

PAOLO BIANCHI

L'ESCLUSIONE DELLA INDISSOLUBILITÀ
QUALE CAPO DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO.
PROFILI CRITICI (*)

I. Sviluppi e implicazioni dalla collocazione sistematica della fattispecie e del concetto di « simulazione ». — II. Problemi sostanziali. — III. Problemi probatori: 1. Quanto alla « causa simulandi »; 2. Quanto alla « causa contrahendi »; 3. Le circostanze antecedenti; 4. Le cosiddette circostanze concomitanti; 5. Le circostanze successive. — IV. Problemi processuali. — V. Orientamenti giurisprudenziali. — VI. A modo di conclusione.

I. *Sviluppi e implicazioni dalla collocazione sistematica della fattispecie e del concetto di « simulazione ».*

1. La collocazione sistematica della ipotesi di esclusione della indissolubilità nell'ambito del capitolo (IV del titolo VII della prima parte del libro IV del Codice di diritto canonico) dedicato al con-

(*) Il presente articolo è la rielaborazione di un intervento che ho avuto il piacere di effettuare in occasione di un incontro di professori presso la Pontificia Università della S. Croce nel gennaio del 2001. Della comunicazione orale esso mantiene la schematicità e il tentativo di presentazione sintetica; più sviluppato è invece l'apparato di note, soprattutto con riferimenti alla giurisprudenza rotale così come reperibile negli ultimi volumi di collezione di sentenze pubblicati a cura dello stesso Tribunale Apostolico nonché in alcune delle riviste specialistiche più diffuse. In maniera, come detto, sintetica ho cercato nella mia relazione di esporre quei temi, collegati a quel possibile difetto di consenso che è l'esclusione della indissolubilità, che mi parevano emergere sia come acquisizioni più significative sia anche come aspetti meritevoli di maggiore approfondimento e riflessione. Naturalmente — ma forse è bene precisarlo — nella mia esposizione mi sono attenuto ad un ambito di riflessione di carattere giuridico, partendo dalle posizioni di carattere teologico comuni del magistero ecclesiale.

senso quale causa efficiente del matrimonio⁽¹⁾ e la comune riconduzione dottrinale del fenomeno a un « difetto » volontario di consenso possono essere considerati due dati indiscutibili.

Tali dati comportano come conseguenza⁽²⁾ una duplice necessità: *a)* quella che alla base del fenomeno esclusorio vi sia un atto positivo di volontà, ossia un atto effettivamente posto, deliberato come atto umano, esprimente la reale volontà del soggetto⁽³⁾; *b)* quella della ricostruzione, sul piano probatorio — al di là di ogni formalismo e con ogni mezzo ammesso dall'ordinamento⁽⁴⁾ — della volontà effettiva del soggetto al momento di contrarre il patto nuziale e in rapporto al proprio specifico matrimonio.

Un corollario, per così dire, di tale impostazione è l'insostenibilità di quella che qualcuno ha prospettato come simulazione « inconscia »⁽⁵⁾. Tale ipotesi va rigettata non tanto nel senso che si debba pretendere la conoscenza delle conseguenze giuridiche del proprio atto (conoscenza che non è giustificato richiedere, alla luce della

(1) Cf. il can. 1101 § 2 e il principio fondamentale secondo cui « matrimonium facit partium consensus » enunciato al can. 1057 § 1.

(2) Tale consequenzialità viene ad esempio affermata nella decisione c. Defilippi 22 novembre 1996, in ARRTDec. LXXXVIII, 747-748/5, ove si legge: « sicut ad constituendum matrimonium requiritur actus voluntatis utriusque nubentis quo saltem implicite respiciuntur omnia essentialia elementa et proprietates matrimonii, eadem ratione [sottolineatura dell'autore di queste note] ut matrimonium, non obstante manifestatu consensu, nullum sit, requiritur positivus voluntatis actus, qui ingreditur in efficaciter determinando obiecto consensus coniugalis, ita ut is feratur in obiectum essentialiter corruptum, seu substantialiter aliud ac quod Ecclesia Catholica matrimonium definit »; cf. anche la c. Defilippi 18 dicembre 1996, in ARRTDec. LXXXVIII, 821/5.

(3) « Necessè est ut indissolubilitatis exclusio positivo voluntatis actu perficiatur, i.e. cum firmo, consulto determinatoque proposito solubile coniugium ineundi »: così si esprime la c. Funghini 9 marzo 1994, in ARRTDec. LXXXVI, 145/2. Cf. pure l'analisi che la sentenza c. Huber 28 settembre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 527/4, fa delle caratteristiche della *humanitas*, della *positivitas* e della *firmitas* dell'atto di volontà esclusorio.

(4) Cf. la regola assai ampia contenuta nel can. 1527 § 1, che ammette ogni tipo di prova, con i soli limiti della liceità e della utilità, ossia della pertinenza del mezzo rispetto all'oggetto della prova.

(5) Di tale ipotesi di occupa piuttosto ampiamente la c. Burke 18 maggio 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 295-296/9-12, prospettandosi la domanda « Daturne "inconscia" simulatio? » e convincentemente argomentando che anche nella esclusione implicita « hoc nec cancellat requisitum quod actus positive fuisset formulatus, nec consentit quod probatio huiusmodi actus in meris coniecturis stare possit » (296/11), per concludere che « transitus a (possibili) generali actitudine mentali ad positivum actum reapse applicatum, semper clare probandus est » (296/12).

struttura peculiare del difetto di consenso in parola ⁽⁶⁾), quanto piuttosto nel senso di escludere che questa ipotesi di difetto del consenso possa essere riferita a una decisione « inconsapevole », non deliberata e quindi non imputabile moralmente e giuridicamente al soggetto: in poche parole a una non-decisione, a una volontà solo presuntiva, solo ipotetica. È noto del resto che anche la esclusione cosiddetta implicita presuppone un atto della volontà, che solo si differenzia sotto il profilo dell'oggetto, nel senso che il bene protetto dall'ordinamento giuridico (nel caso, la proprietà dell'indissolubilità del matrimonio) è in essa colpito solo mediatamente e non invece direttamente come nella esclusione esplicita.

In questo senso, appare molto importante chiarire un possibile equivoco fra il piano concettuale e quello probatorio: parlare di esclusione implicita, significa rimanere sul piano propriamente concettuale e riferirsi come detto all'oggetto dell'atto di volontà, nel quale solo mediatamente è contenuta l'esclusione della indissolubilità (come ad esempio nel caso di chi progettasse che « se il matrimonio andrà male, farò ricorso al divorzio »). Talvolta, invece, sembra che, postulando l'essersi verificato di una esclusione implicita, si utilizzi tale concetto in modo equivoco e riferendosi piuttosto agli elementi di prova presuntiva (moventi, condotte, circostanze) dai quali l'atto di volontà può essere desunto sotto il profilo probatorio. Si assiste, in altre parole, a un non tematizzato scivolamento dal piano concettuale/sostanziale a quello probatorio. Certamente — né alcuno intende negarlo — quello presuntivo è uno dei mezzi di prova ammessi dall'ordinamento canonico ⁽⁷⁾. Occorre tuttavia, a sommo avviso di chi scrive: sia ben padroneggiare la distinzione fra i due piani (quello concettuale e quello probatorio); sia soprattutto sorvegliare di non confondere l'atto positivo (comunque dimostrato, anche solo per indizi, presuntivamente) con un atto invece solo presunto ma questa volta nel senso di una ricostruzione solo « interpretativa » o ipotetica di esso.

⁽⁶⁾ Come meglio si vedrà più sotto, nella ipotesi di cui ci occupiamo e diversamente che nella cosiddetta « simulazione totale » del consenso, il soggetto potrebbe anche essere erroneamente intenzionato a contrarre valido matrimonio e convinto di farlo, ignorando che il proprio rigetto di una nota essenziale dell'istituto (la indissolubilità, ex can. 1056) compromette oggettivamente la coniugalità del proprio consenso.

⁽⁷⁾ Cf. i cann. 1584-1586.

2. La definizione dottrinale di simulazione «parziale», convenzionalmente e comunemente applicata anche alla esclusione della indissolubilità, media il duplice convincimento:

a) che in questo tipo di fenomeno vi sia la presenza di una volontà matrimoniale (quindi non un'assenza deliberata e consapevole di qualsiasi volontà matrimoniale, come nel caso della cosiddetta simulazione totale) nel soggetto attivo della cosiddetta simulazione;

b) che però si tratti di una volontà atipica quanto al suo oggetto, difforme precisamente dalla volontà precettiva dell'ordinamento, ossia da come questo disegna l'istituto matrimoniale nei suoi contenuti, per quella parte in cui essi sono indisponibili alla libera determinazione dei contraenti.

Si afferma, contestualmente a questa visione, un netto sfavore nei confronti della illustrazione del fenomeno come caratterizzato dalla presenza nel soggetto di una duplice volontà: ossia quella di contrarre matrimonio e quella, contemporanea, di escluderne una proprietà essenziale; due atti di volontà che si eliderebbero a vicenda. È un teoria che viene ritenuta artificiosa e si preferisce invece cogliere l'unitarietà dell'atto del «simulatore»: la posizione di un preteso consenso coniugale, intrinsecamente contraddittorio⁽⁸⁾, in quanto non comprensivo di una donazione perpetua di sé all'altro.

3. Sotto il profilo strettamente terminologico, ci si potrebbe infine porre la domanda circa l'effettiva utilità di fare riferimento al termine di «simulazione»; un termine che la legge non usa⁽⁹⁾, per quanto il suo utilizzo sia solidamente attestato in dottrina e in giurisprudenza.

Possibili ragioni per abbandonare questo termine potrebbero essere le seguenti:

a) in primo luogo, il fatto che non necessariamente c'è dolo in chi esclude l'indissolubilità. «Dolo» qui inteso nel senso di deliberata e consapevole tenuta di una condotta antiggiuridica, come per esempio potrebbe appunto non avvenire nel caso di errore invincibile circa la struttura dell'istituto matrimoniale. L'errore invincibile,

(8) Cf. S. VILLEGIANTE, *L'esclusione del «bonum sacramenti»*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, 198-199; cf. anche P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Milano 2001, 307-309.

(9) Cf. il can. 1101 § 2, che, come del resto il previgente can. 1086 § 2 nonché il can. 824 § 2 del CCEO, utilizza il concetto e il termine *exclusio*.

per sua natura, esclude infatti la conoscenza della anti giuridicità della propria condotta, in un soggetto che è pacificamente convinto di agire in modo lecito⁽¹⁰⁾.

b) in secondo luogo, il fatto che non c'è nel cosiddetto simulatore una volontà totalmente e consapevolmente contraria alla posizione di un atto giuridico, che il soggetto anzi può ritenere di porre, non solo del tutto lecitamente e validamente, ma anche integralmente quanto alla sua struttura e alla produzione dei suoi effetti.

c) in terzo luogo, il fatto che non ci sono, nell'intenzione del cosiddetto simulatore, un negozio simulato (del quale si vuole la mera apparenza) e uno dissimulato (del quale si vuole invece la sostanza), come nella teoria civilistica della simulazione relativa in materia contrattuale⁽¹¹⁾.

Per le ragioni brevemente accennate, è forse è più opportuno attestarsi sull'utilizzo del termine legale di «esclusione», che rende meglio la natura del fenomeno, senza complicarne la comprensione con una implicita analogia con istituti di diversi ordinamenti giuridici. Detto termine indicherebbe inequivocamente e quindi precisamente il rifiuto, diretto o implicito, di un aspetto obbligatorio dell'istituto matrimoniale così come compreso dall'ordinamento canonico. È questo che essenzialmente rileva dal punto di vista canonistico.

II. *Problemi sostanziali.*

1. Un problema emergente in merito alla esclusione della indissolubilità (e ciò anche per ragioni «sociologiche», che prospettano cioè frequenti casi che ne sollevano e ne verificano la concreta possibilità, almeno nei Paesi occidentali o occidentalizzati) è quello della distinzione della esclusione di cui al can. 1101 § 2 dalla fattispecie di cui al can. 1099. Non è di facile risposta l'interrogativo se fra le

⁽¹⁰⁾ L'ipotesi formulata ricadrebbe con tutta evidenza nell'ambito del can. 1099 sotto il profilo del diritto matrimoniale sostanziale. Del resto, anche in materia penale canonica, l'ignoranza incolpevole del fatto che una determinata condotta costituisca violazione di una legge è circostanza esimente dalla pena prevista per il trasgressore (cf. can. 1323, 2); mentre è solo circostanza attenuante la non conoscenza della sanzione annessa alla legge consapevolmente violata (cf. can. 1324, 9).

⁽¹¹⁾ Cf. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1997, 152.

due ipotesi di nullità matrimoniale via sia autonomia, oppure se la seconda debba in buona sostanza essere ricondotta alla prima. Occorre in altre parole cercare di chiarire il rapporto fra errore (di diritto) circa la proprietà essenziale della indissolubilità e la positiva esclusione della stessa.

In modo molto sintetico e salva cattiva comprensione di chi scrive, possono essere in merito individuate diverse teorie, le principali delle quali potrebbero essere come segue presentate:

a) una prima teoria è quella che nega l'autonomia dell'errore quale ragione di nullità, errore sostanzialmente ricondotto al ruolo di *causa simulandi*. In altre parole: quando l'errore determina efficacemente e a modo di movente la volontà ai sensi del can. 1099 si verificherebbe la esclusione positiva di cui al can. 1101 § 2.

È una tesi non irragionevole e che si potrebbe sostenere anche in base all'argomento testuale, dal momento che, per sé, il can. 1099 si limita ad affermare che l'errore cosiddetto⁽¹²⁾ *simplex* non rileva quale difetto di consenso, salvo che vi sia l'eccezione della *determinatio voluntatis*. Il can. 1099 non illustra però positivamente in cosa si concreti tale eccezione, tale *determinatio*, cosa che potrebbe appunto essere definita nel can. 1101 § 2⁽¹³⁾ nei termini di un esercizio deliberato della volontà, motivato appunto dall'errore.

b) la seconda teoria che cerca di illustrare in cosa consista l'eccezione prevista dal can. 1099 è quella che riconduce il concetto di determinazione della volontà al concetto di condizione, rilevante ai sensi del can. 126, secondo quelli che sono i principi canonici generali in tema di atto giuridico.

⁽¹²⁾ Almeno secondo la terminologia della previgente codificazione, al can. 1084.

⁽¹³⁾ In questa linea si potrebbero intendere alcune decisioni rotali. Ad esempio la c. Defilippi 27 luglio 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 414/4, dove, proprio cercando di spiegare il concetto di *determinatio voluntatis* da parte dell'errore di diritto, si afferma: «In huiusmodi casibus error radicatus de matrimonio habendus est tamquam "causa simulandi remota", quae praesertim si accedat "causa simulandi proxima" [...]». Una c. De Lanversin 5 ottobre 1996, in ARRT Dec. LXXXVI, 438/6 considera il caso che «error ita ipsam personam penetret atque informet ut genuinum provocet positivum voluntatis actum, qui matrimonii perpetuitatem excludit», dove del tutto evidentemente l'errore è ricondotto all'atto di volontà esclusorio; una impostazione che sembra reperibile anche in una c. Bruno 24 novembre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 627/4, dove si parla di un errore così radicato da consentire la presunzione «de positiva errori adhaesione, cum subiectum invincibiliter velle iuxta quod sentit adigatur».

È una teoria sostenuta soprattutto in dottrina⁽¹⁴⁾, ma con un importante aggancio testuale nella allocuzione di Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 29 gennaio 1993, dove il Pontefice ribadisce la normale irrilevanza dell'errore di diritto accidentale circa l'istituto matrimoniale a meno che «il cosiddetto *error iuris* [...] non assurgesse a tale intensità da condizionare l'atto di volontà, determinando così la nullità del consenso»: espressioni, quelle del Papa, dove il termine e il concetto di «condizione» espressamente ricorrono⁽¹⁵⁾.

c) una terza teoria è quella che ipotizza la concezione erronea come l'unica ipotesi presente e presa in considerazione dalla ragione «pratica» del contraente, restando invece la conoscenza corretta dell'istituto matrimoniale assente⁽¹⁶⁾. È la tesi dell'errore denominato *operativus* o altrimenti detto *specificans obiectum*⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ È la tesi di fondo sostenuta da U. NAVARRETE, *De sensu clausulae « dummodo non determinet voluntatem » can. 1099*, in «Periodica» 81 (1992) 469-520; J. KOWAL, *L'errore circa le proprietà essenziali o la dignità sacramentale del matrimonio (can. 1099)*, in «Periodica» 87 (1998) 287-327; M. TINTI, *Condizione esplicita e consenso implicitamente condizionato nel matrimonio canonico*, Roma 2000, 216.

⁽¹⁵⁾ AAS 85 (1993) 1259.

⁽¹⁶⁾ Cf. il citato P.-J. VILADRICH, *Il consenso...*, soprattutto 226-253: la tesi di fondo è che nel caso «la volontà si autodetermina facendo suo l'unico contenuto matrimoniale che la sua ragione pratica le fa conoscere e le propone come unione coniugale da realizzare nella sua vita. [...] l'unica valutazione che la ragione pratica gli propone sul vincolo coniugale costituisce necessariamente l'unico tipo di vincolo concreto che può scegliere e volere la sua volontà» (243). Cf. in giurisprudenza la c. Pinto 6 ottobre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 541-542/3, che tratta appunto della determinazione, da parte dell'errore, del *iudicium practicum-practicum* del contraente; o la c. Pompedda 17 maggio 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 401/10, dove si afferma: «Error [...] tunc voluntatem determinat seu informat seu efformat ubi fit terminus intentus a voluntate, quae prae se aliud obiectum habere non potuit», dove si sottolinea l'unicità dell'oggetto (la concezione erronea) sottoposta alla volontà; del medesimo Ponente cf. anche le sentenze 13 marzo 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 203/7 e 2 giugno 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 352/12. Dell'influsso sul giudizio pratico del contraente tratta anche la c. Monier 21 giugno 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 482/5, mentre la c. Huber 29 ottobre 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 660/7 afferma: «Si intellectus speculativus non cognoscat matrimonium nisi solubile et intellectus practicus tale obiectum essentialiter corruptum voluntati hic et nunc ad operationem proponat, voluntas tendit in obiectum, prout illud ab intellectu cognoscitur».

⁽¹⁷⁾ Ne tratta diffusamente, anche con indicazione di copiosa giurisprudenza, A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem*, in «Monitor Ecclesiasticus» 122 (1997) 451-561.

d) la quarta teoria sarebbe infine quella che equipara la determinazione della volontà alla cosiddetta esclusione «implicita», che si verificherebbe per mezzo dell'indirizzarsi della volontà verso un oggetto incompatibile con il matrimonio cristiano e le sue caratteristiche⁽¹⁸⁾, nel caso un matrimonio solubile, divorziabile. Una tesi che si avvicina, sotto un certo profilo, alla precedente, dal momento che la nullità deriva da una trasformazione dell'oggetto essenziale del patto nuziale; l'elemento differenziale potrebbe invece consistere nel fatto che la deformazione, per così dire, dell'oggetto del consenso avverrebbe con un intervento più accentuato della stessa volontà del contraente, che potrebbe essere anche non ignaro della concezione canonica del matrimonio, come invece in sostanza dovrebbe essere nella ipotesi immediatamente precedente.

È difficile orientarsi per l'adesione, almeno esclusiva, a una di queste spiegazioni del meccanismo della *determinatio voluntatis* da parte dell'errore di diritto circa la proprietà essenziale della indissolubilità del matrimonio. E forse una scelta esclusiva non è nemmeno necessaria. Tutte le ipotesi rammentate contengono infatti degli elementi di ragionevolezza e, forse, esse non rappresentano altro che meccanismi concettuali e psicologici che possono spiegare diverse possibili modalità di influenza di una concezione erronea sulla volontà negoziale.

2. Altro punto di diritto sostanziale assai discusso è la questione se sia ancora sostenibile e giustificata la presunzione di cui al can. 1101 § 1 circa l'indissolubilità nel nostro contesto culturale seco-

⁽¹⁸⁾ Cf. il complesso ragionamento svolto nella c. Defilippi 22 novembre 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 748-750/6-8, i cui passaggi salienti appaiono i seguenti: « nullitas matrimonii ob exclusum bonum sacramenti habetur quando quis proprium matrimonium vult dissolubile, seu servans sibi facultatem recuperandi plenam libertatem erga alterum nubentem, seu positive intendens inire matrimonium suo lubitu solubile»; e inoltre, rifacendosi in parte a una decisione c. Pompedda del 17 luglio 1989: «“Aut enim contrahens positive et directe excludit perpetuitatem, etsi vult matrimonium contrahere; aut contrahens positive et directe sibi prospicit et intendit matrimonium absque indissolubilitate, cum illud tantummodo agnoscat utpote institutum matrimoniale aut idipsum tantummodo admittat”. [...] Proprie de prima hypothese agit commemoratus can. 1101 § 2; dum de altera cavet can. 1099». Nelle seconde ipotesi prospettate nei due passi citati sembra di ravvisare come detto la esclusione implicita, che avverrebbe inserendo nel tipo di matrimonio che si intende contrarre un elemento (la dissolubilità) che contrasta con il quadro normativo canonico in materia matrimoniale.

larizzato, in modo particolare per soggetti tipo i cosiddetti « sessantotini »⁽¹⁹⁾, oppure atei o di ideologia comunista⁽²⁰⁾, o ancora per gli acattolici⁽²¹⁾.

Vi sono — a sommosso avviso di chi scrive — molti argomenti per confermare la sensatezza della presunzione della corrispondenza fra dichiarato e voluto:

a) è un dato ovvio nei rapporti umani ritenere che la parola comunicata normalmente ciò che dal soggetto è inteso;

b) la presunzione in parola è poi uno strumento di tutela della certezza nei rapporti giuridici fra le persone;

c) esprime inoltre la fiducia della Chiesa nella persona, nella sua lealtà e responsabilità, in coerenza con la visione antropologica cristiana che ritiene l'uomo orientato al bene e capace (salva la presenza di una patologia) di tendervi efficacemente con la sua volontà deliberata;

d) ritenere, infine, il contrario e cioè che in linea generale chi si sposa dichiarando di farlo per sempre voglia invece un matrimonio solubile, significherebbe aprire lo spazio al rilievo di una volontà solo congetturale e generale, non della singola persona.

Tutto ciò su di un piano di principio; è chiaro — però, si badi bene, sul piano del mero fatto — che l'inserimento e l'assorbimento in una mentalità deviante dalla visione matrimoniale canonica può essere elemento facilitante la prova che, in casi specifici, la presunzione vada superata: ma, appunto, in casi specifici e previa dimostrazione che la effettiva volontà del contraente fosse difforme da quella dichiarata.

Ritengo importante inoltre segnalare un possibile equivoco fra i concetti di *praesumptio iuris* (quella appunto del can. 1101 § 1, che in fondo è una regola di ripartizione dell'onere della prova) e quello di *praesumptio facti*, che indica invece il mezzo di prova che si può desumere da una vita contraria ai principi cristiani, da un acceso divorzismo, dal caso dell'acattolico convinto delle proprie idee religiose anche in tema matrimoniale, o da situazioni consimili. Chi afferma il « ribaltamento » della presunzione contenuta nel can. 1101

⁽¹⁹⁾ Cf. c. De Lanversin 5 ottobre 1995, in ARRT Dec. LXXXVI, 439-441/7-11.

⁽²⁰⁾ Cf. c. Gianneccchini 18 dicembre 1996, in « Monitor Ecclesiasticus » 123 (1998) 568-572/7-8.

⁽²¹⁾ Cf. c. Monier 21 giugno 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 482/5.

§ 1 forse incorre proprio in questo equivoco: quello di confondere giudizio di diritto con giudizio di fatto. Appare del tutto logico ritenere che il mero dato di fatto, pur frequente, non possa di per sé mutare un ragionevole principio di diritto o annullare le ragioni teoriche che lo sostengono.

Del resto, l'Allocuzione del 21 gennaio 2000 di Giovanni Paolo II alla Rota Romana sembra dare delle indicazioni che confermano la utilità e la giustificazione della disposizione del can. 1101 § 1 e l'incongruità di una ricostruzione puramente induttiva della volontà di un contraente a partire solo (si badi: solo) dal suo ambiente culturale, in difetto di dati più specifici che consentano di acclarare la effettiva volontà individuale⁽²²⁾.

3. Un altro punto di diritto sostanziale che pare importante focalizzare è quello relativo alla determinazione dell'oggetto proprio della esclusione: che precisamente è appunto la proprietà essenziale della indissolubilità (can. 1056).

Tale esclusione può avvenire in vari modi⁽²³⁾, anche sotto forma della volontà di riservarsi la facoltà di liberarsi da un vincolo perpe-

⁽²²⁾ «È innegabile che la corrente mentalità della società in cui viviamo ha difficoltà ad accettare l'indissolubilità del vincolo matrimoniale ed il concetto stesso del matrimonio come *foedus quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt* (CIC, can. 1055 § 1), le cui essenziali proprietà sono *unitas et indissolubilitas, quae in matrimonio christiano ratione sacramenti peculiarem obtinent firmitatem* (CIC, can. 1056). Ma tale reale difficoltà non equivale *sic et simpliciter* ad un concreto rifiuto del matrimonio cristiano o delle sue proprietà essenziali. Tanto meno essa giustifica la presunzione, talvolta purtroppo formulata da alcuni Tribunali, che la prevalente intenzione dei contraenti, in una società secolarizzata e attraversata da forti correnti divorziste, sia di volere un matrimonio solubile tanto da esigere piuttosto la prova dell'esistenza del vero consenso»: in «L'Osservatore Romano», 27 gennaio 2000, 7.

⁽²³⁾ Cf. una analisi di essi in A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia...*, 439-448. Cf. anche la interessante ipotesi di P.-J. VILADRICH, *Il consenso...*, 414-419, che analizza le possibili modalità di esclusione della indissolubilità secondo una triplice partizione: esclusione della stabilità, che si avrebbe in presenza di una volontà di unione solo transitoria, nel senso del cosiddetto matrimonio «di prova», dove il soggetto di riserverebbe un preteso diritto di approvare o meno l'esito dell'unione; esclusione della perpetuità, dove il soggetto vuole un vincolo sì stabile ma essenzialmente (seppure anche solo eventualmente) *ad tempus*, ossia perdurante fin tanto che perdura il conseguimento dei fini soggettivi che lo stesso si era posto sposandosi; esclusione della indissolubilità, tramite la riserva a se stesso di uno *ius divortiandi*, per quanto con il ricorso a un'autorità esterna rispetto ai contraenti cui si riconosce il potere di sciogliere il vincolo coniugale.

tuo e indisponibile, dal momento che (essendo la indissolubilità del matrimonio ad esso propria *secundum se* e non solo *in suis principiis*), rileva sia la esclusione del diritto, sia la riserva di non osservare l'obbligo che ne deriva⁽²⁴⁾.

La libertà matrimoniale che spetta al contraente e che l'ordinamento canonico accuratamente tutela (cf. i cann. 219 e 1103) non si estende infatti alla determinazione dei contenuti essenziali dell'istituto matrimoniale⁽²⁵⁾.

In questa considerazione delle possibili modalità dell'esclusione della proprietà essenziale della indissolubilità, si pone la questione della eventuale volontà di far ricorso alla separazione e/o al divorzio: tale volontà non è anzitutto necessaria in senso tecnico-giuridico, dal momento che piuttosto concordemente la giurisprudenza mostra di non dar troppo peso al mezzo con cui si pensa di attuare eventualmente di fatto la esclusione. In secondo luogo, occorre badare che si tratta di intenzioni dal possibile significato equivoco, significato che deve essere attentamente vagliato nei singoli casi⁽²⁶⁾. Occorre — infatti e ad esempio — fare delle distinzioni concettuali fra gli istituti richiamati (la separazione intacca per sé la coabita-

⁽²⁴⁾ Cf. la c. Stankiewicz 27 maggio 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 246/11: «Quoniam indissolubilitas seu bonum sacramenti pertinet ad matrimonii essentiam *secundum se* et non solum *in suis principiis* [...] consequitur ut matrimonium irritum reddat non solum intentio non sese obligandi quoad bonum sacramenti, sicut obvenit quoad bonum fidei et prolis, verum etiam intentio non servandi perpetuitatem, quia bonum sacramenti, quod est indissolubile vinculum, etiam quoad executionem, videlicet in seipso, "est de essentia sacramenti matrimonii"». Cf. anche le sentenze: c. Huber 16 giugno 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 325/4; c. Huber 15 dicembre 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 736/5; c. Huber 28 settembre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 526/3; c. Stankiewicz 27 ottobre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 598-599/6; c. Defilippi 18 dicembre 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 821-822/7.

⁽²⁵⁾ Cf. la c. De Lanversin 21 giugno 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 407/13: «Homo utique suam liberam habet operationem erga matrimonium, eo tantum sensu quod illud contrahere vel non contrahere potest: nullam autem potestatem vel arbitrium sibi vindicare potest circa substantiam matrimonii vel substantiales proprietates matrimoniales».

⁽²⁶⁾ La c. Stankiewicz 27 maggio 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 248-249/14-15, invita saggiamente alla prudenza e alla ponderazione: «evitari debet eiusdem [della proclamata volontà divorzistica] festinata superaestimatio, ne quadam automata ratione ac sine ulla circumstantiarum ponderatione, sicut interdum obvenit, fortior suscepto consilio recuperandi plenam libertatem ab omni vinculo agnoscatur». Cf. anche le c. Huber 16 giugno 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 326/5 e la c. Stankiewicz 25 aprile 1997, in «Il diritto ecclesiastico» 110 (1999) II, 59/7.

zione⁽²⁷⁾, mentre il divorzio il vincolo civile)⁽²⁸⁾, anche se senza eccessiva acribia — per lo meno che si fermi al solo tenore letterale delle parole — e sforzandosi sempre di cogliere cosa il soggetto effettivamente volesse al momento di prestare il consenso coniugale.

III. *Problemi probatori.*

I problemi di prova sono per sé problemi sostanziali; la considerazione a parte che se ne fa in queste brevi riflessioni è solo convenzionale, pratica.

1. In primo luogo appare opportuno richiamare che lo schema abituale di prova diretta e indiretta deve essere inteso come una indicazione funzionale a una ordinata raccolta prima e valutazione poi del materiale istruttorio, non già come una sorta di rigida gabbia⁽²⁹⁾ i cui elementi debbano sempre e comunque ritrovarsi quasi in modo meccanico e quasi a costituire una sorta di super prova legale, seppure non codificata. L'orientamento normativo e giurisprudenziale attuale è sempre più chiaramente rivolto verso il metodo del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice⁽³⁰⁾, seppure evidentemente non senza regole o a prezzo di un arbitrio assoluto e di una mera convinzione soggettiva del giudicante.

Occorre poi prendere atto che nei singoli casi potrà realizzarsi un diverso equilibrio dei vari elementi di prova (quelli di solito considerati, a ben vedere, tutti tipizzati o riconducibili a categorie tipizzate dalla normativa⁽³¹⁾), che non necessariamente dovranno sempre

⁽²⁷⁾ Cf. c. Stankiewicz 27 ottobre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 599-600/8.

⁽²⁸⁾ Ivi, 600/9.

⁽²⁹⁾ A proposito del detto schema di prova afferma la c. Defilippi 22 novembre 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 751/9; «Quod schema tamen aptandum est casui de quo iudicandum est»; cf. anche la c. Defilippi 18 dicembre 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 822/8.

⁽³⁰⁾ Cf. le considerazioni svolte dalla c. Civili 22 marzo 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 212-214/8-12.

⁽³¹⁾ Alla prova cosiddetta diretta si debbono ricondurre come noto le dichiarazioni giudiziali delle parti e quelle stragiudiziali, quest'ultime riversate nel giudizio attraverso i mezzi di prova documentale o, più frequentemente, testimoniale; alla prova invece indiretta, costituita da moventi, indizi e circostanze, si deve invece ricondurre il mezzo di prova presuntivo, per quanto alla certezza circa i fatti storici che consentono presunzioni giudiziali (cf. can. 1586) si dovrà previamente giungere attraverso qualsiasi

e tutti riscontrarsi in ogni vicenda e per così dire con la stessa percentuale di incidenza nell'ambito della globalità del materiale probatorio, globalità che non dovrà mai essere persa di vista⁽³²⁾.

2. Non ritengo che si debba particolarmente insistere in questioni circa la prova diretta, soprattutto quanto al valore probatorio delle dichiarazioni delle parti, un argomento oggi particolarmente approfondito⁽³³⁾. L'unica cosa che vorrei sottolineare (ammaestrato anche della concreta esperienza di trattazione delle cause) è che questa possibilità straordinaria e molto utile⁽³⁴⁾ di prova non dovrà essere banalizzata e ridotta (*absit iniuria verbis*) a una specie di autocertificazione in materia di nullità matrimoniale, come avverrebbe se si trascurasse di cercare riscontri o referenze che confermino *omnino* (can. 1536 § 2) quelle dichiarazioni; oppure se si sopravvalutassero argomenti, certamente non privi di spessore, ma che sommessamente sembra non possano da soli (si sottolinea: da soli) supplire la mancanza di elementi di conforto probatorio più specifico ed intrinseco: ad esempio laddove si affermasse la totale credibilità di un soggetto solo per

mezzo lecito, venendo quindi di nuovo in considerazione soprattutto la prova testimoniale e documentale.

⁽³²⁾ Cf, ad esempio, le osservazioni che si possono leggere nella c. Pinto 6 ottobre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 542/3.

⁽³³⁾ Ci si permette di rinviare alla bibliografia raccolta nell'articolo del sottoscritto Autore: *Le prove: a) dichiarazioni delle parti; b) presunzioni; c) perizie*, in AA.Vv., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, Milano 1998, nota 8 alle pagine 80-81, cui devono essere aggiunti a titolo di aggiornamento i contributi di M.J. ARROBA CONDE, *Il valore di prova delle dichiarazioni giudiziali delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, in «Rivista diocesana torinese», febbraio 2000, 19-43; M.A. ORTIZ, *Le dichiarazioni delle parti, la prova testimoniale e documentale e la loro portata processuale nelle cause ex can. 1095, 1-2*, in AA.Vv., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2000, 337-382. Debbono anche esse considerate le relazioni (si spera di prossima pubblicazione) svolte in una giornata di studio tenuta presso l'Università di Verona il 10 maggio 2001 sul tema del valore probatorio delle dichiarazioni giudiziali delle parti dai professori: S. Gherro, S. Ecc. F.S. Salerno, mons. J.M. Serrano Ruiz, J. Llobell, S. Ecc. Tarcisio Bertone.

⁽³⁴⁾ Come autorevolmente è stato scritto a commento dei cann. 1536 § 2 e 1679: «Con questo nuovo regolamento canonico, che purtroppo nella prassi dei tribunali ecclesiastici di molti paesi è considerato e applicato ancora troppo poco, si dovrebbe "escludere per quanto possibile ogni divario tra la verità verificabile nel processo e la verità oggettiva conosciuta dalla retta coscienza"» (J. RATZINGER, *Introduzione*, in CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Sulla pastorale dei divorziati risposati*, Città del Vaticano 1998, 19).

ché dei testi (al tribunale personalmente sconosciuti e magari dall'interessato stesso indotti) ne parlano bene, oppure perché, avendo egli già ottenuto il divorzio civile, non resterebbero in campo che interessi spirituali dove non si può pensare che una persona voglia ingannare se stessa.

3. Qualche considerazione in più penso invece utile svolgere, seppure sempre in modo schematico, circa la prova cosiddetta indiretta.

A modo di introduzione, penso giusto premettere un'osservazione di carattere generale. Trattandosi per definizione di prova logica, induttiva, gli elementi di fatto che la supportano dovranno corrispondere alle condizioni previste dal can. 1586 per la praticabilità della prova presuntiva: certezza, determinazione, diretta connessione con l'oggetto principale della prova. In altre parole: il dato storico sulla base del quale la prova induttiva viene costruita dovrà essere provato con certezza morale (*ex facto certo*); ben ricostruito nei suoi risvolti fattuali (*determinato*), di modo che se ne possa pienamente apprezzare il valore indiziario; ed effettivamente, si direbbe in modo stringente, pertinente al fatto principale oggetto finale della prova (*quod cum eo, de quo controversia est, directe cohaereat*).

Ciò richiamato, si possono fare alcune osservazioni puntuali in merito ai principali argomenti di prova indiretti usualmente presi in considerazione:

3.1. Quanto alla «causa simulandi».

a) Sembrano ancora valide, in quanto ragionevoli, le regole elaborate nei decenni scorsi e formalizzate nella dottrina degli anni '70⁽³⁵⁾ per la causa cosiddetta remota di simulazione: quanto più radicato è l'errore di diritto circa la caratteristica della indissolubilità, tanto più verosimile diventa il suo influsso sulla volontà e tanto più agevole la dimostrazione dell'atto esclusorio;

b) di grande saggezza appare poi l'affermazione della prevalenza in chiave di prova indiziaria della causa prossima su quella remota; ad esempio e in riferimento alla esclusione della indissolubi-

⁽³⁵⁾ Ad esempio l'articolo dell'allora uditore rotale I. PARISELLA, *De pervicaci seu radicato errore circa matrimonii indissolubilitatem. Iurisprudentia rotalis recentior*, in AA.VV., *Ius Populi Dei*, III, Romae 1972, 511-540.

lità: difficoltà specifiche nel fidanzamento, dubbi preuziali, rotture avvenute nel fidanzamento. La *causa simulandi proxima*, infatti, è più vicina all'operatività e maggiormente predisponente ad una applicazione alla propria vicenda personale della volontà contraria a un legame perpetuo⁽³⁶⁾;

c) ragionevole appare pure la richiesta della specificità della *causa simulandi*: il cumulo di cause svariate può talora semplicemente tradire la loro intrinseca debolezza⁽³⁷⁾, soprattutto se fra di loro difficilmente componibili.

3.2. Quanto alla «causa contrahendi».

Quanto alla causa *contrahendi*, bisogna accuratamente osservare che essa rileva *pro nullitate* quanto più è anomala, spuria. Spesso non si trova nelle motivazioni delle sentenze ecclesiastiche questo approfondimento, oppure lo si trova ma espresso in un modo un po' involuto, dicendo che la causa *simulandi* deve prevalere su quella *contrahendi*; se non addirittura ci si limita a registrare la presenza di un movente per contrarre osservando — piuttosto ovviamente, per la verità — che diversamente il matrimonio non sarebbe stato contratto e che quindi nemmeno ci si dovrebbe occupare della verifica della sua validità. In realtà, il vero problema rappresentato dalla cosiddetta *causa contrahendi* è molto serio: nello sforzo di valutare secondo criteri di razionalità e di responsabilità le decisioni della persona il cui consenso matrimoniale è sottoposto a verifica, non ci si può esimere dall'affrontare la domanda sul perché la persona medesima — pur o avversa al matrimonio, oppure dubbiosa in merito, oppure e in ogni modo coltivando un'inclinazione contraria a qualche

⁽³⁶⁾ Diverse decisioni rotali sottolineano detta prevalenza. Ad esempio: c. Pompedda 13 marzo 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 203/7: «Certum cum sit momentum excludendi causae, asserendum est non sufficere existentiam causae remotae pro conicienda simulatione; insuper attendi semper debet potius ad causam proximam seu concretam assertae exclusionis». Cf. anche, nella stessa linea, la c. Pompedda 2 giugno 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 353/13 e la c. De Lanversin 12 giugno 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 408/15: «Quoad causam simulandi, hoc potissimum animadverti debet: causa, si erit remota seu abstracta a concretis adiunctis, difficilior simulationem ostenderit; dum e contra, si erit proxima seu arcte cum hoc determinato matrimonio connexa, fere necessario consensum vitiatum probabit». Cf. ancora la c. Pompedda 17 maggio 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 401/11 e la c. Giannecchini 31 maggio 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 427/3c.

⁽³⁷⁾ Cf. c. Giannecchini 13 ottobre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 549/3.

contenuto qualificante dell'istituto matrimoniale — si sia ugualmente sposata. In altre parole: se si vogliono comprendere in profondità le vicende umane, non ci si può non chiedere, di fronte a una prospettata ipotesi di un difetto volontario di consenso, come mai una persona che dice (o che si dice) aver contratto un matrimonio secondo una visione difforme da quella canonica abbia scelto proprio la forma canonica di celebrazione.

In quest'ordine di considerazione, non riesce difficile rendersi conto che quanto più la ragione di accesso alle nozze è « normale » (ossia spontanea, senza forzature, condizionamenti, motivi di interesse, ripensamenti o titubanze), tanto più essa è ostacolo al conseguimento della prova; anche se tale argomento va certo percorso senza semplificazioni e senza meccanicismi. Al contrario, quanto più la ragione dell'accesso al matrimonio e al matrimonio in forma canonica è debole ⁽³⁸⁾, tanto meno essa rappresenta un indizio serio e concreto in senso contrario al conseguimento della prova della pretesa esclusione.

3.3. *Le circostanze antecedenti.*

Fra gli elementi di prova indiretta vengono abitualmente considerate le circostanze di tempo, di luogo e di persona che caratterizzano la vicenda matrimoniale all'esame.

Seguendo l'usuale partizione cronologica secondo cui esse sono illustrate, appare che siano le seguenti le circostanze antecedenti meritevoli di particolare sottolineatura:

a) anzitutto l'eventuale resistenza alla celebrazione religiosa delle nozze. Se è vero da un lato che l'indissolubilità è una proprietà essenziale del matrimonio per diritto naturale, d'altro lato essa è forse oggi quella che chiede di fatto una maggiore intenzionalità o disponibilità religiosa per essere accolta. Il tentativo di rifiuto — soprattutto se coltivato rigidamente e in termini spregiativi — della celebrazione religiosa delle nozze appare essere una circostanza compatibile con il rifiuto di impegnarsi per sempre;

b) anche la proposta di convivenza o di matrimonio civile appare essere indizio assai compatibile con l'ipotesi di esclusione dell'indissolubilità, soprattutto se la proposta viene motivata con la ri-

⁽³⁸⁾ Per convenienza, pressioni, interesse, mera volontà di compiacere l'altra parte, amore inteso però in senso solo emotivo e sentimentale.

spettivamente nessuna o minore forza vincolante di dette soluzioni alternative;

c) in senso analogo possono essere valutate prese di posizione a favore del divorzio (per casi specifici, ad esempio di amici o parenti, o anche in genere, ossia in termini di fenomeno sociale e di costume). Ciò detto, si ritiene tuttavia piuttosto fallace e comunque da percorrere con estrema prudenza l'argomento del favore per il divorzio nel *referendum* italiano del 1974 o in accadimenti analoghi⁽³⁹⁾. Infatti, non tutti i favorevoli alla legge civile intendevano personalmente avvalersene, anche se solo eventualmente; oppure c'erano posizioni che proponevano di tollerare (come male minore) l'introduzione della possibilità dello scioglimento, ma per i soli matrimoni celebrati civilmente. Infine, occorre tener presente l'inverificabilità del voto affermato come espresso nella consultazione popolare; al massimo verificabile (e quindi rilevante come indizio) potrebbe essere la pubblica propaganda fatta a favore della conservazione della legge 1 dicembre 1970⁽⁴⁰⁾.

3.4. *Le cosiddette circostanze concomitanti.*

Fra le cosiddette circostanze concomitanti (almeno in un sistema di matrimonio canonico trascrivibile al civile, come nel sistema concordatario italiano), una parola andrebbe forse detta in merito alla scelta della cosiddetta separazione dei beni quanto al regime patrimoniale della famiglia. Si tratta di un elemento ambiguo, soprattutto in presenza di motivazioni giustificanti (ad esempio responsabilità civile connessa all'esercizio di libere professioni o del commer-

⁽³⁹⁾ Cf. le acute considerazioni della c. Huber 16 giugno 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 326/5: «Restat, ut dicamus de contrahente, qui votum pro divortio in populari rogatione (referendum) protulerit. Ex hac agendi ratione non statim decernendum est pro matrimonii nullitatem. Quis, etsi catholice institutus, in favorem divortii certare potest ob falsum libertatis conceptum, quia tenet indissolubilitatis legem non esse imponendam eis, qui eam non acceptant. At hoc dumtaxat pro aliis vindicare potest, quin cogitet de libertate a vinculo sui matrimonii acquirenda».

⁽⁴⁰⁾ Più di una volta lo scrivente ha constatato, in sentenze di tribunali ecclesiastici, essere stata presa come indizio *pro nullitate* la dichiarazione di aver votato a favore della conservazione del divorzio nel *referendum* abrogativo celebratosi in Italia nel 1974; affermazione fatta però da persone che all'epoca della detta consultazione popolare non avevano l'età per esercitare il diritto di voto. Prendere come indizio un fatto, non solo in sé inverificabile, ma anzi nei casi specifici impossibile quanto all'essersi verificato non può che suscitare qualche ragionevole perplessità.

cio) e in assenza di esplicite dichiarazioni esplicative *pro thesi*, ossia che tale regime patrimoniale viene scelto proprio in vista di evitare eventualmente gli incomodi dello scioglimento della comunione legale fra i coniugi quanto alle classi di beni patrimoniali rientranti nella comunione.

3.5. *Le circostanze successive.*

Fra le cosiddette circostanze concomitanti, meritano di essere evidenziate le seguenti:

a) la volontà di figli va intesa come un generico elemento a sfavore della prova dell'esclusione dell'indissolubilità, in quanto dice la volontà della costituzione di un «vincolo» di fatto, anche se formalmente diverso da quello propriamente coniugale. Anche in tale caso, occorre però tener conto di ogni singola vicenda individuale e pure della concezione del figlio inteso come bene per sé (non in sé) nell'ottica individualistica della cultura attuale. Al contrario — ma qui c'è un orientamento pacifico — la non volontà di figli appare essere indizio favorevole alla prova del rifiuto dell'impegno perpetuo⁽⁴¹⁾;

b) indizio importante a favore della esclusione della indissolubilità sembra pure quello della rapidità della decisione di rottura della vita comune, magari di fronte alle prime difficoltà e senza attuare seri tentativi per superarle. È vera l'acuta puntualizzazione impostasi in giurisprudenza circa il fatto che la possibilità di liberarsi dal legame nuziale viene di solito voluta in chiave di *casus cautio* e non invece di *casus desiderium* e che quindi possono anche essere spiegati tentativi per far andare bene l'unione, pure protratti nel tempo⁽⁴²⁾. Tuttavia sembra altrettanto ragionevole affermare che quanto più rapido è il passare all'atto della rottura della vita coniugale, tanto più credibile si fa la volontà dichiarata di non aver accettato un legame perpetuo, nella buona e nella cattiva sorte;

⁽⁴¹⁾ Cf. ad esempio la c. Jarawan 6 giugno 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 298/2.

⁽⁴²⁾ Cf. ad esempio la c. Giannecchini 13 ottobre 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 548/2, che avverte: «voluntas [...] divertendi per se componi potest cum successiva cura et sollicitudine conviventiam tuendi et fovendi — monemur in una coram Funghini — “votum, immo et studium ac actuosam curam pro matrimonio servando. Qua de re verae intentioni vinculum abrumpendi per se non repugnat quominus simulans adlaboret ad conciliationem fovendam difficultatesque superandas statim ac nubes coniugalem convictum incipiunt infuscare”».

c) analoghe considerazioni sommessamente pare vadano fatte per la unilateralità della rottura, comunque intesa: separazione di fatto, richiesta di separazione legale o di divorzio. Certo le parti possono in ipotesi escludere entrambi la indissolubilità ed essere d'accordo nel cessare la vita comune, tuttavia l'unilateralità della decisione sembra far spiccare di più lo spregio del principio della indissolubilità e del diritto del coniuge al comportamento che ne consegue. È forse possibile sviluppare un'analogia con alcune acute intuizioni in merito al tema dell'esclusione della prole — sviluppate ad esempio in una sentenza c. Burke del 15 dicembre 1994⁽⁴³⁾ — che proprio a partire dalla unilateralità della decisione desumono un orientamento per decidersi in merito alla alternativa fra vera esclusione e semplice rimando. Naturalmente per l'indissolubilità non si dà l'alternativa fra diritto e suo esercizio, come invece per l'ordinazione istituzionale del matrimonio alla prole; tuttavia la decisione unilaterale sembra far emergere — proprio nella sua arbitarietà e nella sua odiosa imposizione all'altro — un atteggiamento che può essere (certo non da solo, bensì inserito in un contesto di altri elementi concludenti) coerente con la probanda volontà di non obbligarci né di sentirsi obbligato da un vincolo perpetuo;

d) in questa linea, appaiono rilevanti le modalità (in senso più generale che al punto subito precedente) soggettive con le quali si vive la fine di fatto dell'esperienza coniugale: ad esempio, con il richiamo a eventuali idee originarie di possibile rottura e con la loro (ri)teorizzazione, oppure con la pretesa di esercitare un proprio diritto, piuttosto invece che con la sofferenza e l'umiliazione di subire una sconfitta esistenziale;

e) infine, elemento almeno amminicolare di prova potrà essere l'utilizzo effettivo della facoltà cui si pretende di aver diritto: ossia il passaggio a una nuova unione con l'instaurazione di una vita paramatrimoniale.

IV. *Problemi processuali.*

A giudizio dello scrivente, appare che i problemi propriamente processuali cui si potrebbe dedicare attenzione siano in sostanza due:

(43) In ARRT Dec. LXXXVI, 721/11.

1. In primo luogo quello della compatibilità fra l'ipotesi di esclusione della indissolubilità e altre ipotesi di nullità matrimoniale. Occorre qui solo trattare di quelle che fanno o possono fare problema, rimandando altresì a quanto già accennato per quanto concerne l'errore di diritto determinante la volontà: l'autonomia o meno — rispetto alla esclusione di cui al can. 1101 § 2 — della ipotesi di nullità di cui al can. 1099 dipende ovviamente da come si spiega la detta *determinatio* della volontà da parte dell'errore.

Venendo dunque alle ipotesi di fatto o potenzialmente problematiche, si pensa di poter osservare:

a) sembra piuttosto pacifica la non coordinabilità della ipotesi di esclusione della indissolubilità con quella di una simulazione «totale». Quest'ultima prevede una non volontà matrimoniale *simpliciter* e quindi è logicamente prevalente rispetto alla ipotesi di una volontà matrimoniale seppure difettosa in quanto atipica; per conseguenza, anche giuridicamente, essa andrà presa in considerazione in via principale, mentre la seconda potrà essere trattata solo in subordine;

b) più dubbiosa resta la possibilità di considerazione coordinata di esclusione della indissolubilità e del *metus*. Nonostante la prima sia un difetto (che dovrebbe dire mancanza radicale) e il secondo rappresenti un vizio (che dice sussistenza, seppure imperfetta) del consenso, c'è giurisprudenza che vede incompatibilità solo fra simulazione totale e *metus*, mentre invece ammette la possibilità di coesistenza fra l'esclusione di una proprietà essenziale e la costrizione. A ben vedere (e come già accennato), il difetto di consenso si atteggia diversamente nel caso di simulazione totale e di esclusione della indissolubilità: nel primo caso il consenso manca sotto ogni profilo radicalmente, in quanto è escluso in se stesso, dal momento che il soggetto non vuol contrarre matrimonio, ne rifiuta in blocco gli obblighi, respinge la comparsa come proprio coniuge: manca per così dire soggettivamente e oggettivamente. Nel caso invece della esclusione della proprietà dell'indissolubilità, il soggetto vuole contrarre e il suo consenso non è difettoso in senso soggettivo bensì solo in senso oggettivo, dirigendosi verso un obiettivo che è sostanzialmente diverso dal matrimonio canonico. Per questo non sembra irragionevole la posizione che ritiene compostibili l'ipotesi di una esclusione della indissolubilità e del *metus*. Anche sotto il profilo del fatto, è talvolta difficile valutare quale delle due fattispecie si sia verificata, ad esempio nel caso di un soggetto che, spinto decisamente alle nozze e non

avendo il coraggio di resistere all'abusiva pressione, decida di contrarle ma con la possibilità di sciogliersi dal legame nel caso la prova abbia cattivo esito;

c) pure domande suscita l'ipotesi della compatibilità fra impugnazione del matrimonio per incapacità naturale (soprattutto quella di cui al can. 1095, 1 e 2) ed esclusione della indissolubilità.

La compatibilità parrebbe con maggiore sicurezza doversi escludere nel caso del difetto di uso di ragione: per quanto la norma relativizza tale uso al matrimonio (richiede infatti un uso « sufficiente » di ragione: sufficienza che logicamente parrebbe da valutarsi in rapporto allo specifico atto), si intende normalmente che il soggetto sia in condizione di generale incapacità a porre un atto umano, e quindi nemmeno l'atto positivo di volontà esclusorio.

Qualche voce dottrinale e giurisprudenziale⁽⁴⁴⁾ prospetta invece la possibilità di coesistenza di difetto di discrezione di giudizio e di esclusione positiva. Tuttavia: se difetto di discrezione è incapacità di valutazione critica dei doveri essenziali del matrimonio e/o incapacità di libera autodeterminazione nel farsene carico, non si vede (almeno lo scrivente fatica a vedere) come chi non sappia valutare detti obblighi o liberamente decidersi verso di essi possa con atto deliberato e libero decidere di rifiutarli. A meno che, forse, si possa dimostrare che il diritto/dovere oggetto del difetto di discrezione sia perfettamente identificato come diverso dalla perpetuità del vincolo, sufficientemente compresa in modo tale da poter anche essere oggetto di ripulsa volontaria.

Non si vedrebbe invece una incompatibilità fra esclusione dell'indissolubilità e incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095, 3). Quest'ultima ipotesi, infatti, va identificata come l'impossibilità radicale e sussistente al momento del consenso di osservare (e quindi di assumersi a titolo di obbligo giuridico) qualcuno dei doveri essenziali dello stato coniugale, essendo in ipotesi il consenso in quanto atto psicologico possibile e intrinsecamente sufficiente. E perché il consenso come atto psicologico sussista, è sufficiente che il suo oggetto esista come sostanzialmente co-

(44) Cf. le indicazioni che si possono trovare in A. STANKIEWICZ, *Il contributo della giurisprudenza rotale al « defectus usus rationis et discretionis iudicii »: gli ultimi sviluppi e le prospettive nuove*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico (can. 1095 nn. 1-2)*, Città del Vaticano 2000, 283.

nosciuto e liberamente voluto, ancorché esso non sia attuabile sul piano operativo.

2. Il secondo problema processuale è quello di precisare esattamente il senso della cosiddetta caducazione e/o dell'«assorbimento» di cui talora si legge nel dispositivo di sentenze che trattano della nullità del matrimonio per *causae petendi* diverse (senza magari che nella motivazione vi sia una spiegazione di tale provvedimento). Per la verità, si tratta di un problema più generale, che non concerne specificamente l'esclusione della indissolubilità. Illustrarlo però con chiarezza in via generale, oppure almeno spiegare nei singoli provvedimenti giurisdizionali cosa si sia inteso esattamente fare, penso sia molto utile, per non esporre le cause (*rectius* le persone la cui vicenda è oggetto delle cause) alle spiacevoli conseguenze di incertezze o equivoci circa la conformità di sentenze o circa il grado di giudizio in cui un determinato profilo della vicenda (un *caput nullitatis*) è effettivamente conosciuto.

V. *Orientamenti giurisprudenziali.*

Non ci si diffonde sull'argomento, dal momento che nel programma degli incontri in cui questa relazione si inserisce è previsto un intervento specifico in merito⁽⁴⁵⁾. Dalla consultazione — a modo di saggio o, per così dire, di campione — dei volumi delle decisioni rotali LXXXVI-LXXXVIII⁽⁴⁶⁾, nonché di alcune riviste che riportano giurisprudenza rotale⁽⁴⁷⁾ dal 1997 in avanti, ossia da dopo l'anno relativo all'ultimo volume pubblicato delle decisioni rotali, si possono desumere alcune considerazioni inerenti il nostro tema.

Emerge in particolare la questione dell'errore di diritto in merito alla indissolubilità, dal duplice punto di vista: sia della spiegazione teorica del rapporto fra errore e atto di consenso, sia dei modelli di illustrazione del suo eventuale influsso pratico sulla volontà matrimoniale (per esempio, come già più sopra esemplificato, nel

⁽⁴⁵⁾ Ossia la relazione del professore nonché Uditore rotale Antoni Stankiewicz dal titolo *L'esclusione dell'indissolubilità nella dottrina e nella giurisprudenza recenti*.

⁽⁴⁶⁾ Riportano le decisioni rese negli anni 1994-1996. Si tratta degli ultimi tre volumi pubblicati al momento della stesura della presente relazione.

⁽⁴⁷⁾ *Ius Ecclesiae*, Il diritto ecclesiastico, *Monitor Ecclesiasticus*.

caso di acattolici occidentali o di persone educate nei regimi comunisti e ateistici dell'Europa dell'est).

Molta sottolineatura riceve anche il tema della cosiddetta esclusione ipotetica della indissolubilità, anche perché di più frequente occorrenza. Ma, a ben vedere e come è noto, ipotetica è solo l'attuazione della rottura di fatto, non l'esclusione della proprietà che è in ogni caso e sempre « assoluta »: cosa che deriva dal fatto che, nel caso della indissolubilità, non si può distinguere accettazione del principio di diritto ed esercizio/osservanza dello stesso, per cui ogni riserva in merito — anche in forma condizionata o eventuale — incide sulla struttura giuridica dell'atto e quindi sulla integrità del consenso ⁽⁴⁸⁾.

VI. *A modo di conclusione.*

Si desidera solo offrire una semplice e, si spera, non banale considerazione: l'esclusione della indissolubilità appare essere uno dei motivi di nullità più frequenti nel mondo occidentale, soprattutto europeo e latino, dove non si ha ancora quella — almeno compiutamente, perché la tendenza pure si mostra — panpsicologizzazione (passi il termine) delle tematiche matrimoniali che altrove si verifica. Questo dato statistico appare peraltro coerente con la mentalità diffusa e riflette una delle debolezze più caratteristiche della nostra temperie culturale: la paura e il conseguente rifiuto delle responsabilità, soprattutto se vincolanti in modo definitivo.

Se ne può concludere: sia che l'attività giurisdizionale della Chiesa non è poi tanto lontana dalla realtà come talora si sostiene; sia, e soprattutto, che i dati provenienti da questa stessa attività evidenziano ancora più marcatamente un preciso aspetto su cui approfondire ulteriormente lo sforzo pastorale di evangelizzazione e di preparazione al matrimonio.

⁽⁴⁸⁾ Cf. c. Stankiewicz 27 maggio 1994, in ARRT Dec. LXXXVI, 244/6-7; c. Funghini 25 gennaio 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 76-77/2; c. Giannecchini 31 maggio 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 426/2; c. Funghini 5 giugno 1996, in ARRT Dec. LXXXVIII, 436/3.

