

LA SCIENTIA AUT OPINIO NULLITATIS NEL NUOVO CODICE DI DIRITTO CANONICO

1. La *scientia aut opinio nullitatis* nel vecchio Codice pio-benedettino. La questione se sia possibile la coesistenza d'un consenso in sé valido con un impedimento sia di diritto umano che di diritto divino. — 2. La disposizione del can. 1100 e la sua importanza pratica. Il consenso può essere valido ed esistere senza peraltro operare, cioè senza avere efficacia. — 3. La supposizione del nubente può essere vera o fallace. La tesi accolta, secondo cui il *non necessario excludit* del can. 1100 sembra chiaramente prevedere che ordinariamente la scienza o l'opinione della nullità del matrimonio generalmente esclude l'intenzione matrimoniale.

1. Il can. 1085 del vecchio Codice pio-benedettino disponeva: «*Scientia aut opinio nullitatis matrimonii consensum matrimonialem necessario non excludit*».

La disposizione legislativa di indubbia rilevanza pratica⁽¹⁾ è diretta a dirimere la questione se sia possibile che coesista un consenso in sé valido con un impedimento sia di diritto umano che di diritto divino.

Affermava un autorevole canonista a tal proposito: «*videamus num verus consensus matrimonialis coexistere possit cum impedimento dirimente tum iuris ecclesiastici tum iuris divini sive putativo tantum, sive etiam reali, sive in casu bonae sive in casu malae fidei*»⁽²⁾. I ca-

(1) R. SEBOTT-C. MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Napoli 1985, p. 138; L. CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico*, Napoli 1988, p. 224; IDEM, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma 1990, p. 225.

(2) P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Città del Vaticano 1932, p. 29. Scrive in proposito lo JEMOLO che secondo il GASPARRI il canone avrebbe il valore di dirimere la vecchia questione se sia possibile che coesista un consenso in sé valido con un impedimento sia di diritto umano che di diritto divino (*Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 1993, p. 321 (ristampa). Vedi L. DE LUCA, voce *Matrimonio (Matrimonio canonico)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma 1990, p. 11 (estratto).

nonisti erano divisi sulla questione se, allorquando esista un impedimento dirimente, esso non operi anche nel senso di togliere valore giuridico al consenso, insistendo particolarmente in ordine all'ipotesi che l'impedimento fosse di diritto divino. In quest'ultimo caso, alcuni ritenevano che la sussistenza dell'impedimento di diritto divino togliesse valore giuridico al consenso matrimoniale, con la conseguenza che, per es., una persona già sposata non potesse esprimere un nuovo consenso matrimoniale che avesse valore giuridico. Altri autori affermavano, al contrario, che il consenso della persona impedita era inefficace agli effetti del raggiungimento del suo fine, ma non era affatto inesistente: conseguentemente, la donna che crede il proprio marito morto e sposa un altro uomo, *contrae valido matrimonio*, e se si verifica poi il caso che il marito è, sì morto, ma in data posteriore alle nozze, queste possono essere sanate senza che occorra la rinnovazione del consenso. Così, per fare un altro esempio, l'uomo che è impotente, ma che potrebbe cessare di esserlo con un'operazione che implica pericolo di vita, alla quale tuttavia non è tenuto a sottostare, cosicché la sua impotenza può essere considerata perpetua, se *contrae matrimonio* e, poi, si fa fare l'operazione che ha esito felice, dà luogo ad un valido consenso matrimoniale (resta da esaminare però se il matrimonio sia perfezionato o se occorra anche in questo caso la sanazione in radice)⁽³⁾. Altri canonisti si ponevano la domanda sotto l'angolo visuale della scienza dell'impedimento e distinguevano due ipotesi; vale a dire quella in cui il soggetto ignorava l'impedimento, come il caso della donna che credeva morto il marito e l'altra ipotesi secondo cui il soggetto conosceva l'impedimento. E a tale quesito rispondevano, affermando che nella prima ipotesi non vi erano difficoltà dal punto di vista logico ad ammettere che dia un normale consenso matrimoniale, per sé efficace, colui che ignorava l'impedimento; ma nella seconda ipotesi non si vedeva come ciò fosse possibile, dal momento che il soggetto conosceva l'impedimento, come nel caso della donna che sapeva benissimo che suo marito era vivo. A proposito di questa seconda ipotesi, si distingueva ancora se trattavasi di impedimento dispensabile o piuttosto di impedimento indispensabile, sostenendosi che, nel primo caso, era ancora pensabile un consenso destinato a valere qualora l'impedimento fosse poi tolto in via di sanatoria, nel secondo caso non si

(3) JEMOLO, *op. cit.*, p. 322.

vedeva in che modo potesse darsi un consenso matrimoniale valido, magari dato dal fratello che vuole sposare la sorella o dalla persona già sposata. Soluzione, questa, che riteneva fondatissima un autorevolissimo autore⁽⁴⁾.

Il can. 1085 del vecchio Codice, in sostanza, si proponeva di risolvere la questione, sopra avanzata, se era pacifico ammettere la validità del consenso matrimoniale emesso da chi ignorava la sussistenza di un impedimento, ma non anche quella di chi ben conosceva l'impedimento.

È stato autorevolmente affermato che «*quaelibet controversia definita dici debet ex praescripto rel. can. 1085. Nam inibi declaratur scientiam aut opinionem nullitatis matrimonii, matrimonialem consensum necessario non excludere; ergo consensus matrimonialis adesse potest, licet pars certo scit (scientia) aut putet (opinio) matrimonium quod contrahit, nullum esse ob impedimentum dirimens in genere ac proinde etiam iuris divini*»⁽⁵⁾.

Ci si domanda, peraltro, da un acuto giurista se il canone 1085 abbia davvero risolto la questione, dal momento che l'espressione *necessario non excludit* sembra affermare che ordinariamente la scienza o l'opinione della nullità del matrimonio esclude l'intenzione matrimoniale; che cioè è possibile che coesistano quella scienza o quella opinione con la volontà, ma che ciò non è normale⁽⁶⁾; insomma, si ritiene che l'espressione sopra citata pare non contrastare, bensì avallare il dato normale che nell'ordine delle cose non è pensabile che si dia un consenso non fittizio alle nozze con chi si creda proprio fratello o con la persona che si sappia o si creda già sposata⁽⁷⁾.

Un altro autore rilevava che, in base al can. 1085, era irrilevante, quanto alla validità del vincolo, il fatto che il nubente ritenesse di compiere un matrimonio nullo. E questa non incidenza sul valore del consenso si ha sia nel caso che l'opinione sia fondata (perché,

(4) JEMOLO, *op. cit.*, p. 322.

(5) GASPARRI, *op. cit.*, p. 35.

(6) JEMOLO, *op. cit.*, p. 323.

(7) JEMOLO, *op. cit.*, pp. 324-325, il quale osservava che «il giudice, attraverso un esame della mentalità della parte, attraverso una ricostruzione di quello che è stato il suo ragionamento, e soprattutto attraverso l'esame della diversità (che è nella natura delle cose) tra ragione e ragione di nullità, potrà ritenere impossibile in quella data fattispecie che siaci stato un consenso reale se si dava la scienza della nullità delle nozze che si andavano a contrarre».

ad es., il matrimonio è nullo per causa di incapacità o di mancanza di forma), sia nel caso che tale opinione sia erronea; con la conseguenza che, nel primo caso, il matrimonio sarà nullo ma non per difetto di consenso, nel secondo caso sarà valido ⁽⁸⁾.

Si afferma che questa norma va considerata a proposito del tema dell'*error iuris*, perché, almeno quando si tratta di una *opinio nullitatis* infondata, essendo il matrimonio valido contrariamente a quanto crede il nubente, si tratta di un errore di diritto o circa il negozio matrimoniale in genere oppure circa quel dato matrimonio concreto; errore che viene a produrre la *opinio nullitatis* ⁽⁹⁾. L'autore di queste affermazioni ritiene che, sotto questo profilo, la norma è pienamente comprensibile e di semplice applicazione, soprattutto se si tiene sempre presente che il can. 1085 dichiara soltanto che la *scientia aut opinio* porta, invece, ad escludere che ci sia stato il consenso ⁽¹⁰⁾. Si distinguono, in sostanza, le due ipotesi: vale a dire quella in cui la conoscenza della nullità del vincolo, da parte del nubente che lo contrae, è infondata e quella che riguarda il caso di una *scientia aut opinio nullitatis* che risulti corrispondente a verità e che possa, d'altra parte, essere modificata da un fatto sopraggiunto, come la dispensa da un impedimento, la cessazione di una infermità mentale, la fine del precedente *ligamen* o l'accertamento giudiziale della inesistenza di un *impedimentum criminis* ⁽¹¹⁾. Si ritiene che nella prima ipotesi, cioè se la *scientia aut opinio* del nubente sia infondata, vuol dire che egli non conosce le norme matrimoniali o le applica male; ed il can. 1084 già dichiarava che il *simplex error* circa le qualità, anche essenziali, del matrimonio non tocca la validità del vincolo: sicché si può dire che il can. 1085 è soltanto una più chiara esplicazione delle conseguenze già implicite nel can. 1084. Ne consegue che il nubente che ritenga invalido il vincolo perché, ad es. esiste, a parer suo, un precedente valido vincolo dell'altro nubente con altra persona, conosce e vuole ugualmente quel nucleo ridottissimo dell'istituto matrimoniale che era determinato nel can. 1082 ⁽¹²⁾.

Quanto all'altra ipotesi, quella secondo cui la *opinio nullitatis* sia corrispondente a verità, si può avere il sospetto assai fondato

⁽⁸⁾ O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1968, p. 86.

⁽⁹⁾ GIACCHI, *op. cit.*, p. 86.

⁽¹⁰⁾ GIACCHI, *op. cit.*, p. 87.

⁽¹¹⁾ GIACCHI, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁽¹²⁾ GIACCHI, *op. cit.*, p. 87.

che il nubente non avrebbe dato quel consenso se non fosse stato convinto che il matrimonio che stava per contrarre o che aveva contratto non avrebbe alcuna conseguenza; in tal caso, può applicarsi il trattamento generale che l'ordinamento matrimoniale canonico riserva ai casi nei quali può apparire una volontà non seria dei nubenti, come in questo caso, nel quale ci si può chiedere appunto se il consenso prestato dal nubente consapevole della nullità dell'atto possa considerarsi dato seriamente⁽¹³⁾.

La verità è che in tutta questa materia domina il principio del *favor iuris*, già espresso nel can. 1014 del vecchio Codice; ed il can. 1085 costituisce e rappresenta un'applicazione esplicita e particolare della norma contenuta nel canone più generale, cioè il can. 1014⁽¹⁴⁾.

Da un'altra dottrina si riteneva che nella disposizione legislativa di cui al can. 1085 del Codice pio-benedettino possono riscontrarsi tre ipotesi. Innanzi tutto, quella secondo cui il nubente crede erroneamente di contrarre un matrimonio nullo, ad es. perché ritiene che il vincolo che sta per contrarre è dissolubile: in questo caso si tratta di *un error iuris circa qualitatem* e perciò non invalidante il matrimonio⁽¹⁵⁾. La seconda ipotesi si può avere quando il nubente ritiene fondatamente nullo il matrimonio che sta per compiere per mancanza o vizio del consenso o per un impedimento che non potrà essere mai rimosso (ad es. impotenza sua o dell'altra parte). E si rileva che in tal caso si tratta di un matrimonio certamente invalido, non per la *scientia nullitatis*, che ha il nubente, ma per la presenza oggettiva della causa di nullità⁽¹⁶⁾. La terza ed ultima ipotesi si ha

⁽¹³⁾ GIACCHI, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁽¹⁴⁾ GIACCHI, *op. cit.*, p. 88, il quale continua, rilevando che « si dovrà dunque in questo caso, considerare *prima facie* il consenso dato dal nubente consapevole della nullità del vincolo che egli stava per contrarre come dato seriamente (ad es. con la convinzione che la nullità attuale del vincolo sarebbe stata tolta di mezzo dalla dispensa dell'impedimento, dalla cessazione dell'incapacità, ecc.); e, di fronte alla prova contraria a questa « *praesumptio iuris tantum* », riconoscere che, nel caso, il dubbio dev'essere sostituito dalla certezza che il consenso è stato dato invalidamente, con una volontà non seria, compiendo un gesto che si sapeva inutile e privo di qualsiasi conseguenza, limitato alla mera apparenza » (p. 88).

⁽¹⁵⁾ O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, p. 180. Si rileva peraltro che ad esso può, però, unirsi un positivo atto di volontà di esclusione della qualità su cui si erra ed allora il matrimonio è nullo e la *opinio nullitatis* non incide sull'esclusione del *bonum matrimoniale* (p. 180).

⁽¹⁶⁾ FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 180.

quando il nubente ritiene fondatamente che il suo matrimonio è nullo per la presenza di un vizio di forma o di un impedimento che può essere rimosso successivamente alle nozze: in questa ipotesi sorge naturalmente il problema se il matrimonio sia stato veramente voluto, pur conoscendone la nullità, così che si possa avere la base per la *sanatio in radice* o si tratti, invece, di una volontà non matrimoniale, nel senso che essa, data la conoscenza della nullità del matrimonio al momento della celebrazione è stata emessa come pura apparenza⁽¹⁷⁾.

2. La disposizione legislativa che affronta la questione, dopo l'emanazione del Codice giovanneo-paolino del 1983, è rappresentata dal can. 1100, il quale dispone: «*Scientia aut opinio nullitatis matrimonii consensum matrimonialem non necessario excludit*».

Tale principio è ritenuto di non facile comprensione da un autore che, tuttavia, precisa come le parole del suddetto canone siano identiche a quelle del vecchio canone 1085, rispetto al quale, peraltro, deve rilevarsi l'anteposizione del *non* prima invece preposto al termine *necessario*; che sembra aver dato, con una minore rigidità ed assolutezza, una formulazione più aderente alla verità che intende esprimere⁽¹⁸⁾.

È stato affermato che, nel prestare il consenso matrimoniale, le parti potrebbero «sapere» oppure «opinare» che le nozze sono invalide, dal che però non necessariamente segue l'esclusione del consenso matrimoniale, dato che l'esistenza di quest'ultimo non è legata

⁽¹⁷⁾ FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 180. Si spiega osservando che «in questa terza ipotesi, l'unica che può dare veramente luogo a seri dubbi, l'elemento intellettuale costituito dalla *scientia nullitatis* può avere un peso decisivo sulla volontà o invece può ridursi ad un elemento per così dire di sfondo. È qui che bisogna, a nostro parere, indagare il rapporto tra intelletto e volontà per risolvere il caso. Se l'intelletto, nel caso che qui si propone, comanda la volontà nel senso che la percezione della nullità del vincolo che sta per contrarre dà al nubente la ragione del suo determinarsi al matrimonio, si può parlare giustamente di una volontà tesa alla mera apparenza. Se invece il nubente, pur avendo nella sua mente la visione della nullità del matrimonio, da essa non fa scaturire alcuna conseguenza circa il matrimonio da contrarre a cui egli si determina per tutt'altre ragioni, allora la *scientia nullitatis* non esclude il consenso matrimoniale, così che, rimosso l'impedimento, o purgato il vizio di forma, il consenso contenuto in radice può bastare alla successiva *sanatio*» (p. 180).

⁽¹⁸⁾ P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, p. 65.

alla sua efficacia, e quindi alla validità del matrimonio; nel senso che il consenso può esistere ma non operare, non produrre il vincolo coniugale. Si precisa che, perché il consenso « esista » è sufficiente che abbia tutti i requisiti richiesti dalla sua natura di atto umano libero, cosciente, proporzionato, ponderato, definito dall'oggetto matrimoniale, laddove, perché « operi » deve essere congiunto ad altri due elementi ad esso esterni, ma ugualmente richiesti, come coesistenti, per la validità delle nozze, dal diritto divino ⁽¹⁹⁾.

Sicché il fatto che le parti, nella celebrazione del matrimonio, sappiano o credano che esso sia invalido, anche se in realtà è tale, per un impedimento dirimente o per un difetto di forma, non esclude il consenso matrimoniale, cioè questo esiste, quantunque forse non operi, se i nubenti, per quanto dipende da essi, lo prestino con tutti i requisiti richiesti dalla sua natura, con la volontà di contrarre valide nozze: è necessario e sufficiente che il consenso sia dato relativamente all'oggetto del contratto matrimoniale ⁽²⁰⁾. Si è precisato che poi, perché, oltre alla sua esistenza, il consenso abbia anche efficacia, cioè generi il vincolo matrimoniale, dipende dall'oggettiva presenza degli altri requisiti, per la validità delle nozze, cioè l'abilità della persona e la sussistenza della forma da osservarsi nella celebrazione del matrimonio ⁽²¹⁾.

Ma, la certezza o l'opinione circa la invalidità del matrimonio esclude necessariamente il consenso, il quale non solo non ha efficacia e non opera, ma neanche viene ad esistenza, se le parti, conoscendo o pensando che nell'attuale situazione le loro nozze sarebbero senza efficacia, intendono compiere esternamente una pura cerimonia che attribuisca legalità alla loro convivenza, con la conseguenza che, in tale ipotesi, anche se oggettivamente non c'è alcun impedimento o difetto di forma, la invalidità del matrimonio è data per la mancanza della sua causa efficiente, cioè del consenso delle parti ⁽²²⁾.

È stato ribadito che, secondo il principio sancito nel can. 1100 CJC il consenso matrimoniale può, per sé, considerarsi effettivamente posto, come tale, nonostante la conoscenza o l'opinione che

(19) ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Brescia 1985, pp. 55-56.

(20) ABATE, *op. cit.*, p. 56.

(21) ABATE, *op. cit.*, p. 56.

(22) ABATE, *op. cit.*, p. 56.

della nullità del proprio matrimonio abbiano i nubenti stessi, nel senso che un consenso matrimoniale non viene escluso dalla consapevolezza reale o presunta di costituirlo in contrasto con la normativa canonica⁽²³⁾. Si spiega, rilevando che ciò che può impedire il consenso di venire in essere non è il conoscerne o il presupporre l'invalidità, ma soltanto una causa effettiva e sostanziale che ne determini il reale difetto⁽²⁴⁾. Del resto, per una corretta interpretazione di questo principio occorre precisare che, in tanto la scienza o l'opinione della nullità del matrimonio può ritenersi compatibile con il consenso, in quanto non si rappresenti una nullità che investa in modo assoluto l'esistenza stessa di questo medesimo consenso, e quindi del momento costitutivo del matrimonio; con la conseguenza che, se si pensi che di un atto non si formino gli stessi elementi costitutivi essenziali che ne configurano l'identità, e quindi per esempio, nel nostro caso, ci si rappresenti al momento della volizione una realtà in qualunque modo non identificabile come matrimoniale, non si può ritenere che ci sia realmente la compatibilità sancita dalla disposizione che si sta esaminando: così, se, per es., un contraente ritiene che la reciproca donazione integrale della sessualità avviene con una persona dello stesso sesso, non può affermarsi che un consenso matrimoniale si sia comunque posto⁽²⁵⁾. Al contrario, si ritiene che si debba affermare che un consenso, per sé, non è escluso e quindi si è formato, se gli elementi matrimonialmente identificati non sono in gioco; nel qual caso la volizione, cadendo su di una realtà che i nubendi si rappresentano come certamente matrimoniale, può consolidare, secondo quanto stabilisce il can. 1100, un consenso propriamente matrimoniale, ancorché questo possa essere giuridicamente inefficace se l'opinione si dimostra vera⁽²⁶⁾.

Si è scritto che naturalmente può succedere che uno che pensa che il suo matrimonio non venga in essere, effettivamente non abbia una reale volontà di sposarsi, e di fatto se le cose stanno così, è circostanza da verificare caso per caso⁽²⁷⁾; che è irrilevante il motivo

⁽²³⁾ BONNET, *op. cit.*, p. 65.

⁽²⁴⁾ BONNET, *op. cit.*, p. 66.

⁽²⁵⁾ BONNET, *op. cit.*, p. 66.

⁽²⁶⁾ BONNET, *op. cit.*, p. 67. Si precisa che è poi in casi come questi, quando si è in presenza di un consenso esistente pur se invalido, che si può procedere all'applicazione dell'istituto della *sanatio in radice*, ai sensi dei cann. 1161-1165.

⁽²⁷⁾ SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 138.

per cui uno pensa o sa di sposarsi invalidamente, cioè se a motivo di un impedimento matrimoniale, addirittura di diritto divino, o della mancanza della forma canonica o di un vizio di consenso dell'altra parte; che solo nel caso in cui sia presente un difetto della propria volontà ne risulta sicuramente escluso un vero consenso sponsale, e non tanto a motivo della scienza relativa all'invalidità del matrimonio, ma a motivo della stessa mancanza di volontà che, già dal puro punto di vista concettuale, esclude un vero e proprio consenso matrimoniale⁽²⁸⁾.

Gli autori affermano che la questione non ha soltanto una importanza teorica, ma anche e soprattutto pratica a proposito della così detta sanazione in radice⁽²⁹⁾ e anche nei casi in cui sono realizzati i presupposti del can. 1116 (matrimonio di necessità *coram solis testibus*) senza che i contraenti abbiano conoscenza della possibilità del matrimonio di necessità⁽³⁰⁾. Si ripete in dottrina il principio, secondo cui il sapere o il ritenere che il matrimonio sia nullo, non esclude necessariamente il consenso matrimoniale; e si ribadisce la distinzione tra il caso in cui i contraenti nonostante sappiano o ritengano che il matrimonio è invalido, prestino, tuttavia, un vero consenso valido *ex se*, perché perfetto nella sua soggettività in tutti i suoi requisiti (consenso libero, cosciente, immune da qualsiasi carenza o vizio), e la ipotesi in cui il matrimonio sia celebrato dai contraenti nella convinzione errata che esso sia invalido a causa di un impedimento o per difetto di forma che in realtà non esistono⁽³¹⁾, rilevando che la prima ipotesi è psicologicamente possibile, perché la sfera della conoscenza è distinta da quella della volontà, anche se esse sono intimamente legate fra loro e interdipendenti e se normalmente il soggetto si comporta secondo la sua convinzione, non sempre la sua volontà agisce razionalmente in coerenza con i principii che professa, con la conseguenza che la validità o l'invalidità del consenso

(28) SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, pp. 138-139.

(29) BONNET, *op. cit.*, p. 67; SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 139; AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca 1985, p. 351; CHIAPPETTA, *Il codice*, cit., p. 225; « Il principio ha una larga applicazione nella convalidazione del matrimonio (convalidazione semplice e sanazione in radice), in cui il consenso prestato si considera naturalmente valido, né c'è bisogno di rinnovarlo se, prestato seriamente, non sia stato revocato e continui a sussistere » (cann. 1159, 1161 e 1163 § 1).

(30) SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 139.

(31) CHIAPPETTA, *Il matrimonio*, cit., pp. 225-226.

prestato in una simile situazione psicologica è solo un problema di fatto, che va risolto accertando debitamente se la detta situazione abbia comportato nel caso concreto il difetto di consenso: da essa, peraltro, non si può dedurre automaticamente che il consenso matrimoniale sia mancato⁽³²⁾. Quanto poi alla seconda ipotesi, quella cioè che riguarda il matrimonio celebrato dai contraenti nella convinzione errata che esso sia invalido a causa di un impedimento o per difetto di forma che in realtà non esistono, si deve ritenere che, se nella celebrazione del matrimonio i contraenti prestano un vero consenso valido *ex se*, è giuridicamente valido anche il matrimonio, perché, supposta la validità del consenso prestato dai nubenti, nulla si oppone oggettivamente alla validità del matrimonio, né c'è bisogno di convalidazione il giorno che venissero a scoprire che l'impedimento in realtà non esisteva o che la forma era stata pienamente legittima⁽³³⁾.

Da una recente dottrina si ritiene che dal can. 1100 può trarsi la conferma che la *scientia aut opinio nullitatis* implica la nullità del matrimonio quando, non essendo il nubente disposto ad accettare le obbligazioni matrimoniali, il matrimonio si contragga in quanto esso si ritenga nullo e anche in quest'ipotesi non sembra che possa raffigurarsi l'esistenza di una esplicita «*voluntas contra substantiam*» quanto piuttosto un'affermazione del principio che postula la necessità che, ai fini di un valido consenso matrimoniale, vi sia comunque la disponibilità ad accettare la sostanza del matrimonio⁽³⁴⁾.

Il vero è che, se il nubente non prestò un vero consenso matrimoniale, è chiaro che il matrimonio è nullo: è il caso di chi ha cele-

(32) CHIAPPETTA, *op. cit.*, pp. 225-226. Sostanzialmente in tal senso A. MOLINA MELIÀ-M.E. OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*, Madrid 1992, p. 254.

(33) CHIAPPETTA, *op. cit.*, 226. Quest'autore riporta un esempio concreto: «Mario, che ha già contratto matrimonio con Teresa, riesce a celebrarne uno nuovo con Giulia, pur ritenendo di essere impedito dall'*impedimentum ligaminis*. In realtà, tuttavia, l'impedimento non esiste, perché Teresa è deceduta da tempo e Mario lo ignora. Celebrando il nuovo matrimonio, egli intende veramente legarsi con Giulia, e presta un consenso che *ex se* non ha alcun vizio o difetto. In questo contesto il suo matrimonio con Giulia è pienamente valido (p. 226).

(34) DE LUCA, *op. cit.*, loc. cit., p. 11 (estratto). L'autore afferma in proposito che «L'atteggiamento psicologico del nubente, ... potrebbe così configurarsi: "credo che il mio futuro matrimonio sia nullo; ma se non lo fosse non sarei disposto ad accettare le obbligazioni matrimoniali"».

brato il matrimonio per effettuare una vera e propria cerimonia, o formalità esterna, convinto e persuaso della nullità di quell'atto posto in essere soltanto per simulare uno stato matrimoniale nel qual caso è chiaro che il consenso non è sanabile⁽³⁵⁾.

Si è messo in risalto che il problema trovò applicazione a proposito dei matrimoni contratti durante la guerra civile spagnola, allorché molti cattolici contrassero matrimonio civile, ossia davanti al giudice, con l'errata convinzione che tale matrimonio civile non avesse alcun valore nell'ordinamento canonico; tali soggetti però ignoravano che il diritto della Chiesa prevede una forma straordinaria di celebrazione, secondo la quale, in determinate circostanze, il consenso può essere prestato davanti ai soli testimoni: per questo il 17 giugno 1945, il Santo Ufficio dichiarò che tali matrimoni civili dovessero presumersi validi, amenoché non ostasse un difetto grave nel consenso⁽³⁶⁾.

3. In realtà, le due figure della *scientia* e della *opinio nullitatis* non sono quasi mai studiate dai canonisti, mentre meriterebbero maggiore approfondimento. È stato affermato che il can. 1100 non dice che le due figure non escludono assolutamente il consenso matrimoniale, ma la formula adoperata dal legislatore è molto sottile⁽³⁷⁾ tanto che uno studioso ha qualificato il modo di esprimersi del legislatore con l'espressione «*exquisita cautela*»⁽³⁸⁾. L'espressione naturalmente è quella del canone citato *non necessario excludit*. Si deve, peraltro, tener presente la disposizione di legge di cui al can. 1156 § 2, che riguarda la rinnovazione del consenso per la *convalidatio simplex* «*etiamsi initio utraque pars consensum praestiterit nec postea revocaverit*»; e perché si abbia la figura della *convalidatio*, il legislatore impone *ad cautelam* la rinnovazione del consenso; rinnovazione che, in base al

⁽³⁵⁾ MOLINA MELIÁ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 255.

⁽³⁶⁾ MOLINA MELIÁ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 255, i quali ritengono che la ragione ultima di ciò deve riscontrarsi nella stessa idea: il consenso è un atto di volontà; invece la persuasione o opinione appartiene alla sfera dell'intelletto e la volontà non sempre opera in coerenza con i giudizi della ragione.

⁽³⁷⁾ J.I. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1994, p. 371. Vedi P.J. VILADRICH, *Comento al can. 1100*, in AA.VV., *Comentario exergético al Código de derecho canónico*, vol. III, Pamplona 1996, pp. 1321-1322.

⁽³⁸⁾ P.J. VILADRICH, *Comento al can. 1100*, in AA.VV., *Código de derecho canónico*, cit., p. 633.

canone, è richiesta dal diritto ecclesiastico⁽³⁹⁾. Nel can. 1157 è disposto poi che la rinnovazione del consenso *iure ecclesiastico* deve consistere in un nuovo atto di volontà *in matrimonium*, che la parte la quale rinnova il consenso *scit aut opinatur* essere stato nullo dall'inizio. La quale espressione confermerebbe, richiamando i due verbi *scire* e *opinare*, come il fatto che il can. 1157 richieda un nuovo atto di volontà starebbe a dimostrare che sapere o supporre che il matrimonio è invalido a causa di un impedimento non esclude necessariamente il consenso matrimoniale, altrimenti il legislatore si sarebbe espresso in modo assoluto, disponendo che il consenso fosse rinnovato o prestatato⁽⁴⁰⁾. In base alla disposizione del can. 1100, se il soggetto sa o suppone che esista un impedimento o un difetto di forma e ciò risponda a verità, il matrimonio sarebbe realmente nullo: il che peraltro si deve all'esistenza di uno di questi capi di nullità e non a vizi attinenti al consenso, il quale perciò potrebbe esistere veramente ed essere quindi valido anche se inefficace⁽⁴¹⁾.

La questione, come si è già accennato, ha grande importanza agli effetti della sanazione in radice, perché in questo caso si presuppone la perseveranza del consenso a norma del can. 1107, il quale espressamente dispone: «*Etsi matrimonium invalide ratione impedimenti vel defectus formae initum fuerit, consensus praestitus praesumitur perseverare, donec de eius revocatione constiterit*».

Ne consegue che, se la supposizione del nubente sia falsa, egli emette un vero consenso matrimoniale, la cui esistenza naturalmente sufficiente può essere il fondamento di una *sanatio in radice*⁽⁴²⁾. Diverso è il caso di un soggetto che sa o ha l'opinione che il suo futuro matrimonio sarà celebrato invalidamente, ad esempio, a causa di un impedimento, e, ciò nonostante, simula la celebrazione del matrimonio pur di nascondere una situazione di adulterio: nel qual caso il matrimonio è invalido, ma tale invalidità dipende non dal fatto che egli sappia o abbia l'opinione della nullità del matrimonio, ma, in primo luogo, a causa dell'esistenza dell'impedimento e, in secondo luogo, a causa della volontà positiva di celebrare un matrimonio nullo⁽⁴³⁾.

(39) CASTAÑO, *op. cit.*, p. 372.

(40) CASTAÑO, *op. cit.*, p. 372.

(41) E.F. REGATILLO, *Derecho matrimonial eclesiastico*, Santander 1965, p. 193.

(42) J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1994, p. 118.

(43) CASTAÑO, *op. cit.*, pp. 372-373. Cfr. anche FORNÉS, *op. cit.*, p. 118.

A nostro modesto avviso, la norma di cui al can. 1100, come è stato sopra affermato da un grande giurista⁽⁴⁴⁾, viene in considerazione soprattutto dove si ha la fallace opinione di un impedimento che in fatto non esiste.

Un esempio eclatante è riportato dall'illustre Maestro: «Una donna era sposata col solo matrimonio civile; asseriva di avere avuto notizia che il marito era morto in guerra; sposò dopo qualche tempo in forma religiosa. Ritornato il primo marito, fu istituito giudizio di nullità, per il capo del difetto di consenso. La Rota in una prima decisione rilevò che, sebbene per il canone 1085 (ora 1100) la scienza o l'opinione della nullità del vincolo non porti necessariamente la esclusione del consenso, pure il difetto stesso deve facilmente ammettersi quante volte chi contrae sa o crede che il matrimonio che sta per contrarre sarebbe non solo invalido in diritto, ma impossibile in fatto; com'è il caso di persona già coniugata. Ciò premesso la Rota ritenne che la donna per ignoranza credesse che il matrimonio civile avesse valore anche per la Chiesa e quindi si reputasse vera moglie dello scomparso. Ma la donna sapeva veramente della morte di lui? La Rota dubitò in base alle risultanze della istruttoria che l'annuncio della morte fosse stata una invenzione, credette cioè che la moglie sapesse che il marito era ancora vivo, e fosse ricorsa al matrimonio con il secondo uomo per ovviare alla propria miseria ed alle difficoltà in cui trovavasi ...; perciò dichiarò nullo il matrimonio per la simulazione del consenso della donna, che non poteva volere delle seconde nozze, sapendo che al ritorno del marito questi l'avrebbe costretta a convivere di nuovo con lui (dec. 37 del 1925 *coram* Massimi, in S.R.R. Decis., XVII, p. 293). Senonché due successive decisioni rotali ritennero valido il (secondo) matrimonio, osservando che con l'argomentazione della prima dovrebbero essere nulli (ciò che certo non è) tutti i matrimoni canonici contratti da persone già legate da vincolo civile; che non era vero che la donna dovesse aspettarsi che il primo marito al ritorno l'avrebbe reclamata, posto che ella già viveva da lui separata; che non aveva bisogno di sposare il secondo per trarne aiuto economico, posto che già qualche tempo prima delle nozze aveva instaurato una convivenza concubinaria con lui (dec. 24 del 1927 *coram* Jullien Decis. S.R.R., XIX, p. 192 e dec. 10 del 1928 *coram* Parillo, Decis. S.R.R., XX, p. 106)⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ JEMOLO, *op. cit.*, p. 324.

⁽⁴⁵⁾ JEMOLO, *op. cit.*, p. 274.

Riteniamo, in conclusione, che non si possa non concordare con chi ha sostenuto fin dal 1941 che, se è possibile che coesistano la scienza o la opinione della nullità con il consenso matrimoniale, tale situazione non costituisce la regola, ma l'eccezione, tant'è vero che il *non necessario excludit* del can. 1100 sembra chiaramente prevedere che ordinariamente la scienza o l'opinione della nullità del matrimonio esclude l'intenzione matrimoniale⁽⁴⁶⁾ dato che non è pensabile, in linea generale, che si dia un consenso non fittizio alle nozze con un contraente su cui cade il peso di un impedimento dirimente o un difetto di forma ben conosciuti dall'altro nubente⁽⁴⁷⁾.

PIERO PELLEGRINO

⁽⁴⁶⁾ In tal senso, vedi JEMOLO, *op. cit.*, pp. 324-325. Vedi anche E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, p. 110.

⁽⁴⁷⁾ JEMOLO, *op. cit.*, p. 323.