



Simone Baldetti

(dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Pisa)

Note in materia di scioglimento del matrimonio civile non consumato *

SOMMARIO: 1. Premessa – 2 Genesi parlamentare - 3. Nozione di inconsumazione – 4. Inquadramento dell'istituto nel sistema matrimoniale civile – 5. Aspetti processuali - 6. Giurisprudenza italiana e dispensa pontificia.

1 - Premessa

Con la legge n. 898 del 1970 viene introdotta in Italia la possibilità per i coniugi di ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale, più comunemente definito divorzio. A più di quarant'anni dalla sua approvazione (di recente è ricorso l'anniversario del referendum, fallito, per la sua abrogazione), questa legge continua a suscitare l'attenzione dell'interprete.

L'impianto normativo si fonda principalmente sulla possibilità di divorziare trascorsi tre anni dalla pronuncia di separazione, a seguito di situazioni che spesso si verificano nella vita di una coppia, in cui emergono *fatti che rendono intollerabile la convivenza dei coniugi o che rechino grave pregiudizio nell'educazione della prole*, come recita l'art. 150 c.c.

Da questo punto di vista il divorzio in Italia si caratterizza per la presa di posizione a favore del concetto di "divorzio-fallimento": un evento accertativo della fine dell'unione tra i coniugi, piuttosto che un "divorzio-sanzione", vale a dire una risposta punitiva verso la parte venuta meno ai suoi doveri coniugali¹.

La legge prevede specificatamente le ipotesi che rendono possibile ottenere direttamente la pronuncia di divorzio: per lo più sono relative a procedimenti penali in cui sono coinvolti i coniugi, ma ancora persiste un'eventualità assai peculiare, spesso rimasta in ombra, relativa allo scioglimento del matrimonio *non consumato*.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Per approfondire, vedi **D. LOMBARDI**, *Storia del Matrimonio, dal Medioevo a oggi*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 227 e ss.



In una società come quella contemporanea, in cui i modelli dei rapporti familiari e coniugali sono sempre più plurali e diversi dal passato, la previsione dello scioglimento del matrimonio per inconsumazione suscita una certa curiosità. Il dato statistico denota in effetti una bassissima rilevanza pratica della fattispecie: ad esempio nel 2011 il 99,2% dei casi di divorzio seguono la separazione legale e solo la restante infima percentuale riguarda cause diverse, fra cui l'inconsumazione². Tuttavia, una riflessione su questo tema offre interessanti spunti di carattere teorico e concettuale, che meritano una certa considerazione, dato che lo "scioglimento per inconsumazione" appare una permanenza del passato, radicato com'è nella tradizione canonistica del matrimonio, sempre meno presente nella società attuale.

2. Genesi parlamentare della fattispecie

L'esame dei lavori parlamentari mette bene in luce l'esistenza di uno stretto rapporto tra l'istituto matrimoniale civile e quello regolato dal diritto canonico. Le due legislazioni matrimoniali (canonica e civile) del resto dopo una lunga convivenza parallela si sono strettamente unite con il Concordato del 1929, costituendo un intenso rapporto, che non poteva non marcare uniformità e differenze.

La storia del matrimonio in Italia è così tanto caratterizzata da continui intrecci fra la normativa civile e quella canonica, che all'epoca diversi esponenti politici consideravano impossibile introdurre il divorzio nella legislazione civile proprio in forza degli impegni concordatari assunti nel 1929³. L'art. 34, comma 1, del Concordato infatti stabiliva che "lo Stato italiano [...] riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili".

L'interpretazione dell'esatto significato e soprattutto l'effettivo valore giuridico di questa norma è stata occasione di lunghe e sofferte riflessioni, che non è necessario richiamare integralmente in questa sede⁴,

² Dati ISTAT, rintracciabili all'indirizzo web <http://www.istat.it/it/archivio/91133>.

³ Sulla vicenda, vedi **Atti Parlamentari**, Camera dei Deputati, V Legislatura, Seduta Antimeridiana del 29 Maggio 1969, p. 8642 e ss.

⁴ Per una disamina di questo e altri problemi posti dall'istituto matrimoniale concordatario, vedi, tra gli altri, **E.G. VITALI**, *Prime considerazioni sull'art. 8 del nuovo Concordato: la trascrizione del matrimonio*, in *Dir eccl.*, 1984, I, p. 695 e ss.; **C. BIANCA**, *Il matrimonio concordatario nella prospettiva civilistica*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 1 e ss.; **AA. VV.**, *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, a cura di E. Vitali, G. Casuscelli, Giuffrè, Milano, 1988.



se non per rimarcare lo spessore dell'intreccio cui si è fatto cenno. In sede politica, i deputati contrari al divorzio sostenevano che il menzionato art. 34 del Concordato, riconoscendo effetti civili al matrimonio canonico, avrebbe implicitamente riconosciuto il principio di indissolubilità del vincolo matrimoniale anche all'interno dell'ordinamento civile.

La possibilità di sciogliere un matrimonio, ancorché regolato dal diritto dello Stato, contrastava un pilastro della disciplina concordataria, tale da richiedere una modifica di rango costituzionale, giacché nella sostanza modificava i Patti Lateranensi e ledeva la garanzia *ex art. 7 Cost.*⁵.

L'Onorevole Luzzatto⁶ dichiarava ad esempio che il principio della indissolubilità era più stringente per il diritto italiano che non per quello della Chiesa⁷. In effetti il Codice Civile allora vigente prevedeva "il matrimonio non si scioglie se non con la morte di uno dei due coniugi" (art. 149), riprendendo alla lettera quanto già previsto nell'art. 148 del Codice del 1865. D'altro canto il *Codex Juris Canonici* allora vigente (quello del 1917), seppure in casi eccezionali, ammetteva lo scioglimento del vincolo matrimoniale, ad esempio per privilegio - paolino o petrino - e, appunto, nel caso del matrimonio *rato* e non consumato.

Perciò l'ala divorzista ribadiva che lo stesso diritto canonico ammetteva, a certe condizioni, una deroga all'indissolubilità matrimoniale: non c'era ragione perché lo Stato si opponesse dimostrandosi più cattolico della Chiesa cattolica. Soprattutto considerato che non era tenuto a seguire i precetti di diritto divino. Tali considerazioni si riferivano in generale alla possibilità di introdurre il divorzio senza accenni esplicito alla particolare fattispecie del divorzio per inconsumazione, che non fu oggetto di specifiche discussioni parlamentari.

Va segnalato che in un primo tempo (proposta di legge "Fortuna", presentata il 1 ottobre 1965) lo scioglimento del matrimonio non consumato non figurava fra le ipotesi di scioglimento⁸. Essa appare solo

⁵ Dottrina e giurisprudenza discutevano se i Patti Lateranensi e la relativa legge di attuazione, a seguito del loro riferimento nell'art. 7 della Costituzione fossero stati "costituzionalizzati" e avessero forza normativa superiore rispetto alle altre fonti del diritto. All'epoca il dibattito era nel lungi dall'essere chiarito, vedi in proposito **F. PERGOLESÌ**, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1965, vol. II, p. 397; **A. Ravà**, *Revisione del concordato lateranense o revisione costituzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 10 ss; Cass. 23 ottobre 1964, n. 2651.

⁶ **Lucio Mario Luzzatto** (5 ottobre 1913 – 4 Luglio 1986), avvocato, deputato socialista, membro fondatore del Partito Italiano di Unità Proletaria, poi confluito nel PCI.

⁷ Vedi, infra, l'intervento dell'Onorevole Luzzatto, p. 8673 ss.

⁸ Vedi **Atti Parlamentari**, Camera dei Deputati, IV Legislatura, Proposta di Legge n.



nel progetto di legge definitivo, scaturito dall'unione delle due proposte "Fortuna" e "Baslini"⁹ presentate alla Camera, senza che il tema fosse preso in esplicita considerazione: per così dire, passò in sordina rispetto alle questioni più impegnative che la Legge sollevava¹⁰.

Probabilmente questo fu dovuto al fatto che la mentalità dell'epoca ammetteva senza difficoltà che l'inconsumazione rappresentava un "difetto" del rapporto matrimoniale, tale da incidere sul vincolo stesso. Del resto nel diritto canonico continuava a vivere la tradizione che attribuiva alla consumazione un ruolo determinante, tanto da rendere legittimo lo scioglimento del vincolo sacramentale non supportato da effettivi atti procreativi. Evidentemente ciò bastava perché il Parlamento ritenesse a sua volta l'inconsumazione un motivo di scioglimento pure del vincolo civile.

L'Onorevole Protti¹¹, esponente liberale e perciò favorevole al divorzio, si espresse in Aula appoggiandosi su argomenti esegetici: "Meglio sposare che bruciare, diceva San Paolo, per quest'ultima ipotesi non nasce quindi questione, anche perché esso è riconosciuto dalla stessa autorità religiosa"¹².

Il matrimonio canonico costituiva dunque una sorta di prototipo: il fatto che l'inconsumazione potesse portare allo scioglimento del vincolo canonico, indusse il legislatore italiano ad includere a sua volta questa ipotesi fra quelle di scioglimento. Si tratta di un atteggiamento comprensibile, se solo si tiene conto dello stretto rapporto concettuale tra matrimonio civile e matrimonio canonico cui si è accennato in premessa: una situazione che oggi permane solo in parte. Nel senso che sebbene nella prassi certe concezioni sembrerebbero essere state travolte, sotto il profilo giuridico e istituzionale si continua a percepire il matrimonio come un valore riflesso dalla concezione cristiana, e specialmente cattolica¹³. Nel

2630.

⁹ Cfr. E. GIACOBBE, *Le persone e la famiglia*, Torino, UTET Giuridica, 2011, p. 13 ss.

¹⁰ Vedi, oltre agli Atti Parlamentari ivi citati, il testo di AA. VV., *Divorzio, Parlamento e Cittadini*, Milano, Mazzotta Editore, 1974.

¹¹ Carlo Protti (20 febbraio 1914 – 5 luglio 1986), avvocato, membro del Partito Liberale Italiano, deputato dal 1968 al 1972, fu promotore di numerose attività filantropiche e culturali, tra cui l'omonima Fondazione che assegna borse di studio agli studenti meritevoli. Vedi il sito della fondazione <https://www.fondazioneprotti.it>.

¹² Vedi *Atti Parlamentari*, Camera dei Deputati, V Legislatura, Seduta antimeridiana del 18 Giugno 1969, P. 9177.

¹³ Per un'analisi storica su questo tema vedi sempre A. LOMBARDI, *Storia del Matrimonio, dal Medioevo a oggi*, cit., p. 224 ss., nonché P. MONETA, *Il Matrimonio nel nuovo diritto canonico*, La Tribuna, Piacenza, 2008, p. 14 ss.



secolo scorso la coscienza giuridica, ma soprattutto quella sociale, riconducevano il matrimonio nell'alveo delle competenze ecclesiastiche: si trattava di un istituto *naturale*, nel senso canonistico del termine¹⁴. Perciò tutto ciò che contrastava quel modello era visto come *alter*: un elemento di poco sopportabile rottura sociale.

Il processo di allontanamento della concezione matrimoniale civile da quella canonica ha vissuto probabilmente il suo culmine proprio in occasione del dibattito relativo alla legge sul divorzio. Tuttavia, considerato il predetto legame tra le due concezioni coniugali, non stupisce come l'eredità cristiana sia stata recepita in maniera solo apparentemente paradossale, dato che da un lato ha fondato parte della resistenza all'introduzione della legge sul divorzio, dall'altro lato ha agito da archetipo fino al punto che il legislatore in sostanza ha modificato il modello matrimoniale canonico agendo sulla leva della verifica del mantenimento nel tempo del consenso originario, senza tuttavia incidere sullo schema naturalistico del matrimonio, che rimane uno strumento finalizzato alla procreazione.

3. Nozione di inconsumazione

È necessario adesso definire in concreto cosa significhi l'espressione "*il matrimonio non è stato consumato*".

La nozione civilistica di inconsumazione è tutto sommato, elementare. Si ricava *a contrario* da quella di congiunzione, la quale consiste in un'unione sessuale tra due persone secondo natura. Per aversi consumazione del matrimonio risulta perciò sufficiente che sia stato instaurato un "*rapporto sessuale secondo i modi normali*"¹⁵. Dottrina e giurisprudenza escludono quindi la rilevanza dei rapporti sessuali non vaginali e non si curano della circostanza relativa dell'emissione o meno del liquido seminale nel corpo della donna; si limitano a considerare il semplice dato fisiologico dell'unione sessuale tra i coniugi¹⁶.

¹⁴ Cfr. P. MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 25-27.

¹⁵ Sul punto vedi il contributo di R. LO GULLO, *L'inconsumazione del matrimonio sub art. 3, n. 2, lett. F, l. 898/1970*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. VI, t. I, Cedam, Padova, 1992.

¹⁶ Per una disamina delle discussioni sul tema, vedi F. FINOCCHIARO, *Matrimonio civile, formazione, validità, divorzio*, Giuffrè, Milano, 1997, nonché M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, Giuffrè, Milano, 1988, p. 173, come anche Trib. Roma, 20 maggio 1974, con nota di F. SCARDULLA, *Il concetto di matrimonio non consumato con riguardo*



Il diritto canonico su questo campo vanta notoriamente una maggiore esperienza. L'ordinamento statale si è trovato a fronteggiare queste ipotesi in tempi molto recenti, mentre quello canonico ha affrontato il tema in termini storicamente più lunghi e conseguentemente molto più articolati, che in questa sede non è tuttavia necessario richiamare¹⁷. Basta ricordare che, forte di una maggiore esperienza maturata nel corso degli anni soprattutto tramite l'attività del Tribunale della Rota Romana, la scienza canonistica cristallizza nella *copula perfecta* il rapporto sessuale in cui sono presenti tutti i requisiti necessari perché che si possa avere un matrimonio veramente consumato. Alcuni sono di ordine fisico (il grado di *penetratio*), altri di ordine più spirituale, relativi all'aspetto sacramentale del matrimonio come *consortium totius vitae*.

Questi ultimi, frutto del rinnovamento prodotto dal Concilio Vaticano II, vertono sulla consumazione del matrimonio non (solo) come fatto meramente carnale, ma come unione dei coniugi in una comunità di vita e amore secondo i principi cristiani¹⁸, come riassunti dal can. 1061 del *Codex Iuris Canonici*, il quale definisce la consumazione come "l'atto coniugale, di per sé idoneo alla generazione della prole [...] e con cui i coniugi divengono una sola carne".

In tal modo la consumazione del matrimonio finisce per assumere due connotazioni distinte. Nel nuovo ordinamento della Chiesa indica la dimensione della comunione spirituale dei coniugi, mentre in quello dello Stato resta circoscritta all'aspetto carnale, espressamente riferito alla congiunzione procreativa.

È appena il caso di segnalare l'incertezza culturale di questa concezione, specialmente se confrontata con le attuali ipotesi di matrimonio tra persone dello stesso sesso - benché in Italia non siano ancora regolamentate - che ontologicamente non possono valersi di tale schema logico-giuridico¹⁹.

4 - Inquadramento dell'istituto nel sistema matrimoniale civile

all'istituto del divorzio; Corte App. Napoli, 6 ottobre 1978, in *Dir. fam.*, 1978, p. 844.

¹⁷ Per approfondire questo tema, vedi, tra gli altri, P. MONETA, *Communitas vitae et amoris, Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, Pisa, 2013, nonché G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, CEDAM, Padova, 2008.

¹⁸ Cfr. P. MONETA, *Il Matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 24 ss.

¹⁹ Cfr. P. CONSORTI, *Diritto e Religione*, 2^a ed., Laterza, Bari, 2014, pp. 127-132.



L'introduzione dell'inconsumazione fra le ipotesi di divorzio è stata ricondotta in dottrina anche alla volontà di eliminare la possibile discriminazione tra cittadini cattolici, che – sebbene a determinate condizioni – in linea di principio potevano sciogliere il loro matrimonio non consumato, e quelli che invece non avendo celebrato un matrimonio concordatario, erano costretti a mantenere il vincolo pur trovandosi nell'identica situazione di non consumazione²⁰.

Infatti, all'epoca dell'entrata in vigore della legge, coloro che celebravano un matrimonio concordatario avrebbero potuto beneficiare della dispensa canonica *ex can. 1119 del Codex del 1917* (oggi prevista dal can. 1142). Tale possibilità era però esclusa per gli sposati con il solo rito civile: ritenendosi con ciò violato il principio di uguaglianza stabilito dall'art. 3 Cost.

L'introduzione di una fattispecie di divorzio speculare alla dispensa *super rato* eliminava tale disparità: anche l'ordinamento civile si dotava della possibilità di sciogliere il matrimonio non consumato. Questa norma non ha subito interventi da parte del legislatore e la giurisprudenza è riuscita a districarsi tra le scarse problematiche della sua applicazione²¹, tuttavia la sua posizione nell'ordinamento non appare del tutto pacifica.

Parte della dottrina, già pochi anni dopo l'entrata in vigore della legge²², criticava la natura dell'istituto, puntando il dito sulle differenti concezioni di matrimonio tra diritto canonico e diritto civile. Per la Chiesa il matrimonio non può non essere un sacramento. Il *consortium totius vitae* costituisce un patto in cui uomo e donna istituiscono tra loro una indissolubile comunità di vita che esprime una speciale benedizione ed elevazione divina. Inoltre, tendendo per sua stessa natura "*al bene dei coniugi e alla procreazione ed educazione della prole*" (can. 1055 *Codex.*), allude alla stessa relazione che Dio intesse con gli uomini e le donne. Questa particolare attenzione del diritto matrimoniale canonico si riflette nell'attitudine alla procreazione.

Quest'ultima però non riveste un analogo carattere nella concezione civile del matrimonio. Anzi, l'ordinamento civile tutela i figli indipendentemente dal fatto che siano nati o meno all'interno del vincolo matrimoniale. Tale principio è stato recentemente rimarcato dal D.lgs. n. 154 del 2013 che ha rimosso anche dal punto di vista della nomenclatura usata nel Codice Civile ogni distinzione tra figli naturali e figli legittimi.

²⁰ Cfr. G. BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 279.

²¹ Vedi *infra*, par. 6.

²² Cfr., tra gli altri, C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1975, p. 297 ss.



L'atto procreativo non è quindi necessariamente inquadrato all'interno di una relazione matrimoniale. Di converso, la relazione matrimoniale non deve essere necessariamente caratterizzata dalla procreazione, e quindi non può essere subordinata all'unione sessuale.

Del resto le ragioni – per così dire – civili del matrimonio prescindono dalle valutazioni sulla legittimità morale delle intime relazioni sessuali che al contrario caratterizzano la dimensione matrimoniale religiosa. In altre parole: per la legge civile l'unione sessuale è lecita indipendentemente dal matrimonio, e di conseguenza essa non costituisce un presupposto necessario per la validità del vincolo matrimoniale.

L'eventuale "inconsumazione" può forse costituire un elemento utile per dimostrare l'assenza in capo ai coniugi della volontà matrimoniale, sia in chiave costitutiva del vincolo sia in termini di suo mantenimento nel tempo. Tuttavia, da sola essa non può costituire un valido motivo di scioglimento del vincolo, non essendone un presupposto necessario.

Del resto è noto che lo stesso atto sessuale sia oggetto di due visioni differenti. Per la Chiesa è lecito esclusivamente se posto in essere all'interno del matrimonio, mentre lo Stato, in virtù della sua concezione laica, non attribuisce rilievo giuridico a tale circostanza. Non si può peraltro non notare che tutte le cause di scioglimento del matrimonio civile hanno una loro autonoma giustificazione ordinamentale. Il divorzio successivo alla separazione si presenta come definitiva pronuncia su di una comunione tra coniugi già lacerata, mentre le cosiddette "cause penali" di divorzio si giustificano primariamente per il disvalore sociale espresso dai delitti di cui si è macchiato uno dei coniugi²³. La consumazione invece non ha alcuna base teorica civilisticamente rilevante.

Come si è visto, il legislatore ha piuttosto eseguito un trapianto giuridico: ha innestato l'inconsumazione nell'ordinamento civile prendendola da quello canonico.

Va segnalato che in dottrina tale parallelismo è stato considerato sufficiente per giustificare la presenza – ancora oggi - di tale motivo di divorzio nel nostro ordinamento²⁴. Tuttavia altri hanno osservato che è il frutto di "accattivanti, quanto inconferenti, suggestioni canonistiche"²⁵. Per la

²³ Vedi sul tema il contributo di **M. FORTINO**, *Separazione e divorzio, famiglia e matrimonio*, in **P. ZATTI**, *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2011, p.1138 ss.

²⁴ Vedi il contributo di **L. BARBIERA**, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al Codice Civile*, Zanichelli, Bologna, 1971.

²⁵ Cfr. **G. BONILINI**, *Lo scioglimento del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 255 ss.



verità, ritengo che in effetti non sia opportuno trapiantare determinati istituti in ordinamenti che non supportano le medesime concezioni di base. Vale a dire che l'inconsumazione assume contenuti diversi in ciascuno dei due ordinamenti, per cui non si può applicare l'uno nell'altro senza tenere conto dell'intero sistema.

Il matrimonio canonico è parte di un diritto religioso fondato su norme di diritto divino che lo indirizzano verso scopi coerenti con i principi del Cristianesimo professati dalla Chiesa cattolica: prima fra tutti, la *salus animarum*. Il matrimonio civile invece è parte di un ordinamento laico: per cui si tratta di un istituto neutrale rispetto a valutazioni di legittimità morale, che al contrario caratterizzano i diritti confessionali.

Certamente, come si è detto, matrimonio civile e matrimonio canonico sono legati da un doppio filo; i principi morali e giuridici della Chiesa cattolica hanno influenzato il diritto italiano, specialmente in campo matrimoniale. Non per niente quella matrimoniale è considerata la prima delle cosiddette "materie miste"²⁶. Tuttavia, proprio l'introduzione del divorzio ha avviato un progressivo allontanamento tra le due concezioni matrimoniali, che col tempo si è progressivamente consolidato non solo e non tanto in relazione al "tabù" dell'indissolubilità - il quale era invero avvertito come tale più nella società che negli ordinamenti giuridici -, quanto per il fatto che la legge del 1970 ha mutato l'elemento di centralità del vincolo coniugale, spostando l'attenzione dall'atto matrimoniale - culmine del riferimento canonistico - al rapporto matrimoniale.

Le ipotesi di nullità matrimoniale contemplate dal diritto canonico si riferiscono infatti all'atto matrimoniale; esse tendono ad accertare la validità del consenso espresso dai coniugi ed eventualmente ne sanzionano la nullità. Vale a dire che attestano l'eventuale esistenza di un vincolo viziato *ab origine*, e perciò mai nato e improduttivo di effetti giuridici. Le ipotesi di gravi patologie del rapporto possono al più dar luogo alla separazione, *permanente vincolo*.

Il divorzio presuppone un impianto concettualmente opposto. L'ordinamento si concentra sulla sostanza del rapporto più che sulla costituzione del vincolo. Fino al punto che l'eventuale nullità del matrimonio risulta sanata dalla successiva convivenza. Eppure successive turbative del rapporto possono portare allo scioglimento del vincolo valido²⁷.

²⁶ Cfr. P. CONSORTI, *Diritto e Religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 9 ss.

²⁷ Cfr. G. BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 14 ss.



Il modello matrimoniale disciplinato dal diritto dello Stato, pur mantenendo affinità ed eredità canonistiche, mantiene una propria autonomia: specialmente evidenziata dall'istituto del divorzio. Lo stato di *separazione imperfetta* tra matrimonio civile e matrimonio canonico iniziato con la secolarizzazione del diritto matrimoniale, si consolida mediante l'introduzione del divorzio²⁸.

5 - Giurisprudenza italiana e dispensa pontificia

In conclusione, sembra opportuno accennare alla rilevanza giuridica civile della dispensa canonica *super rato*, tale da mettere in evidenza una particolarità. Essa ha lo scopo di rispondere ad evenienze eccezionali delle vicende matrimoniali, costituendo l'inconsumazione una situazione al limite della nullità, tale da prevalere sulla validità del vincolo, pur legittimamente assunto.

Perciò la dispensa ha natura prettamente discrezionale: è un atto amministrativo riservato all'autorità pontificia. Non è quindi un provvedimento giurisdizionale e non tutela un diritto soggettivo. L'inconsumazione non integra insomma un diritto in senso stretto allo scioglimento del matrimonio canonico. Al contrario, nel diritto civile l'inconsumazione prelude allo scioglimento del matrimonio civile, ed è parte di un procedimento giurisdizionale nel quale l'esigenza di preservare il vincolo matrimoniale non agisce da limite ostativo della pronuncia di scioglimento.

Il giudice ha infatti il dovere di tentare la conciliazione tra i coniugi, ma se persiste l'impossibilità di ricostruire l'armonia matrimoniale egli non può che prenderne atto e portare avanti il procedimento.

La differenza fra i due istituti è stata rimarcata anche dalla giurisprudenza costituzionale. Fino agli anni '80, in regime di sostanziale riserva canonica di giurisdizione matrimoniale, la dispensa veniva considerata alla stregua di una sentenza ecclesiastica, dunque poteva avere efficacia nell'ordinamento giuridico statale e condurre alla dichiarazione di nullità del matrimonio concordatario.

La Corte Costituzionale nel 1982 (sentenza n. 18) ha però precisato che la dispensa *ex can.* 1142 non poteva dispiegare effetti nell'ordinamento civile, dato che si trattava di un atto amministrativo discrezionale, assunto

²⁸ Cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 11^a ed., aggiornamento a cura di A. Bettegini, G. Lo Castro, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 459 ss.



senza obbligo di sentire le parti e quindi senza garanzia di contraddittorio, in violazione perciò dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale²⁹.

Questo orientamento è stato recepito nel testo dell'Accordo di Villa Madama, che all'art. 8.2 prevede che la Corte d'Appello accerti che all'interno del procedimento ecclesiastico sia stato rispettato il diritto di difesa delle parti in giudizio.

La Corte di Cassazione non ha mancato negli anni di confermare questo orientamento. La sentenza n. 13651 del 2000 ribadisce l'impossibilità degli effetti civili della dispensa per matrimonio rato e non consumato rifacendosi alle stesse argomentazioni espresse dalla Corte Costituzionale, negando nel contempo la possibilità di ricorrere al diritto internazionale, considerando la dispensa quale "sentenza straniera".

Se da un lato queste pronunce mostrano il sempre maggiore allontanamento delle due giurisdizioni, dall'altro hanno indirette conseguenze sull'inquadramento concettuale dell'istituto in esame. Abbiamo visto³⁰ che inizialmente la dottrina aveva ritenuto che la *ratio* dell'istituto dello scioglimento del matrimonio civile non consumato consistesse nell'eliminazione della discriminazione tra cittadini cattolici e non. Tale evenienza è caduta nel momento in cui la dispensa *ex can.* 1142 ha finito per non più avere effetti civili, col risultato di vanificare la funzione anti-discriminatoria dello scioglimento del matrimonio non consumato.

6 - Aspetti processuali

Dal punto di vista processuale, la prova decisiva per ottenere la pronuncia di scioglimento per inconsumazione consiste nella dimostrazione della mancata unione sessuale tra i coniugi.

In punto di teoria l'accertamento dello stato di verginità della moglie risolve l'enigma probatorio alla radice, ma può aversi il caso, sempre più frequente nella nostra società, di precedenti rapporti prematrimoniali. Ciò rende la mancata illibatezza meno probante, dato che l'atto sessuale potrebbe essere avvenuto senza con ciò essere stato consumato il matrimonio³¹.

²⁹ Cfr. Corte Cost., sent. n. 18 del 1982.

³⁰ Vedi *infra*, par. 4.

³¹ Cfr. Trib. di Roma del 7 maggio 1974.



Poiché la prova della consumazione investe la dimostrazione di un fatto negativo, nella prassi giudiziaria hanno trovato applicazione i criteri generali in materia, per cui la dimostrazione passa attraverso la prova di un fatto positivo contrario o il ricorso a presunzioni da cui si possa dedurre il fatto negativo posto in giudizio³².

La particolare problematicità di questo tipo di procedimenti ha portato la giurisprudenza ad affidarsi al metodo presuntivo. In mancanza di riscontri oggettivi, i giudici utilizzano l'eventuale coabitazione dei coniugi come metro di valutazione per poter presumere la mancata consumazione matrimoniale. Si presume che tutte le coppie, una volta convolate a nozze, dimorino sotto lo stesso tetto e costituiscano un autonomo nucleo familiare diverso dalle famiglie di origine. Questo passo fondamentale della vita di coppia include, sempre presumibilmente, anche la condivisione del talamo nuziale.

I giudici sostengono quindi che all'instaurarsi di questa comunità di vita si possa ragionevolmente presumere che ci sia stato contatto sessuale tra i coniugi. *A contrario*, in assenza di coabitazione si potrà presumere l'inconsumazione matrimoniale³³. L'attribuzione di valore probatorio a questa circostanza rientra nella logica civilistica attenta alle vicende del rapporto matrimoniale, tali da esprimere la concretizzazione del vincolo giuridico. In questa direzione si sono espresse le Sezioni Unite della Cassazione, che hanno recentemente ribadito come la convivenza costituisca una situazione giuridica meritevole di tutela costituzionale, tale da essere persino ostativa alla pronuncia di effetti civili delle sentenze ecclesiastiche³⁴.

La persistente presenza dell'inconsumazione quale causa di divorzio appare come una foglia secca meritevole di cadere. Non solo per la sua scarsa applicazione, quanto perché estranea al sistema matrimoniale laico e priva di significato circa il soddisfacimento di esigenze meritevoli di tutela.

³² Cfr., tra le altre, Cass. sent. n. 23229 del 2004.

³³ Sul tema vedi Corte App. Napoli, 6 ottobre 1978; Trib. Napoli 7 giugno 1984; Trib. Firenze, 4 novembre 1985.

³⁴ Cfr. Cass. SS.UU. n. 16379 del 2014; sul tema, vedi N. COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), n. 26 del 2014.