apprezzamento preventivo delle situazioni da cui potrebbero sorgere possibili contraddizioni o incongruenze contribuirebbe non solo a preservare la coerenza sistematica della disciplina giuridico-canonica del matrimonio, ma anche a proteggere la stessa dignità giuridica della legge matrimoniale canonica di fronte ai non pochi attacchi di cui essa è vittima. S'impone pertanto la necessità di cercare un'interpretazione che giustifichi, in modo giuridicamente fondato e coerente nell'ordine sistematico del diritto canonico, il significato e le conseguenze processuali della diversa rilevanza canonica dei matrimoni celebrati tra acattolici e di quelli celebrati dai cattolici con rito civile o acattolico. In tal modo si assicurerà alla soluzione scelta, favorevole o contraria all'operatività del processo di nullità per i matrimoni che i cattolici hanno celebrato senza osservare la forma canonica, una collocazione congrua e ragionevole nel sistema giuridico canonico. Non si pretende certo d'offrire un percorso argomentativo esaustivo, ma solamente sufficiente per conferire legittimità al sorgere del suddetto dubbio, del quale perciò non s'intende proporre l'unica possibile risposta, ma quella che si ritiene la più credibilmente ipotizzabile.

10. «Ad comprobandum vero statum liberum eorum qui matrimonium coram civili officiali aut ministro acatholico attentarunt, cum iuxta can. 117 adscripti erant ad formam canonicam servandam, sufficit investigatio praematrimonialis ad normam cann. 1066-1071».

11. Con specifico riferimento al matrimonio civile tra battezzati, l'orientamento prevalente della Rota Romana è quello di interpretarlo come un atto giuridicamente inesistente che, come tale, non può essere oggetto di un processo di nullità matrimoniale. Sulla questione cfr. una coram FUNGHINI, *decisio* diei 30 iunii 1988, in RRTDec., vol. LXXX, pp. 439-448.

II. PRELIMINARI D'ORDINE ERMENEUTICO

Per *affermare* la possibilità del costituirsi di tale prassi non è, comunque, ermeneuticamente corretto semplicemente richiamare in via analogica l'art. 3, §2 DC il quale fa specifico riferimento al matrimonio degli acattolici, e non dei cattolici, trovando stima in esso ragioni di ordine ecumenico ed interreligioso¹². Per *negare* la possibilità del costituirsi della suddetta prassi non pare, poi, ermeneuticamente corretto appoggiarsi semplicemente alla lettera dell'art. 5, §3 DC, secondo cui per accertare lo stato libero del cattolico che non ha osservato la forma canonica non è necessaria una sentenza matrimoniale ecclesiastica che accerti la nullità del suo precedente matrimonio per difetto di forma. In effetti, il disposto cui l'istruzione dà esecuzione non priva il cattolico della legittimità ad agire in un processo matrimoniale nell'ipotesi in cui non abbia osservato la forma canonica, perché a tal fine, trattandosi di una norma inabilitante, sarebbe stato necessario un'espressa disposizione, come stabilisce il diritto comune della Chiesa cattolica, sia latina (can. 10 CJC) che orientale (can. 1495 CCEO). Come concordemente riconosciuto, si è voluto in tal modo chiarire che i processi ecclesiastici possono operare per i cattolici solo in relazione a matrimoni riconoscibili come celebrati tra loro *coram Ecclesia*¹³. Il punto è, perciò, verificare se, ed entro quali limiti, nell'attuale sistema giuridico canonico l'inosservanza della forma canonica escluda l'ecclesialità della celebrazione nuziale tra due cattolici.

Diviene, pertanto, necessario, verificare se sussistono delle specifiche ragioni che consentano di estendere all'azione processuale dei cattolici, che non hanno osservato la forma canonica, la stessa specialità riconosciuta agli acattolici. All'uopo occorre tener presente che l'affermazione del senso (il consenso matrimoniale) e della manifestazione (il rito della celebrazione matrimoniale) sacramentali dell'*humanum* nel matrimonio canonico presuppone un approfondimento pratico (la

12. Cfr. J. KOWAL, «L'istruzione Dignitas Connubii e la competenza della Chiesa circa il matrimonio dei battezzati», cit., pp. 407-507.

13. Cfr. I. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, «sub can. 1686», in AA.VV., *Código de Derecho Canónico*, A. BENLLOCH POVEDA (a cura di), Valencia 1993, p. 726; C. DE DIEGO LORA, «Comprobación de la libertad para contraer matrimonio de los obligados a la forma canónica y no la observaron», in *Ius Canonicum* 24 (1984), pp. 797-800.

dimensione della cultura giuridico-canonica) del dato teologico (la dimensione del sacramento) in cui non sono mancati mutamenti, tra il vecchio ed il nuovo codice latino, né manca un certo pluralismo culturale, tra l'attuale codice latino e quello orientale¹⁴. Circoscrivendo l'analisi all'ordinamento giuridico della Chiesa latina, si tratterà di prendere per mano i mutamenti che l'hanno interessato e vedere se, alla luce di essi, sia oggi giustificabile la possibilità giuridica del costituirsi di una tal prassi. Tale giustificazione non sarà ricercata direttamente nel dato teologico dell'unione matrimoniale tra battezzati cattolici, poiché il suo significato sacramentale è sempre rimasto il supposto, ovvero la collocazione fondativa di tutta la cultura giuridica canonica¹⁵. Si concentrerà perciò questa indagine nella logica ordinamentale della nuova legislazione canonica, ossia nel modo con cui attualmente sono praticamente appresi, compresi e disciplinati il senso ed i limiti della riconoscibilità ecclesiale dell'unione coniugale dei cattolici, per accertare appunto se oggi, diversamente da ieri, sia possibile riconoscere una legittimità al costituirsi di una tal prassi.

Effettivamente, come si vedrà, sotto l'egida della trascorsa codificazione la legittimità ad agire dei cattolici che non hanno osservato la forma canonica non è stata apprezzata, neppure in considerazione alla rilevanza sacramentale di queste unioni matrimoniali, sicchè occorre verificare se le ragioni di questo disconoscimento siano ancora valide per la nuova codificazione. Si muoverà, pertanto, l'indagine nella *ratio* che attualmente caratterizza la potestà della Chiesa latina sul matrimonio dei cattolici e degli acattolici¹⁶, anche nella loro dimensione comparativa, e si cercherà di dimostrare che alla luce di essa non sembrano ancora conservare vigore e valore le stesse ragioni che a suo tempo ispirarono il disposto legislativo cui l'art. 5, §3 DC dà esecuzione, per le quali appunto solo l'osservanza della forma canonica può garantire l'ecclesialità della celebrazione nuziale. Sembra, infatti, che, oggi sia possibile ammettere una giusta causa ed un *fumus boni iuris* al processo canonico sul matri-

14. Cfr. AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, J. CARRERAS (a cura di), Milano 1998.

15. Cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El derecho del pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho canónico*, III, *Derecho matrimonial*, Pamplona 1973; J. PRADER, *Il Matrimonio in Oriente e in Occidente*, Roma 2003.

16. Cfr. J. CARRERAS, «La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Città del Vaticano 2002, pp. 207-220.

monio che il cattolico ha celebrato senza osservare la forma canonica, seppur per ragioni differenti da quelle riconosciute per trattare la nullità dei matrimoni celebrati tra acattolici, secondo appunto l'art. 3, §2 DC.

III. LA GIUSTA CAUSA DELL'AZIONE PROCESSUALE: UN MATRIMONIO CELEBRATO

Per gli acattolici la *giusta causa*¹⁷ necessaria a consentire l'operatività della potestà giudiziale ecclesiastica s'identifica in un elemento di connessione oggettivo con l'ordinamento canonico, talchè occorre che il soggetto coinvolto viva liberamente una situazione che obiettivamente lo potrebbe legare al medesimo ordinamento canonico, come appunto un matrimonio da celebrare con un cattolico¹⁸. Per il cattolico vale lo stesso principio, tuttavia, con un contenuto diverso: *la connessione oggettiva* non è, infatti, data dal prossimo matrimonio da celebrare, ma dal fatto che egli, *battezzato nella Chiesa cattolica, si sia già unito in matrimonio, anche senza osservare la forma canonica*.

Per il cattolico la prossima celebrazione del matrimonio costituisce solamente un'occasione per rivalutare la sua precedente esperienza matrimoniale, senza che essa venga a giustificare la giurisdizione della Chiesa, in cui egli è incorporato mediante il battesimo, segno e vincolo di appartenenza all'ordinamento giuridico canonico¹⁹. Sebbene il battesimo giustifichi la potestà di giurisdizione della Chiesa cattolica, esso, comunque, non fonda sempre automaticamente la possibilità giuridica di un processo giudiziale nel merito di tutte le azioni dei fedeli cattolici, ma solo di quelle che potrebbero avere una rilevanza in senso giuridico ca-

17. Nel diritto processuale canonico la giusta causa si distingue dalla causa grave e gravissima perché il suo presupposto «si presenta con caratteristiche di eccezionalità nei confronti della normalità delle situazioni», cfr. R. GENUIN, *Giusta, grave, gravissima causa nel diritto processuale canonico*, Roma 1996, p. 170. Nel caso l'eccezionalità è data proprio dal fatto che si tratta di un matrimonio acattolico, ossia un atto che giuridicamente non appartiene all'ordinamento canonico.

18. Cfr. J. KOWAL, «L'istruzione Dignitas Connubii e la competenza della Chiesa circa il matrimonio dei battezzati», cit., pp. 498-499; M. A. ORTIZ, «Note circa la giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici», cit., pp. 374-377.

19. Cfr. U. NAVARRETE, «Competentia Ecclesiae in matrimonium baptizatorum eiusque limites», in *Periodica* 67 (1978), pp. 95-115; J. CARRERAS, «La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari», in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, cit., pp. 34-45; H. PREE, «Esercizio della potestà e diritti dei fedeli», in *Ius Ecclesiae* 11 (1999), pp. 7-39.

nonico (cfr. can. 1401 CJC)²⁰, tra le quali pare proprio possa riconoscersi anche il matrimonio che in qualsiasi forma i cattolici abbiano celebrato. Tre specifiche ragioni muoverebbero in tal senso e quindi giustificerebbero tale interpretazione: la rinnovata funzione che nella nuova legislazione si può riconoscere alla forma canonica, la rinnovata dimensione dinamica e partecipata dell'appartenenza ecclesiale e la rinnovata dimensione pastorale del processo canonico.

1. *La rinnovata funzione della forma canonica: da presunzione iuris et de iure a presunzione iuris tantum*

L'art. 5, §3 della *Dignitas Connubii* dà esecuzione ad un responso emesso nel 1984 dalla Pontificia Commissione per l'interpretazione autentica del Codice in cui si è negata l'operatività del processo documentale (cfr. can. 1686 CJC) in relazione ai matrimoni celebrati da cattolici che non hanno osservato la forma canonica²¹. In tal caso, per accertare lo stato libero del cattolico che intende risposarsi nella Chiesa cattolica secondo il rito canonico è stata ritenuta sufficiente l'indagine amministrativa di cui ai cann. 1066-1067, senza la necessità di svolgere un processo matrimoniale che accerti la nullità del precedente vincolo per l'assenza della forma. Tale responso riflette una concezione della forma del rito nuziale cattolico che se per un lato si radica nella costante tradizione canonica, dall'altro, tuttavia, non ha trovato consolidamento con l'avvento del nuovo codice la cui ispirazione conciliare²² ha segnato, in effetti, un sostanziale mutamento al riguardo²³.

Costante nella tradizione canonica della Chiesa latina è la distinzione tra il *matrimonio celebrato* e la *celebrazione del matrimonio*: il primo in-

20. Cfr. J. CARRERAS, «La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari», in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, cit., pp. 9-22; V. PRIETO, «Cose spirituali e annesse alle spirituali. La ratio peccati (can. 1401)», in *Ius Ecclesiae* 15 (2003), pp. 39-77.

21. Cfr. PONT. COMM. PER L'INTERPR. AUT. DEL CJC, Resp. del 26 giugno 1984, in AAS 76 (1984), p. 747.

22. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, «Allocuzione alla Rota Romana 26 gennaio 1984», in *Le Allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana*, G. ERLEBACH (a cura di), Città del Vaticano 2004, p. 195: «il Codice è una nuova legge e va valutato primordialmente nell'ottica del Concilio Vaticano II, al quale ha inteso conformarsi».

23. Cfr. S. PANIZO ORALLO, «El proceso documental en supuesto de defecto de forma», in AA.VV., *Forma jurídica y matrimonio canónico*, R. RODRÍGUEZ OCAÑA (a cura di), Pamplona 1998, pp. 159-182.

dica l'unione di due persone, mentre la seconda la forma con cui detto vincolo viene pubblicamente manifestata²⁴. L'unione di due persone conserva una normatività propria stabilita dal Divino Creatore che le impedisce di essere rigidamente inscrivibile solamente nei canoni propri degli ordinamenti giuridici, anche di quello della Chiesa cattolica, la quale, per altro, non pretende certo di possedere una conoscenza definitivamente acquisita ed assunta del progetto di Dio, perché se ne riconosce essere alla continua ricerca²⁵. Le cause che perciò determinano l'esistenza giuridica del matrimonio all'interno della Chiesa cattolica sono il consenso di entrambi i nubenti battezzati (causa efficiente), il *consortium totius vitae* (causa formale) e le persone stesse dei nubenti (causa materiale)²⁶. Rimane, invece, esclusa la forma canonica che possiede il diverso compito di rendere tale unione pubblica, ossia percepibile, verificabile e manifesta nella comunità cattolica, conferendole altresì la necessaria rilevanza liturgica ed ecclesiale, sì da renderne esperibile anche la sussistenza sacramentale²⁷. Nel sistema giuridico canonico la *celebrazione del matrimonio conforme alla forma canonica* ed il *matrimonio celebrato* risultano pertanto essere due atti giuridici distinti, ma uniti da una relazione *presuntiva*²⁸: il rispetto del rito cattolico fa presumere anche l'esistenza giuridica di un vero consenso matrimoniale, sussistente cioè nel carattere sacramentale, e, viceversa, il suo mancato rispetto ne fa presumere l'inesistenza. La funzione presuntiva della forma si fonda sul fatto che i cattolici sono tenuti a celebrare i loro matrimoni osservando la forma canonica (cfr. cann. 1108 e 1117 CJC), ossia il rito nuziale così come disciplinato dal legislatore ecclesiastico, sicchè, qualora ciò non avvenga, si presume appunto che essi non abbiano voluto realizzare tra loro un vero matrimonio.

24. Cfr. M. A. ORTIZ, «La forma», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, Città del Vaticano 2005, pp. 25-55; G. NEDUNGATT, «Minister of the sacrament of marriage in the East and the West», in *Periodica* 90 (2001), pp. 305-388; W. BERTRAMS, «Indoles personalis et socialis consensus matrimonialis», in *Periodica* 53 (1964), pp. 409-443; R. BELLARMINO, *De controversiis christianae fidei. De sacramento matrimonii*, Neapoli 1858, II, c. 6.

25. Cfr. J. LLOBELL, «Foro interno e giurisdizione matrimoniale canonica», in *Apollinaris* 1997, p. 243.

26. J. J. GARCÍA FAÍLDE, «Nulidad matrimonial. Inexistencia o ineficacia jurídica del consentimiento», in AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico*, 5, Salamanca 1982, pp. 91-124.

27. Cfr. G. KUMINETZ, «La forma de la celebración del matrimonio desde la comparación entre ordenamientos», in *Ius Canonicum* 89 (2005), pp. 89-142.

28. Cfr. E. LALAGUNA, «Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico», in *Ius Canonicum* 1 (1961), pp. 215-227.

L'osservanza della forma canonica ha sempre generato una presunzione *iuris tantum* dell'esistenza del vero matrimonio, in quanto il sorgere del dubbio sul vizio del consenso espresso dal fedele cattolico giustifica appunto il processo di nullità matrimoniale²⁹. Altrettanto, tuttavia, non si è sempre potuto sostenere per la presunzione dell'inesistenza del vero matrimonio derivante dal mancato rispetto della forma canonica. Se, infatti sotto il vecchio codice tale presunzione d'inesistenza era interpretabile come *iuris et de iure*, sotto il nuovo codice, invece, essa può essere qualificata come *iuris tantum*³⁰, e come tale è suscettibile di prova contraria. Il mutamento del carattere della presunzione d'inesistenza, da *iuris et de iure* a *iuris tantum*, riflette un'evoluzione del ruolo della forma canonica. Di essa nel codice del 1917 si sopravvalutavano l'elemento giuridico formale e la funzione di garanzia della certezza giuridica, sicchè il fedele era sempre tenuto ad osservarla così come disciplinata nella legge³¹. Nell'attuale legislazione, al contrario, si tende a rivalutare l'elemento liturgico ed ecclesiale del rito nuziale nonchè l'esigenza di rispettare il vero consenso matrimoniale. Conseguentemente, da un lato un difetto di forma trova maggiore possibilità di essere sanato mediante la supplenza della giurisdizione (cfr. can. 144 CJC), dall'altro il valore della scelta di sposarsi al di fuori della Chiesa cattolica è ritenuto valutabile caso per caso, perché ciò non significa di per sè che il fedele cattolico non abbia voluto realizzare un vero matrimonio³². Tre sono gli aspetti da considerare nell'apprezzamento di questo mutamento: la valorizzazione della manifestazione reale

29. Cfr. E. LALAGUNA, «Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico», cit., pp. 224-225; G. DALLA TORRE, «Il "favor iuris" di cui gode il matrimonio», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2002, pp. 221-233.

30. Sulla necessità di valutare nel carattere *iuris tantum* tutte le presunzioni della nuova legislazione canonica, cfr. E. DIENI, *Finzioni Canoniche. Dinamiche del «come se» tra diritto sacro e diritto profano*, Milano 2004, pp. 216 e ss. e 324 e ss.

31. Cfr. can. 1099, §1 CJC 17; SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, instructio *Provida Mater Ecclesia*, art. 231, in AAS 28 (1936), p. 359.

32. Cfr. coram STANKIEWICZ, *decisio* diei 15 decembris 1992, in RRTDec., vol.LXXXIV, pp. 664-679; J. CARRERAS, «Forma canonica e favor matrimonii in una recente sentenza rotale», in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), pp. 201-215; U. NAVARRETE, «Questioni sulla forma canonica ordinaria nei Codici latino ed Orientale», in *Periodica* 85 (1996), pp. 498-499, in cui il mutamento della funzione della forma canonica viene ricondotto a tre ragioni d'ispirazione conciliare: 1) l'approfondimento del fondamento teologico del principio dell'inseparabilità fra patto coniugale e sacramento, soprattutto sulla scorta della valorizzazione dell'amore coniugale alla luce di quello sponsale tra Cristo e la Chiesa; 2) l'approfondimento del sacerdozio comune dei fedeli, 3) lo sviluppo del ruolo del laicato e della pluralità dei carismi tra cui è incluso il ministero specifico dei coniugi cristiani e della famiglia, quale «chiesa domestica».

del consenso matrimoniale; l'attuale significato giuridico della forma canonica; la rinnovata dimensione umana e culturale del matrimonio.

A. *La valorizzazione della manifestazione reale del consenso matrimoniale*

Primo fra tutti è sicuramente la progressiva valorizzazione della manifestazione reale e non formale del consenso matrimoniale.

Sebbene, infatti, anche per l'attuale *legislazione* la forma canonica conservi la funzione *ad validitatem* per il matrimonio, sicchè il cattolico rimane comunque tenuto ad osservarla³³, si sono verificati in essa significativi mutamenti in ordine appunto all'avvaloramento della percezione reale, e non meramente formale, del consenso matrimoniale. Si pensi, infatti, ai seguenti mutamenti avvenuti nella legislazione: all'innovazione che il nuovo codice ha realizzato mediante il can. 1117 in cui, diversamente da prima (cfr. can. 1099, §1, n. 1° CJC 17), si esentano dall'osservanza della forma canonica i fedeli che mediante atto formale hanno abbandonato la Chiesa, operando così in favore dello *ius connubii*, nel rispetto dell'autonomia dell'atto-matrimonio celebrato³⁴; alla peculiare presunzione *iuris tantum* della perseveranza del consenso anche in caso di difetto di forma (cfr. can. 1107 CJC), non più solo per un impedimento (cfr. can. 1093 CJC 17)³⁵; alla semplificazione della delega ad assistere, estesa anche ai laici (cfr. cann. 1111-1113 CJC 83 e cann. 1094-1103 CJC 17), ed alla conseguente estensione della possibilità di ricorrere alla supplenza della giurisdizione (cfr. can. 144)³⁶; nei matrimoni misti, al riconoscimento della funzione *ad liceitatem*, e non più *validitatem*, del rito cattolico, ed alla possibilità di dispensarlo (cfr. can. 1099, §2, n. 2° CJC 17 e can. 1127; §§ 1 e 2 CJC 83)³⁷. La stessa tutela dello *ius connubii* ha determinato ne-

33. Ed in effetti l'*impedimentum ligaminis* non sorge qualora il patto matrimoniale tra cattolici non si sia manifestato nella forma canonica, cfr. P. PELLEGRINO, «L'*impedimentum ligaminis* nel diritto matrimoniale canonico», in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. I, cit., pp. 481-507.

34. Cfr. M. A. ORTIZ, «La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio», in *Ius Ecclesiae* 15 (2003), pp. 371-406.

35. Cfr. P. PELLEGRINO, «Il consenso ed il suo oggetto», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, Vol. I, cit., pp. 185-189.

36. Cfr. V. DE PAOLIS, «Delega e supplenza di potestà per assistere al matrimonio», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, cit., pp. 57-78.

37. Cfr. L. ORSY, «De forma canonica in matrimoniis mixtae religionis», in *Periodica* 53 (1964), pp. 320-347; C. J. ERRÁZURIZ M., «I matrimoni misti: approccio interordinamentale e

lla *prassi* ecclesiastica una maggior stima per una funzione che sia ad *liceitatem*, e non ad *validitatem*, della forma canonica nel matrimonio tra cattolici³⁸, oltre che un diverso apprezzamento per i fedeli che contraggono tra loro un matrimonio con rito solo civile per il quale, per altro, sia il magistero³⁹ che la letteratura⁴⁰ hanno riconosciuto un'apparenza matrimoniale tale da non essere comunicabile ad una semplice convivenza di fatto⁴¹, sì da non poterlo sempre apprezzare come un matrimonio «attentato»⁴².

dimensioni di giustizia», in *Ius Ecclesiae*, 17 (2005), pp. 221-245; S. BERLINGÒ, «I matrimoni misti: disciplina canonica», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. I, cit., pp. 169-183.

38. Cfr. M. A. ORTIZ, «La forma», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, pp. 40-52; G. KUMINETZ, «La forma de la celebración del matrimonio desde la comparación entre ordenamientos», cit., p. 138. Per altro, già durante la fase preparatoria del Concilio si discuteva la soppressione della forza irritante della forma canonica, cfr. F. R. AZNAR GIL, «La revisión de la forma canónica del matrimonio en el Concilio Vaticano II», in *Revista Española de Derecho Canónico* 38 (1982), pp. 507-534.

39. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, «Esortazione Apostolica *Familiaris Consortio*», in AAS 73 (1981), p. 82. Sul punto cfr. A. PALAZZO, «Giurisdizione civile e sacramentalità del matrimonio canonico», in *Diritto Ecclesiastico* I (1994), pp. 151-178. In particolare, richiamando l'opinione di A. Nicora, si spiega che: «La cautela della Chiesa nel prediligere la forma canonica per la celebrazione del sacramento è motivata da ragioni pastorali, per evitare la banalizzazione della sostanza attraverso celebrazioni diverse che potrebbero divenire inadeguate a valorizzarla adeguatamente e che va pertanto preparata da ministri di culto idonei a indirizzare i nubendi che saranno i ministri del sacramento», p. 173.

40. Cfr. J. BANK, *Connubia Canonica*, Romae-Friburgi-Brig.-Barcinone 1959, pp. 68-78; E. LALAGUNA, «El matrimonio civil ante el derecho canónico», in *Ius Canonicum* 2 (1962), pp. 273-288; T. RINCÓN, «Implicaciones doctrinales del matrimonio civil de los católicos», in *Ius Canonicum* 38 (1979), pp. 77-158; R. NAVARRO-VALLS, *Estudios de derecho matrimonial*, Madrid 1977, pp. 51 e ss.; J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, Roma 2003, pp. 67 e ss. in cui si approfondisce il carattere obbligatorio e facoltativo della previa celebrazione civile rispetto quella canonica nei paesi europei; M. A. ORTIZ, «La validità del matrimonio civile celebrato da battezzati nella Chiesa ortodossa», in *Ius Ecclesiae* 17 (2005), pp. 315-333. Per un excursus storico sulla stima che la Chiesa aveva, prima del CJC 17, per il matrimonio civile dei fedeli, cfr. A. L. CASIRAGHI, «Matrimonio civile al Concilio Vaticano I», in *Ius* 1 (2006), pp. 233-277; S. ACUÑA, «La forma del matrimonio hasta el decreto "Ne Temere"», in *Ius Canonicum* 25 (1973), pp. 137-192. Nella giurisprudenza, cfr. coram FUNGHINI, *decisio* diei 30 iunii 1988, cit., pp. 439-448.

41. Per altro, il menzionato responso della Pontifica Commissione per l'interpretazione autentica del Codice, cui la *Dignitas Connubii* nell'art. 5 dà esecuzione, ha a sua volta generato nella dottrina ulteriori dubbi interpretativi soprattutto in considerazione della nuova legislazione canonica secondo la quale, da un lato, per i matrimoni misti può anche essere ad *validitatem* sufficiente il solo rito civile, e dall'altro, i cattolici che abbandonano con atto formale la Chiesa non sono più tenuti ad osservare la forma canonica, sicchè in tali casi sarebbe auspicabile una trattazione giudiziale della nullità matrimoniale, senza potersi limitare alla sola investigazione amministrativa. Sul punto cfr. S. PANIZO ORALLO, «El proceso documental en supuesto de defecto de forma», cit., pp. 168-169; J. J. GARCÍA FAÍLDE, *Nuevo Derecho procesal Canónico*, Salamanca 1995, p. 299.

42. Cfr. C. DE DIEGO LORA, «Comprobación de la libertad para contraer matrimonio de los obligados a la forma canónica y no la observaron», cit., pp. 797-798.

Pertanto, nel diritto matrimoniale canonico non si afferma più, come avveniva in passato in ossequio al perseguimento del bene comune della società ecclesiale, il primato dell'ordine solo apparente derivante dall'osservanza della forma canonica, ma si sostiene al contrario il primato dell'ordine reale e naturale del consenso matrimoniale, comunque manifestato, in vista del bene personale dei fedeli⁴³. Quando ancora vigeva il vecchio codice, il carattere *iuris et de iure* della presunzione d'inesistenza del vero consenso per inosservanza della forma manifestava un mancato apprezzamento della distinzione tra il matrimonio celebrato e la celebrazione del matrimonio. Coerentemente con questa visione nella dottrina e nella giurisprudenza dell'epoca la nozione di *matrimonium inexistens* indicava solo un matrimonio nullo per vizio del consenso, ma non anche un matrimonio celebrato con una forma diversa da quella canonica, per designare il quale si preferiva l'espressione *non est matrimonium*⁴⁴. La cura per l'ordine pubblico ecclesiale garantito da una rassicurante apparenza giuridica impediva, perciò, di approfondire un aspetto fondamentale: l'esistenza ed il valore del consenso coniugale prestato senza forma canonica erano da ritenersi accertabili⁴⁵. Conseguentemente se, sotto il vecchio codice, l'assenza della forma canonica faceva irreversibilmente presumere anche l'inesistenza giuridica del vero consenso matrimoniale, senza la possibilità di ricorrere alla via giudiziale per provare il contrario⁴⁶, diversamente per il nuovo codice tale presunzione sembra aver perso il carattere della irreversibilità acquistando invece la possibilità di essere sottoposta alla prova contraria, proprio in considerazione della diversa percezione dell'autonomia giuridica dell'atto-matrimonio celebrato rispetto l'atto-celebrazione del matrimonio⁴⁷.

43. Cfr. J. M. SERRANO RUIZ, «Ispirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico», in AA.VV., *Il codice del Vaticano II, Matrimonio Canonico tra tradizione e rinnovamento*, Bologna 1985, pp. 13 e ss.; S. BORDONALI, «La forma della celebrazione del matrimonio», in *Diritto Ecclesiastico* I (1992), pp. 762-781.

44. Cfr. U. NAVARRETE, «Ecclesia sanat in radice matrimonia inita cum impedimento iuris divini», in *Periodica* 52 (1963), pp. 369-376.

45. Cfr. H. FLATTEN, «De matrimonio civili catholicorum», in *Periodica* 67 (1978), pp. 211-233; F. ARBOLEDA, «De natura iuridica matrimonii civilis catholicorum in iure canonico condito et condendo», in *Periodica* 67 (1978), pp. 343-352.

46. Cfr. F. ARBOLEDA, *De natura iuridica matrimonii civilis catholicorum in iure canonico condito et condendo*, cit., p. 351, in cui nella prospettiva *de iure condendo* scriveva: «Sed si matrimonio civili conceditur exstentia iuridica canonica, ei datur ex eo praesumptio validitatis, et probanda esset eius invaliditas processu formali nullitatis».

47. Al punto che: «Quibus attentis absolute loqui de matrimonio civili uti inexistenti pro Ecclesia arduum videtur eo vel magis quod idem, dummodo initum fuerit affectu maritali et consensus sub specie et figura extrinseca iusti matrimonii datus perseveret, iuxta ca-

B. *L'attuale significato giuridico della forma canonica*

Il processo di nullità matrimoniale, in effetti, si può dare solo riconoscendo che la celebrazione del matrimonio ed il matrimonio celebrato siano due atti giuridicamente distinti, ma tra loro connessi da una relazione presuntiva *iuris tantum*. Solo la celebrazione del matrimonio potrebbe rimanere altra rispetto l'ordinamento canonico, ma non l'unione coniugale. Quest'ultima rimane invece sempre in esso accertabile, proprio in forza del fatto che l'esistenza giuridica del vero consenso matrimoniale, ossia del matrimonio celebrato, è presunta in modo *iuris tantum* dall'esistenza giuridica della forma canonica, ossia della celebrazione del matrimonio.

Attualmente, in maniera più radicata e ferma del passato, si può attribuire al consenso matrimoniale una vita giuridica propria ed indipendente rispetto alla celebrazione nuziale. L'espressione matrimonio inesistente, perciò, può indicare la giuridica inesistenza sia del matrimonio celebrato sia della celebrazione del matrimonio, per cause differenti e con effetti differenti⁴⁸. Mentre l'esistenza e l'inesistenza del matrimonio celebrato tra cattolici dipendono dalla sussistenza o meno della causalità del consenso naturalmente sufficiente (causa efficiente, formale e materiale prossima e remota), diversamente, l'esistenza e l'inesistenza della celebrazione matrimoniale tra cattolici dipendono da altre cause⁴⁹.

La forma canonica è, infatti, da ritenersi *giuridicamente esistente* quando gli sposi si scambiano il consenso innanzi ad un assistente qualificato che, alla presenza di testimoni, chiede e riceve il loro consenso in nome della Chiesa, (cfr. can. 1108 CJC): in tal modo la celebrazione nuziale

nonem 1139, § 1, sanari potest in radice», cfr. una *decisio* coram FUNGHINI, *diei 30 iunii* 1988, cit., p. 442, dove anche si mette in luce una certa contraddizione nella diffusa opinione, della dottrina e della giurisprudenza, in cui il matrimonio inesistente, come quello civile, si ritenga sanabile in radice, ma non suscettibile di una convalidazione semplice. Sulla *sanatio in radice* del matrimonio civile, cfr. N. SCHOCH, «La sanazione in radice (cann. 1161-1165)», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, cit., pp. 543-547; IDEM, «La sanazione in radice dei matrimoni celebrati in forma civile o senza forma pubblica», in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, cit., pp. 280-327.

48. Cfr. J. CARRERAS, «Forma canonica e favor matrimonii in una recente sentenza rotale», cit., pp. 201-215; M. A. ORTIZ, «La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio», cit., pp. 371-406.

49. Cfr. M. A. ORTIZ, «La forma», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, cit., pp. 39-49.

è giuridicamente qualificabile, e come tale capace di essere identificata nella sua funzione⁵⁰. Quando, invece, manca l'assistente e, sebbene presente, egli non opera in nome della Chiesa (come il caso dell'ufficiale civile o del ministro di culto acattolico), oppure quando mancano solo i testimoni, o, sebbene presenti, l'assistente non è qualificato secondo il can. 1108 (come per esempio un laico non delegato), si configura l'inesistenza giuridica della celebrazione nuziale, ossia l'assenza stessa della forma canonica che, come tale, non può essere identificata nella sua funzione⁵¹.

Orbene, la celebrazione nuziale, già giuridicamente esistente in forza della presenza di un assistente qualificato e dei testimoni, è giuridicamente anche valida quando è pure in grado di essere giuridicamente efficace, ossia *capace di agire* nella funzione per cui essa è stata istituita. Questo avviene quando l'assistente non è inabile, opera nell'ambito della propria giurisdizione (cfr. cann. 1109, 1110, 1115 CJC), è legittimamente delegato ed i testimoni sono due (cfr. cann. 1111-1112 CJC)⁵². Ogni *difetto* che riguarda l'abilità del sacerdote, la legittimità della delega o il numero dei testimoni renderebbe perciò la forma canonica giuridicamente inefficace, ossia invalida, perché appunto incapace di agire nella sua funzione di testimoniare autenticamente e credibilmente l'avvenuta unione matrimoniale. Pertanto, se, da un lato, l'inesistenza giuridica della celebrazione del matrimonio determina l'assenza della forma canonica (e questo è il caso del matrimonio celebrato con rito civile o acattolico tra cattolici) dall'altro, l'invalidità giuridica della stessa celebrazione determina il difetto della forma stessa⁵³. Sia l'assenza che il difetto della forma canonica fanno legittimamente presumere, sempre in modo *iuris tantum*, l'inesistenza giuridica del consenso matrimoniale, tuttavia in maniera differente. Il difetto della forma canonica, determinando la sola giuridica inefficacia di una celebrazione nuziale comunque giuridicamente esistente, difficilmente fonda in

50. Cfr. J. F. CASTAÑO, *Il Sacramento del matrimonio*, Roma 1994, pp. 435-445.

51. M. A. ORTIZ, «La forma», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, cit., pp. 40-46.

52. Cfr. V. DE PAOLIS, «Delega e suppleanza di potestà per assistere al matrimonio», in AA.VV., *Diritto Matrimoniale canonico*, vol. III, pp. 57-78.

53. Per un approfondimento sull'autonomia concettuale delle nozioni di inesistenza, invalidità ed inefficacia, cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Il sistema dei ricorsi e dei decreti nel processo matrimoniale canonico. Spunti di teoria generale dell'atto giuridico per una definizione del concetto di atto processuale canonico*, Roma 2005, pp. 21-66. L'esistenza è intesa come capacità giuridica dell'atto e ne esprime gli elementi essenziali; la validità è intesa come capacità di agire dell'atto e ne esprime la giuridica efficacia; l'efficacia coincide con l'effetto dell'atto realmente avvenuto.

modo certo la presunzione della inesistenza giuridica dell'unione matrimoniale la cui esistenza, in effetti, si può continuare a presumere per l'intervento della Chiesa che supplisce la potestà di governo esecutiva, in forza del can. 144 CJC⁵⁴. L'assenza della forma canonica, invece, data l'inesistenza giuridica della celebrazione nuziale, fonda in modo certo la presunzione, sempre *iuris tantum*, dell'inesistenza giuridica dell'unione matrimoniale⁵⁵.

La forma canonica, pertanto, viene oggi a conservare, in maniera maggiormente apprezzabile che in passato, la funzione di *conditio iuris di validità, ma non d'esistenza* del matrimonio celebrato tra cattolici⁵⁶: essa svolge il compito di rendere l'unione matrimoniale dei cattolici, già *giuridicamente esistente* nelle sue proprie cause (efficiente, formale e materiale), e perciò già capace di collocarsi nel sistema canonico nel suo carattere sacramentale, anche *giuridicamente valida*, ossia capace di agire, talchè si possa legittimamente presumere che quei due fedeli sono effettivamente uniti nel sacro vincolo del matrimonio⁵⁷.

C. La rinnovata dimensione umana e culturale del matrimonio

Nel proemio dell'istruzione *Dignitas Connubii* si radica la dignità sacramentale del matrimonio nella dignità *naturale* dell'unione coniuga-

54. Cfr. J. CARRERAS, «Forma canonica e favor matrimonii in una recente sentenza ro-tale», cit., pp. 207-214.

55. La forma straordinaria sarebbe poi giuridicamente inesistente solo laddove non si realizzano le condizioni di cui ai nn. 1° e 2° del can. 1116. Tuttavia, nella pratica interpretativa, è difficile distinguere quando queste condizioni sono mancanti, determinandone l'inesistenza giuridica, ossia l'assenza, o solo difettose, determinandone l'invalidità giuridica, ossia il difetto dichiarabile appunto mediante un processo documentale. Sul punto cfr. G. BONI, «La forma straordinaria di celebrazione del matrimonio canonico», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, cit., pp. 127-135.

56. In effetti, quando vigeva il vecchio codice, sebbene, come ora, la presunzione d'esistenza di un vero consenso manifestato conformemente alla forma canonica avesse carattere *iuris tantum*, la prova contraria, ossia il processo di nullità, era tuttavia più difficilmente esperibile perché s'inabilitava ad agire il fedele colpevole, in modo diretto e doloso, *sive impedimenti sive nullitatis matrimonii* (cfr. can. 1971 CJC 17 e artt. 34-41 dell'istruzione *Provida Mater*), cfr. M. L. JORDÁN, «El "ius accusandi" de los cónyuges en el proceso de nulidad matrimonial», in *Ius Canonicum* (1985), pp. 157-174.

57. Cfr. U. NAVARRETE, «Consensus naturaliter sufficiens, sed iuridice inefficax». Limiti alla sovranità del consenso matrimoniale», in *Periodica* 88 (1999), pp. 361-389; IDEM, «Questioni sulla forma canonica ordinaria nei Codici latino e orientale», in *Periodica* 85 (1996), pp. 489-514.

le e della famiglia⁵⁸. Si ritiene, in particolare, che il riconoscimento accordato alla prospettiva *personalista*⁵⁹, con i valori che essa reca con sé, venga a favorire la stessa realizzazione *umana* del matrimonio e della famiglia, conformemente al progetto del Divino Creatore⁶⁰. Del sacramento matrimoniale, quindi, si pone espressamente in luce, come valore da tutelare, la dimensione naturale, soprattutto nella qualificazione *personalista* d'ispirazione conciliare⁶¹. Differentemente dalla *Provida Mater*⁶², l'attuale istruzione si colloca, sullo sfondo di una rappresentazione e realizzazione *naturalmente umane* del sacramento matrimoniale e della famiglia. Riservare, pertanto, solo ad un'indagine amministrativa le celebrazioni matrimoniali dei cattolici difforni dal rito canonico sembra una scelta non pienamente rispettosa dell'apprezzamento della dimensione naturale della relazione matrimoniale dei battezzati. In effetti, mentre nella precedente istruzione la Chiesa, in una prospettiva *ad intra* e *pre-supposta*, prendeva per mano il matrimonio dei suoi membri perché appunto sacramento: «*Provida Mater Ecclesia...constantem adhibuit sollicitudinem...ne, quod Deus coniunxit, homo separare auderet*», nell'attuale istruzione, invece, la Chiesa stessa, in una prospettiva *ad extra* e *pro-supposta*, si fa prendere per mano dal sacramento del matrimonio che la

58. Si legge nel proemio, p. 7: «Dignitas Connubii, quod "inter baptizatos est imago ed participatio foederis dilectionis Christi et Ecclesiae" postulat, ut Ecclesia matrimonium et familiam in coniugio fundatam, maxima sollicitudine pastorali promoveat atque omnibus quibus potest mediis protegat ac defendat», cfr. J. HERRANZ, «Natura e finalità dell'Istruzione "Dignitas Connubii"», in AA.VV., *L'istruzione Dignitas Connubii nella dinamica delle cause matrimoniali*, J. I. ARRIETA (a cura di), Marcianum Press, Venezia 2006, pp. 13-18.

59. GIOVANNI PAOLO II, «Allocuzione alla Rota Romana 27gennaio 1997», in *Le Allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana*, cit., pp. 260-262.

60. «Concilium Vaticanum II ...doctrinam de dignitate matrimonii et familiae, novis conceptibus ac renovatis terminis proposuit atque evolvit eorum prospectum christianum et recte humanum altius pervestigans [...] Hi vero novi prospectus, qui "personalistici" dici solent, plurium quidem contulerunt ad magis magisque evolvendos [...] valores quosdam qui suapte natura plurium conferunt ut institutum matrimonii et familiae illos altissimos fines assequatur, qui a Deo Creatore provido consilio sunt initi atque a Christo Redemptore amore sponsali sunt donati», p. 7.

61. Cfr. L. VELA, «De personalismo in iure matrimoniali novi codicis», in *Periodica* 79 (1990), pp. 37-67; J. M. SERRANO RUIZ, «Il carattere personale ed interpersonale del matrimonio: alcune riflessioni su questioni di terminologia e di merito come preambolo per una rilettura delle cause di nullità», in *Quaderni dello Studio Rotale* 14 (2004), pp. 43-61.

62. Cfr. SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, «instructio *Provida Mater Ecclesia*», in AAS 28 (1936), p. 313: «Unde sacra haec Congregatio, cui proposita est universa legislatio circa disciplinam septem Sacramentorum, plene perpendit pericula quibus, debita in iudiciis deficiente perita, *magnum Sacramentum* necnon et Ecclesiae ipsius decus in eiusmodi causis pertractandis exponuntur».

sollecita a valorizzarlo per la sua dignità naturalmente intrinseca nell'essenza dell'uomo: «*Dignitas Connubii...postulat ut Ecclesia*».

In tal modo del fedele vengono in considerazione non solo l'appartenenza all'ordinamento giuridico canonico, ma anche il suo essere *uomo*, al quale è propria un'essenza *culturale*⁶³. L'essenza culturale del fedele va tenuta in considerazione in conseguenza del recupero della dimensione culturale dell'uomo, come proposta dal Concilio Vaticano II, nella costituzione pastorale *Gaudium et Spes* (nn. 53-62), e come sviluppata dal magistero di Giovanni Paolo II⁶⁴. Tale rinnovata visione vede nella *cultura* una dimensione fondamentale dell'uomo, il quale è chiamato da Dio a ricercare il *sensu* della vita che gli è stata donata, affinché egli possa capire chi è veramente, e quindi diventare «più uomo», per accedere sempre meglio all'Essere⁶⁵. La cultura non è quindi da assumere semplicemente come la data conoscenza di qualcosa, bensì come una *ricerca di sensu* che, sebbene stabilmente caratterizzata dalla libertà, totalità e trascendenza, trova comunque molteplici direzioni, collocazioni e, soprattutto, valori di riferimento⁶⁶. Il fedele cattolico, spesso, soprattutto nei tempi attuali, smarrisce, più o meno consapevolmente, il senso cristiano del matrimonio, sicché un confronto aperto sulla sua precedente esperienza coniugale (senza quindi limitarsi a prenderne solo atto), costituirebbe una domanda ed una offerta di senso, del senso cristiano del matrimonio da lui celebrato, conformemente all'innata esigenza dell'uomo d'interrogarsi sul significato delle proprie azioni.

La *celebrazione del matrimonio* costituisce, in effetti, anche una realtà *culturale*, poichè da considerarsi come *habitus* tipica dell'uomo che

63. B. MONDIN, *L'uomo: chi è?*, Milano 1989, p. 200: «In quest'ultimi anni ha avuto grande sviluppo un nuova forma di antropologia, l'antropologia culturale. Questa si propone di scoprire chi sia l'uomo non attraverso lo studio della sua a struttura fisica o delle sue facoltà spirituali, bensì mediante l'esame dei suoi prodotti culturali»; p. 203: «Oggi prevale la tendenza di interpretare i rapporti tra cultura e natura come una specie di dialogo il quale comporta un reciproco dare e ricevere: per mezzo della cultura l'uomo umanizza la natura; viceversa, mediante le sue risorse il mondo umanizza l'uomo».

64. Cfr. G. KOVACS, «Diritto e culture. Diritti culturali», in *Apollinaris* 4 (2004), pp. 747-757.

65. K. WOJTYLA, «Il problema del costituirsi della cultura attraverso la "praxis" umana», in *Karol Wojtyla. Metafisica della persona*, G. REALE-T. STYCZEN (a cura di), Città del Vaticano 2003, pp. 1447-1461.

66. K. WOJTYLA, «L'uomo nel campo della responsabilità», in *Karol Wojtyla. Metafisica della persona*, cit., pp. 1217-1301.

è, appunto, un essere culturale⁶⁷. Il matrimonio, in quanto realtà umana per eccellenza, costituisce un comportamento che sicuramente esprime la connaturale ricerca di senso da parte dell'uomo e che, in modo particolare, contribuisce a caratterizzare e tipicizzare le determinate culture, nella diversità dei valori che ne fanno da sfondo. Tale pluralismo culturale può certamente divenire una ricchezza per la Chiesa, purché esso venga inteso in senso prospettico, non relativistico, e venga collocato su un fondamento comune di valori che rispettino la vera e naturale identità del progetto divino. Grazie al pluralismo culturale prospettico si possono cogliere nel fedele cattolico non tanto comportamenti che mutano, quanto comportamenti diversi assunti davanti alla ricchezza diversificata della realtà e dell'ambiente in cui si collocano le persone degli sposi. In effetti, quando i fedeli si sposano al di fuori della comunità cattolica, non è sempre da escludere che essi abbiano conservato l'intenzione di fare *quod facit Ecclesia*, ed inoltre, occorre distinguere *tra chi non ha voluto e chi non ha potuto osservare la forma canonica*: ragioni di ordine giuridico, politico, familiare o anche solamente pratiche, possono infatti gravemente ostacolare il cattolico nell'accedere alla forma canonica⁶⁸.

2. La rinnovata dimensione dell'appartenenza ecclesiale

Le ragioni che muovono le azioni dei fedeli sono la misura più sicura, anche se più difficile da cogliere, per comprendere il reale valore della loro partecipazione ecclesiale, che evidentemente non può essere ridotta alla mera ricezione del battesimo. Differentemente dal codice precedente, grazie al Concilio Vaticano II, con la costituzione dogmati-

67. Cfr. B. MONDIN, *Antropologia filosofica*, Bologna 2000, p. 249: «Tra queste due posizioni antitetiche [cioè tra quella della filosofia classica e quella della filosofia moderna] c'è una via di mezzo, la quale non considera l'uomo né come essere naturale né semplicemente come essere storico, bensì come essere culturale. Non tutto l'uomo è prodoto dalla natura e neppure dalla storia, ma in parte dalla natura e in parte dalla storia, e questo amalgama (sinolo) tra la natura e la storia è opera della cultura»; A. PÉREZ RAMOS, «La inculturación del matrimonio en la moderna jurisprudencia rotal», in *Ius Canonicum*, IC, volumen especial, 1999, pp. 841-854.

68. Cfr. J. PRADER, *Il Matrimonio in Oriente e in Occidente*, cit., pp. 67-83 e 244-248; S. VILLEGIANTE, «Dispensabilità dalla forma di celebrazione del matrimonio e problematicità inerente all'abbandono della fede con atto formale», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, Città del Vaticano 2005, pp. 207-222.

ca *Lumen Gentium*⁶⁹, dell'appartenenza alla Chiesa viene evidenziata una dimensione dinamica⁷⁰ e partecipata⁷¹ sicchè, è possibile riconoscerne diversi livelli, secondo il grado di comunione ecclesiastica e di responsabilità con cui il fedele pratica la propria vita ecclesiale⁷². Essere battezzati, infatti, non significa automaticamente anche trovarsi nella piena comunione ecclesiastica, perché il battesimo deve venire in considerazione come un sacramento che non genera in modo stabile e compiuto il soggetto ecclesiale, il quale al contrario si genera nella pratica dell'Eucarestia e della Penitenza ed altresì nella viva esperienza dell'apprendimento e dell'adeguamento alla Verità divina del magistero. Conseguentemente l'appartenenza alla Chiesa cattolica sembra attualmente assumere una configurazione che non è solo costituzionale (ossia dipendente dalla ricezione del battesimo nella Chiesa cattolica) ma anche disciplinare, perché derivante dal comportamento del battezzato che, in quanto tale, può trovarsi a godere o meno della piena comunione ecclesiastica, a seconda che la sua condotta sia conforme o meno ai valori ed alle regole che, rispettivamente, fondano e compongono il sistema giuridico canonico⁷³.

L'appartenenza alla Chiesa cattolica sembra, perciò, configurarsi come uno stato giuridico dinamico poichè, sebbene essa prenda origine dalla ricezione del battesimo, si sviluppa, matura e si consolida nell'esperienza viva e vissuta del fedele nella Chiesa. L'appartenenza alla Chiesa cattolica sembra poi configurarsi come uno stato giuridico anche partecipato in quanto si richiede al battezzato un'adesione partecipata, ossia radicata nella sua coscienza e nel suo agire personale, talchè il fedele percepisca e comprenda come proprio e personale quello che è il bene comune della Chie-

69. Cfr. R. CORONELLI, «Linee di sviluppo della dottrina in tema di appartenenza alla Chiesa: dal CIC/17 al CIC/1983», in *Periodica* 89 (2000), pp. 201-247.

70. Cfr. D. SALACHAS, «L'appartenenza giuridica dei fedeli a una Chiesa orientale sui iuris o alla Chiesa latina», in *Periodica* 83 (1994), pp. 19-55; R. CORONELLI, «Linee di sviluppo della dottrina in tema di appartenenza alla Chiesa: dal CIC/17 al CIC/1983», in *Periodica* 89 (2000), pp. 201-247.

71. Cfr. P. ERDÖ, «La persona nell'ordinamento canonico: il rapporto tra persona e diritto nella Chiesa», in AA.VV., *Metodo, Fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano 1999, pp. 743-777.

72. Cfr. P. BELLINI, «Spontaneità e costrizione nell'ordinamento generale della Chiesa», in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, vol. I, Perugia 1984, pp. 3-19.

73. Cfr. F. R. GARRAPUCHO, «El diálogo ecuménico y los sacramentos de iniciación cristiana», in *Revista Española de Derecho Canónico* 61 (2004), pp. 169-228.

sa⁷⁴. Pertanto, ogni comportamento del battezzato viene valutato dalla Chiesa non solo nella sua oggettiva manifestazione ma anche nella soggettiva percezione che ne ha avuto il fedele che lo ha posto in essere, cosicchè uno stato di non piena comunione ecclesiale sussiste solo nella misura in cui il fedele è anche responsabilmente cosciente del significato non ecclesiale dell'azione che sta commettendo⁷⁵. Effettivamente, i matrimoni civili dei cattolici, non escludendo un consenso *naturalmente* sufficiente, possono anche rappresentare una forma straordinaria di celebrazione del matrimonio quando si realizzano le condizioni di cui al can. 1116 CJC⁷⁶, e, per altro, nei matrimoni misti lo stesso rito civile svolge la funzione di una vera e propria forma religiosa che assicura la validità della celebrazione nuziale⁷⁷. Da notare, poi, che l'abbandono della Chiesa cattolica mediante atto formale dovrebbe anche essere accompagnato dalla volontà di sciogliere la partecipazione ecclesiastica, ossia da ragioni che si radicano nella coscienza religiosa del singolo. Dunque, quando ciò avviene solo per ragioni di ordine, ad esempio, solo fiscale, o che comunque non riguardano la coscienza religiosa, non si dovrebbe configurare un abbandono vero e proprio⁷⁸, ed in questi casi si tratterebbe di cattolici che, sebbene ancora tenuti all'osservanza della forma canonica, sono tuttavia incorsi nella sua inosservanza solo per conservare l'apparente stato di abbandono⁷⁹. Senza tralasciare il caso di quei cattolici che scelgono di celebrare le loro unioni con riti di altre re-

74. Cfr. A. G. AYALA, «Osservazioni sull'elemento soggettivo nella nuova codificazione canonica», in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, G. BARBERINI (a cura di), vol. I, Perugia 1984, pp. 113-157.

75. Cfr. H. PREE, «Esercizio della potestà e diritti dei fedeli», in *Ius Ecclesiae* 11 (1999), pp. 7-39; P. MONETA, «La libertà del fedele tra responsabilità ed esigenze di comunione», in AA.VV., *I diritti fondamentali del fedele. A vent'anni dalla promulgazione del Codice*, Città del Vaticano 2004, pp. 209-217.

76. Cfr. J. HENDRIKS, «Matrimonii forma extraordinaria», in *Periodica* 84 (1995), pp. 688-690; G. BONI, «La forma straordinaria di celebrazione del matrimonio canonico», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, cit., pp. 127-135.

77. Cfr. J. FORNÉS, «La forma en el matrimonio de un católico con no católico», in AA.VV., *Forma jurídica y matrimonio canónico*, cit., pp. 82-83. In talune comunità acattoliche, infatti, la forma religiosa prevista corrisponde al rito civile, cfr. A. ALBISETTI, «I matrimoni degli acattolici: gli ebrei», in *Diritto Ecclesiastico* I (1990), pp. 457-467; IDEM, «I matrimoni degli acattolici: battisti e luterani», in *Diritto Ecclesiastico* I (1993), pp. 772-781.

78. Cfr. J. PRADER, *Il Matrimonio in Oriente e in Occidente*, cit., pp. 67-83 e 244-248; S. VILLEGIANTE, *Dispensabilità dalla forma di celebrazione del matrimonio e problematicità inerente all'abbandono della fede con atto formale*, cit., pp. 207-222; cfr. R. R. CHACÓN, «El acto formal de apartamiento del canon 1117», in *Revista Española de Derecho Canónico* 46 (1989), pp. 557-59.

79. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, «sub can. 1117», in AA.VV., *Codice di diritto canonico e leggi complementari*, Roma 2004, p. 752.

ligioni solo per manifestare una sorta di disagio o di incomprensione per la Chiesa, conservando tuttavia la consapevolezza del significato naturale della loro unione. Se la Chiesa si limitasse solo a prendere atto della semplice assenza della forma canonica, essa si priverebbe dell'opportunità di conoscere le ragioni della condotta dei fedeli cattolici⁸⁰, dimenticandosi che nel matrimonio i fedeli stessi sono *ministri* anche quando non osservano la forma canonica⁸¹. L'individuazione del nucleo comune di valori di riferimento su cui si colloca la naturale identità del matrimonio può essere particolarmente efficace quando si svolge sullo sfondo della viva esperienza coniugale che il cattolico ha vissuto, con riferimento al precedente matrimonio fallito, e che egli intende rivivere, volendo nuovamente sposarsi nella Chiesa cattolica. La situazione del cattolico, sposatosi senza osservare la forma canonica, può così trasformarsi in una preziosa opportunità sia per la Chiesa (che potrà proporre il vangelo del matrimonio nello specifico contesto di una situazione personale), sia per lo stesso fedele (il quale avrà modo di apprendere le vere ragioni del matrimonio che sta per celebrare⁸², e di recuperarsi autenticamente nella comunione ecclesiastica).

3. *La rinnovata pastoraltà del processo canonico*

La rinnovata funzione presuntiva della forma canonica ed il carattere dinamico e partecipato dell'appartenenza ecclesiale suggeriscono così che sarebbe quanto mai conveniente prendere in considerazione le ragioni che hanno spinto il fedele a non osservare la forma canonica, rendendo così insufficiente il mero accertamento prematrimoniale del suo stato libero. Quanto all'esperibilità del processo matrimoniale, nel caso, deve veni-

80. Cfr. J. M. DÍAZ MORENO, «La vertiente pastoral del “abandono notorio de la fe”», in AA.VV., *Estudios de derecho matrimonial y procesal en homenaje al prof. Dr. J. Acebal Luján*, Salamanca 1999, pp. 39-52; J. SOBRINO-F. WILFRED, «Cristianesimo in crisi?», in *Concilium* 3 (2005), pp. 21-22: «Sappiamo che l'ideogramma cinese per dire crisi indica tanto il pericolo quanto l'opportunità. Noi cristiani traiamo ispirazione dalle Scritture e dalla storia per affrontare la crisi e muoverci verso un futuro con speranza. Il punto è: vivere la crisi con speranza»; C. GEFFRÉ, «La crisi dell'identità cristiana nell'era del pluralismo religioso», in *Concilium* 3 (2005), pp. 23-38.

81. Da tenere ben presente che la componente rituale nel matrimonio, seppur come visto importante, non è giuridicamente assimilabile a quella degli altri Sacramenti, non conservando in esso nessun valore costitutivo, al punto che l'assistenza del teste qualificato non è un atto della potestà di giurisdizione, cfr. R. NAVARRO-VALLS, «sub can. 1108», in AA.VV., *Codice di diritto canonico e leggi complementari*, J. I. ARRIETA (a cura di), Roma 2004, p. 744.

82. Cfr. AA.VV., *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, M. A. ORTIZ (a cura di), Milano 2005.

re in considerazione il rinnovato apprezzamento che grazie al Concilio Vaticano II, soprattutto mediante la *Gaudium et Spes*, ed al magistero di Giovanni Paolo II⁸³ si può conferire alla *pastoralità* del sistema processuale canonico⁸⁴. Il carattere pastorale dei giudizi canonici ha già incontrato una chiara e precisa determinazione di senso: l'attività giudiziale è pastorale poichè sussiste nell'attività di governo⁸⁵, ponendosi al servizio della missione salvifica dei sacri pastori, per il bene spirituale di tutti i fedeli (cfr. can. 213 CJC e can. 16 CCEO). La missione salvifica dei sacri pastori e lo stesso concetto di *pastoralità* hanno, tuttavia, incontrato nel Concilio Vaticano II un significato ed un metodo nuovi che a loro volta potrebbero riformulare anche il carattere pastorale del processo canonico. La *Gaudium et Spes* infatti, ha recuperato un nuovo significato al concetto di *pastoralità*: «E' proprio questo, cioè la traduzione e l'attuazione della fede nella vita vissuta concreta, che si intende con l'aggettivo *pastorale*. Il termine *pastorale* non costituisce un'alternativa al termine dottrinale. Piuttosto, l'atteggiamento *pastorale* presuppone un fondamento dottrinale. La *pastorale* non può né vuole sostituirsi alla dottrina o aggirarla; essa vuole impiegarla nelle situazioni concrete e in esse valorizzarla»⁸⁶. Il rinnovamento del carattere pastorale dell'attività ecclesiale ne ha modificato anche il metodo operativo che è divenuto *dialogico*. L'atteggiamento dialogale, teso ad eliminare la dicotomia tra vangelo e cultura e tra fede e vita quotidiana, rappresenta una significativa svolta ermeneutica da parte del Concilio⁸⁷, accolta e sviluppata dal magistero di Giovanni Paolo II il quale ha, in particolare, mes-

83. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, «Allocuzione alla Rota Romana 18 gennaio 1990», in *Le Allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana*, cit., pp. 223-227.

84. Cfr. J. LLOBELL, «Fondamenti teologici del diritto processuale canonico. Sul ruolo del processo per la comprensione dell'essenziale dimensione giuridica della Chiesa», cit., pp. 267-300.

85. Cfr. J. LLOBELL, «Note epistemologiche sul processo canonico», in AA.Vv., *Diritto per valori e ordinamento costituzionale della Chiesa*, (a cura di) R. BERTOLINO-S. GHERRO-G. LO CASTRO, Torino 1996, pp. 274-291; P. MONETA, «La funzione giudiziaria nella dinamica della potestà di governo», in AA.Vv., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano 1997, p. 29; cfr. M. J. ARROBA CONDE, «Apertura verso il processo amministrativo di nullità matrimoniale e diritto di difesa delle parti», in *Apollinaris*, nn. 3-4, 2002, pp. 754-763.

86. W. KASPER, «L'uomo e la Chiesa nel mondo moderno. La costituzione pastorale *Gaudium et Spes*», in AA.Vv., *Fedeltà e rinnovamento. Il Concilio Vaticano II 40 anni dopo*, B. FORTE (a cura di), Milano 2005, p. 89.

87. Cfr. A. MAFFEIS, «Concilio Vaticano II, dialogo ecumenico, recezione», in ASSOCIAZIONE TEOLOGICA ITALIANA, *La Chiesa e il Vaticano II. Problemi di ermeneutica e recezione conciliare*, cit., pp. 305-330.

so in evidenza come, per una autentica ed efficace riflessione antropologica, occorra partire non dall'uomo astratto, ma da quello concreto e storico, analizzandolo nell'effettiva esperienza della sua vita vissuta⁸⁸.

Questa nuova pastoraltà potrebbe interessare anche la stessa attività giudiziaria la quale, proprio in quanto sussistente nell'attività di governo, si occuperebbe del matrimonio come esperienza propria e tipica dell'uomo, anche ma non solo in quanto fedele cattolico, nella diversità delle sue rappresentazioni e realizzazioni culturali, impiegando e valorizzando il diritto matrimoniale nelle varietà delle concrete relazioni coniugali⁸⁹. L'art. 3, § 2 della *Dignitas Connubii* di per sé rappresenta e realizza questa nuova *ratio* pastorale la quale già da tempo nella Chiesa costituisce prassi ecclesiale, come dimostrano, da un lato, l'indirizzo tracciato dalla Segnatura Apostolica, nell'ammettere il processo di nullità per matrimoni acattolici e, dall'altro, lo stesso scioglimento del matrimonio in favore della fede⁹⁰ che diviene l'occasione di un dialogo evangelizzatore in favore non solo del futuro matrimonio sacramentale da celebrare⁹¹, ma anche del bene dell'anima delle persone coinvolte⁹².

Il processo matrimoniale potrebbe così divenire *locus missionis*⁹³, uno speciale luogo di inculturazione del messaggio evangelico in cui la Chiesa

88. Cfr. F. D'AGOSTINO, «Fondamenti e idealità del diritto nel pensiero di Giovanni Paolo II», in *Apollinaris* 4 (2004), pp. 733-746; Z. GROCHOLEWSKI, *La filosofia del diritto di Giovanni Paolo II*, Roma 2003, pp. 41 e ss.

89. Cfr. U. NAVARRETE, «Matrimonio y cultura: hacia el matrimonio occidental moderno», in *Revista Española de Derecho canónico* 51 (1994), pp. 461-476.

90. Attualmente sono in vigore le nuove *Norme* per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede approvate da Giovanni Paolo II il 16 febbraio 2001 ed emanate dalla Congregazione della Dottrina della Fede il 30 aprile 2001; cfr. J. KOWAL, «Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, Città del Vaticano 2005, pp. 447-492; L. SABBARESE, «Lo scioglimento del vincolo matrimoniale in favore della fede», in *Angelicum* 82 (2005), pp. 673-713.

91. Cfr. P. MONETA, «Le nuove norme per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede», in *Diritto Ecclesiastico* 3 (2002), pp. 1331-1346.

92. Cfr. M. ZALBA, «Favor fidei an salus animarum», in *Periodica* 58 (1969), p. 753: «Fidei favorem aliqua ratione contineri in illo universaliore motivo salutis animarum, perspicuum est»; A. R. A. McCORMACK, «A commentary on the norms for favor of the faith cases», in *The Jurist* 65 (2005), p. 277: «Anything which may legitimately promote, protect, or favor the acquisition or exercise of the faith may now be seen to be "in favor of the faith" and to be a justifying reason for the dissolution»; J. I. ARRIETA, «La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte della pastorali», in *Ius Ecclesiae* 12 (2000), pp. 343-374.

93. Cfr. P. ERDŐ-J. GARCÍA MARTÍN, «La missione come principio organizzativo della Chiesa. Un aspetto particolare: la missione dei presbiteri e dei Vescovi», in *Periodica* 84 (1995), pp. 425-454; P. GHERRI, *Lezioni di teologia del diritto canonico*, Roma 2004, pp. 300-301.

si fa interlocutrice degli uomini, e quindi anche dei propri membri, in quella, tra le loro realtà esistenziali, che più comunemente e concretamente li identifica appunto come uomini, prima ancora che cattolici o acattolici: il matrimonio. In tal modo, attraverso il processo, la Chiesa verrebbe a dialogare con ciascuna persona, fedele e non, nell'intimità del suo unico ed irripetibile vissuto di crisi coniugale e familiare che, come noto, rappresenta sempre una situazione di disagio e di smarrimento anche esistenziale. Quale miglior occasione di dialogo evangelizzatore se non quello tra la Chiesa, attraverso il processo, e l'uomo, non in quanto folla o assemblea o Stato o mondo, ma in quanto persona specifica e determinata, unica ed irripetibile nelle sue crisi e nei suoi dubbi⁹⁴. La nuova ermeneutica dell'atteggiamento ecclesiale, rinnovata dal principio del dialogo, diverrebbe così l'altra ermeneutica del processo in cui il principio dialogico, già in essa operante, potrebbe acquistare una nuova funzione: non più solo *ad intra*, designando il modo di operare dell'attività processuale⁹⁵, ma anche *ad extra*, connotando il processo come un particolare strumento dell'attività ecclesiale⁹⁶.

Il principio dialogico, nella sua funzione *ad extra*, potrebbe favorire un'interpretazione del processo come luogo di evangelizzazione, dove alla coscienza del fedele e di ogni uomo è proposta, ma non imposta, la verità di se stesso, nel concreto e vissuto della sua crisi familiare e del suo disagio esistenziale, con la massima chiarezza e nel rispetto delle scelte che in futuro egli farà, senza attentare alla sua libertà religiosa, anzi in omaggio ad essa, cui si offre la possibilità di una via nuova o anche solo rinnovata⁹⁷.

IV. IL FUMUS BONI IURIS DELL'AZIONE PROCESSUALE: LA CELEBRAZIONE DI UN MATRIMONIO

Se la dimensione congiuntiva dei tre aspetti considerati può rendere il *matrimonio celebrato* la giusta causa della potestà giurisdizionale per

94. Talchè l'esigenza di valorizzare la dimensione personalista del diritto, cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., «La salus animarum tra dimensione comunitaria ed esigenze individuali», in *Ius Ecclesiae* 12 (2000), pp. 343-374.

95. Cfr. P. BUSELLI MONDIN, «Osservazioni sull'esistenza giuridica della sentenza canonica», in *Ius Canonicum* 91 (2006), pp. 276-282.

96. Cfr. J. CARRERAS, «La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari», in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, cit., pp. 45-59.

97. Cfr. J. LLOBELL, «La jurisdicción de la Iglesia sobre los matrimonios no obligados a la forma canónica», in *Ius Canonicum* 73 (1997), pp. 33-71.

i cattolici che non hanno osservato la forma canonica, rimane d'accertare il *fumus boni iuris*⁹⁸ della trattazione giudiziale. Siamo in effetti di fronte ad una celebrazione nuziale comunque non rispondente alla forma canonica che, come tale, non garantisce che i cattolici abbiamo effettivamente voluto costituire tra loro un vincolo identificabile appunto come matrimonio in senso ecclesiale, e non piuttosto di altro tipo. Rimane, pertanto, da stabilire il criterio per comprendere quando l'inesistenza, in senso giuridico-canonico, della celebrazione nuziale non preclude il *fumus boni iuris* dell'azione processuale, garantendo così che può essersi trattato di un vincolo matrimoniale identificabile in senso ecclesiale, non di una sua declinazione. A tal fine si deve attingere all'art. 3, §2 DC: si vedrà che il criterio in esso operante, nello stesso senso e allo stesso modo, potrebbe giustificare anche il *fumus boni iuris* dell'azione processuale sui matrimoni celebrati tra cattolici senza rispettare la forma canonica.

1. *Il fumus boni iuris nell'art. 3, §2 DC*

A. *Necessità di accertare un senso matrimoniale*

Domandarsi che cosa la Chiesa cattolica intenda per matrimonio tra acattolici è utile a preconstituire un criterio per il giudice nella valutazione del *fumus boni iuris* del libello introdotto secondo la fattispecie di cui all'art. 3, §2 DC: se infatti tra gli acattolici non è intercorso un vincolo identificabile per la Chiesa cattolica come matrimonio, il libello presentato sarebbe da respingere in quanto manifestamente infondato in

98. Nell'azione il *fumus* non presuppone una situazione giuridicamente già fondata ma solo non manifestamente infondata, sicché, come non manifesta infondatezza in *iure* ed in *facto*, specifica appunto la possibilità giuridica della causa *petendi*, ossia la percezione di probabilità circa l'esistenza del diritto e l'accadimento del fatto, cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma 2001, pp. 313-314; J. LLOBELL, «I tentativi di conciliazione. Gli elementi sostanziali del libello di domanda e l'incidenza sul medesimo del concetto di "conformitas aequipollens" fra i capi di "accusa" nelle cause di nullità matrimoniali», in *Ius Ecclesiae* 15 (2003), pp. 639-642, in cui si definisce il *fumus boni iuris* come minimo fondamento probatorio del libello di domanda. Già nella dottrina classica si riteneva che si doveva valutare: «utrum ius concedat vel deneget actionem in casu», F. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, vol. III, Romae 1955, p. 215, tenendo ben presente che «Iudicis sane non est, sub ipso litis exordio, decernere de merito litis», M. LEGA, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica*, vol. II (a cura di V. BARTOCCETTI), Roma 1950, pp. 517-518.

diritto. In effetti, non semplicemente la giurisdizione ecclesiastica, ma anche la stessa trattazione processuale devono trovare una specifica giustificazione: se per la prima vale la deduzione di una *iusta causa*, per la seconda, invece, vale la non manifesta infondatezza della domanda giudiziale, ossia il *fumus boni iuris*. L'acattolico, perciò, deve giustificare il proprio interesse alla causa, non solo allegando una specifica giusta causa (la quale, come detto, serve a legittimare la giurisdizione ecclesiastica), ma altresì proponendo un libello che possa incontrare riconoscibilità ed ammissibilità nell'ordine giuridico della Chiesa cattolica. In mancanza, nonostante la presenza di una giusta causa, il libello andrebbe rigettato poiché manifestamente infondato, sia in diritto che in fatto.

Il giudizio sull'ammissibilità del libello introdotto dall'acattolico si qualifica in modo speciale, non solo per la necessità di giustificare la giurisdizione della Chiesa, ma anche perché la non manifesta infondatezza in diritto del libello deve essere ricostruita sulla scorta di due sistemi giuridici: quello canonico e quello acattolico. Quest'ultimi concorrono in maniera complementare a delimitare l'ammissibilità della trattazione della causa, ossia la sua non manifesta infondatezza, per quanto concerne sia l'esistenza stessa di un matrimonio (ossia di un vincolo identificabile come tale) sia la sua possibile nullità. Il *fumus boni iuris* della domanda sussiste, in effetti, solo per l'eventuale nullità di un vincolo qualificabile come matrimonio, e non altrimenti. Pertanto, ai fini dell'ammissione del libello, prima ancora di riconoscere il *fumus* della nullità del matrimonio, nella prospettiva del diritto divino e del diritto proprio acattolico⁹⁹, il giudice deve verificare il *fumus* dello stesso matrimonio, ossia che si è trattato effettivamente di un vincolo matrimoniale, non di una sua declinazione. A tal fine, l'indagine non è propriamente di fatto, ma di diritto in quanto non occorre semplicemente verificare se, di fatto appunto, tra due persone è intercorsa una relazione, quanto piuttosto perché e come quella relazione sia qualificabile come matrimoniale. In altre parole, non qualsiasi relazione tra due persone acattoliche può rappresentare per la Chiesa cattolica un matrimonio, ma solo quella che incontra presso il diritto canonico una peculiare giustificazione, talché la si possa qualificare in senso matrimoniale.

99. Cfr. J. KOWAL, «L'istruzione Dignitas Connubii e la competenza della Chiesa circa il matrimonio dei battezzati», cit., pp. 490-502.

La domanda giudiziale introdotta dall'acattolico è pertanto giustificata, e giustificabile, anzitutto quando il vincolo da lui contratto sia riconoscibile come matrimonio anche per la Chiesa cattolica: in sua mancanza neppure la sussistenza di una giusta causa renderebbe ammissibile il libello che, nel caso, sarebbe da respingere perché infondato in diritto, appunto per l'inesistenza di un matrimonio. Non si può riconoscere alcun interesse ad agire all'acattolico che ha vissuto una relazione che non può avere, per la Chiesa cattolica, nessun valore o significato matrimoniale. Il diritto canonico viene proprio, ed anzitutto, in considerazione per riconoscere il valore matrimoniale di una data relazione, spiegando perché essa può qualificarsi come tale, mentre il diritto dell'acattolico permette di individuare la manifestazione matrimoniale di quella relazione, spiegando in che modo essa si è qualificata come tale. Ai fini dell'identificazione del valore matrimoniale di una certa relazione, il diritto acattolico conserva perciò una funzione complementare rispetto quello canonico, che al riguardo si pone come una specie di norma di principio, rappresentandone la riduzione pratica, ossia una delle possibili espressioni qualitative. Rimane così da spiegare sia questo principio, ossia la ragione per la quale il diritto canonico riconosce un matrimonio acattolico come tale, sia la sua riduzione pratica, ossia come esso si è manifestato nel diritto acattolico.

B. *Il matrimonio come istituzione*

La ragione che consente alla Chiesa di ritenere che tra due acattolici sia sussistito proprio un matrimonio, e non un altro vincolo, non si colloca direttamente nel fatto che se ne possa presumere il carattere sacramentale, perché l'art. 3 §2, oltre a rendere esperibile il processo di nullità anche per matrimoni stretti tra non battezzati, si colloca sullo sfondo di un consolidato apprezzamento della giurisdizione ecclesiastica sui battezzati acattolici, senza che si distingua la natura sacramentale o meno delle loro unioni¹⁰⁰. Per identificare il *fumus boni iuris* del valore matrimoniale di una data relazione coniugale occorre, perciò, individua-

100. Cfr. J. LLOBELL, «La jurisdicción de la Iglesia sobre los matrimonios no obligados a la forma canónica», cit., p. 39.

re un criterio che sia comunicabile agli acattolici battezzati e a quelli non battezzati.

A tal fine può soccorrere il combinato disposto degli art. 4 §1, n° 2 e 4 §2 n°2 DC, in cui il riferimento alla *forma* della celebrazione matrimoniale ed al diritto cui le parti erano soggette al tempo della celebrazione del matrimonio spiega che, tra gli acattolici, deve essersi instaurata un'unione la quale deve aver trovato un riconoscimento non solo privato ed interno alle persone dei coniugi, ma anche pubblico ed esterno, ossia giuridico, o almeno sociale, e, per gli acattolici battezzati, anche sacramentale¹⁰¹. La forma, certificando pubblicamente l'assunzione della responsabilità dei nubenti, serve così a dare certezza alla Chiesa cattolica che, non solo gli sposi, ma anche le loro comunità di appartenenza hanno effettivamente riconosciuto la nascita e l'esistenza di un'unione matrimoniale, talchè essa esiste nell'ordine esterno, giuridico o almeno sociale, e, per gli acattolici battezzati, anche sacramentale.

La celebrazione pubblica dell'unione tra due persone assicura alla Chiesa cattolica che presso quella data comunità acattolica il matrimonio assume un significato anche istituzionale¹⁰², perché appunto svolge una funzione non solo individuale e privata, ma anche sociale e comunitaria, grazie alla quale le persone acquistano insieme, proprio in quanto sposi, una nuova e distinta soggettività, che si aggiunge a quella che li identifica individualmente: quella di coniugi¹⁰³. In tal senso la cele-

101. Nello stesso proemio della *Dignitas Connubii* si legge: «Patet tamen matrimonium et familiam non esse quid privatum, quod unusquisque ad proprium arbitrium configere possit. Concilium ipsum quod adeo effert quidquid dignitatem personae humanae spectat, sibi conscius ad hanc dignitatem pertinere hominis sociabilitatem».

102. Anche ma non solo istituzionale, perché l'istituzionalità, infatti, non esaurisce il carattere del matrimonio che è anche e, anzitutto, una relazione interpersonale, cfr. G. ZANNONI, *Il matrimonio canonico nel crocevia tra dogma e diritto. L'amore avvenimento giuridico*, Genova 2002, pp. 145-194; cfr. K. WOJTYLA, *Amore e responsabilità*, cit., pp. 688-698.

103. Cfr. K. WOJTYLA, «Amore e responsabilità», in K. WOJTYLA, *Metafisica della persona. Tutte le opere filosofiche e saggi integrativi*, GIOVANNI REALE E TADEUSZ STYCZEN (a cura di), Città del Vaticano 2003, pp. 688-689: «(il matrimonio) non può essere ricondotto ai soli rapporti sessuali della coppia, ma bisogna vedervi un'istituzione. Senza dubbio sono quei rapporti che lo determinano realmente (da cui il vecchio adagio latino *matrimonium facit copula*), tuttavia non costituiscono il matrimonio se non rientrano nei quadri di una istituzione appropriata. La parola "istituzione" significa qualche cosa di "istituito", di "stabilito" secondo l'ordine della giustizia. E noi sappiamo che quest'ordine concerne le relazioni interumane e sociali (giustizia commutativa, giustizia sociale)».

brazione nuziale assicura sia la pubblica percezione della manifestazione del consenso matrimoniale, sia la sua comprensione, affinché le intenzioni dei coniugi siano non solo percepite ma anche comprese e condivise dalla loro comunità¹⁰⁴. E' proprio in questa sorta di affinità istituzionale tra l'ordinamento canonico e quelli acattolici (religiosi o civili che siano)¹⁰⁵ che potrebbe rinvenirsi la ragione per cui la Chiesa riconosce come matrimoni le unioni coniugali *celebrate* tra acattolici, sicchè non qualsiasi vincolo tra acattolici può ritenersi automaticamente un matrimonio (suscettibile di essere eventualmente trattato in una causa di nullità canonica), ma solo quello che ha incontrato un riconoscimento istituzionale all'interno delle loro comunità di appartenenza, siano esse ecclesiali o altrimenti religiose o solo civili, mediante una speciale celebrazione o forma pubblica¹⁰⁶. Nella fase introduttoria di una causa acattolica, pertanto, mentre il diritto proprio dell'acattolico viene in considerazione per documentare che è stato effettivamente celebrato un matrimonio, rimarrebbe sempre quello cattolico il diritto che propriamente supporta il valore matrimoniale di quella data unione, significandola in senso istituzionale. E' il diritto canonico, infatti, a stabilire che gli acattolici devono aver pubblicamente manifestato le loro intenzioni matrimoniali nella forma in vigore presso le rispettive comunità religiose di appartenenza oppure nella particolare celebrazione prevista per il matrimonio civile, mentre il diritto acattolico, sia esso religioso o civile, spiega come sia stato conferito il pubblico riconoscimento a quella data unione.

104. Ragioni poi specificatamente ecumeniche hanno poi indotto la Chiesa a riconoscere come valida, per i battezzati acattolici orientali, solo il rito sacro, e non più come prima del Concilio Vaticano II, qualsiasi forma *iure naturali* valida, cfr. J. PRADER, *Il Matrimonio in Oriente ed in Occidente*, cit., pp. 37-47.

105. Come visto, per quanto, nel diritto canonico latino, la forma non causi il consenso matrimoniale, essa comunque serve a renderlo giuridicamente efficace, conformemente alla necessità di un suo riconoscimento sociale ed ecclesiale, cfr. M. A. ORTIZ, «La forma», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, cit., pp. 28-30; S. FERRARI, «Matrimonio e alterità. La rilevanza interordinamentale del matrimonio nei sistemi giuridici religiosi», in *Daimon* 5 (2005), pp. 193-215. Cfr. J. PRADER, *Il Matrimonio in Oriente ed in Occidente*, cit., p. 43, in cui mette in guardia dall'inconveniente pratico di ritenere come matrimonio l'unione tra battezzati acattolici non orientali perfezionata mediante il solo contratto informale.

106. Cfr. G. KUMINETZ, «La forma de la celebración del matrimonio desde la comparación entre ordenamientos», cit., pp. 98-138.

2. *Il fumus boni iuris per il matrimonio celebrato tra cattolici senza osservare la forma canonica*

La domanda giudiziale del cattolico che ha celebrato il suo matrimonio con rito civile o acattolico, senza cioè osservare la forma canonica, potrebbe giustificarsi (accogliersi cioè come non manifestamente infondata in diritto) allo stesso modo di quello introdotto dall'acattolico: infatti è stato *celebrato* un matrimonio al cospetto di una comunità¹⁰⁷, rimanendo così la Chiesa garantita della rilevanza anche istituzionale della scelta dei fedeli¹⁰⁸, sì da potersi presumere che non possa escludersi a priori la dimensione anche ecclesiale di quel matrimonio¹⁰⁹. In particolare, la stessa domanda di nullità matrimoniale introdotta dal fedele verrebbe, di per sé, a costituire un indizio della possibile, anche se postuma, rilevanza ecclesiale del matrimonio celebrato.

Le intenzioni coniugali dei fedeli devono, perciò, essere state pubblicamente non solo percepite, ma anche comprese e condivise, se non altro per distinguere questa unione da una semplice convivenza di fatto, o «matrimonio per esperimento». Ai fini dell'ammissione del libello, importa che il giudice possa percepire il *fumus* dell'apparenza o figura di un vero matrimonio tra cattolici, e ciò, data sempre l'autonomia giuridica tra consenso e sua manifestazione, è meglio accertabile se è intercorsa una forma pubblica, la cui assenza potrebbe essere sopperita solo dalla sussistenza d'indizi certi ed inequivocabili della pubblica percezione e conoscenza del senso matrimoniale della loro unione nell'ambito di una

107. Cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., «Rilevanza canonica della sacramentalità del matrimonio», in *Ius Ecclesiae* 7 (1995), in cui le perplessità sulla forma canonica *ad validitatem* «manifestatesi ai tempi del Concilio tridentino sotto il profilo sacramentale —attinenti l'intangibilità della forma essenziale dei sacramenti— risolte attraverso l'analogia con gli impedimenti, possono essere più agevolmente sciolte attraverso la considerazione della forma come espressione istituzionale della socialità umana delle nozze, con cui è in perfetta continuità l'ecclesialità del matrimonio dei battezzati», p. 567; J. BERNHARD, «Il nuovo diritto matrimoniale», in *Concilium* 3 (1986), p. 78: «Comunque non è tra matrimonio sacramentale e matrimonio non sacramentale che si dovrebbe rilevare la differenza, ma tra vari modi per i coniugi battezzati di corrispondere al progetto e alla fede della Chiesa».

108. Differentemente da quanto accade per gli acattolici, in tal caso viene in considerazione solo il diritto canonico, sia per quanto concerne il *fumus* dell'esistenza stessa di un vincolo identificabile come matrimonio, sia per quanto concerne il *fumus* della sua possibile nullità.

109. Cfr. J. CARRERAS, «La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari», in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, cit., pp. 26-34.

data comunità, civile o religiosa che sia¹¹⁰. In effetti, per riconoscere la non infondatezza in *iure* dell'azione processuale la Chiesa non si può prescindere da un titolo giuridico, ossia da una causa *petendi* esterna, certamente percepibile, ed oggettivamente distinta dalla semplice disposizione soggettiva dei singoli, come appunto una celebrazione matrimoniale pubblicamente avvenuta¹¹¹. Come il *fumus* della nullità del vincolo, anche il *fumus* dell'esistenza di una celebrazione matrimoniale deve sussistere in *iure*.

V. LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE DEL FEDELE: OBBLIGAZIONE EX COSCIENZA E STRETTAMENTE GIURIDICA

L'apprezzamento per i matrimoni celebrati dai fedeli cattolici senza rispettare la forma canonica dovrebbe, attualmente, incontrare un ulteriore stimolo per destarsi proprio in considerazione del maturato, e reso esecutivo, interesse per i matrimoni degli acattolici. Disconoscere una tale attenzione significherebbe per altro contribuire a determinare un'incoerenza nell'ordine sistematico del diritto canonico, che apparirebbe così più propenso a recuperare il senso del matrimonio degli acattolici, piuttosto che di quello dei propri membri. Se si continuasse a sostenere la manifesta infondatezza dell'azione processuale promossa dal cattolico, per l'inesistenza giuridica della celebrazione matrimoniale non conforme alla forma canonica, si rischierebbe, perciò, di cadere in una evidente contraddizione, sia per il mutamento della funzione presuntiva della forma canonica, sia perché la stessa inesistenza giuridica delle celebrazioni nuziali degli acattolici non impedisce comunque la trattazione di un processo di nullità matrimoniale, salvo sempre la sussistenza di una giusta causa. Inoltre, dal punto di vista strettamente costituzionale, la situazio-

110. Da tenere presente che la giuridica efficacia del consenso matrimoniale dipende sempre dalla sua pubblica manifestazione, anche se non nella forma strettamente canonica. Cfr. J. F. CASTAÑO, *Il Sacramento del matrimonio*, cit., pp. 429-430: «La forma canonica, nella sua espressione concreta, è di *diritto positivo ecclesiastico* e perciò può essere dispensata in parte e anche totalmente [...] L'obbligo però di celebrare il matrimonio con qualche intervento della pubblica autorità, cioè conforme ad alcuna forma di pubblicità nel suo significato giuridico, è di *diritto naturale*. La nostra affermazione si basa sul fatto che il matrimonio non è un negozio privato ma pubblico, e quindi nella sua stessa struttura porta con sé la esigenza di pubblicità».

111. Cfr. J. J. GARCÍA FAÍLDE, *Tratado de derecho procesal canónico*, Salamanca 2005, pp. 17-19; M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, cit., pp. 304-311.

ne giuridica del fedele che, pur essendone tenuto, non ha osservato la forma canonica, è identica a quella del fedele che, avendo abbandonato la Chiesa con atto formale, non è più tenuto alla forma canonica. In entrambi i casi si tratta sempre di fedeli cattolici, ossia di persone comunque incorporate alla Chiesa cattolica, in forza del battesimo in essa ricevuto, e perciò di suoi membri, anche se, in questi casi, non si può riconoscere una incorporazione che esprima anche una comunione piena. Identica rimane pure la rilevanza giuridica che la Chiesa conferisce alla celebrazione del loro matrimonio: in entrambi i casi il rito nuziale realizza un atto giuridicamente inesistente per l'ordinamento giuridico canonico, da cui si genera una presunzione *iuris tantum* dell'inesistenza del vero consenso matrimoniale.

L'inesistenza giuridica del matrimonio che due cattolici hanno tra loro celebrato col rito civile o acattolico non sembra perciò essere una motivazione sufficiente per respingere una domanda di nullità matrimoniale. La legittimazione processuale dovrebbe sempre essere riconosciuta al fedele, per qualsiasi motivo egli agisca, sia che voglia risposarsi *coram Ecclesia*, sia che voglia costituirsi ministro sacro (cfr. can. 1008 CJC) o professare i consigli evangelici (cfr. can. 575 CJC) o anche sia solo mosso dall'interesse personale di accertare la sua posizione nella Chiesa. La legittimazione processuale, nel caso, presupporrebbe l'apprezzamento del bene spirituale del fedele, e non la percezione di una situazione rilevante in senso giuridico-canonico, dato che il cattolico rimane comunque tenuto ad osservare la forma canonica, sicchè, qualora ciò non avvenga, la Chiesa si trova di fronte ad un atto che è da presumersi giuridicamente inesistente per l'ordinamento canonico, come tale esente dalla sua giurisdizione. L'ordinamento canonico, infatti, nel per riconoscere una situazione rilevante (in senso giuridico-canonico) nei confronti dei propri membri deve sempre partire da situazioni esterne, certamente percepibili, ed oggettivamente identificate¹¹². Il battesimo, sebbene rappresenti una situazione esteriormente percepibile, non è perciò sufficiente a rendere giuridicamente apprezzabile la legittimazione processuale del cattolico, perché da solo non garantisce che l'azione da lui posta, ossia il matrimonio celebrato, possa legittimamente presumersi come giuridicamente esistente. Ciò che fonda tale

112. P. GHERRI, *Lezioni di teologia del diritto canonico*, cit., pp. 13-22.

presunzione di esistenza è l'osservanza della forma canonica da parte del cattolico che ne è tenuto.

Questa azione processuale, giustificata esclusivamente dalla valorizzazione del bene spirituale del fedele, impedirebbe al giudice di ammettere il libello solo se il matrimonio celebrato dal cattolico senza osservare la forma canonica fosse giurisdizionalmente irrilevante in modo definitivo ed irrevocabile, ossia *iuris et de iure*. Tuttavia, tale irrilevanza giurisdizionale potrebbe attualmente essere valutata in modo differente, percependola come riformabile e revocabile (ossia come presuntivamente percepibile in modo *iuris tantum*) in forza appunto del rinnovato carattere della forma canonica, sicchè non si può escludere una giusta causa all'azione processuale nel caso, proprio in forza del fatto che il fedele, in quanto battezzato, ha comunque celebrato un matrimonio. La domanda di nullità matrimoniale introdotta dal fedele verrebbe così essa stessa a legittimare il dubbio *coram Ecclesia* sull'esistenza giuridica del matrimonio celebrato, perché manifesterebbe la volontà del fedele stesso di conferire rilevanza canonica al matrimonio da lui precedentemente contratto *extra Ecclesiam*, sicchè al giudice non rimarrebbe che valutare il *fumus boni iuris* dell'azione, sia quanto alla forma della celebrazione, come spiegato, sia quanto alla possibile nullità del vincolo. Nonostante la giusta causa di quest'azione processuale, rimane, comunque, il fondamento, per così dire, coscienziale dell'obbligazione ad agire del fedele, perché, lo si ripete, quest'ultimo rimane sempre obbligato ad osservare la forma, e qualora non lo faccia, pone in essere un atto che la Chiesa è legittimata a presumere inesistente dal punto di vista giuridico-canonico.

La natura *iuris tantum* di tale presunzione, tuttavia, non esclude che, al di fuori dell'esercizio ex coscienza dell'azione processuale da parte del fedele, non possa configurarsi una situazione giuridicamente apprezzabile da parte della potestà giurisdizionale ecclesiastica. Tale possibilità verrebbe a costituirsi come la risultanza dell'investigazione amministrativa di cui all'art. 5, §3 DC, nel corso della quale, infatti, si dovrebbe sempre aver cura non solo di controllare se il rito civile o acattolico scelto dai cattolici possa giustificarsi secondo requisiti di cui al can. 1116, ma anche di accertare, magari convocando entrambi i coniugi interessati, le ragioni per le quali i cattolici scelsero di non osservare la forma canonica, anche per tutelare il bene spirituale, ossia la fede della parte cattolica che

s'intende sposare¹¹³. Qualora la celebrazione abbia configurato una forma canonica straordinaria (can. 1116 CJC), oppure sorgano indizi, gravi, precisi e concordanti¹¹⁴, tali da mettere in dubbio l'inesistenza giuridica del matrimonio celebrato, si legittimerebbe l'impossibilità di dichiarare lo stato libero dei fedeli cattolici che si siano uniti in matrimonio senza osservare la forma canonica (cfr. can. 1066 CJC). In tal caso si dovrebbe perciò procrastinare la celebrazione del nuovo matrimonio in attesa che venga accertata l'effettiva inesistenza del precedente matrimonio per la Chiesa. Conformemente ai principi generali dell'ordinamento canonico, legittimati all'azione processuale rimangono sempre le parti direttamente interessate, ossia i coniugi che si erano uniti in matrimonio senza osservare la forma canonica, non escluso il promotore di giustizia, sussistendone le condizioni¹¹⁵. L'azione processuale del fedele avrebbe, nel caso, una giustificazione strettamente giuridica poichè essa prenderebbe le mosse da situazioni percepibili, ossia esistenti dal punto di vista giuridico canonico, come appunto il verificarsi delle condizioni che integrano la forma canonica straordinaria o la sussistenza di circostanze la cui gravità, incisività e concordanza giustifica la rilevanza ecclesiale di matrimoni celebrati senza osservare la forma canonica.

In ogni modo, qualunque sia la giustificazione dell'azione processuale, coscienziale o strettamente giuridica, la nullità matrimoniale potrà essere dichiarata solo per un vizio del consenso, e non per un difetto di forma, perché nel caso siamo appunto in presenza di una forma assente, e non semplicemente difettosa. La mancanza di forma rende la celebrazione del matrimonio tra cattolici un atto giuridicamente inesistente, differentemente dal difetto di forma in forza del quale la celebrazione è comunque esistente dal punto di vista giuridico-canonico, anche se tuttavia invalida, ossia giuridicamente inefficace.

Dal punto di vista strettamente processuale, la situazione giuridica del fedele che, pur essendone tenuto, non ha osservato la forma canonica-

113. Come già avviene nei processi amministrativi di scioglimento del matrimonio, cfr. P. MONETA, «Le nuove norme per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede», cit., pp. 1336-1342.

114. Si pensi, ad esempio, ad un matrimonio durato molti anni in cui siano stati generati figli oppure al fatto che la celebrazione in forma canonica non era avvenuta solo per ragioni politiche, giuridiche o comunque contingenti, tali da non escludere a priori il carattere ecclesiale del matrimonio stretto.

115. Cfr. J. J. GARCÍA FAILDE, *Tratado de derecho procesal canónico*, cit., pp. 45-52.

ca, sembrerebbe differire da quella del fedele che, avendo abbandonato la Chiesa con atto formale, non è più tenuto alla forma canonica. In effetti l'azione processuale del fedele cattolico non più obbligato ad osservare la forma canonica muoverebbe sempre da una situazione rilevante dal punto di vista giuridico-canonico: egli *in iure* non è più tenuto ad osservare la forma canonica, sicchè qualsiasi celebrazione pubblica del suo matrimonio potrebbe dare luogo al *favor iuris* (cfr. can. 1060 CJC) della esistenza giuridica di un valido consenso¹¹⁶. Conseguentemente, qualora egli poi intenda nuovamente sposare *coram Ecclesia* un cattolico, non parrebbe giuridicamente sufficiente la sola indagine amministrativa, al pari di ciò che accadrebbe in relazione ai matrimoni misti in cui l'osservanza della forma canonica è stata dispensata, ritenendosi giuridicamente apprezzata un'altra forma pubblica di celebrazione, come per esempio quella civile¹¹⁷. Per altro, l'azione processuale del cattolico che, tenuto alla forma canonica, ha sposato con rito civile o acattolico un cattolico non più tenuto ad osservare la forma, avrebbe una collocazione giuridica nella misura in cui, in sede d'indagine amministrativa, si raccolgano indizi, gravi, precisi e concordanti circa la sussistenza di un vero consenso, ferma comunque sempre restando la sua esperibilità *ex coscienza*, come detto.

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I processi di nullità per i matrimoni che i cattolici hanno tra loro celebrato senza osservare la forma canonica, cui fossero o meno tenuti, verrebbero comunque a conservare una esigua esperibilità pratica, in considerazione del fatto che quando i fedeli cattolici non osservano la forma canonica, cui rimangono soggetti, sposandosi civilmente o con rito acattolico, sono per lo più consapevoli dell'irrilevanza ecclesiale della loro celebrazione matrimoniale¹¹⁸. Tuttavia, la scarsa incidenza pratica

116. Cfr. G. DALLA TORRE, «Il "favor iuris" di cui gode il matrimonio (cann. 1060 e 1101,§1)», in AA.VV., *Diritto Matrimoniale canonico*, vol. I, Città del Vaticano 2002, pp. 221-234; cfr. M. A. ORTIZ, «La forma», in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 35-39.

117. Cfr. S. PANIZO ORALLO, «El proceso documental en supuesto de defecto de forma», cit., pp. 168-169.

118. Effettivamente tra le funzioni della forma canonica è da mettere in risalto, accanto alla pubblicità del consenso e alla certezza della sua manifestazione, anche quella di: «proteger el específico contenido del matrimonio canónico», cfr. R. NAVARRO-VALLS, «sub can. 1108», in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Á. MARZOJA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ OCAÑA (a cura di), vol. III, Pamplona 1997, p. 1446.

che avrebbero tali processi matrimoniali non può spiegarne da sola l'innammissibilità *in iure*, la quale andrebbe invece giustificata sulla base di elementi desunti dal sistema giuridico canonico. In effetti, attraverso la valutazione della *causa* e del *fumus boni iuris* dell'azione processuale dei cattolici, e mediante la comparazione con l'azione processuale degli acatolici, la logica ordinamentale dell'attuale legislazione canonica sembra proprio non escludere la possibilità giuridica di rendere il processo di nullità matrimoniale esperibile anche per i matrimoni che i cattolici hanno celebrato senza osservare la forma canonica, cui erano o meno tenuti. Che si debba trattare, poi, di un accertamento giudiziale, e non semplicemente amministrativo, si coglie nella considerazione che la sentenza, come atto giudiziale appunto, può, rassicurare la comunità circa lo stato di vita ecclesiale del fedele in modo giuridicamente fondato e certo, perché essa è frutto del rapporto giuridico processuale¹¹⁹, perciò sintesi giuridica delle posizioni avanzate dalle parti attraverso i mezzi di prova adottati. Il bene della coscienza dei fedeli suggerisce di evitare le cosiddette «nullità di coscienza»: solo il giudizio valutativo del processo giudiziale può garantire la necessaria certezza e conformità al vero dell'accertamento del caso¹²⁰.

La crescente secolarizzazione dei modelli comportamentali dei fedeli verrebbe, poi, a costituire la ragione strettamente pastorale di una tal prassi, soprattutto con riferimento alla previa ponderazione delle ragioni che condussero il fedele a sposarsi al di fuori della comunità cattolica. In tal modo la Chiesa si precostituirebbe l'occasione per entrare nel vivo dell'esperienza personale dei fedeli, raccogliendo e misurando le variabili culturali dei loro comportamenti, a beneficio di una reale e proficua comprensione di se stessa. Prima ancora che l'effettiva esperibilità del processo matrimoniale, conta che la Chiesa non emuli l'indifferenza di tanti suoi fedeli, mostrandosi al contrario sensibile a non perdere l'occasione per spiegare la rilevanza sacramentale delle loro unioni matrimoniali.

119. Sulla possibile interpretazione della sentenza come frutto del rapporto giuridico processuale, cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Il sistema dei ricorsi e dei decreti nel processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 67-100.

120. Cfr. J. HERRANZ, «*Natura e finalità dell'Istruzione "Dignitas Connubii"*», cit., pp. 15-17.

RESUMEN-ABSTRACT

El sistema canónico actual parece no excluir la praxis de hacer operativo el proceso de nulidad matrimonial también en relación con matrimonios que los católicos hayan celebrado entre ellos sin observar la forma canónica. En particular, la *justa causa* del proceso, en el caso, vendrá identificada por el hecho de que dos católicos están *unidos en matrimonio* entre ellos, y en tal sentido opera el actual aprecio jurídico de tres figuras, cuya dimensión unitiva parece justificar precisamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre matrimonios que los católicos han celebrado sin observar la forma canónica. La primera es la función renovada que ha de reconocerse a la forma canónica en la nueva legislación (*conditio iuris* de validez pero no de existencia del matrimonio). Los otros dos elementos considerados para justificar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el caso son: la dimensión renovada, dinámica y participada, de la pertenencia eclesial y la renovada dimensión pastoral del proceso canónico. Por su parte, el *fumus boni iuris* de la demanda judicial vendrá identificado por el hecho de que dos católicos han elegido precisamente *celebrar su matrimonio*, de modo conforme a un rito matrimonial institucionalizado.

Palabras clave: Presunción *iuris et de iure* y *iuris tantum*, Justa causa y *fumus boni iuris*, Forma canónica.

The actual canonical system does not seem to exclude the praxis of making operative the process of matrimonial nullity in relation with the marriages that Catholics may have celebrated without observing the canonical form. In particular, the *just cause* of the process, in the case, will be identified by the fact that two Catholics are *united in marriage*, and in that sense, the actual juridical appraisal of the three figures operates, the unitive dimension of which seems to justify precisely the exercise of the jurisdictional power about marriages that Catholics have celebrated without observing the canonical form. The first one is the renewed function that has to be recognized to the canonical form in the new legislation (*conditio iuris* of the validity but not of the existence of marriage). The other two elements considered to justify the exercise of the jurisdictional power in the case are: the renewed, dynamic and participated dimension of the ecclesial affiliation and the renewed pastoral dimension of the canonical procedure. For its part, the *fumus boni iuris* of the petition will be identified by the fact that two Catholics have opted precisely to celebrate their marriage, in a manner which conforms to the institutionalised marriage rite.

Keywords: Presumption *iuris et de iure* and *iuris tantum*, Just Cause and *fumus boni iuris*, Canonical Form of Marriage.