

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - Reg. *Insubris seu Mediolanen* - Nullità del matrimonio - Simulazione parziale - Esclusione del *bonum fidei* - Sentenza definitiva - 22 giugno 2006 - Caberletti, Ponente*

Matrimonio - Consenso – Simulazione – Esclusione del *bonum fidei*. La proprietà essenziale dell'unità. Unità ed *esclusività*. Inseparabilità tra unità e fedeltà coniugale. Valenza giuridica della fedeltà coniugale.

Matrimonio - Consenso – Simulazione parziale. Atto positivo di volontà. Irrilevanza delle previsioni, convinzioni e predisposizioni all'infedeltà se non si concretizzano in un atto positivo della volontà, in modo esplicito o implicito. Ridimensionamento della distinzione tra esclusione del diritto ed esclusione dell'esercizio del diritto.

Matrimonio - Prova dell'esclusione. Forza probatoria delle dichiarazioni delle parti. Veridicità e credibilità delle parti. Ricorso ai testi di credibilità.

LA più recente giurisprudenza include tra il contenuto del *bonum fidei* – come uno degli “*matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem*” di cui al can. 1101 § 2 – il dovere di custodire la reciproca fedeltà coniugale. Una sempre più approfondita comprensione della natura della donazione coniugale ha portato a sottolineare l'unicità ed esclusività della donazione della persona, la cui mascolinità e femminilità non ammette una condivisione con persone diverse dell'altro coniuge. Di conseguenza, la fedeltà coniugale ha una precisa valenza giuridica, poiché tra gli sposi “*foedus matrimoniale servandum est*”: tutti gli impegni del patto coniugale s'instaurano a titolo di diritto-dovere e, in quanto tali, contengono un'esigenza radicale di natura giuridica: quella di dover essere adempiuti esclusivamente fra i coniugi, in modo leale e fedele.

Il canone 1101 esige che l'esclusione ha forza invalidante solo se avviene con un atto positivo di volontà, rivolto al proprio matrimonio che si sta per celebrare, non essendo sufficienti né la volontà abituale né quella interpretativa né la “*forma mentis*” che non incide positivamente sulla volontà: “*ad exclusionem perficiendam non sufficere voluntatis inertiam aut velleitates atque simplices praevisiones ac dubia, quae solummodo in intellectu manent et firmitate omnino carent (...); positivitas ideoque potius*

* Vedi, alla fine della sentenza, nota di M. Á. ORTIZ, *La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro credibilità*.

ad voluntatem ostendendam pertinere videtur, ita ut actus voluntatis inaequivocalis pateat, quia nubens quid cathgorice vult" (n. 3).

Tale atto positivo di volontà può essere formulato in modo esplicito o implicito, il che avviene quando l'oggetto del consenso ha un contenuto in cui viene escluso positivamente il matrimonio o una proprietà o elemento essenziale di esso: "a nupturiente qui intendit uti obiectum suis ipsius voluntatis consuetudinem prorsus liberam quoad futuras intimitates cum aliis intexendas" (n. 4).

La distinzione tra *ius ed exercitium iuris*, spesso invocata nei casi di esclusione del *bonum fidei* e del *bonum prolis*, andrebbe ridimensionata poiché non è facile capire in che modo si possa affermare che viene assunto il dovere della fedeltà se con lo stesso atto di volontà si esclude l'adempimento dell'obbligo che sarebbe stato assunto: chi non intende adempiere già nel momento di costituire il vincolo, in realtà neanche intende assumere le esigenze intrinseche del matrimonio.

La distinzione accennata tra *ius ed exercitium iuris* è senz'altro utile nel campo della prova, poiché difficilmente può ritenere di aver escluso un bene chi di fatto ha adempiuto pacificamente i doveri che da tale bene ne scaturiscono. Allo stesso tempo, non ogni inadempienza dell'obbligo implica la necessaria esclusione iniziale, poiché l'atto positivo di volontà simulatoria non si presume. Né un generico proposito di adulterare "si casus ferat" né la previsione di future infedeltà né il solo fatto che ci siano state di fatto delle infedeltà, pur essendo degli argomenti che potrebbero essere invocati a sostegno dell'avvenuta esclusione, sono sufficienti. La sola prova delle inadempienze non basta a ritenere nullo il matrimonio: "Ad probandam exclusionem boni fidei non sufficit elenchum praebere infidelitatum, quae ante et post matrimonium consummatae sunt, sed probetur oportet contrahentem sibi ius adulterandi reservavisse neque comparti tradidisse ius d fidem" (n. 6).

Per quanto riguarda la prova, l'esistenza dell'atto positivo di esclusione deve essere dichiarata dal presunto simulante, sia in giudizio sia fuori dal giudizio, "tempore non suspecto", e riportata in giudizio da testimoni degni di fede. Inoltre, l'affermata esclusione dev'essere spiegabile dalla presenza di una causa simulandi grave (le dissolute abitudini, una mentalità edonista, una mancanza di maturità affettiva...) che riesca a superare la pur presente causa nubendi; le circostanze infine – e concretamente la prova di una prassi adulterina sia prima che dopo il matrimonio – devono corroborare l'affermazione del presunto simulante.

Quanto affermato dalle parti dev'essere vagliato dal giudice insieme al resto degli elementi di prova presenti nell'istruttoria. Ma le dichiarazioni delle parti "vis plinae probationis ipsis tribui nequit, nisi alia accedant elementa quae eas omnino corroborent" (can. 1536 § 2). Se il tribunale non riesce a raggiungere la necessaria certezza, e in modo particolare se – com'è il caso della presente sentenza – le dichiarazioni delle parti sono contrastanti tra di esse o con l'insieme della prova, il giudice si servirà, si fieri potest, di testi sulla credibilità delle parti stesse, oltre ad altri indizi ed amminicoli.

(*Omissis*). SPECIES FACTI. 1. Caius, die 15 februarii 1942 in oppido nuncupato “(omissis)” natus, et Gaia, die 5 aprilis 1944 Mediolani orta, post brevem consuetudinem sponsaliciam, tantum per sex menses ductam, die 9 septembris 1968 in ecclesia NN. sacra, intra fines municipii v. d. “(omissis)” nuptias canonicas celebraverunt.

Eorum unio die 15 februarii 1970 ab ortu filiolarum, cuius nomen est N., laetata est.

Ruina matrimonii a viri fidei iugalis crebris proditiōibus suscitata est.

Die 15 iunii 1976 separationem mutuo consensu partes sanxerunt (cf. Summ. 8), quae die iulii 1976 a iudice Civitatis rata habita est (cf. Summ. 9), et tandem die 15 iulii 1982 sententia divortii lata est (cf. Summ. 12).

Pluribus anni a separatione elapsis, die 17 octobris 1998, consilio a quodam iudice Tribunalis Ecclesiastici Insubris recepto, dominus Caius supplicem libellum porrexit, quo declarationem nullitatis sui matrimonii expostulabat “per esclusione del bene della fedeltà da parte dell’uomo” (Summ. 2).

Die 26 ianuarii 1999 dubium hac sub forma concordatum est, muliere conventa sese opponente: “se consti la nullità del presente matrimonio celebrato dalle parti il 9.9.1968... per esclusione della fedeltà da parte dell’uomo, ai sensi del can. 1101, § 2 CIC” (Summ. 14).

Actor bis a Tribunali auditus est; conventa suum vadimonium reddidit, ac quattuor testes excussi sunt, sese renuente uno teste ad comparandum in iudicio (cf. Summ. 27/18); die 30 martii 2000 sententia negativa in primo iudicii gradu lata est.

Vir appellavit et die 7 martii 2001 per suum Cl. mum Patronum appellatiōnem prosecutus est.

Die 16 iunii 2001, muliere conventa adhuc contra causam pugnante, dubium hac sub formula statutum est: “Se la sentenza negativa di primo grado, emessa dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo il 30.3.2000 sia da confermarsi o da riformarsi” (Summ. 48).

Actor rursus auditus est; novus testis excussus est et mulier cum qua vir consuetudinem more uxorio instauravit, suum vadimonium iterum praebuit.

Die 31 ianuarii 2003 prodiit sententia affirmativa, in secundo gradu lata.

Causa ad normam can. 1682, § 1 ad N. A. T. transmissa est et die 19 aprilis 2005 dubium hac sub forma statutum est: “An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum fidei a viro actore” (Summ. 78).

Quarta vice actor auditus est et etiam unus ex testibus, qui excussus erat iam in prima instantia, suam depositionem in nostro iudicii gradu attulit.

IN IURE. 2. Deus, matrimonii Conditor, a principio voluit coniugii unitatem, poligamiam prorsus excludens: “relinquet homo patrem suum et matrem,

et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una” (*Gn 2, 23*); una caro quidem etiam significat fidelitatem, ac proinde iam in Vetere Lege adulterium interdiciebatur: “Non moechaberis” (*Ex 20, 14*; cf. etiam *Lv 20, 10*; *Dt. 22, 22*); Christus Dominus apertius docuit: “Audistis quia dictum est antiquis: *Non moechaberis*. Ego autem dico vobis, quia omnis qui viderit mulierem ad concupiscendum eam, iam moechatus est eam in corde suo” (*Mt 5, 27-29*).

Unitas et fidelitas indivisibiles patent, quia vinculum iugale dicitur tantum si unus cum una exstat, et exclusivum proinde esse debet: “L’adulterio, al quale si riferisce direttamente il citato comandamento, significa l’infrazione dell’unità, mediante la quale l’uomo e la donna, soltanto come coniugi, possono unirsi così strettamente da essere «una sola carne» (*Gen 2, 24*) (Ioannes Paulus II, *Uomo e donna lo creò. Catechesi sull’amore umano*, 3 ed., Roma 1992, p. 118). Et Divus Paulus fundamentum anthropologicum et unitatis et fidelitatis in mutua potestate ostendit: «Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir. Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier. Nolite fraudare invicem» (*1 Cor. 7, 4*), et quidem haec doctrina hodie sub ratione recti personalismi a Magisterio Ecclesiae plane intellegitur: «Haec dilectio proprio matrimonii opere singulariter exprimitur et perficitur. Actus proinde, quibus coniuges intime et caste inter se uniuntur, honesti ac digni sunt et, modo vere humano exerciti, donationem mutuam significant et fovent, qua sese invicem laeto gratoque animo locupletant. Amor ille mutua fide ratur, et potissimum sacramento Christi sancitus, inter prospera et adversa corpore ac mente indissolubiliter fidelis est, et proinde ab omni adulterio et divortio alienus remanet. Aequali etiam dignitate personali cum mulieris tum viri agnoscenda in mutua atque plena dilectione, unitas matrimonii a Domino confirmata luculenter apparet» (*Gudium et spes*, 49).

Naturae dignitatis humanae et viri et mulieris tum poligamia tum adulterium repugnat, quia suipsius totalis traditio solummodo uni alterius sexus fieri potest ob ipsam naturam amoris coniugalis: “El vínculo conyugal es *único y exclusivo*: une a un solo varón con una sola mujer... Este vínculo es además *total*... Esta unidad y esta totalidad específicas del vínculo son fuente de la exclusividad y de la fidelidad entre los esposos... Habiendo una única persona en cada cuerpo modalizado masculina y femeninamente, la plenitud de la complementariedad sexual es exclusiva sólo entre dos personas, una masculina y otra femenina. De lo contrario, la persona masculina, que recibiría el don entero de la feminidad de varias personas femeninas, no podría darse *per entero* a ninguna de ellas, *ya que, en cuanto única persona de su masculinidad, ésta no es partible sin despersonalizar la masculinidad*. Así mismo, la persona femenina, que recibiría el don entero de la masculinidad de varias personas masculinas, *no podría donarse per entero y al mismo tiempo a ninguna de ellas porque, en cuanto feminidad personal, ésta no es partible ni repartible sim*

despersonalizarse... Es necesario advertir, para no emprobecer el ámbito real de la unidad conyugal, que la exclusión de la misma abarca también no sólo la exclusividad del vínculo (las modalidades de la voluntad poligámica y concubinataria), sino también la *exclusividad de los derechos y deberes esenciales del matrimonio*, cuyos contenidos son debidos también en forma exclusiva sólo entre los esposos. Éste es el sentido más profundo de la llamada *fidelidad conyugal*, que significa que, entre los esposos, *foedus matrimoniale servandum est*: todos los compromisos del pacto conyugal se instauran a título de derecho-deber y, como tales, contienen la exigencia (*ius radicale*) de naturaleza jurídica de ser leal y fielmente cumplidos en exclusiva entre lo consortes” (P.-J. Viladrich, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998, pp. 246-247, 249; tr. it. Milano 2001, pp. 388-390, 393).

Persona individua est (“naturae rationalis individua substantia”, Boethius, *De persona et duabus naturis Christi*, c. 3, P. L., t. 64, col. 1343 D), et proinde indivisibilis; et cum sessualitas humana prorsus personalis sit, ipsa expostulat unitatem necnon exclusivitatem in compage virilitatis aut foeminilitatis tradenda sub specie coniugalitatis: “visio personalistica matrimonii christiani urgebat ad superandum, in verbis quoque, reductivam conceptionem et periculum materialismi seu biologismi... Nova Codicis formulatio, iuxta quam coniuges mutuo consensu tradunt et accipiunt ius non tantum in partem suipsius (*corpus*) sed in totum quod constituit personam propriam (*sese*), certo certius visionem personalisticam confirmat” (G. Versaldi, *Via et ratio introducendi integram notionem christianam sexualitatis humanae in categorias canonicas*, in *Periodica*, 1986, vol. LXXV, p. 410)

Exclusivitas mutue servanda inter coniuges, unitate vinculi quidem expostulata, a divo Augustino bonum fidei vocatur: “In fide attenditur ne praeter vinculum coniugale cum altero vel altera concumbatur” (*De Gen. ad Litt.*, l. 9, c. 7, n. 12, P. L., t. 34, col. 39); “Ad fidem autem castitatis illud pertinet: uxor non habet potestatem corporis sui, sed vir; similiter et vir non habet potestatem corporis sui, sed mulier” (*De bono coniugali*, c. 24, P. L., t. 40, col. 394); “fidem quia nullum adulterium” (*De nuptiis et concupiscentia*, l. 1, c. 11, n. 13, P. L., t. 44, col. 421).

Et Pius XI, f. m, sub bono fidei sive unitatem coniugii sive fidelitatem coniugalem explicitè circumscribit: “Alterum matrimonii bonum, quod diximus ab Augustino commemoratum, est bonum FIDEI, quae est mutua coniugum in contractu coniugali implenda fidelitas, ut quod ex hoc contractu divina lege sancito alteri coniugi unice debetur, id neque ei denegetur neque cuivis permittatur; neque ipsi coniugi concedatur quod, utpote divinis iuribus ac legibus contrarium et a fide coniugali maxime alienum, concedi numquam potest. Quapropter haec fides in primis postulat absolutam coniugii unitatem, quam in protoparentum matrimonio Creator praestituit,

cum illud noluerit esse nisi inter unum virum et mulierem unam” (Litterae encyclicae diei 31 decembris 1930 *Casti connubii*, «A.A.S.», vol. xxii, p. 546).

Fidelitas iugalis praeprimis ad iustitiam pertinet: “*fides*, per quam homo ad suam accedit et non ad aliam... «fides» non accipitur hic prout est virtus theologica, sed prout est pars iustitiae: secundum quod dicitur ex hoc quod «fiunt dicta» [Tullius, 4 *De Rep.* c. 7] in conservatione promissorum. Quia in matrimonio, cum sit quidam contractus, est quaedam promissio per quam talis vir tali mulieri determinatur” (S. Thomas, *Suppl.*, q. 49, a. 2 in corp. et ad 2), et Ecclesiae lex fidem iugalem in ordine iustitiae composuit: “Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus... exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem” (can. 1081, § 2 Codicis pini-benedictini), “Ex valido matrimonio enascitur inter coniuges vinculum natura sua... exclusivum” (can. 1134 Codicis vigentis”.

Attamen progrediens Ecclesiae Summum Magisterium etiam ad ordinem amoris, quippe qui iustitiam condit ac roborat, mutuam coniugum fidelitatem retulit: “Haec autem, quae a Sancto Augustino aptissime appellatur *castitatis fides*, et faciliior et multo etiam iucundior ac nobilior efflorescet ex altero capite praestantissimo: ex coniugali scilicet amore... Firmata denique huius caritatis vinculo domestica societate, floreat in ea necesse est ille, qui ab Augustino vocatur *ordo amoris*” (Pius XI, Litt. Enc. *Casti connubii*, cit. pp. 547 et 549); «coniugalis amor et *fidelis* et *exclusorius* est, usque ad vitae extremum» (Paulus VI, Litterae encyclicae diei 25 iulii 1968 *Humanae vitae*, n. 9, «A.A.S.», vol. Lx, p. 486); “Amor ille mutua fide ratus, et potissimum sacramento Christi sancitus, inter prospera et adversa corpore ac mente indissolubiliter fidelis est, et proinde ab omni adulterio... alienus remanet” (*Gaudium et spes*, n. 49); “in matrimonio alter alteri se dant amore integro ideoque ex se unico et exclusorio” (Ioannes Paulus II, Adhortatio Apostolica diei 22 novembris 1981 *Familiaris consortio*, n. 19, «A.A.S.», vol. Lxxiv, p. 102).

Fidelitas iugalis igitur prout elementum essenziale connubii haberi debet, cum rectius unitas definiatur una ex duabus matrimonii proprietatibus essentialibus (cf. can. 1056; U. Navarrete, *I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali*, in *Studi Giuridici x. La nuova legislazione matrimoniale canonica*, Città del Vaticano 1986, p. 94; R. Funghini, *L'esclusione del bonum fidei*, in *Studi Giuridici Lxi. Diritto matrimoniale canonico, vol. II. Il consenso*, Città del Vaticano 2003, pp. 279-285).

3. Nupturientium consensus est matrimonii causa efficiens (cf. can. 1057, § 1), et eius externa manifestatio cum voluntate interna subiecti agentis plane concors ex iure censetur: «Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis” (can. 1101, §1); attamen

huiusmodi praesumptio veritati cedere debet, quia consensus, in casu eius defectus aut vitii, “nulla humana potestate suppleri valet” (can. 1057, § 1).

Exclusio cuiusdam elementi matrimonii essentialis, etiam simulatio partialis vocata, definitur uti dissensio vel difformitas inter veram nubentis intentionem, in animi arcano ortam atque reconditam, eiusque externam declarationem, et fit solummodo si voluntas personae agere intendit: “si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat... matrimonii essenziale aliquod elementum... invalide contrahit” (can. 1101, § 2), et ratio necessitatis voluntarii ex natura suipsius consensus patet: “Consensus etenim externe manifestatur per actum positivum voluntatis, qui eliditur tantummodo per contrarium actum positivum” (coram Pompedda, decisio diei 9 maii 1970, n. 2, *R.R.Dec.*, vol. LXII, p. 476).

Fons proximus exclusionis, consensum iugalem corrumpens ac vitians, est voluntas, actualis, sed etiam virtualis, quae scilicet suam virtutem in actum consensus adhuc exercere valet, si olim praestita contra elementum essenziale connubii, nondum revocata est. Exclusio proinde minime tantum ex actu intellectus oriri potest, quamvis nihil volitum habetur quin praecognitum, quia “Intellectus humani proprium obiectum est quidditas sive natura in materia corporali existens” (S. Thomas, *S. Theol.*, I, q. 84, a. 7), et proinde “in praesenti statu est ratio quaedam abstracta universalis” (S. Reinstadler, *Elementa Philosophiae Scholasticae*, vol. II, ed. XII, Friburgi Brisg. 1923 p. 87); ideoque actus intellectus, inter quos error habetur, non sufficiunt ad deformandum actum iuridicum (et foedus iugale quidem est actus iuridicus), nisi agatur de ignorantia vel de errore substantiali (cf. can. 126), quia actus iuridicus est “*actus humanus (voluntatis humanae libere operantis) licitus legitime manifestatus seu declaratus, quo agens directe intendit producere effectum iuridicum determinatum, ipsi, praecise quia et quatenus intenditur, a lege agnitum*” (G. Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Lublin-Brasschaat 1932, p. 468). Actus intellectus igitur in abstracto manent, quin ad praxim transeant.

Quod ad consensum iugalem pertinet, nisi agatur de ignorantia quoad substantiam matrimonii (cf. can. 1096) vel de errore voluntatem determinante (cf. can. 1099), actus intellectus obiectum consensus minime vitiare valent: “aliud est positive excludere e consensu matrimoniali praedicta bona, aliud vero erronea mente circa essentiam matrimonii ad connubium accedere” (coram Bonet, decisio diei 28 februarii 1955, n. 2, *R. R. Dec.*, vol. XLVII, p. 183); “Qui ergo matrimonium iniit quod putat dissolubile, vel etiam *quia* id putat dissolubile, valide contrahit. Si autem matrimonium contrahit qua dissolubile, seu sic, et non aliter, matrimonium acceptat, invalide contrahit, quia sic restrictio consensum ingreditur, sive fit per conditionem expressam (can. 1092) sive per actum internum voluntatis” (coram Heard, decisio diei 27 martii 1956, n. 2, *ib.*, vol. XLVIII, p. 301).

Necesse est ut exclusio sit actus, seu determinatio voluntatis atque eius applicatio requiritur ad negotium peragendum; sic dicta voluntas habitualis, seu forma mentis, ad actum voluntatis eliciendum nondum pervenit. Nequaquam consensum vitare valet voluntas interpretativa, quae momento in quo consensus elicitus erat, minime operabatur, sed tantum, matrimonio iam inito, suscepta est.

Uti tertium elementum voluntarii quo exclusio cuiusdam elementi matrimonii essentialis fit, habetur positivitas. Huiusmodi peculiaritas a nonnullis quasi tautologia censetur, quia iam agere est idem ac ponere, sed tautologia pertinet ad definitionem alicuius rei, cum Legislator potius descriptionem exclusionis matrimonium invalidum perficientis statueret, et quidem praesumendum est legem nihil inutile vel supervacaneum afferre.

In nota positivitatis firmitas postulari videtur: "actum vero revera positum requiri, quae *positivitas*, nostra in materia... aliquam quoque firmitatem positionis actus in se continet" (Z. Grocholewski, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Neapoli 1973, p. 56); attamen si actus a voluntate reapse ponitur, ipse in ordine essendi iam exstat, quin plus minusve firmus sit oporteat. Actus positivus reapse differt a negativo, scilicet a non existente, et proinde Iurisprudentia N. O. iterum contendit ad exclusionem perficiendam non sufficere voluntatis inertiam aut velleitates atque simplices praevisiones ac dubia, quae sollumodo in intellectu manent et firmitate omnino carent (cf.: Parisensis, coram Canals, decisio diei 25 ianuarii 1961; Calaritana, coram Fiore, decisio diei 18 octobris 1966, n. 3); positivitas ideoque potius ad voluntatem ostendendam pertinere videtur, ita ut actus voluntatis inaequivocabilis pateat, quia nubens quid cathgorice vult (cf. A. Stankiewicz, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, in *Errore e simulazione nel matrimonio canonico*, a cura di U. Navarrete, Roma 1998, p. 103; etiam in *Periodica* 1998, vol. LXXXVII, p. 285).

4. Actus voluntatis, quo nubens aliquod elementum essenziale excludit, ab eodem poni potest explicite aut implicite.

Obiectum actus impliciti est quid «volitum in alio», et cum «volito in se» inseparabiliter iunctum (cf. F. Hürth, *Defectus consensus in matrimonii acatholicorum*, «Periodica», 1948, vol., p. 212).

Iurisprudentia N. O., respuens quidem alias opiniones (cf. F. G. De las Heras, *El concepto canónico de simulación*, in *Simulación matrimonial en el Derecho Canónico*, ed. dir. por J. I. Bañares, Pamplona 1994, pp. 108-109), actum implicitum, qui vero essentialiter ab actu praesumpto differt, uti actum positivum voluntatis agnoscit: "Actus positivus potest esse sive explicitus sive implicitus: est explicitus si tamquam obiectum directum et immediatum intendit exclusionem essentiae vel proprietatis essentialis matrimonii; est implicitus

si tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis essentialis continetur (cfr. *Instructio S. Officii* diei 22 iulii 1840: *Fontes C.I.C.*, tom IV, n. 883) (coram Staffa, decisio diei 21 maii 1948, n. 2, *R.R. Dec.*, vol XL, dec. xxx, p. 186); «Omnes sciunt dari quoque actum positivum implicitum. Sed erronee quis putaret actum *implicitum* significare actum *praesumptum*. Sane actus praesumptus est actus cuius per se ignoratur existentia, cuius tamen existentia respondet coniecturae plus minusve probabili. Exinde patet in actu praesumpto nihil haberi positivae rationis. E contra, actus implicitus remanet in ordine positivo, quia, quamvis, eius substantia non appareat directe et immediate in manifestatione agentis, tamen ibidem identidem continetur, realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis» (coram Sabattani, decisio die 29 octobris 1963, n. 3, *ib.*, p. 706).

Bonum fidei ideoque excluditur non solummodo ab eo qui explicite vult officium fidelitatis iugalis non assumere, sed etiam a nupturiente qui intendit uti obiectum suis voluntatis consuetudinem prorsus liberam quoad futuras intimitates cum aliis intexendas. Non est qui non videat quod in huiusmodi casu nubens minime vult essentiam matrimonii, quippe quod est “totius vitae consortium” (can. 1055, § 1).

Et etiam pro excluso bono fidei memoretur oportet haec perclara explanatio actus impliciti indissolubilitatem excludentis: “Si enim contrahens percipiens stabilitatem matrimonii elaborat sibi propriam doctrinam in qua abest notio huius stabilitatis ac tantum ita et non aliter coniugium celebrare vult, intendit pseudo-matrimonium non tantum in suis notis positivis a se determinatis, sed etiam quatenus aliquod elementum perceptum ex eo exclusum manet. Ideo de exclusione positiva, etsi implicita, in casu dici potest” (Z. Grocholewski, *o. c.*, pp. 109-10).

Actus voluntatis implicitus potest esse sive actualis sive virtualis: “clare patet pariter implicitam haberi posse voluntatem tum actualem tum virtualem. Sive quis enim in matrimonii celebratione eliciat intentionem contrahendi iuxta sua principia (in quibus desit notio indissolubilitatis), sive tunc perseveret talis intentio diu antea elicitata, nullius est momenti relate ad validitatem vinculi coniugalis. In utroque casu sit vitiatus, nec matrimonium producat; in utroque quoque casu causa nullitatis sit intentio implicita” (Z. Grocholewski, *o. c.*, p. 111).

5. Etiam pro bono fidei distinctio fieri solet inter ius et exercitium iuris; et ad rem doctrina divi Thomae affertur: “«fides» et «proles» possunt dupliciter considerari. Uno modo, in seipsis. Et sic pertinent ad usum matrimonii, per quem et proles producitur, et pactio coniugalis servatur... Et inde est quod matrimonium nunquam invenitur sine inseparabilitate: invenitur autem si-

ne fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo... Alio modo possunt considerari fides et proles secundum quod sunt in suis principiis: ut pro «prole» accipiatur intentio prolis, et pro «fide» debitum servandi fidem» (*Suppl.*, q. 49, a. 3, in corp.).

Doctrina et Iurisprudencia proinde censent solummodo exclusionem iuris matrimonium irritum facere, cum vero intentio non implendi officia iugalia matrimonium invalidum haud reddat, quia adimpletio ad exercitium iuris pertinet: «sicut enim consensus plenus est intentio contrahendi et sese obligandi et tandem implendi, ita contrahens simulate, dum contrahit, vel non habet intentionem contrahendi; vel habet intentionem contrahendi, sed non sese obligandi; vel tandem habet intentionem contrahendi et sese obligandi, sed non implendi ... prima simulatio certe contractum in genere irritat, tertia certe non irritat ... nimirum si contrahens habet intentionem contrahendi et sese obligandi, sed non implendi, seu iura matrimonialia servandi, intendens, e. g. abusum matrimonii, adulteria ... ipse quidem graviter peccat, sed matrimonium valet. Nam intentio contrahendi et sese obligandi stare utique potest cum firmo proposito obligationem violandi; illa autem intentio constituit consensum et satis est pro validitate contractus. Propter favorem iuris, quo matrimonium gaudet, in dubio praesumitur contrahentem habuisse intentionem peccandi, salvo iure matrimoniali» (P. Gasparri, *Tractatus canonicus de Matrimonio*, ed. nova ad mentem Codicis J. C., vol II, Città del Vaticano 1932, n. 814, p. 36; n.828, p. 46); “vitiatur consensus si contrahens externe tantum illum profert, intentionemque non habet aut contrahendi, aut se obligandi. In primo etenim et in altero casu matrimonium nullitate laborat, vel quia ipsamet deficit contractus substantia, vel quia contractus concipi nequit absque suis adnexis obligationibus. In casu e contra quo intentio fovetur contrahendi et sese obligandi, sed non adimplendi obligationes exinde manantes, matrimonium vere consistit” (coram Quattrocchio, decisio diei 29 octobris 1941, n. 3, *R.R. Dec.*, vol. xxxiii, dec. lxxii, pp. 791-792); “Cavendum tamen est ne cum excluso debito fidei confundatur voluntas, quantumvis explicita, non implendi obligationes: id etenim non essentiam attingit, sed usum. Quare non sufficit invocare commercium antenuptiale amatorium cum alia persona, post nuptias servatum vel resumptum, immo ipsum propositum non valedicendi amasio vel amasiis. Id abusum constituit, nec praesumitur ipsum ius respicere, nisi evidenter probetur simulantem ius exclusivum tradere non voluisse. Cum generali namque intentione contrahendi verum matrimonium componi potest intentio illud foedandi, seu laedendi fidelitatem coniugalem” (coram Pinna, decisio diei 29 octobris 1960, n. 4, *ib.*, vol. lII, p. 458).

Distinctio inter ius et exercitium iuris quidem significat ontologicè matrimonium in fieri aliud esse ac matrimonium in facto esse. Si vero inspiciatur

intentio agentis in momento in quo consensum ipse elicit, quid mirum et psychologicè et iuridice pateferi videtur, accipiendò sententiàm iuxta quam intentio non adimplendi essentialia officia connubii nullatenus matrimonium irritum facit. Quaeritur enim quomodo nubens possit obligationes assumere et eodem tempore easdem numquam adimplere intendat; et argumenta pro solutione huiusmodi quaestionis summo cum acumine afferuntur, ne confusio fiat inter matrimonium in fieri et matrimonium facto esse, recognita vero eorum distinctione: “La distinción entre el derecho y su uso sólo se puede aplicar al examinar los hechos de la vida matrimonial o *in facto esse*, porque un matrimonio válido puede, en el orden de su desenvolvimiento vital, malvivirse y defraudarse. Pero la distinción es implanteable en *in fieri* o acto de contraer, porque es insuperablemente contradictorio obligarse a la fidelidad y, en la misma unidad de acto, reservarse un derecho a incumplirla... Si la posibilidad de abuso del derecho se estimase compatible en el momento de constituirlo con la válida existencia del propio derecho, entonces se habría convertido tal abuso en una realidad *de iure* del propio consentimiento, pues sólo en el *in fieri* se constituyen los derechos entre los cónyuges. Tamaña «compatibilidad» conllevaría suponer que existe, en el mismo objeto del consentimiento, junto a la instauración del *ius ad fidem matrimoniale*, la válida posibilidad de reservarse un *ius ad non servandum fidei coniugale* de índole legítima... la intención positiva, dentro del mismo acto de contraer matrimonio, de incumplir «sólo el uso» es una pretensión «de iure» incompatible e inconciliable con la instauración del derecho-deber a la fidelidad y, por tanto, *invalida el matrimonio*. Si, *en acto mismo de contraer*, aceptamos existencias independizables para el derecho y para su ejercicio, quizás estamos suponiendo una desintegrabilidad de la estructura interna de los derechos y deberes conyugales que... resulta profundamente contradictoria con la antropología canónica de fondo, es decir, con la naturaleza *interpersonal* de los contenidos de los derechos-deberes esenciales del matrimonio... aceptar en el mismo *in fieri* una contraposición «válida» de la voluntad del contrayente sobre el derecho y sobre el uso, considerando que la *intención* en el *in fieri* de incumplir el deber de la fidelidad durante el *in facto esse* no afecta a la existencia del propio deber, sino «sólo» a su uso, que puede ser «válidamente» querido por el contrayente en forma abusiva en el mismo momento y con el mismo acto de contraer, constituye una perversión sustancial del sentido del *in fieri* en relación al *in facto esse*” (P.-J. Viladrich, *o. c.*, pp. 254-255; tr. it., *cit.*, pp. 401-404).

Reapse, quasi voces extra chorum, in N. O. perpaucae sententiae decernunt usum excludere vel intentionem obligationes non implendi esse idem ac ius recusare (cf.: coram De Jorio, decisio diei 18 decembris 1963, n. 3, *R.R. Dec.*, vol. LV, p. 911; coram Civili, decisio diei 20 novembris 1996, nn. 8-16, *ib.*, vol. LXXXVIII, pp. 727-730).

Fides in suis principiis, iuxta Doctoris Angelici perspicuam locutionem, requirit voluntatem sese obligandi, ideoque intentionem sese tradendi ad consortium totius vitae instituendum, quippe quod ad matrimonium in facto remittit, scilicet ad obligationes implendas: “Bonum fidei non excludit merum adulterandi propositum, si casus ferat, sed firma ac determinata detrectatio integram sui donationem faciendi seu reservatio positivo voluntatis actu facta cum aliis quoque rem habendi iuxta placita vel obnixum propositum in nubendo copiam sui corporis faciendi amasio vel amasiae quacum ante nuptias contrahens nexuerat relationem. Eo vel minus simplex praevio adulterii, data propria mulierositate vel inclinatione in alterum sexum, exclusionem boni fidei inducit. Uti argumentum princeps exclusi boni fidei plerumque adducitur iteratum adulterium ante et post nuptias asserti simulantis. Constanter autem iurisprudencia Nostri Fori affirmavit simplex adulterii factum exclusi boni fidei probationem non constituere” (coram Funghini, decisio diei 24 maii 1995, n. 6, *ib.*, vol. LXXXVII, p. 315). Praxis adulterina ante nuptias acta quidem “argumentum sat aequivocum ad arguendam praecedentem exclusionem fidelitatis” (coram Sabattanti, decisio 13 novembris 1959, n. 4, *ib.*, vol. LI, p. 503) habetur, quia nubens suos pravos mores mutare intendere potest momento in quo ipse suum consensum elicit, ast “cavendum est ne eiusmodi vehemens indicium levi ratione pratermittatur, cum saepe saepius signum certum esse possit non assumptae obligationis fidelitatis” (coram Pompedda, decisio diei 16 februarii 1972, n. 2, *ib.*, vol. LXIV, p. 101).

Fides iugalis implicite excluditur, si nubens, cuius “placita erronea efforment iudicium practico-practicum” (coram Stankiewicz, decisio diei 29 ianuarii 1981, n. 10, *ib.*, vol. LXXIII, p. 50), quidem intendit “aliquid aliud a matrimonio prorsus alienum” (*ib.*, n. 13, p. 51); nam obiectum explicitum consensus est pseudo-matrimonium, in quo reapse continetur exclusio cuiusdam elementi vel proprietatis essentialis matrimonii, quamvis implicite volita.

6. Ad probandam exclusionem boni fidei non sufficit elenchum praebere infidelitatum, quae ante et post matrimonium consummatae sunt, sed probeatur oportet contrahentem sibi ius adulterandi reservavisse neque comparti tradidisse ius d fidem.

Probatio exclusi boni prolis initium capit a confessione iudiciali praesumpti simulantis, quae vero confirmetur oportet a testibus fide dignis, qui scilicet illam receperant ante nuptias vel in tempore non suspecto, seu quum causa nullitatis nondum introducta erat. Novus canon 1679 maiorem vim probationis partium declarationibus agnoscit: “Nisi probationes aliunde plenae habeantur, iudex, ad partium depositiones ad normam can. 1536 aestimandas, testes de ipsarum partium credibilitate, si fieri potest, adhibeat,

praeter alia indicia et adminicula”; et ratio normae sapienter explanatur: “in mancanza di altre prove e quindi in via sussidiaria... il valore e l’utilità di questo *argomento morale* poggiano sul fatto che esso risulta da pochissimi elementi oggettivi, fra loro tuttavia così strettamente connessi da produrre nell’animo del giudice la necessaria certezza morale ... Indubbiamente il giudice deve valutare liberamente le prove – *acta et probata* –, che costituiscono la struttura della certezza morale. Questa certezza ha un contenuto che oltrepassa la pura soggettività del giudice: possiede una *oggettività* ... tale oggettività non sta in ciascuno di questi mezzi, ma piuttosto nella *capacità oggettiva* che tutti gli indizi e le prove *congiuntamente* sono suscettibili di produrre” (M. F. Pompèda, *Studi di Diritto Processuale Canonico*, Milano 1995, p. 214).

Actus voluntatis positivus, per quem fidelitas iugalis exclusa est, etiam per viam indirectam probatur, praesertim suscipitur ex causa simulandi, quae causam recte nubendi praecellit vel vincit; nubens enim exclusive se tradere non intendit vel ob non aptam institutionem receptam, vel ob pravos ac radicatos mores impensos, vel ob defectum maturitatis affectivae, qui eundem mutabilem in relationibus instaurandis cum altero sexu reddit, vel ob mentem materialismo atque edonismo imbutam.

Inter circumstantias, magni facienda est praxis adulterina iam ante nuptias inita ac perdurante consuetudine matrimoniali servata.

IN FACTO. 7. Vir actor in unoquoque vadimonio reddito summam cohaerentiam ostendit, fatens se bonum fidei in matrimonio ineundo exclusivisse. Ideoque confessio iudicialis claris verbis ac rationibus valde definitis plane fulcitur, uti iam iudices secundi gradus eam aestimaverunt: “Il Caio fornisce una chiara e precisa *confessio simulantis* sia nelle sue dichiarazioni a N... sia in quelle rilasciate nel procedimento si appello” (Summ. 68/10).

In prima instantia enim dominus Caius summam recoluit se exclusionem fidelitatis patravisse: “Sposandomi non intendevo rimanere fedele a Gaia... Siccome i miei amici sposati andavano a ragazze, non vedevo perché, sposandomi anch’io, dovessi precludermi questa possibilità” (P. A., Summ. 18/11); suam pravam intentionem in secundo iudicii gradu fusius dominus Caius patefecit: “Sapevo che... c’è anche l’obbligo della fedeltà, ma io fino ad allora avevo vissuto in maniera molto libera senza farmi problemi di frequentare donne per incontri sessuali senza impegno e non pensavo certo che avrei smesso questo stile di vita... mi sposavo per essere più libero, intendendo sfruttare questa libertà come avevo fatto già prima e se fosse capitata l’occasione per incontrare altre donne non mi sarei tirato indietro” (P. A., Summ. 52/6); et in depositione coram Rota ab actore reddita, intentio servandi absolutam libertatem erga officium fidelitatis liquet: “Io conoscevo

certamente il dovere della fedeltà coniugale ma per me il matrimonio era la possibilità di avere uno spazio maggiore per la mia libertà di avviare sempre conoscenze nuove con ragazze... Quando io mi sposai non intendevo assolutamente cambiare il mio stile di vita avventuroso e libero.. Quando mi sposai in chiesa non presi seriamente il sacramento e gli obblighi che ne derivano... Io volevo, anche sposandomi in chiesa, restare libero... io intendevo essere libero e accettare ogni occasione per intraprendere relazioni con donne; volevo mantenermi il diritto di fare quello che volevo... per me non esisteva la parola matrimonio; c'era soltanto la mia volontà di restare libero... Io non mi sentivo obbligato nei confronti di Gaia; non sentivo alcun rimorso nei suoi confronti, sposandola già con l'intenzione di non esserle fedele" (P. A., Summ. 84/4 et 6; 85/7).

Ex viri elatis quidem voluntas implicita excludendi boni fidei eminent, quia dominus Caius retinuit suum specimen vel erroneum exemplar connubii, in quo aderat ius prosequendi in commercio sexuali cum quavis muliere etiam in decursu matrimonii.

8. *Ex actis quidem confessio extraiudicialis nullatenus eruit; et actor veri similem explanationem affert, asseverando se suam pravam intentionem necnon libidinosas consuetudines accurate occultavisse, uti evenire solet in similibus adiunctis: "Non ho confidato a nessuno che, sposandomi, non intendevo rimanere fedele a Gaia" (P. A., Summ. 18); denuo auditus, in prima insantia actor de sua arte abdendi sponsae suas illicitas relationes locutus est: "Di donne ne ho avute diverse prima del matrimonio, se poi a Gaia ho parlato solo di due, questo non lo ricordo. Per coltivare le mie avventure bigiavo persino il lavoro, per cui è impossibile secondo quanto asserisce Gaia che lei potesse sapere quanto facevo io... all'epoca del fidanzamento ho avuto parecchie avventure che lei non ha mai scoperto" (P. A., Summ. 30/4).*

9. *Conventa attamen optimas notitias quoad tempus sponsalium affert, re-colens alias ac illas quas actor in sua confessione iudiciali patefecerat: "il nostro è stato un amore un po' platonico... [actor] Non era capace di nascondere la verità... per il fatto di essere accanto a me, diceva di avere il mondo nelle mani... aveva paura di sfiorarmi perché sporcava la mia purezza... Caio era per me un libro aperto... entrambi abbiamo messo mano ai preparativi delle nozze; Caio era più entusiasta di me... era più attivo di me... Non ricordo di avere parlato con Caio esplicitamente del tema della indissolubilità e della fedeltà prima delle nozze. Io pensavo che queste due cose fossero scontate nel matrimonio" (P. C., Summ. 21-23/2-4 et 7-8).*

Testes ab actore adducti, tantum pluribus annis a matrimonii celebratione

transactis dominum Caii noverunt (cf. Rev. Sempronio, Summ. 25/1; sororem NN., Summ. 28/1; YY., Summ. 29/1; ZZ., Summ. 32/1).

10. Quapropter summae gravitatis patet viri actoris credibilitas vel eiusdem falsimonia.

Iudices primi gradus suspicionem erga actorem moverunt, quamvis minime ipsum mendacem habuerant, quippe qui suam historiam coniugalem fortasse apta cum seiunctione, et proinde quodammodo non obiective, non vidisset: “non si mette in dubbio la buona fede dell’attore, ma è difficile credere che egli rimanga completamente «neutro» nel riferire fatti così lontani, quando alla sua compagna attuale una nullità di matrimonio appare così desiderabile” (Summ. 36/4); attamen huiusmodi interpretatio pro confessione iudiciali a quolibet actore, qui sit praesumptus simulans, haberi potest, ideoque solummodo facta actoris theseos probare valent.

Actor vero, perlecta sententia primi gradus ac remota qualibet acerbitate, suam amaritudinem pandit, quia iudices primae curae ipsum haud veridicum aestimaverant: “Il fatto che sia stata messa in dubbio la mia sincerità mi ha molto ferito... Sono stato amareggiato quando ho letto la Sentenza di 1° grado che apertamente negava la mia sincerità” (P. A., Summ. 50/2, 83/2).

Quoad actoris credibilitatem Rev. dus Sempronius plenam fidem iterum declarat: “Fin dall’inizio ho avuto l’impressione che egli fosse molto sincero e senza difficoltà mi narrasse la sua storia... L’antifona che ha ripetuto e continua a ripetere a me è questa: «Io desidero che sulla vicenda matrimoniale possa risultare la verità, senza forzature»” (Summ. 25/1, 88/5). Rev. dus testis munus iudicis in Tribunale Insubri explet, et ab actore, qui ex consilio sororis Tizianae ad eum convenerat, rogatus est solummodo ad pacem animi assequendam, quin vir processum matrimonialem inchoandum cogitaret: “Con padre Sempronio io mi sono aperto interamente; gli ho narrato tutta la mia vita. Io mi sono confidato con lui come sacerdote, pur sapendo che era un Giudice del Tribunale, ma cercavo solo un aiuto spirituale ed ignoravo del tutto che nella mia vicenda ci potessero essere degli elementi tali da poter avviare una causa di nullità... Ritengo di non aver interpretato i fatti, ma di averli semplicemente narrati a padre Sempronio” (P. A., Summ. 83/3).

Huiusmodi novissima verba concordiam servare haud videntur cum elatis ab actore in primo vadimonio, ex quibus pateret ipsum ad Rev. mum Sempronii pervenisset pro solvendo suo statu irregolari: “Gaia seppe della possibilità di introdurre questa causa da una suora, Suor Tiziana, che la indirizzò al padre Sempronio” (P. A., Summ. 19/15), et Rev. dus Sempronii istam religiosam prudentia ac sapientia ornatam aestimat: “suor Tiziana non è una persona facilona, né superficiale, né credulona; suor Tiziana è stimata nella sua congregazione, si è occupata della storia della sua congregazione” (Rev.

du*s* Sempronius, Summ. 88/2); ideoque Rev. du*s* Sempronii sane uti in iure canonico peritus quaesitus erat, quin vero actor intentione dolosa motus esset.

11. Relata igitur a Rev. do Sempronio formam confessionis extraiudicialis attingunt, quia in tempore non suspecto illi viro religioso dominus Caius suum animum aperuerat.

Rev. du*s* Sempronius in utroque suo vadimonio retulit secreta ab actore recepta, quae detegunt eiusdem praxim libidinosam sive ante sive post celebrationem nuptiarum necnon aperiunt viri intentionem minime assumendi fidem iugalem: “Mi ha confidato che egli viveva senza alcuna preoccupazione di ordine religioso o morale inseguendo avventure e soddisfazioni di tipo sessuale... mi ha detto che anche durante il fidanzamento con la convenuta ha continuato nello stile di vita appena raccontato. Circa la decisione nuziale mi ha confidato di esservi giunto perché i suoi amici cominciavano a sistemarsi: ma né lui né loro, sposandosi, intendevano assumersene le responsabilità e segnatamente in ordine alla fedeltà... Più volte nelle confidenze fattemi, il Caio mi ha detto che sposandosi non aveva proprio inteso far suo questo impegno... Si è sposato, mi ha detto, intendendo continuare esattamente la vita di prima, senza mutarla... egli, pur prendendo la decisione di sposarsi, non intendeva impegnarsi in ordine alla fedeltà ma continuare la sua vita di relazioni con altre donne” (Summ. 25-26/2-3, 88/6).

Et Rev. du*s* Sempronius, postquam vir patefecerat suum animum, vidit fumum boni iuris pro causa nullitatis matrimonii introducenda ob caput exclusi boni fidei: “incontrandomi con lui, venni a conoscenza di tutta la sua vicenda... Mi parve di intravedere possibilità di introdurre la causa come «esclusione della fedeltà»... Certamente lui non sapeva della rilevanza giuridica di quanto lui mi diceva” (Summ. 25/1, 88/3). Quapropter ob sapientem animi intuitum Rev. du*s* Sempronius statim casum domini Caii sub capite exclusionis boni fidei intellexerat.

Rev. du*s* Sempronius addit notitias magni ponderis quoad actoris rectam conscientiam in veritate inquirenda: “essendosi avvicinato alla Fede, ha riletto la sua vicenda matrimoniale rendendosi conto che il suo matrimonio è stato completamente vuoto, a motivo della mancata assunzione di ogni impegno. Spesso mi ha detto che egli non pretende una dichiarazione di nullità... Sostanzialmente è un problema di coscienza” (Summ. 26/4).

Domini Caii credibilitas in iudicio ostenta spondetur etiam ab eius probitate vitae in praesentiarum: “da circa 15 anni io e la mia convivente viviamo come fratello e sorella per poter ricevere l’Eucaristia” (P. A., Summ. 83/1), et eiusmodi secretum plane a Rev. do Sempronio firmatur: “Di questo suo comportamento con l’attuale convivente quale fratello e sorella, io ne sono

a conoscenza perché più volte è capitato che loro ne abbiano parlato con me con semplicità nei nostri dialoghi. Posso dire che per loro non è facile conservare questo tipo di rapporto, per poter esser degni di ricevere la comunione” (Summ. 89/8).

12. Causa simulandi in praxi libidinosa, iam exeunte adulescentia ab actore inita posteaque servata, sistit: “Intorno ai 19/20 anni ho cominciato ad avere relazioni con donne. Si trattava di avventure con donne sposate... Da quando ho cominciato a incontrarmi con donne a quando mi sono sposato ho avuto molteplici avventure (nel numero di venti o trenta)... solitamente a motivo della mia timidezza non ero io a scegliere le donne, ma erano queste a scegliere me... Durante il fidanzamento con Gaia avevo anche altre ragazze: con qualcuna di queste ho avuto anche rapporti sessuali... Di donne ne ho avute diverse prima del matrimonio... all’epoca del fidanzamento ho avuto parecchie avventure che lei [mulier conventa] non ha mai scoperto... Anche nel corso del fidanzamento con Gaia io ho continuato a frequentare altre donne anche sessualmente... Io non rifiutavo le occasioni; già prima del matrimonio potevo avere più di una relazione contemporaneamente; dalle donne sposate ero conquistato, con quelle più giovani cercavo io di essere il conquistatore. Quando io mi sposai non intendevo assolutamente cambiare il mio stile di vita avventuroso e libero... Quando finivo una relazione io non andavo in crisi, cercavo altre donne” (P. A., Summ. 16/4-5, 17/9, 30/4, 84/4).

Et conventa quidem certior facta erat de relationibus a viro intextis cum mulieribus quae in matrimonio iam iunctae erant: “Sono sicura che Caio non ha avuto vere relazioni affettive prima di me. So però che aveva tresche con donne sposate” (P. C., Summ. 22); ipsa attamen addit: “da quanto mi risulta le donne sono state due e non moltissime come dice lui... Era Caio che raccontava di queste due donne” (ib.).

Ipsa vero pro certo habet actorem nondum suas illicitas relationes coluisse perdurante consuetudine sponsalicia: “Escludo assolutamente che Caio abbia potuto continuare queste tresche durante il fidanzamento con me perché ci vedevamo tutti i giorni e abitavamo di fronte” (ib.). Revera quilibet sponsus, proditor fidei promissae, suum luxuriosum modum sese gerendi accurate abdere conatur, et actor enim agnoscit: “è impossibile secondo quanto asserisce Gaia che lei potesse sapere quanto facevo io... all’epoca del fidanzamento ho avuto parecchie avventure che lei non ha mai scoperto... fatti, vissuti nel modo più segreto possibile, perché si trattava di infedeltà e libertinaggio” (P. A., Summ. 30/4, 83/3).

In suo primo vadimonio dominus Caius quid asserit ex quo constare videtur conversio morum: “A cavallo del matrimonio non ricordo se avevo in corso una relazione con qualcuna, però non mi pare... Durante la conviven-

za matrimoniale non ho coltivato relazioni iniziate prima del matrimonio. Ne ho iniziate delle nuove” (P. A., Summ. 18/10 et 13); in secunda instantia autem, quasi in contradictionem incidens, ipse refert se non intermisisset consuetudinem illicitam cum quadam muliere, NN. vocata, quae prope viri domum commorabatur: “era... l'estate del '68, sono cominciate così delle frequentazioni sessuali che sono proseguite anche dopo le nozze. Abbiamo smesso di vederci quando lei ha cominciato a frequentare un'altra persona qualche mese dopo il matrimonio” (P. A., Summ. 53/8); in nostro iudicii gradu actor, nomen foeminae omittens, circumstantiam firmat: “A cavallo del matrimonio ci fu sicuramente la relazione con una ragazza libera ma più anziana di me, che abitava al di là della mia strada” (P. A., Summ. 84/4).

Attamen, etiam si tempore proximo nuptiarum celebrationi dominus Caius cum nulla alia muliere, sponsa excepta, vinculum servavisset, iam a primo vadimonio ipse contendit se numquam destitisse a sua intentione novas cum foeminis relationes intexendi, quamvis ad matrimonium accederet: “Sposandomi non intendevo rimanere fedele a Gaia ... io fino ad allora avevo vissuto in maniera molto libera senza farmi problemi di frequentare donne... questo era il nostro stile di vita. Non ho detto nulla perché intendevo continuare come avevo sempre fatto... Quando io mi sposai non intendevo assolutamente cambiare il mio stile di vita avventuroso e libero” (P. A., Summ. 18/11, 52/7, 84/4).

Vir, coram iudice secundae curae deponens, firmitatem exclusionis propriam imminuere videtur: “non pensavo certo che avrei smesso questo stile di vita” (P. A., Summ. 52/7), sed locutionis incertitudo vel ambiguitas plane vincitur ab iterata declaratione voluntatis fidem non servandi ac plena libertate semper utendi.

Obiectum igitur consensus actoris nullatenus iugale fuit, cum domini Caii voluntas vertebat ad pseudo-matrimonium, in quo summa libertas intexendi intimitates sexuales quavis cum muliere prorsus servanda erat.

Sedula Vinculi Tutrix in exitu animadversionum contendit. “actus positivus voluntatis vim induit conditionis; etenim nupturiens in casu contractum ipsum reiceret, si eum inire debeat cum fide” (Animadversiones, 18/28); ast Iurisprudencia N. O. censet ad actum voluntatis positivum probandum minime speciem conditionis postulari, sed satis est voluntas excludendi elementum essenziale connubii, vel, uti in casu, intentio ineundi contractum cuius obiectum est omnino alienum a vero matrimonio.

13. Prorsus debilis aestimanda est causa nubendi; vir enim matrimonium quaesivit solummodo ad libertatem a parentibus assequendam, et immo connubium putabat uti instrumentum ad suos dissolutos mores facilius tuendos: “Io vedevo il matrimonio come la possibilità concreta di uscire dal-

la mia famiglia e diventare il padrone completo della mia vita... ho visto il matrimonio come la possibilità di liberarmi dalla mia famiglia che cercava di restringere la mia libertà... Figlio unico... vivevo in una gabbia dorata. Era tutto molto bello, ma pur sempre una gabbia... non vedevo l'ora di ottenere una piena libertà... cominciai a pensare che avremmo potuto anche sposarci: avrei fatto come gli altri e avrei raggiunto quella libertà che tanto desideravo... il motivo vero per cui mi sposavo era quello di avere l'indipendenza dai miei genitori" (P. A., Summ. 17/8, 18/10, 52/7, 84/4).

Viri amoralitas vel potius immoralitas concors esse nequibat cum connubii officii: "quando mi sposai non avevo alcun ideale di famiglia, né un sistema di valori... per me non esisteva la parola matrimonio; c'era soltanto la mia volontà di restare libero... Io non mi sentivo obbligato nei confronti di Gaia; non sentivo alcun rimorso nei suoi confronti" (P. A., Summ. 84/4, 85/7).

Domini Caii relatio sponsalicia cum domina Gaia quasi ex discessu amicorum, qui fere omnes interea ad matrimonium pervenerant, causam susceperat, ideoque levitate imbuta erat: "Io ho conosciuto Gaia perché sorella di un ragazzo della compagnia che frequentavo. Meno di un anno prima delle nozze, abbiamo cominciato a frequentarci... Certamente avevo interesse nei suoi confronti, provavo attrazione fisica, ma oggi posso dire tranquillamente non ne ero innamorato... non ci frequentavamo in modo particolarmente assiduo... Chi ci ha fatto avvicinare molto è stata la madre di Gaia che spingeva la figlia verso di me... in quel periodo si sono sposati quasi tutti i membri della compagnia che frequentavo... io mi sentivo che ero rimasto da solo... I miei amici xx, yy., zz., fratello di mia moglie, e un altro zz... erano già fidanzati; io fui pertanto psicologicamente condizionato a non essere diverso da loro e integrarmi nella loro stessa situazione... e non avere la fidanzata non mi avrebbe permesso di stare con loro. La persona che conoscevo di più era Gaia, che fu convinta da sua madre a legarsi a me. Io provavo più attrattiva per le altre ragazze che per Gaia e già nel viaggio di nozze io mi ero stancato di lei" (P. A., Summ. 51-52/6, 52/7, 85/6).

Voluntas ad unionem ineundam prorsus a vero coniugio alienam, orbatam officio fidelitatis, quidem praevalens fuit super intentionem tradendi alteri coniugi ius exclusivum in corpus.

14. Tam radicatus stylus vitae lascivae solummodo breve intervallum obtinuit laboris causa, in quo viri cupiditas foeminas conquirendi quasi extincta videbatur: "Per i primi mesi... sono rimasto tranquillo e non ho avuto relazioni con altre donne. Mi pare di poter dire che il motivo per cui ero tranquillo veniva dall'interesse che il nuovo lavoro suscitava in me" (P. A., Summ. 13).

Sed statim actor suam immoderatam luxuriam resumpsit: "Dopo questi mesi di tranquillità, ho cominciato ad uscire con qualche ragazza che lavora-

va con me, e ho assunto di nuovo lo stile di vita che avevo prima del matrimonio” (P. A., Summ. 19/13).

Iteratae fuerunt fidei iugalis prodiones (cf. P. A., Summ. 18/13, 19/13-14, 31/8, 53/9, 85/8), et immo ad obtinendam maiorem libertatem pro adulterinis relationibus colendis, et ut istae sub secreto servarentur, dominus Lionellus conduxit parvum habitaculum: “L’appartamento in viale zz. l’ho preso in affitto tra il 1972 e il 1973 proprio per agevolare i miei incontri e lo frequentavo anche con NN.” (P. A., Summ. 53/9; cf. etiam P. A., Summ. 19/14).

YY., actoris amicus, necnon ZZ., quae ab anno 1972 actorem cognoscit (cf. P. A., Summ. 32/1; testis enim asseverat se cum domino Caio obviam factam fuisse viginti septem annis ante suum vadimonium coram iudice Tribunalis Insubris die 14 iulii 1999 redditum), quia ostiaria erat aedis in qua vir suos clandestinos occursus cum foeminis colere solebat, de domini Caii crebris fidei iugalis prodionibus notitias valde circumscriptas afferunt: “Caio aveva in fitto un locale nello stabile dove io alloggiavo e lì riceveva qualche donna, rivelandosi infedele all’impegno del matrimonio... si usciva tutti insieme per qualche locale anche fuori Milano e ci si accompagnava a qualche donna” (YY., Summ. 61/10); “Veniva lì perché portava le ragazze. L’ho visto per un po’ di tempo con ragazze differenti, dopo, per due o tre anni, l’ho visto venire sempre con una donna, con la quale sta adesso” (ZZ., Summ. 32-33/1).

Dominus Caius igitur nullatenus officium fidei erga uxorem adimplevit, sed fidem servavit suae voluntati plena libertate semper utendi, prout in consensu eliciendo firmiter statuerat.

15. Quibus omnibus tum in iure tum in facto perpensis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, declaramus, decernimus et definitive sententiamus, ad propositum dubium respondententes:

AFFIRMATIVE, seu constare de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum fidei a viro actore, vetito eidem transitu ad canonicas nuptias inconsulto ordinario loci.

Ita pronuntiamus, mandantes locorum Ordinariis et Tribunalium Administris, ut hanc Nostram sententiam notificent omnibus quorum interest, et executioni tradant ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 22 iunii 2006.

IORDANUS CABERLETTI, *Ponens*
ANGELUS BRUNO BOTTONE
GREGORIUS ERLEBACH

LA VALUTAZIONE DELLE DICHIARAZIONI DELLE PARTI
E DELLA LORO CREDIBILITÀ

La presente decisione risolve affermativamente una causa di esclusione del *bonum fidei* nella quale, di fronte a una radicale difformità delle versioni delle due parti sia riguardo all'eventuale atto positivo di esclusione sia riguardo le circostanze che avrebbero dato ragione di tale atto, ha ritenuto provata l'esclusione sulla base della versione dell'attore la cui attendibilità è stata confortata dalla deposizione di un autorevole teste di credibilità e da altri elementi corroborativi.

In questo nostro commento soffermeremo la nostra attenzione non tanto sulla trattazione dell'esclusione della fedeltà quanto sul modo come il Turno ha raggiunto la certezza morale sulla base della dichiarazione di una delle parti.

1. *Le specificazioni dell'istruzione "Dignitas connubii" riguardo la normativa contenuta nei cann. 1536 § 2 e 1679*

È diventato quasi un luogo comune affermare che questi due canoni costituiscono una delle maggiori novità del Codice promulgato nel 1983, e allo stesso tempo affermare che le potenzialità innovative di detti canoni sono ancora da esplorare.¹ Bisogna ammettere che la novità introdotta dal Legislatore nel 1983 ancora esita ad essere pacificamente accolta, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza. Possono trovarsi delle riflessioni che vanno da un sospetto ancorato ad un pregiudizio di diffidenza proprio della legislazione precedente,² ad un'ammissione acritica che vorrebbe piegare

¹ Rimandiamo a quanto abbiamo esposto in *Le dichiarazioni delle parti e la certezza morale*, «Ius Ecclesiae» 18 (2006) 387-416. In quelle pagine segnalavamo anche i richiami venuti fuori lungo il Sinodo sull'Eucaristia del 2005, in cui vennero additati questi canoni come un mezzo per la cura pastorale dei divorziati risposati, con un rinvio alla Lettera della Congregazione per la Dottrina della Fede del 14 settembre 1994. In questa Lettera, la Congregazione segnalava le nuove vie per dimostrare la nullità della precedente unione, allo scopo di escludere per quanto possibile ogni divario tra la verità verificabile nel processo e la verità oggettiva conosciuta dalla retta coscienza". In calce si richiamavano i cann. 1536 § 2 e 1679 CIC e 1217 § 2 e 1365 CCEO "circa la forza probante delle dichiarazioni delle parti in tali processi" (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai Vescovi della Chiesa Cattolica circa la recezione della comunione eucaristica da parte dei fedeli divorziati risposati*, 14 settembre 1994, n. 9, «AAS» 86 (1994) 974-979).

² Art. 117 dell'istruzione *Provida Mater*: "Depositio indicialis coniugum non est apta ad probationem contra valorem matrimonii construendam" (S. CONGREGATIO SACRAMENTORUM, *Instructio servanda a tribunalibus dioecesis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum "Provida Mater Ecclesiae"*, «AAS» 28 (1936) 337).

la coscienza del giudice di fronte alle affermazioni dei coniugi.³ Riteniamo che è bene individuare i due estremi, che in fondo sono – tutti e due – delle manifestazioni di formalismo, sia quello che sospetta ostinatamente della sincerità delle parti, sia quello (che potremmo denominare *ingenuo*), secondo il quale si dovrebbe attribuire automaticamente valore di prova piena alle dichiarazioni delle parti fatte «*pro nullitate vinculi*» rinunciando a vagliarle seriamente con altre prove – anche cercate d'ufficio dal giudice (cfr. can. 1452) – perché, secondo questa visione *ingenua*, chi si rivolge al tribunale ecclesiastico, avendo a disposizione il divorzio civile per “risolvere” la propria situazione, lo farebbe sempre con retta coscienza e secondo verità.⁴

Non c'è spazio in questa *nota* per fare un'analisi dettagliata dei due canoni invocati né delle diverse fasi dei lavori di redazione dei canoni. Volendo riassumere le linee guida dei lavori di riforma, possiamo farlo in torno a tre punti: a) da una parte, la volontà di superare la diffidenza contenuta nella legislazione precedente riguardo le affermazioni delle parti; b) in secondo luogo, il proposito di distinguere tra la forza probatoria nelle cause in cui è in gioco un bene privato da quelle che riguardano il bene pubblico, come sono le cause di nullità del matrimonio; c) infine, e come *leit motiv* di tutto il processo, la volontà di evitare ogni sorta di formalismo: a tale fine si sottolinea più volte la grande libertà di cui gode il giudice nel valutare le dichiarazioni delle parti nell'insieme dei mezzi e gli elementi di prova presenti nella causa. Potremmo aggiungere ancora un quarto punto, questo negativo, ed è la confusione esistente tra dichiarazione e confessione: l'aver conservato il concetto di “confessione” nel canone sul processo ordinario, ha avuto come

³ Sulle difficoltà di applicazione di detti canoni, cfr. J. LLOBELL, *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti: il raggiungimento del principio della libera valutazione delle prove*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale*, Padova, 2003, 99-145; M. F. POMPEDDA, *Il valore probativo delle dichiarazioni delle parti nella nuova giurisprudenza della Rota Romana*, «*Ius Ecclesiae*», 5 (1993) 437-468 (anche in *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, 1995, 195-240); M. J. ARROBA, *Il valore di prova delle dichiarazioni giudiziali delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Rivista diocesana torinese* 77 (2000) 175-199 (ripreso sostanzialmente come *Le dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Matrimonium et Ius. Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante*, Città del Vaticano 2006, 219-255); P. BIANCHI, *È più facile, col nuovo Codice di diritto canonico, dimostrare la nullità di un matrimonio? I canoni 1536, § 2 e 1679*, «*Quaderni di diritto ecclesiale*», 3 (1990) 394-410; IDEM, *Nullità di matrimonio non dimostrabili. Equivoco o problema pastorale*, «*Quaderni di diritto ecclesiale*», 6 (1993) 280-297.

⁴ Cfr. M. CALVO TOJO, *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca, 1999, 313-314. Un'impostazione estrema (e non tanto “ingenua”) si trova nei lavori di uno dei consultori del *coetus* di revisione del Codice, S. J. Kelleher: “each person would decide in his own conscience whether or not the is free before God from one marriage and free to enter another” (S. J. KELLEHER, *The Problem of the Intolerable Marriage*, in *America*, 14 settembre 1968, 181). Per una critica contemporanea ai lavori di Kelleher, cfr. I. GORDON, *De nimia processuum matrimonialium duratione: factum, causae, remedia*, in *Periodica* 58 (1969) 645-646.

risultato una certa confusione interpretativa, in quanto inconsciamente la forza probatoria delle “confessioni” nelle cause pubbliche facilmente si è assimilata alla forza delle confessioni nelle cause private, dove l’affermazione “contro se peracta” libera l’altra parte dalla prova e nella pratica costituisce la prova piena.

Tale proposito si evince dai diversi interventi espressi nel *coetus* di revisione del Codice e, in modo particolare, nelle risposte date dai membri della commissione codificatrice ad alcuni suggerimenti non accolti dal *coetus* di revisione.⁵ Qui vorremmo segnalarne soltanto una, che ci sembra particolarmente significativa.

Dopo l’invio dello *schema* 1976, in cui veniva sancita la decisione di estendere a tutte le cause di nullità matrimoniale la soluzione prospettata a proposito dell’argomento morale previsto nel vecchio can. 1975 per le cause di inconsumazione o impotenza, pervenne un’osservazione inviata da una Conferenza Episcopale centroeuropea che proponeva una nuova redazione per il futuro can. 1679: «§ 1. *Nisi probationes aliunde plenae habeantur, inter elementa, de quibus in can. 178 § 2, testes de partium credibilitate adhiberi possunt. § 2. Iudex serio aestimet, num ex toto actorum complexu moralis certitudo de nullitate matrimonii oriatur*». La motivazione data per il cambiamento è la seguente: «*Ad § 1: per esprimere chiaramente che i testi di credibilità delle parti sono da considerarsi tra gli elementi di cui al citato can. 178 § 2. Ad § 2: per evitare che si possa pensare che basta la asserzione delle parti, appoggiata dai testi di credibilità, per concludere la nullità del matrimonio*».

La motivazione del rifiuto di tale proposta è anch’essa significativa. I consultori considerarono ovvie le due segnalazioni della conferenza episcopale: i testi di credibilità sono da considerarsi tra gli *elementa* che *omnino corroborant* le dichiarazioni delle parti, e le dichiarazioni delle parti dovevano essere valutate nell’insieme probatorio, come una prova in più e senza che il giudice possa ritenere di poter raggiungere la certezza sufficiente con le sole dichiarazioni sostenute dai testi di credibilità delle parti, lasciando da parte o trascurando tutto il complesso degli atti.⁶

⁵ Certamente, le affermazioni riscontrate nei lavori di codificazione vanno prese con cautela, senza scambiarle *tout court* con la *mens legislatoris*; ma è anche vero che lo studio di detti lavori può fare luce sulla retta interpretazione del dettato legislativo. Cfr. J. OTADUY, commento al can. 17 in (a cura di A. Marzoa, J. Miras e R. Rodríguez-Ocaña), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. I, Pamplona, 1996. Per un’esposizione della genesi dei canoni 1536 e 1679 e dei precedenti nel codice pianobenedettino e nella legislazione intercodificiale, cfr. J. LLOBELL, *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti* cit., al quale rimandiamo; cfr. anche il nostro *Le dichiarazioni delle parti e la certezza morale* cit., 389-404. Parte della documentazione presentata da Llobell, all’epoca inedita, è stata pubblicata (quella relativa ai lavori delle adunanze del 13 al 17 febbraio 1968) posteriormente su *Communicationes* 38 (2006) 234-271.

⁶ «*Consultoribus haec formula non placet, quia explicatio quam praebet § 1 videtur obvia, et quia*

1. 1. Il concetto di “confessione”

Venendo alle specificazioni apportate da “*Dignitas connubii*” ai nostri canoni, bisogna dire che non sono molte. Sostanzialmente, sono due, di cui una è una specificazione della natura degli elementi corroborativi delle affermazioni rese in giudizio dalle parti, e l’altra vorrebbe costituire un chiarimento terminologico.

Cominciando da quest’ultima: l’art. 179 § 1 riporta la definizione di confessione giudiziale contenuta del can. 1535: “L’asserzione di un fatto circa la materia stessa del giudizio resa per iscritto od oralmente da una parte contro di sé avanti al giudice competente, sia spontaneamente sia a domanda del giudice, è una confessione giudiziale”. Il can. 1536 attribuisce diversa forza probatoria alle confessioni, a seconda del bene che è in gioco. Quando è in gioco un bene privato “e non è in causa il bene pubblico” può fare prova piena in quanto “libera le altre parti dall’onere della prova” (can. 1536 § 1).

Questo § 1 del can. 1536 non si trova in nessun articolo di *Dignitas connubii*, proprio perché il matrimonio riguarda il bene pubblico, per cui non gli è d’applicazione detto paragrafo sulla forza probatoria delle confessioni nelle cause private. Il § 2 del canone, invece, si ritrova nell’art. 180 § 1, dove si segnala qual’è la forza probante delle “confessioni e le altre dichiarazioni rese in giudizio dalle parti”.

Parte della dottrina⁷ adopera una distinzione tra confessione e dichiarazione, a seconda del rapporto con la propria posizione processuale. Le “confessioni” – giudiziali o extragiudiziali – avrebbero la nota della autoavversità rispetto alla propria posizione processuale (di attore o convenuto), indipendentemente della relazione con la validità del matrimonio, mentre le dichiarazioni – anche qui giudiziali o extragiudiziali – sarebbero a sostegno della propria posizione processuale.

Ora, se l’elemento che contraddistingue la confessione è il fatto di essere «*contra se peracta*» (can. 1535), quando una parte afferma di aver simulato o viziato il consenso matrimoniale, o di essere stata soggetta ad un impedimento dirimente non dispensato, riesce difficile vedere come tale affermazione possa essere considerata “confessione”. A ben guardare non può parlarsi di autoavversità quando lo scopo del processo di nullità del matrimonio non è far passare una propria posizione ma coadiuvare ad accertare la verità del proprio stato: non dichiara contro sé chi aiuta a stabilire la verità del suo

cautela in § 2 expressa videtur superflua, cum nemo tenere possit sola “testimonia credibilitatis” sufficere ad certitudinem moralem toto actorum complexu praetermisso vel neglecto» («Communicatio-nes», 11 (1979) 263). Cfr. in questo senso anche P. BIANCHI, È più facile... cit., 400.

⁷ Cfr. M. J. ARROBA, *Il valore di prova delle dichiarazioni giudiziali delle parti* cit., 179.

matrimonio. Sembra ambiguo ammettere che sia una vera “confessione” l’affermazione del convenuto di aver simulato: è vero che sarebbe un’ammissione contro la posizione processuale, ma, indipendentemente dall’eventuale interesse del convenuto ad ottenere la nullità – spesso solo formalmente opposto all’attore –, l’autoaversità sarebbe molto *sui generis* in quanto l’accertamento della verità è da considerarsi *pro se*. Non si vede come una “confessione di verità”, nelle nostre cause, possa recare danno. Per questo motivo, gran parte della dottrina ha ritenuto inaccettabile l’uso del termine confessione nei processi di nullità matrimoniale, dove tutti i protagonisti del processo sono coinvolti nella ricerca della verità.⁸

L’uso del termine “confessione” applicato alle cause matrimoniali, oltre ad essere concettualmente inadeguato, può provocare l’equivoco di attribuire alla dichiarazione della parte la stessa forza probatoria che ha la confessione nelle cause private, nelle quali produce prova piena, mentre in quelle pubbliche la dichiarazione della parte mai può avere automaticamente tale forza, poiché il giudice deve valutarla liberamente insieme agli altri elementi probatori.

È a tutti noto però che la giurisprudenza continua a denominare “confessione” la dichiarazione della parte, soprattutto per costruire l’impalcatura della prova della simulazione. Ci si poteva aspettare dunque dall’istruzione *Dignitas connubii* un chiarimento in proposito; e riteniamo che, in un certo senso – sebbene una prima lettura suggerisca il contrario –, un qualche chiarimento c’è stato.

In questo senso, va notato che l’art. 179, dopo aver definito nel § 1 la confessione giudiziale – richiamandosi al can. 1535 – nei termini testé segnalati, e proprio perché tale qualifica non è applicabile nelle cause matrimoniali, nel § 2 – per salvare la prassi rotale – aggiunge che “Tuttavia nelle cause di nullità di matrimonio si intende per confessione giudiziale la dichiarazione con cui una parte, oralmente o per iscritto, afferma davanti al giudice competente, sia di sua spontanea volontà che a domanda del giudice, un fatto suo proprio contrario alla validità del matrimonio”.

Diversamente dunque da quanto prevedono il can. 1535 e il § 1 di questo art. 179 in cui si segnala come elemento caratteristico della confessione che sia fatta contro di sé, il § 2 segnala che, nelle cause matrimoniali, la contrarietà non si riferisce al fatto che l’asserzione contraddica la posizione processuale di chi depone ma più semplicemente al fatto che sia contraria alla validità del matrimonio.

L’uso del termine “confessione” per riferirsi a queste asserzioni contro

⁸ Cfr. P. A. BONNET, *Il giudice ecclesiale e la valutazione delle prove*, in *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell’uomo*, Torino 1998, 262; J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 109/1 (1998), 786; P. BIANCHI, cit., 396-397.

la validità del matrimonio ha lo scopo, a quanto pare, di “legittimare” una prassi giurisprudenziale, ma minimamente pretende modificare la soluzione codiciale sulla forza probante delle affermazioni delle parti. A prima vista, la specificazione del § 2 dell’istruzione può sembrare confusa perché sembra voler cambiare il presupposto della confessione. Ma, a ben guardare, proprio perché si adopera un concetto di confessione apertamente “sui generis”, la soluzione seguita dall’istruzione potrebbe servire a semplificare la questione: tutte le dichiarazioni delle parti sono appunto dichiarazioni, non confessioni se non nel senso improprio dell’art. 179 § 2, confessioni queste alle quali non si può dare una forza diversa del resto delle dichiarazioni.

La dizione di DC allora potrebbe servire a superare i formalismi ai quali accennavamo precedentemente. L’istruzione sembra voler dire che in ambito matrimoniale il termine “confessione giudiziale” si adopera solo impropriamente e non avrebbe senso parlare di due tipi di confessione, una contro la validità del matrimonio e una contro la propria posizione processuale.

Di conseguenza, l’interpretazione dell’art. 179, a nostro avviso non può essere altra che ritenere tutte le dichiarazioni delle parti sullo stesso piano: che siano favorevoli o contrarie alla nullità, tutte vanno interpretate liberamente dal giudice coerentemente con le altre prove prodotte, e con la capacità di produrre la certezza morale ai sensi dei cann. 1536 § 2 e 1679.

1. 2. Gli “elementa” corroborativi delle dichiarazioni delle parti devono essere “probatoria”

L’altra novità contenuta nell’art. 180 § 1 DC riguarda la natura degli elementi corroborativi che, secondo il can. 1536 § 2, possono attribuire forza di prova piena alle “confessioni” delle parti nelle cause pubbliche: “at vis plenae probationis ipsis tribui nequit, nisi alia accedant elementa quae eas omnino corroborent”. (“Prova piena”, com’è noto, è un concetto equiparabile a quello di prova sufficiente per raggiungere la certezza morale).⁹ Ebbene, il § 1 dell’art. 180 segnala che questi elementi che possono dare forza di prova piena alle dichiarazioni delle parti debbono essere elementi *probatori*: “nisi alia accedant elementa *probatoria*...”.

Per la verità, gran parte dei commentatori al Codice avevano interpretato pacificamente il tenore del can. 1536 come riferito agli elementi *di prova*.¹⁰ Per

⁹ Cfr. J. LLOBELL, *La certezza morale...* cit., passim. La prova piena riguarda la prova sufficiente a provocare la certezza nel giudice sul fatto giuridico (il fatto da provare che risulta giuridicamente rilevante) e non sui singoli fatti storici che lo supportano (cfr. M. J. ARROBA, *Il valore di prova...* 191).

¹⁰ Cfr. J. L. ACEBAL LUJÁN, commento al can. 1536 in FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*, Madrid, 1985, 756; S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*,

alcuni autori invece la specificazione di tali elementi come “probatori” può essere fonte di confusione: “non sarà d’aiuto l’aver specificato ora [nell’istruzione *Dignitas connubii*] che gli elementi atti a corroborare la dichiarazione della parte, per la prova piena, debbono essere «elementa probatoria»”. Il motivo del disappunto è la possibilità di fraintendimenti: “si può prevedere che non mancherà chi (contro la sana ermeneutica) confonderà gli elementi con le «prove», cioè con ratifiche dirette, anziché intenderli (come l’evoluzione normativa impone) come indizi, ammenicoli o circostanze di fatti e di persone, desunti certamente dalle prove, ma con un rapporto solo indiretto con il fatto dichiarato dalla parte”.¹¹

L’art. 180 DC sottolinea comunque che gli elementi grazie ai quali le affermazioni delle parti possono costituire “plena probatio” – similmente a quanto prevedono il can. 1572, 4 e l’art. 201, 5 DC sugli elementi che, oltre ai *contestes*, supportano le affermazioni dei testi –, sono componenti dei mezzi di prova, e non di elementi di altra natura.¹²

Vale a dire: il giudice cerca di raggiungere la certezza necessaria valutando le dichiarazioni giudiziali delle parti insieme ad altre prove ed elementi probatori. Qualora non trovasse prove ed elementi convergenti, e quindi non si raggiunga la prova piena, il giudice, in tal caso, per valutare le asserzioni delle parti, farà ricorso a dei testimoni circa la loro credibilità, oltre (*praeter*) ad altri indizi e ammenicoli (art. 180 § 2, can. 1679).

La retta applicazione dell’art. 180 DC richiede di distinguere la valutazione dell’attendibilità dell’elemento di prova da una parte (se il giudice può dar credito a quanto afferma la parte) e l’utilità di tale elemento in ordine al *factum probandum*: “il giudice, dopo aver valutato l’attendibilità dell’elemento di prova, deve ancora stabilire se questi, oltre ad essere attendibile, sia anche utile, se cioè fornisce argomenti in ordine all’esistenza del fatto da provare. In altre parole, se conferma o meno l’ipotesi sul *factum probandum* (giudizio di conferma dell’ipotesi fattuale)”.¹³

Allora il giudice, se non riesce ad avere la certezza da una valutazione

Madrid, 1999, 482; P.V. PINTO, *I processi nel codice di diritto canonico. Commento sistematico al Lib. VII*, Città del Vaticano, 1993, 292-293; TH. DORAN, commento al can. 1536, in *Comentario exegetico...* cit., IV/2, 1299; L. DEL AMO, commento al can. 1536 in *Codice di Diritto Canonico* (ed. a cura di J. I. Arrieta), Roma 2004, 1026.

¹¹ M. J. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, Roma 2006, 442.

¹² Cfr. A. STANKIEWICZ, *Valutazione delle prove secondo l’istruzione*, in (a cura di J.I. Arrieta), *L’Istruzione “Dignitas Connubii” nella dinamica delle cause matrimoniali*, Venezia 2006, 80, con una critica rivolta all’opinione opposta di K. LÜDICKE, *Der kirchliche Ehenichtigkeitsprozess nach dem Codex Iuris Canonici von 1983. normen und Kommentar*, Essen 1996, 160: “Elementa sind nicht probationes”.

¹³ A. STANKIEWICZ, *Valutazione delle prove secondo l’istruzione* cit., 80, con riferimento a L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano 1999, 428.

complessiva dei mezzi di prova (comprese le dichiarazioni delle parti), è tenuto a fare ricorso agli indizi e amminicoli e, se possibile, ai testi di credibilità. Certamente il ricorso ai testi (“testes de ipsarum partium credibilitate, si fieri potest, adhibeat”) non è imposto da una clausola irritante, e l’aggiunta *si fieri potest* in fondo sottolinea la ininfluenza della mancanza di tale ricorso agli effetti della validità della sentenza, ma è anche vero che il Legislatore ha voluto escludere la “opzionalità” del ricorso ai testi; non è che il giudice cerca il teste se lo ritiene opportuno: deve farlo, se possibile, appunto.¹⁴

Si potrebbe invece prescindere dal ricorso ai testi se la dichiarazione della parte o delle parti avesse acquisito la forza probatoria piena “altrimenti”, valutata cioè nell’insieme dell’apparato probatorio, come sta a indicare l’esordio del can. 1679 e dell’art. 180 § 2: “Nisi probationes aliunde plenae habeantur...”.

I testi di credibilità sono quelli che, pur non essendo a conoscenza diretta del fatto controverso – e in mancanza di una prova piena su di esso – vengono chiamati affinché forniscano notizie sulla probità e veridicità dei coniugi.¹⁵ Tali testi debbono essere persone davvero autorevoli e terzi rispetto alla persona e alla controversia in gioco.¹⁶ Si tratta di persone che, per la loro figura morale o anche per la funzione che esercitano nella vita ecclesiale (sacerdoti, religiosi...), risultano in se stessi attendibili e capaci di esprimersi sull’attendibilità delle parti di loro conoscenza.¹⁷ In ogni caso, questi testi fondano il proprio giudizio di credibilità sulla conoscenza diretta della parte e non su una generica fiducia, la quale svuoterebbe di senso l’istituto dei testi di credibilità.

Comunque, oltre al ricorso a questi testi esplicitamente adoperati per discernere la credibilità della parte, il giudice deve tener conto dell’insieme delle altre testimonianze espresse nella causa sull’oggetto della controversia, cercando di evitare però ciò che è stato chiamato *l’aritmetica della credibilità*, laddove si tiene conto soltanto del numero di testi a favore di ogni posizione

¹⁴ Diversamente per Kelleher: “Witnesses as to the credibility of the principals or the other witnesses shall not be heard unless, in the judgement of the judge, there is serious reason to question their credibility” (S. J. KELLEHER, *A suggested method of procedure in the Recognition of the Fourth Book of the Code*, in *The Jurist* 29 (1969) 80).

¹⁵ Cfr. L. DEL AMO, commento al can. 1679, in *Codice di Diritto Canonico* cit., 1113; M. GUIDA, *Il teste di credibilità* cit.; J. CARRERAS, commento al can. 1679, in (a cura di A. Marzoa, J. Miras e R. Rodríguez-Ocaña), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, IV / 2, Pamplona, 1996, 1894-1896. Sui precedenti della figura nei *testes septimae manus*, cfr. T. J. McNICHOLAS, *The Septimae Manus Witness*, Washington 1949.

¹⁶ Cfr. S. Th. II-II, q. 70, a. 2 ad 2.

¹⁷ Serrano sottolinea che questi testi “possono coinvolgere lodevolmente la pastorale nel lavoro giudiziale” (J. M. SERRANO, *Appunti e spunti a proposito dell’istruzione “Dignitas connubii”*, in AA.VV. *Matrimonium et Ius*, cit., 81).

processuale, indipendentemente della *qualità* dei contributi dei testi. Così succede se si fa il computo numerico dei pareri favorevoli a pro della parte attrice (rilasciati da parenti e amici dei quali magari non si possiede nessuna referenza e che alle volte non fanno che ripetere gli stessi concetti, perfino con le stesse parole) e a sfavore della parte convenuta (rilasciati dai medesimi testi e senza che ad essi venga domandato sulla base di quali fatti specifici le neghino attendibilità); mentre spesso non è chiaro se la parte convenuta sia stata informata dalla possibilità di addurre delle prove a suo favore o sia stata invitata a fornire referenze sulla sua credibilità.¹⁸

Ma oltre ai testi di credibilità – da adoperare *si fieri potest* –, il giudice deve tener conto degli altri indizi e amminicoli.¹⁹ L'*indicium* (“notizia, indicazione, rivelazione”) è un elemento di prova mediata e indiretta: un fatto certo (un atteggiamento, un comportamento accertato, le convinzioni, le parole pronunciate o il silenzio mantenuto, ecc.), da cui il giudice può argomentare l'esistenza o meno di un fatto rilevante, peraltro non altrimenti provato. L'indizio è elemento di prova fondamentale della prova presuntiva, nella quale il giudice, applicando le regole del sillogismo, riscontra una congruenza tale tra il fatto certo e quello controverso (e incerto) che gli porta alla certezza morale su di esso: dati gli *indicia*, non vi è possibilità (per l'interprete, nel caso concreto) di fare una congettura diversa.²⁰

Gli *adminicula* (“che sostiene, che aiuta”) invece, sono quegli elementi di aiuto o sostegno alla prova. L'amminicolo può essere preso in considerazione sia come prova imperfetta che come valore imperfetto della prova (che, appunto può avere forza concludente o amminicolare). Hanno valore di *adminicula* sia gli stessi testimoni sulla credibilità, lettere testimoniali, attestati di religiosità, probità e credibilità di cui al can. 1572, ecc., così come anche le circostanze. Le circostanze consistono in ciò che caratterizza i fatti senza costituirne la sostanza. Sia le circostanze personali (la religiosità, la cultura,

¹⁸ Cfr. P. BIANCHI, *Le prove: a) dichiarazione delle parti; b) presunzioni; c) perizie*, in *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, «Quaderni della Mendola» vi, Milano 1998, cit., 88-89.

¹⁹ Su questi elementi, cfr. L. DEL AMO, *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (Indicios y circunstancias)*, Pamplona 1978; IDEM, commento al can. 1679 cit.; A. STANKIEWICZ, *Valutazione delle prove secondo l'istruzione* cit., 80; P. BIANCHI, *Le prove...* 88; S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial* cit., 463-465.

²⁰ Un altro conto è, com'è evidente, la possibilità di errore da parte del giudice. Nel rapporto tra l'indizio ed il fatto presunto ci sono dunque un elemento soggettivo – la certezza raggiunta dal giudice – ed uno oggettivo – la connessione diretta tra i fatti – che hanno un valore diverso dal punto di vista dell'impugnazione della decisione: non si può discutere circa la certezza ottenuta dal giudice, ma si può contestare la assenza (o la debolezza) della relazione tra i fatti. Cfr. M. A. ORTIZ, *Circa l'uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, «Ius Ecclesiae» 8 (1996) 821-850.

il *modus vivendi*, e anche il modo di comportarsi in giudizio) che quelle oggettive (in modo particolare, le situazioni causate dal comportamento di una persona) servono a corroborare in via logica la solidità di una prova, senza essere prova in se stesse, del fatto che concorrono a dimostrare.

Sia i testi di credibilità che gli “*indicia et adminicula*” sono elementi probatori: sono, nei processi matrimoniali, gli “*alia elementa*” che il can. 1536 § 2 segnala come sufficienti ad avvalorare la prova se non è stata raggiunta la certezza morale “altrimenti”.

Come abbiamo accennato precedentemente, una questione non del tutto pacifica tra gli autori è se gli “*indicia et adminicula*” debbono essere riferiti alla credibilità della parte o all’oggetto di prova principale. A nostro avviso, il problema è spesso una questione di parole. Come ricorderemo fra poco, la credibilità della parte non riguarda esclusivamente la sua probità di vita ma principalmente l’attendibilità di quanto affermato, che il giudice ritiene coerente, sia intrinsecamente sia nell’insieme degli elementi di prova e, concretamente, di quegli elementi che indicano come vere le affermazioni della parte e allo stesso tempo sostengono la tesi di fondo.

Nel caso risolto dalla presente decisione, le affermazioni dell’attore, oltre ad essere credibili perché un autorevole teste avvalora la rettitudine e la probità del soggetto, sono credibili soprattutto perché concorrono diversi indici e amminicoli. Concretamente, i fatti e le circostanze che indicano e sostengono sia la stessa credibilità della parte (i motivi di coscienza che spingono l’attore, la conversione di vita operata, l’atteggiamento dimostrato durante la causa, ecc.), sia soprattutto l’esistenza dell’atto positivo di esclusione: l’esistenza di un appartamento nel quale l’attore intratteneva frequentemente rapporti extraconiugali: “Caio aveva in fitto un locale nello stabile dove io alloggiavo e lì riceveva qualche donna, (...) si usciva tutti insieme per qualche locale anche fuori Milano e ci si accompagnava a qualche donna” (YY., Summ. 61/10); “Veniva lì perché portava le ragazze. L’ho visto per un po’ di tempo con ragazze differenti, dopo, per due o tre anni, l’ho visto venire sempre con una donna, con la quale sta adesso” (ZZ., Summ. 32-33/1).²¹

Allora si potrebbe concludere che gli *indicia et adminicula* riguardano la credibilità sia perché la stessa deposizione del teste di credibilità apporta indici e circostanze (appunto la religiosità, onestà, ecc. in seguito ad una conversione di vita operata nell’attore del caso presente) che avvalorano le affermazioni della parte, sia perché i fatti e le circostanze presenti nella causa (alcune apportate dalla stessa parte, altre dai diversi testi) rendono coerente e credibile l’affermazione della parte.²² Il giudice in tal caso non ha prodot-

²¹ Sent. c. Caberletti, *Reg. Insubris seu Mediolanen.* 22 giugno 2006, n. 14.

²² In questo senso anche M. J. ARROBA, *Diritto processuale canonico* cit., 441; IDEM, *Il valore di prova delle dichiarazioni giudiziali delle parti* cit., 197 e 199.

to necessariamente nuove prove oltre quelle già presenti (anche se avrebbe sempre potuto farlo), ma ha ritenuto sufficientemente provato quanto afferma la parte perché sostenuto dagli “elementa probatoria” menzionati.

Di conseguenza, l’affermazione “nell’individuare tali elementi [gli “alia elementa” del can. 1536 § 2] non si deve necessariamente far riferimento ad altre prove”²³ è giusta se si presuppone che le altre prove esistono, solo che sono state insufficienti a fornire la certezza morale. Non avendo la prova piena altrimenti (“nisi probationes aliunde plenae habeantur”), il giudice centerà l’attenzione sulle dichiarazioni delle parti avvalorate dalla testimonianza qualificata del teste di credibilità e dall’insieme di elementi probatori presenti nella causa, senza escludere che il giudice possa cercare altre prove *ex officio*.

Riteniamo invece fuorviante sia un’interpretazione che si accontentasse della dichiarazione della parte – magari “di proba condotta” – ma le cui affermazioni sono in forte contrasto con gli elementi probatori presenti, sia anche l’atteggiamento del giudice che rinuncia a produrre altre prove perché la parte è ritenuta soggettivamente credibile in quanto è in buona fede e con retta intenzione.

Fuori del caso di impossibilità di adire l’altro coniuge e i testi (per esempio, perché l’attore si è trasferito e “sradicato” senza nessuno che possa riferire delle sue circostanze), necessariamente vengono fuori elementi, che sono probatori, che riguardano non soltanto la “probità” della parte ma l’oggetto principale della prova. Perfino nel caso estremo in cui uno dei coniugi riferisce di un fatto mai rivelato e del quale nessun altro può riferire (per esempio, una violenza subita nell’infanzia che ha lasciato forti segni nella sua personalità), forse non si può contare su testi che riferiscano del fatto storico della violenza avvenuta, ma sì degli effetti psicologici nella personalità e delle manifestazioni (comportamenti, circostanze: *indizi et adminicula*) che rendono spiegabile l’affermazione della parte: certi atteggiamenti, risposte, chiusure, che possono essere indizi non tanto della credibilità quanto della prova del fatto giuridico dell’eventuale incapacità o esclusione.

²³ M. GUIDA, *Il teste di credibilità*, «Apollinaris», 76 (2003) 498; l’autore elenca alcuni *indicia et adminicula*, praticamente soltanto quelli riferiti alla credibilità soggettiva: gli antecedenti familiari e sociali, la religiosità, le motivazioni che spingono ad inoltrare la causa e lo scopo che ne persegue; la reazione della parte di fronte alle verità avverse; l’esperienza del giudice nel giudicare casi analoghi... Cfr. *ibid.*, 499, con riferimento a O. GIACCHI, *La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico*, «Ius Populi Dei», *Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, II, Roma 1972, 619-620. Dello stesso avviso sembra G. P. WEISHAUP, *De necessitate credibilitatis partium intrinsecae ad certitudinem moralem in causis matrimonialibus adipiscendam*, «Periodica», 95 (2006) 654-655.

1. 3. Allora, come interpretare i cann. 1536 § 2 e 1679?

Cercando di fare una lettura del combinato disposto dei due canoni relativi alla forza probatoria delle dichiarazioni delle parti nei processi di nullità matrimoniale – 1536 § 2 e 1679 – possiamo dire che:

a) il giudice è tenuto a ricavare ogni mezzo di prova che possa essere d'aiuto per il raggiungimento della certezza morale sulla validità o meno del matrimonio in questione, e deve valutare in coscienza (“*ex sua conscientia*”: can. 1608 § 3) le prove presentate dalle parti – o richieste da lui stesso *ex officio* – che sostengono i motivi contrastanti;

b) ordinariamente, il giudice riceve e valuta le dichiarazioni delle parti nell'insieme delle prove: tali dichiarazioni “*vim probandi habere possunt, a iudice aestimandam una cum ceteris causae adiunctis*” (can. 1536 § 2). La prova piena – la certezza morale sufficiente – sarà costituita dall'insieme dei mezzi di prova, comprese le dichiarazioni delle parti. Vale a dire, il giudice è sempre tenuto a ricevere *criticamente* le dichiarazioni delle parti: cercando cioè di vagliare le loro affermazioni proprio perché tenuto a cercare di scoprire la verità;

c) se l'istruttoria è scarsa – per impossibilità di espletare altre prove – o discordante, eccezionalmente il giudice può ritenere sufficiente per fornirgli la certezza morale le dichiarazioni delle parti, o di una sola di esse, solo se sono presenti “*alia elementa probatoria*” che le corroborino completamente (“*omnino*”);

d) nelle cause di nullità matrimoniale, tali elementi corroborativi consistono innanzitutto in indizi e amminicoli che sostengono (anche qui “*omnino*”) le affermazioni delle parti e, se possibile, in testi sulla loro credibilità.

e) nel caso assai singolare in cui non si riesca assolutamente ad avere indizi e amminicoli corroborativi (e, ovviamente, non essendoci degli elementi accertati in forte contrasto con la tesi della parte) né testi che diano fede sulla credibilità della parte, le dichiarazioni delle parti, o di una di esse, potrebbe produrre da sola la certezza morale nel giudice ma non allo stesso modo che producono prova piena le confessioni in cause private (automaticamente) perché, nelle cause matrimoniali, il giudice, di fronte alla sola dichiarazione delle parti, non è tenuto ad assecondarla necessariamente, se non la trova coerente e non riesce a essere moralmente certo di quanto affermato dalle parti.

f) e infine, se malgrado tutto – se malgrado una parte o ambedue sono ferme e concordi nelle loro affermazioni e malgrado consti la buona fede delle parti – al giudice rimane «qualche fondato o ragionevole dubbio» sulla nullità invocata, deve dare una decisione negativa. Ciò accadrà se riscontra dei motivi che un sano, serio e competente giudizio dichiara come almeno

degni di attenzione, e che di conseguenza fanno sì che la validità del vincolo appaia non soltanto come possibile assolutamente – il che accade sempre – ma altresì come in qualche maniera probabile.²⁴

Di conseguenza, se il giudice si accontenta dalle sole dichiarazioni, potendo ricavare altre prove, ricadrebbe in un formalismo contrario al principio della libera (non arbitraria né superficiale) valutazione delle prove che è alla base della certezza morale, raggiunta *ex actis et probatis*.

2. L'attendibilità e credibilità delle dichiarazioni

Nel ricevere le dichiarazioni delle parti, il can. 1534 indica che si devono osservare – *cum proportione* – “le regole stabilite per i testimoni nei cann. 1548 § 2, 1; 1552 e 1558-1565”. L’ammonimento di seguire quelle regole “*cum proportione*” ha una ragion d’essere evidente: non è esattamente uguale ricevere il parere di un teste ordinariamente estraneo all’oggetto del litigio che riceverlo della parte, che è necessariamente parziale (appunto di parte).²⁵

Anche se il can. 1534 non rinvia espressamente al can. 1572, sembra evidente che i criteri lì contenuti sulla valutazione delle testimonianze vanno applicati – *cum proportione* – alle dichiarazioni delle parti, specie se discordanti, come accade nel caso presente.²⁶ Di conseguenza, nella valutazione, il giudice non tralascierà la prudenza contenuta nei principi di “psicologia giudiziale” implicitamente accennati nel can. 1572.²⁷

Tali criteri di valutazione insegnano che la testimonianza (in un senso che comprende anche le dichiarazioni delle parti) non si limita ad esporre dei ricordi “ma è il risultato dell’elaborazione di una rappresentazione avuta in passato”.²⁸ La memoria – che non è sempre affidabile: spesso è fallibi-

²⁴ Cfr. J. LLOBELL, *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti* cit., 141.

²⁵ Cfr. J. M. SERRANO, *Appunti e spunti a proposito dell’istruzione “Dignitas connubii”* cit., 80.

²⁶ Cfr. M. J. ARROBA, *Il valore...* 199; *Le dichiarazioni...* 255.

²⁷ Nei lavori di redazione del canone si faceva riferimento a tali principi di psicologia giudiziale (cfr. «Communicationes», 38 (2006) 271). Posteriormente, il riferimento alle conoscenze di psicologia fu soppresso perché si ritenne che tali conoscenze dovrebbero essere sempre presenti nella valutazione del giudice: cfr. *Communicationes* 11 (1979) 120; F. GIL DE LAS HERAS, commento al can. 1573, in *Comentario exegetico* cit.

²⁸ Rimandiamo a G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, Città del Vaticano 2006, 285-293. Cfr. anche G. MAZZONI, *Si può credere ad un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Bologna 2003. Zuanazzi sottolinea il carattere dialogico del modo come vengono rielaborati i ricordi dei fatti passati, da cui l’importanza di come viene suscitato il ricordo e come viene interpretato dal giudice: “la testimonianza inoltre non può essere studiata unicamente dal lato di colui che la presta, bensì anche dal lato di colui che la riceve, sia per le influenze che il particolare rapporto interpersonale e il modo di porre le domande esercitano sul test, sia perché il giudice deve saper leggere le risposte con senso critico e obiettività” (G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria*, 285). Si veda P. BIANCHI,

le – ²⁹ conserva i successi e li rievoca, rendendoli attuali in un modo che conserva una certa relazione con le esperienze originali ma si differenziano da esse grazie a un processo in cui si fondano (senza mescolarsi) elementi recettivi, simbolici e affettivi. Se mai due persone vedono esattamente sotto lo stesso punto di vista lo stesso fatto, ancor meno lo ricorderanno allo stesso modo. Oltre al diverso modo di fissare i ricordi nella memoria, c'è il fenomeno dell'oblio, nel quale può incidere una rimozione dei ricordi in modo inconsapevole. Se questo fenomeno è presente in qualsiasi processo di evocazione di ricordi come accade nelle testimonianze,³⁰ è ancora più incisivo quando si tratta di riferire dei ricordi in cui l'implicazione emotiva personale è più forte, come nelle dichiarazioni delle parti.³¹

Non si tratta di assumere un atteggiamento diffidente nei confronti delle parti, ma realistico. Una ragionevole presunzione in favore della veridicità delle dichiarazioni delle parti – “*nemo malus (mendax) nisi probetur*” – ³² deve essere armonizzata con la presunzione di validità del matrimonio e con il dovere di fornire elementi di prova sufficienti a distruggere tale presunzione. La sola affermazione della parte va perciò valutata dal giudice sia nella coerenza interna di quanto affermato sia nell'insieme delle prove che lo stesso giudice è tenuto a cercare.³³

Alcune annotazioni circa l'interrogatorio di parti e testi nelle cause di nullità di matrimonio, «Quaderni di diritto ecclesiale», 17 (2004) 210-223.

²⁹ Per un'analisi dell'incidenza dei fattori soggettivi sulla conoscenza, cfr. J. J. SANGUINETI, *El conocimiento humano*, Madrid 2006, 130-134, 284-296, 320-327.

³⁰ Una persona, anche quando intende dire la verità e non è affetta da disturbi psichici, ha sempre a che fare con la fisiologia della memoria, le proprie caratteristiche personali, le sollecitazioni emotive, cosicché nella testimonianza intervengono alterazioni che impediscono l'esatta e integrale operazione del ricordare e del riferire secondo le esigenze della giustizia” (G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria*, 285-286).

³¹ Per forza di cose ciascuno dei contraenti, indipendentemente dall'essere attore convenuto, tende a salvaguardare la propria immagine mediante meccanismi di difesa (inconsapevoli) o misure di sicurezza (coscienti). (G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria* cit., 292-293, con riferimento anche a J.J. GARCÍA FAÍLDE, *Criterios psicológicos para la valoración judicial de las declaraciones de los contendientes y de los testigos*, in F. R. AZNAR GIL (a cura di), *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, IX, Salamanca 1990, 389 s.).

³² Cfr. J. M. SERRANO, *Confessione e dichiarazione delle parti nella giurisprudenza della Rota*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti*, 169. Tale presunzione di veridicità avrebbe ancora un maggiore senso se si tratta di una causa la cui sentenza avrà soltanto effetti canonici e non civili, poiché in tal caso l'eventuale bugia sulla quale si basa la certezza del giudice non permetterebbe di raggiungere gli effetti nel foro della coscienza. Inoltre, la credibilità del dichiarante si rafforzerebbe se, potendo “risolvere” il suo caso sciogliendo il matrimonio con il divorzio civile, la parte preferisce adire il tribunale ecclesiastico: cfr. J. M. SERRANO *op. cit.*, 170; S. GHERRO, *La «caritas» come criterio interpretativo del can. 1536*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale*, Padova, 2003, 7-31.

³³ Dicevamo precedentemente che il giudice non può adoperare un atteggiamento in-

Bisogna riconoscere certamente l'alto valore di quanto dichiara la parte – a maggior motivo se mossa da motivi di coscienza – su fatti che la vedono protagonista e sui quali essa ha una conoscenza del tutto particolare. Ma bisogna anche ammettere che la forte convinzione su un fatto o su determinata interpretazione di fatti accaduti è compatibile con la reale possibilità di dichiarare erroneamente su fatti propri anche in buona fede. È evidente l'influsso dell'interesse soggettivo sulla difformità operata, a volte in modo inconsapevole ma altre volte consapevolmente, pur non sempre con proposito mendace, della verità oggettiva: per mancanza di sincerità o d'attenzione, o per la naturale passione o le prevenzioni che inducono in errore, o a causa della volontà di giustificare un comportamento, oppure semplicemente perché il soggetto ha la "sua verità" e la espone così come la vede, anche non sempre è così com'è.³⁴ Il diritto ha superato la diffidenza implicita nell'istruzione *Provida Mater*, e addirittura presume la buona fede in coloro che richiedono la nullità, ma non identifica buona fede (né la certezza soggettiva delle parti) con la verità oggettiva.³⁵

La credibilità della parte, agli effetti della valutazione del giudice, consiste nell'attendibilità, che si evince dalla coerenza interna da quanto dichiarato

genuo nel accogliere le dichiarazioni delle parti. Non di rado le parole delle parti vengono contraddette dai fatti, come chi per esempio dice di aver deciso di sposarsi solo dopo saputo della gravidanza della fidanzata e poi si prova che i preparativi erano avviati formalmente tempo addietro, o chi afferma di aver subito pressioni per sposarsi in seguito ad una gravidanza ma poi si viene a sapere che la parte aveva cercato la gravidanza proprio per "conquistare" la controparte. Cfr. in questo senso J. M. SERRANO RUIZ, *Confessione e dichiarazione delle parti nella giurisprudenza della Rota* cit. con diversi riferimenti giurisprudenziali, tra cui una causa c. Caberletti del 27 aprile 2001 nella quale l'attore affermava aver ritardato la celebrazione del matrimonio in attesa della promulgazione della legge del divorzio, ma in realtà il rinvio delle nozze ubbidiva a ben altre cause, tra cui l'attesa di ottenere un posto di ruolo nella professione. Cfr. anche la sent. c. Stankiewicz 23 maggio 2000 e il commento M. A. ORTIZ, *Il timore che invalida il matrimonio e la sua prova*, «Ius Ecclesiae», 15 (2003) 102-127.

³⁴ Cfr. S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial* cit., 480; P. BIANCHI, *Le prove...* 86-87; L. DEL AMO, commento al can. 1534 in *CIC Pamplona* (ripreso in questo punto da M. GUIDA, *Il teste di credibilità* cit., 496).

³⁵ Cfr. J. LLOBELL, *Oggettività e soggettività nella valutazione giudiziaria delle prove*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 14 (2001) 397; L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, Bologna 1995; L. DEL AMO, *La clave probatoria en los procesos matrimoniales*, cit., 209 s. D'altra parte, se è evidente che la parte può sbagliarsi nell'evocare fatti passati condizionati da una forte carica emotiva e da una esperienza fallimentare, è anche evidente che la parte può non già mentire apertamente e consapevolmente, ma semplicemente presentare un'esposizione dei fatti camuffata e mirata ad ottenere una dichiarazione di nullità forzando l'interpretazione dei fatti, proprio perché, come ebbe a segnalare con grande realismo Pio XII: «Chi non sa poi che i cuori umani sono, in non rari casi, pur troppo proclivi (...) a studiare di liberarsi dal vincolo coniugale già contratto?». (PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941, n. 2, «AAS», 33 (1941) 421-426. Cfr. IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 2 ottobre 1944 cit.; IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 28 ottobre 1947, «AAS», 39 (1947) 493-498).

dalla parte, dalla concordanza con quanto risulta provato con altri mezzi, e – *si fieri potest* – con i testi di credibilità.

Alcuni indizi e amminicoli serviranno ad attestare questa credibilità, così come le circostanze soggettive che possono aiutare il giudice a discernere l'aderenza alla verità o meno del dichiarante: la religiosità e il *modus vivendi*, la buona fede e l'intenzione con la quale la parte sostiene o respinge la pretesa; la collaborazione o l'ostruzionismo nella ricerca della verità. Poi, la credibilità si deve desumere pure dalla coerenza di quanto dichiara, anche riguardo ad altri fatti provati, lo sforzo fatto per chiarificare quanto di emotivo, parziale e deformato ci fosse nelle proprie affermazioni, la tenacia delle parti nelle loro affermazioni, anche dopo diverse decisioni contrarie alla propria tesi, ecc.

Ma alla fine la credibilità maggiore proviene dall'analisi interna delle affermazioni in relazione con i fatti comprovati: le parole delle parti diventano fatti in sé stessi irrefutabili, ai quali si può applicare la massima "*facta enim aliquando potiora sunt verbis, dummodo tamen adducta facta sint plura, univoca et certa*".³⁶ Infatti, il giudice deve integrare quanto affermato dalle parti con le altre prove fornite, proprio perché tenuto a cercare di scoprire la verità. Anzi, se venisse a scoprire la falsità di qualche prova fornita dalle parti, ciò non potrebbe non intaccare la credibilità di esse.

In questo modo, gli indizi e gli amminicoli, e le circostanze conosciute attraverso altri mezzi di prova come quella testimoniale, in fondo servono a rendere la parte credibile e attendibile: a rendere coerente quanto afferma con fatti e circostanze accertate con altri mezzi.

3. *La soluzione del caso*

Ed è proprio questa credibilità che, nel caso presente, il turno ha ritenuto sufficiente per fornirgli la prova piena: una dichiarazione che, anche se contrastante con quella dell'altra parte, è ritenuta credibile con una credibilità sia intrinseca che estrinseca. La dichiarazione dell'attore è stata corroborata da diversi indizi e amminicoli, nonché dalla testimonianza di un autorevole teste di credibilità.

Il ponente fa propria l'interpretazione di Pompedda, nello spiegare che la prova dell'esclusione «*initium capit a confessione iudiciali praesumpti simulantis, quae vero confirmetur oportet a testibus fide dignis, qui scilicet illam receperant ante nuptias vel in tempore non suspecto, seu quum causa nullitatis nondum introducta erat. Novus canon 1679 maiorem vim probationis partium declarationibus agnoscit (...); et ratio normae sapienter explanatur: "in mancanza di altre prove e quindi in via sussidiaria... il valore e l'utilità*

³⁶ Cfr. c. Bejan del 19 gennaio 1966, in *SRRDec* 58 (1966) 15.

di questo *argomento morale* poggiano sul fatto che esso risulta da pochissimi elementi oggettivi, fra loro tuttavia così strettamente connessi da produrre nell'animo del giudice la necessaria certezza morale ... Indubbiamente il giudice deve valutare liberamente le prove – *acta et probata* –, che costituiscono la struttura della certezza morale. Questa certezza ha un contenuto che oltrepassa la pura soggettività del giudice: possiede una *oggettività* ... tale oggettività non sta in ciascuno di questi mezzi, ma piuttosto nella *capacità oggettiva* che tutti gli indizi e le prove *congiuntamente* sono suscettibili di produrre”». ³⁷

In primo luogo, un teste autorevole (un sacerdote, giudice dello stesso tribunale anche se non facente parte del collegio giudicante) ha corroborato la credibilità della parte. A detta del turno giudicante, la testimonianza del sacerdote costituisce in parte l'argomento morale sulla credibilità della parte, e in parte contiene una “confessione extragiudiziale” realizzata *tempore non suspecto* (n. 11).

Tale “confessione extragiudiziale” non è altro che la confidenza dell'attore che si rivolge al sacerdote, del quale conosce la sua condizione di giudice: “Con padre Sempronio io mi sono aperto interamente; gli ho narrato tutta la mia vita. Io mi sono confidato con lui come sacerdote, pur sapendo che era un Giudice del Tribunale, ma cercavo solo un aiuto spirituale ed ignoravo del tutto che nella mia vicenda ci potessero essere degli elementi tali da poter avviare una causa di nullità.” (n. 10).

Il turno rotale ha ritenuto esclusa la possibilità di frode nell'iniziativa dell'attore che “apre il cuore” al sacerdote-giudice, ³⁸ del quale si dice che è esperto in diritto canonico e, si presume, sufficientemente critico e non credulone. Sicuramente la confidenza tra l'attore e il sacerdote avvenne fuori dall'amministrazione del sacramento della penitenza; altrimenti il sacerdote mai avrebbe potuto testimoniare, a norma del can. 1550 § 2, 2° e l'art. 196 § 2, 2° DC. Essendo stata una confidenza extrasacramentale, a norma del can. 1548 § 2, 1° e l'art. 194 § 2, 1° DC, il sacerdote può essere chiamato a testimoniare anche

³⁷ Sent. c. Caberletti, *Reg. Insubris seu Mediolanen.* 22 giugno 2006, n. 6, con citazione di M. F. POMPEDDA, *Studi di Diritto Processuale Canonico*, Milano 1995, 214. Cfr. anche P. A. BONNET, *Il giudice ecclesiale e la valutazione delle prove* cit., 266 con riferimento a I. GORDON, *Novus processus nullitatis matrimonii. Iter cum adnotationibus*, Romae 1983.

³⁸ Cfr. L. BAROLO, *Il ministro ordinato quale teste nelle cause di nullità matrimoniale*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 14 (2001) 172, dove fa un esempio che può spingere a relativizzare la “confessione” extragiudiziale: il soggetto che sa di avere poche prove per dimostrare la nullità del proprio matrimonio, si rivolge in confessione a un sacerdote al quale racconta la sua vicenda matrimoniale con toni che inducano il confessore a concludere sull'invalidità del matrimonio. Il confessore consiglia il penitente di rivolgersi al tribunale; il penitente ringrazia e prima di allontanarsi dice al confessore che lo scioglie dal segreto per quanto gli ha riferito circa il matrimonio, il che non è possibile a norma del can. 1550 § 2, 2.

se può esimersi dal deporre e, comunque, se accede a deporre deve essere sollevato dal segreto – professionale e non sacramentale – dal soggetto. Facilmente si può ritenere implicita la volontà di sollevare dal segreto nel fatto di includere il nome del sacerdote dall'elenco dei testimoni.

Rimane comunque leggermente confuso il ruolo che il turno giudicante attribuisce al sacerdote-giudice prima consulente e poi teste. È chiaro che il solo fatto di essere giudice non lo rende incapace a testimoniare (non essendo intervenuto formalmente nello svolgimento della causa: cfr. can. 1550 § 2, 1°). Ma riesce difficile combaciare l'affermazione che la parte cercava soltanto "un aiuto spirituale" (n. 10) e che "lui non sapeva della rilevanza giuridica di quanto lui mi diceva" (n. 11) con un'altra affermazione resa davanti al tribunale di primo grado (che diede sentenza negativa): "Gaia seppe della possibilità di introdurre questa causa da una suora, Suor Tiziana, che la indirizzò al padre Sempronio".

Se così fosse, verrebbe a mettersi in discussione il tempo *non suspecto* della "confessione" extragiudiziale. Il turno rotale però, pur riconoscendo la difficoltà, ritiene sufficiente che il sacerdote abbia considerato l'attore in buona fede: "ideoque Rev.dus Sempronii sane uti in iure canonico peritus quaesitus erat, quin vero actor intentione dolosa motus esset". Nulla si dice se la parte sia stata interpellata in proposito per risolvere la contraddizione.

Il tribunale ha ritenuto anche elementi corroborativi gli atteggiamenti dell'attore avuti lungo l'iter processuale e la probità di vita e sincera conversione alla fede, tra cui la reazione pacata e con un punto di amarezza nel considerare che il tribunale di primo grado aveva messo in dubbio la sua sincerità; l'affermazione che cerca soltanto di fare venire a galla la verità, senza forzature e che cerca soltanto la pace dell'anima (n. 10); il fatto che da quindici anni vive con la sua convivente "come fratello e sorella per poter ricevere l'Eucaristia" (n. 11).

Oltre tutti questi elementi probatori (indizi e amminicoli) che attestano, a giudizio del turno, la credibilità soggettiva della parte, ci sono altri elementi che, a nostro avviso, sono più determinanti per il raggiungimento della pienezza della prova e la correlativa certezza morale circa l'esclusione del *bonum fidei*. Si tratta di quelle circostanze (testé accennate), accertate da diversi testimoni, dei frequenti incontri extraconiugali avvenuti, anche se la circostanza manca di qualche precisione temporale riguardo il tempo delle nozze: "Caio aveva in fitto un locale nello stabile dove io alloggiavo e lì riceveva qualche donna, rivelandosi infedele all'impegno del matrimonio" (...); "Veniva lì perché portava le ragazze. L'ho visto per un po' di tempo con ragazze differenti, dopo, per due o tre anni, l'ho visto venire sempre con una donna" (n. 14).

Il resto della prova della simulazione viene costruito sulla base della dichiarazione della parte ritenuta credibile: la *causa simulandi* e il rapporto con

la *causa contrahendi* e, in definitiva, l'esistenza di un atto positivo di volontà escludente la fedeltà.

Il turno non ha ritenuto necessario verificare la credibilità dell'altra parte. Sarebbe anche stato utile, viste le profonde discrepanze verificate tra le versioni dei due coniugi, procedere a un confronto tra di loro. L'art. 165 DC ha esteso anche alle parti la previsione del can. 1560. Infatti mentre il can. 1560 § 2 prevede soltanto un confronto tra i testi, l'art. 163 DC ammette implicitamente che tale confronto possa essere fatto sia con i testi che con le parti e i periti: il can. 1560 § 1 segnala che "Testes seorsim singuli examinandi sunt", mentre l'art. 165 prende in considerazione l'esame di "Partes, testes, et periti". Di conseguenza, l'immutato tenore del § 2 ("Si autem iidem in re gravi dissentiant, iudex discrepantes inter se conferre seu comparare potest, remotis, quantum fieri poterit, dissidiis et scandalo") va riferito non solo ai testi ma a tutti i protagonisti dell'istruttoria.³⁹

Riteniamo che in casi come il presente, in cui c'è un radicale contrasto tra le versioni delle parti, sarebbe bene procedere al confronto delle versioni opposte, il che non potrebbe non giovare a verificare la credibilità delle parti e ad offrire un utile elemento probatorio in ordine al raggiungimento della necessaria certezza morale.

MIGUEL A. ORTIZ

³⁹ Anzi, per Serrano sarebbe stato augurabile che tale confronto fosse stato stabilito addirittura come norma: cfr. J. M. SERRANO, *Appunti e spunti a proposito dell'istruzione "Dignitas connubii"* cit., 82-83.