

LA PRESUNZIONE  
NELLA VIGENTE NORMATIVA CANONICA:  
OSSERVAZIONI CRITICHE\*

ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL

ABSTRACT: Nel CIC, oltre ad alcune poche norme generali sulle presunzioni e ad un certo numero di vere presunzioni *iuris*, si contengono anche non poche norme impropriamente formulate come presunzioni. Le presunzioni giuridiche si caratterizzano per essere giudizi di probabilità qualificata su una cosa incerta con rilevanza nel mondo del diritto. Vengono analizzate le differenze tra gli elementi strutturali e gli effetti della presunzione *iuris* e della presunzione *hominis*. Dato che la presunzione giuridica possiede sia un dimensione processuale sia una dimensione sostanziale è bene considerarla come uno istituto di teoria generale. Si analizzano infine il rapporto e le differenze tra le presunzioni *iuris* e il *favor iuris* nel diritto canonico, mettendo anche in evidenza l'imperfetta formulazione del c. 1060, di cui se ne propone, *de lege ferenda*, una nuova.

PAROLE CHIAVE: Presunzione. Prova. Certezza morale. Favore del diritto. *Favor matrimonii*.

ABSTRACT: In CIC, besides some general norms on the presumptions and a certain number of real presumptions *iuris*, there are not a few norms improperly formulated as presumptions. The juridical presumptions are characterized as judgments of qualified probability on an uncertain thing relevant in the juridical world. The differences between the structural elements and the effects of the presumption *iuris* and the presumption *hominis* are analyzed. Giving that the juridical presumption possesses both a procedural dimension and a substantial dimension it is good to consider it as an institute of general theory. The relationship and the differences between the presumptions *iuris* and the *favor iuris* in the canonical law are analyzed, putting also in evidence the imperfect formulation of the c. 1060, of which a new, *de lege ferenda*, is proposed.

KEYWORDS: Presumption. Proof. Moral Certitude. Favor of Law. *Favor matrimonii*.

SOMMARIO: 1. Le norme sulla presunzione e le presunzioni *iuris* del CIC: rilievi critici. – 2. La presunzione giuridica come giudizio di probabilità qualificata su una cosa

\* La presente relazione, tenuta a Roma il 5 maggio 2012 nel ciclo *Presunzioni e matrimonio* organizzato dall'Arcisodalizio della Curia Romana, è la versione italiana, con alcune modifiche e integrazioni, delle voci *Presunción* e *Favor iuris*, in corso di pubblicazione nel *Diccionario General de Derecho Canónico*, diretto dall'Istituto Martín de Azpilcueta della *Facultad de Derecho Canónico* dell'*Universidad de Navarra*, Pamplona.

incerta con rilevanza giuridica. – 3. Gli elementi strutturali e gli effetti della presunzione *iuris* e della presunzione *hominis*. 3.1. La presunzione *iuris*. 3.2. La presunzione *hominis*. – 4. Le dimensioni (processuale e sostanziale) della presunzione giuridica e la sua considerazione come istituto di teoria generale. – 5. Le presunzioni *iuris* e il *favor iuris*. Osservazioni critiche sulla formulazione del c. 1060. 5.1. Il *favor iuris* nella tradizione giuridica: esempi e manifestazioni tipiche. 5.2. L'imperfetta formulazione del c. 1060.

#### 1. LE NORME SULLA PRESUNZIONE E LE PRESUNZIONI *IURIS* DEL CIC: RILIEVI CRITICI

SECONDO la definizione contenuta nel CIC, che nel trattare della presunzione riproduce con lievi cambiamenti il diritto antico e mantiene la tradizionale collocazione del capitolo *de praesumptionibus* alla fine del titolo *de probationibus*, «la presunzione è la deduzione probabile da un fatto certo di una cosa incerta (*rei incertae probabilis coniectura*); è detta *iuris* la presunzione che viene stabilita dalla legge stessa; è detta *hominis* quella che è formulata dal giudice» (c. 1584). A proposito della prima, il CIC stabilisce che «non necessita di prova ciò che dalla legge stessa si presume» (c. 1526 § 2,1°) e che «chi ha dalla sua parte una presunzione *iuris*, viene liberato dall'onere della prova, che ricade sulla parte avversa» (c. 1585); due formule tradizionali, parzialmente inesatte (vedi *infra*, n. 3). A proposito della seconda, il CIC indica che «il giudice non formuli presunzioni, che non sono stabilite dal diritto, se non sulla base di un fatto certo e determinato, direttamente connesso con il fatto che è oggetto della controversia» (c. 1586). Sono queste le norme generali circa l'uso processuale della presunzione, considerata dalla dottrina come una «prova indiretta o congetturale»; un mezzo di prova che il giudice – insieme alle «prove dirette» o prove in senso proprio – può adoperare per raggiungere la certezza morale richiesta per pronunciare una sentenza (cfr. c. 1608).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> La bibliografia sulle presunzioni e sui temi collegati è molto abbondante. Per questo studio ci siamo serviti soprattutto dei seguenti lavori: A. ALCIATO, *Tractatus de praesumptionibus*, in *Opera omnia*, IV, Basileae 1582; J. I. BAÑARES, *Comentario al c. 1060*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, diretto da A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña, III/2, Pamplona 2002, 1087-1093; K. E. BOCCAFOLA, *Comentario ai cc. 1584-1586*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, cit., IV/2, Pamplona 2002, 1425-1430; P. A. BONNET, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale in un'occidente cristianizzato*, Milano 2006 (con alcune tesi che non condividiamo); Jorge CARRERAS, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, Barcelona 1962; O. GIACCHI, *La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico*, in AA.VV., *Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, II, Roma 1972, 605-620; H. KELLER, *De usu praesumptionis in iure canonico*, in *Periodica* 23, 1934, 1\*-47\*; J. KOWAL, *Conflitto tra favor matrimonii e favor libertatis?*, in *Periodica* 94, 2005, 243-273; E. LABANDEIRA, *Las presunciones en Derecho canónico*, Pamplona 1967; J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 1, 1998, 655-699; R. MOTZENBÄCKER, *Die Rechtsvermutung im*

Oltre a queste norme generali sulla presunzione, il CIC contiene un buon numero di presunzioni *iuris* – soprattutto in ambito matrimoniale – che spiegano la loro efficacia non solo nel processo, ma anche fuori di esso. Come ha rilevato la dottrina canonica, il CIC 1983 ha migliorato sensibilmente, rispetto al CIC 1917, l'uso della presunzione *iuris*. È scomparsa, al meno apparentemente, la categoria, ormai superata, della presunzione *iuris et de iure* – in opposizione alla presunzione *iuris tantum*, che ammette la prova contraria<sup>2</sup> –; sono state eliminate alcune norme, prima formulate come presunzioni, che poco avevano di “deduzioni probabili”;<sup>3</sup> e si è cercato di riservare il verbo “presumere” a veri “giudizi di probabilità”, in cui il legislatore opta, non già per ciò che è “meramente possibile”, bensì per ciò che è “più probabile” in una determinata situazione. Tuttavia, non mancano nel CIC usi impropri del verbo “presumere”, né in tutti i casi in cui viene usato con proprietà, la presunzione appare correttamente formulata.

Secondo la mia opinione, tra le presunzioni *iuris* formulate nel CIC soltanto le seguenti costituiscono vere “deduzioni probabili”:

– La presunzione di conoscenza – o “non presunzione dell'ignoranza o dell'errore” – circa un fatto proprio, o circa un fatto notorio di altri, e la

*kanonischen Recht*, München 1958; U. NAVARRETE, *Favore del diritto (Favor iuris)*, in AA.Vv., *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, a cura di C. Corral Salvador, V. De Paolis e G. Ghirlanda, Cinisello Balsamo 1993, 492-500; IDEM, *Commentario al decreto della Segnatura Apostolica sulle cosiddette «Presumptions of fact»*, in *Periodica* 85, 1996, 535-548; M. A. ORTIZ, *Circa l'uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae* 8, 1996, 839-850; R. PALOMBI, *Il valore delle «praesumptiones»*, in AA.Vv., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano 1995, 93-113; M. F. POMPEDDA, *De usu praesumptionum in iure canonico*, in *L'Année canonique* 22, 1978, 33-41; A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, III, Parisiis 1866; A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La presunzione di validità dell'atto giuridico nel diritto canonico*, Milano 2006; IDEM, *Il principio in dubio pro reo nel diritto penale canonico. La perenne attualità di un'antica regola giuridica*, in AA.Vv., *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, a cura di D. Cito, Milano 2005, 631-650; IDEM, *Il favor matrimonii e la presunzione di validità del matrimonio: appunti per la loro chiarificazione concettuale*, in *Ius Ecclesiae* 16, 2004, 325-344; E. SCAVO LOMBARDO, *Presunzione (diritto canonico)*, in *Enciclopedia del diritto*, xxxv, Milano 1986, 319-320; Ch.J. SCICLUNA, *The use of «Lists of Presumptions of Fact» in Marriage Nullity Cases*, in *Forum* 7, 1996, 45-67; A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, in *Apollinaris* 67, 1994, 89-122.

<sup>2</sup> Cfr. cc. 1825-1826; 1904 § 1 CIC 1917.

<sup>3</sup> Precisamente: «Contumaces [clerici] praesumuntur concubinari» (c. 133 § 4 CIC 1917); «Malitiosus animus, de quo in § 1, iure praesumitur, si religiosus intra mensem nec reversus fuerit nec Superiori animum redeundi manifestaverit» (c. 644 § 2 CIC 1917); «Episcopus obligatione tenetur inventarii sacrorum utensilium authentica forma conficiendi, in quo pro rei veritate quando acquisita sint, exprimat, distincteque describat si qua non ex ecclesiae redivibus ac proventibus, sed ex propriis bonis vel ex donatione sibi facta comparaverit; secus omnia redivibus ecclesiae comparata praesumuntur» (c. 1299 § 3 CIC 1917); «Saecularia vel religiosa, prout ad solos clericos saeculares vel solos clericos religiosos spectant; omnia autem beneficia, erecta extra ecclesias vel domus religiosorum, in dubio saecularia esse praesumuntur» (c. 1411, 2° CIC 1917).

presunzione dell'ignoranza o dell'errore circa un fatto non notorio di altri, stabilite nel c. 15 § 2.<sup>4</sup>

– La presunzione dell'uso di ragione del minore, compiuti i sette anni, stabilita nel c. 97 § 2.<sup>5</sup>

– La presunzione di validità dell'atto giuridico posto nel debito modo riguardo ai suoi elementi esterni, stabilita nel c. 124 § 2.<sup>6</sup>

– La presunzione di validità del matrimonio rettammente celebrato, stabilita nel c. 1060.<sup>7</sup> Anche se al posto del verbo “presumere” il c. 1060 usa la formula tradizionale «*in dubio standum est pro valore matrimonii*», è lo stesso legislatore a considerarla una vera presunzione nel c. 1086 § 3.<sup>8</sup> Circa l'imperfetta formulazione del c. 1060, che presenta la presunzione di validità del matrimonio come se fosse fondata sul *favor matrimonii* e non sulla sua retta celebrazione, vedi *infra*, n. 5.2.

– La presunzione della consumazione del matrimonio, se i coniugi hanno coabitato, stabilita nel c. 1061 § 2.<sup>9</sup>

– La presunzione, dopo la pubertà, della minima conoscenza – o “non presunzione di ignoranza” – della natura del matrimonio, stabilita nel c. 1096.<sup>10</sup>

– La presunzione di conformità del consenso interno alle parole o ai segni adoperati nella celebrazione del matrimonio, stabilita nel c. 1101 § 1.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> «L'ignoranza o l'errore (...) su un fatto personale o intorno a un fatto notorio di altri *non si presumono*; circa un fatto non notorio di altri *si presumono*, finché non si provi il contrario» (c. 15 § 2). Corrisponde sostanzialmente al c. 1497 § 2 CCEO.

<sup>5</sup> «Il minore, prima dei sette anni compiuti, viene detto bambino e lo si considera non responsabile dei suoi atti, compiuti però i sette anni, *si presume* che abbia l'uso di ragione» (c. 97 § 2). Corrisponde al c. 909 § 2 CCEO. È da notare che la prima affermazione, sebbene fondata su un giudizio di probabilità, non è stata espressamente formulata come presunzione.

<sup>6</sup> «L'atto giuridico posto nel debito modo riguardo ai suoi elementi esterni *si presume* valido» (c. 124 § 2). Corrisponde sostanzialmente al c. 931 § 2 CCEO.

<sup>7</sup> «Il matrimonio ha il favore del diritto; pertanto nel dubbio *si deve ritenere* valido il matrimonio fino a che non sia provato il contrario» (c. 1060). Corrisponde al c. 779 CCEO.

<sup>8</sup> «Se al tempo della celebrazione del matrimonio una parte era ritenuta comunemente battezzata o era dubbio il suo battesimo, *si deve presumere a norma del can. 1060* la validità del matrimonio finché non sia provato con certezza che una parte era battezzata e l'altra invece non battezzata» (c. 1086 § 3, che contiene implicita una presunzione di validità del battesimo). Corrisponde al c. 803 § 2 CCEO.

<sup>9</sup> «Celebrato il matrimonio, se i coniugi hanno coabitato, *se ne presume* la consumazione, fino a che non sia provato il contrario» (c. 1061 § 2). Non esiste nel CCEO.

<sup>10</sup> «§ 1. Perché possa esserci il consenso matrimoniale, è necessario che i contraenti almeno non ignorino che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale. § 2. Tale ignoranza *non si presume* dopo la pubertà» (c. 1096). Il § 1 corrisponde sostanzialmente al c. 819 CCEO, che omette però il § 2.

<sup>11</sup> «Il consenso interno dell'animo *si presume* conforme alle parole o ai segni adoperati nel celebrare il matrimonio» (c. 1101 § 1). Corrisponde al c. 824 § 1 CCEO.

– La presunzione di perseveranza del consenso matrimoniale manifestato, stabilita nel c. 1107.<sup>12</sup>

– La presunzione di legittimità dei figli concepiti durante il matrimonio, stabilita nel c. 1138 § 2.<sup>13</sup>

– La presunzione del perdono del coniuge adultero da parte del coniuge innocente, se conservò spontaneamente per sei mesi la convivenza coniugale, stabilita nel c. 1152 § 2.<sup>14</sup>

– La presunzione di imputabilità, stabilita nel c. 1321 § 3.<sup>15</sup> Come è noto, nel CIC 1917 si presumeva perfino il dolo (cfr. c. 2200 § 2), opzione severamente criticata dalla dottrina.

Tutte queste disposizioni costituiscono vere presunzioni *iuris (tantum)*, in cui la legge determina con carattere generale la probabilità di una cosa incerta – il fatto presunto – a partire da una cosa certa – il fatto indizio, in alcuni casi indicato esplicitamente, altre volte in modo implicito (vedi *infra*, n. 2) –, finché non consti il contrario.

Tuttavia, nel CIC sono abbondanti le norme interpretative o dispositive di vario genere, stabilite dal legislatore per risolvere situazioni di dubbio o di ambiguità, che sono state formulate impropriamente come presunzioni, senza che contengano – a mio avviso – un vero giudizio di probabilità. Precisamente sono le seguenti disposizioni:

– «Le leggi particolari *non si presumono* personali, ma territoriali, se non consta altrimenti» (c. 13 § 1). Non esiste nel CCEO.

– «L'ignoranza o l'errore circa la legge o la pena (...) *non si presumono* (...)» (c. 15 § 2). Corrisponde sostanzialmente al c. 1497 § 2 CCEO.

– «Nel dubbio la revoca della legge preesistente *non si presume*, ma le leggi posteriori devono essere ricondotte alle precedenti e con queste conciliate, per quanto è possibile» (c. 21). Corrisponde sostanzialmente al c. 1503 CCEO.

– «Trascorso questo termine, se il decreto non fu ancora dato, la risposta *si presume* negativa, per ciò che si riferisce alla proposta di un ulteriore ricorso» (c. 57 § 2). Si tenga presente il c. 1506, *in fine*, dove il silenzio – in questo

<sup>12</sup> «Anche se il matrimonio fu celebrato invalidamente a motivo di un impedimento o per difetto di forma, *si presume* che il consenso manifestato perseveri finché non consti della sua revoca» (c. 1107). Corrisponde sostanzialmente al c. 827 CCEO.

<sup>13</sup> «*Si presumono* legittimi i figli nati almeno 180 giorni dopo la celebrazione del matrimonio, o entro 300 giorni da quello dello scioglimento della vita coniugale» (c. 1138 § 2). Non esiste nel CCEO.

<sup>14</sup> «Si ha condono tacito se il coniuge innocente, dopo aver saputo dell'adulterio, si sia spontaneamente intrattenuto con l'altro coniuge con affetto maritale; è *presunto*, invece, se conservò per sei mesi la convivenza coniugale, senza interporre ricorso presso l'autorità ecclesiastica o civile» (c. 1152 § 2). Corrisponde sostanzialmente al c. 863 § 2 CCEO.

<sup>15</sup> «Posta la violazione esterna l'imputabilità *si presume*, salvo che non appaia altrimenti» (c. 1321 § 3 CIC). Cfr. c. 1414 § 2 CCEO, che dice: «(...) *si presume* che essa sia stata fatta deliberatamente (...)».

caso del giudice –, al contrario del c. 57 § 2, viene “considerato” come un risposta positiva: «il libello *si consideri* ammesso». Il c. 57 § 2 corrisponde al c. 1518 CCEO, che invece del verbo “presumere” usa il verbo “ritenere”: «la domanda è *ritenuta* respinta, come se in quel giorno la reiezione fosse fatta mediante decreto, in modo tale che possa essere interposto ricorso contro di essa». Da parte sua, il c. 1189 CCEO, come il c. 1506 CIC, a proposito del silenzio del giudice, usa il verbo “considerare”.

– «Il possesso centenario o immemorabile *induce la presunzione* che il privilegio sia stato concesso» (c. 76 § 2). Corrisponde al c. 1531 § 2 CCEO.

– «Il privilegio *si presume* perpetuo, se non si prova il contrario» (c. 78 § 1). Corrisponde al c. 1532 § 1 CCEO, che omette il riferimento alla prova del contrario.

– «La potestà esecutiva delegata a parecchi, *si presume* delegata ai medesimi in solido» (c. 140 § 3). Corrisponde sostanzialmente al c. 990 § 1 CCEO, che invece di “in solido” dice: “singolarmente”.

– «Le offerte che vengono elargite ad una chiesa contemporaneamente parrocchiale e capitolare, *si presumono* elargite alla parrocchia, se non consti altro» (c. 510 § 4). Non esiste nel CCEO.

– «Salvo non consti il contrario, le offerte fatte ai superiori o agli amministratori di qualunque persona giuridica ecclesiastica, anche privata, *si presumono* fatte alla stessa persona giuridica» (c. 1267 § 1). Corrisponde sostanzialmente al c. 1016 § 2 CCEO.

– «Se nella precedente istanza è intervenuto il promotore di giustizia, nel grado successivo il suo intervento *si presume* necessario» (c. 1431 § 2). Corrisponde sostanzialmente al c. 1095 § 2 CCEO.

– «Se l’attore non obbedì alla nuova citazione, *si presume* abbia rinunciato all’istanza a norma dei cann. 1524-1525» (c. 1594,2°). Corrisponde sostanzialmente al c. 1274,2° CCEO.

– «Se nell’appello non è indicato a quale tribunale esso è diretto, *si presume* fatto al tribunale di cui ai cann. 1438 e 1439» (c. 1632 § 1). Non esiste nel CCEO.

– «Salvo non consti altro, l’appello *si presume* fatto contro tutti i capitoli della sentenza» (c. 1637 § 4). Corrisponde sostanzialmente al c. 1318 § 4 CCEO.

A mio avviso, in queste disposizioni, al posto di veri giudizi di probabilità, troviamo – come dicevo – norme interpretative o dispositive che il legislatore ha stabilito per garantire la certezza giuridica e risolvere situazioni di ambiguità o di dubbio, usando impropriamente il verbo “presumere”. Qualcuna di esse potrebbe essere considerata addirittura come una presunzione *iuris et de iure*.<sup>16</sup> Sono del parere che sarebbe stato più adatto, sotto il pro-

<sup>16</sup> È il caso della “presunzione” – a mio avviso, si tratta in realtà di un precetto legale – del-

filo tecnico-giuridico, usare il verbo “considerare”, o “ritenere”, o un’altra espressione equivalente – come si fa, ad esempio, nei cc. 10; 55-56; 99; 110; 125 § 1; 172 § 2; 412; 749 § 3; 950; 1138 § 1; 1143 § 2; 1322; 1406 § 1; 1506; 1550 § 2; 1552 § 2; 1635; 1637 § 2; 1734 § 1 – e riservare il verbo “presumere”, conformemente alla definizione canonica di presunzione (*probabilis coniectura*), per le deduzioni veramente “probabili”.

Allo stesso modo possono essere valutate – a mio avviso – due disposizioni, più recenti, dell’Istruzione *Dignitas connubii*,<sup>17</sup> formulate, anch’esse impropriamente, come presunzioni:

– «Se il difensore del vincolo, entro il breve termine stabilito dal giudice, non dà alcuna risposta, *si presume* che non abbia nulla da aggiungere alle sue osservazioni, e si può procedere nella trattazione della causa» (art. 243 § 3).

– «L’esonazione totale o parziale dalle spese [giudiziarie] *si presume* estesa anche all’istanza successiva del giudizio, a meno che il presidente, per giusto motivo, non la revochi» (art. 306,4°).

Riguardo le presunzioni *hominis*, è interessante segnalare la singolare proibizione, imposta al giudice nell’Istruzione *Dignitas connubii*: «Parimenti [il giudice] non formuli presunzioni discordanti da quelle elaborate nella giurisprudenza della Rota Romana» (art. 216 § 2). Una disposizione restrittiva, nei confronti della legge canonica, che, sebbene denoti una comprensibile sfiducia nei tribunali inferiori – dovuta all’uso improprio di certe “presunzioni” in favore della nullità del matrimonio, denominate “presunzioni di fatto” (*praesumptiones facti*) in alcuni elenchi adoperati nella prassi di alcuni tribunali –,<sup>18</sup> manifesta tuttavia una qualche confusione circa la natura e l’efficacia delle presunzioni *hominis*, che, come stabilisce il c. 1586, può formulare il giudice,

la necessità dell’intervento del promotore di giustizia nel grado successivo, se era intervenuto nella precedente istanza, stabilita nel c. 1431 § 2.

<sup>17</sup> PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Istr. *Dignitas connubii* da osservarsi nei tribunali diocesani e interdiocesani nella trattazione delle cause di nullità del matrimonio, 25 gennaio 2005, Città del Vaticano 2005.

<sup>18</sup> Tale prassi è stata dichiarata illegittima in quanto contraria alla vera natura delle presunzioni *hominis*: cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, Decreto particolare “*Praesumptiones facti*” *pro causis nullitatis matrimonii*, 13 dicembre 1995, Prot. N. 25651/94 V.T., in *Ius Ecclesiae* 8, 1996, 821-839. Cfr. i lavori di Navarrete, Scicluna e Ortiz citati in nota 1. Quest’ultimo autore manifesta, ad esempio, le sue – pienamente giustificate – perplessità circa «la natura delle cosiddette “presunzioni di fatto”, nozione nuova e in dottrina e in giurisprudenza (che, come abbiamo rilevato, prende in considerazione soltanto le presunzioni *iuris* e quelle *hominis* o giudiziarie). Se possono avere alcun valore in ordine alla validità o nullità del matrimonio, le circostanze prese in considerazione nell’elenco in questione devono rifarsi al c. 1584 e seguire i requisiti previsti nel c. 1586, già riferiti e ripresi del resto anche nel Decreto: le presunzioni giudiziarie possono essere formulate soltanto sulla base di un fatto certo e determinato, direttamente connesso con l’oggetto della controversia» (M.A. ORTIZ, *Circa l’uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, cit., 848).

inclusa la Rota Romana, solo «sulla base di un fatto certo e determinato, direttamente connesso con il fatto che è oggetto della controversia», e che, a differenza delle presunzioni *iuris*, non hanno portata generale, potendo essere unicamente applicate al caso concreto, oggetto della sentenza.<sup>19</sup> In questo senso, mi sembra che tale disposizione (cfr. art. 216 § 2 *Dignitas connubii*), dovrebbe essere interpretata – ed eventualmente riformulata – nel senso che le presunzioni formulate dai tribunali inferiori che siano eventualmente discordanti da quelle formulate in casi simili nelle sentenze rotali, devono essere particolarmente gravi nel caso concreto e non possono essere applicate ad altri casi, tenuto conto sia del c. 1586, sui limiti delle presunzioni *hominis*, sia dell'art. 126 *Pastor Bonus*, secondo il quale la Rota Romana «provvede all'unità della giurisprudenza e, attraverso le proprie sentenze, è di aiuto ai Tribunali di grado inferiore», come giustamente rileva l'art. 35 § 3 *Dignitas connubii*.

Certamente, alle osservazioni critiche appena esposte, si potrebbe obiettare che sono semplici opinioni, tra tante altre in una materia di per se confusa e per certi versi inestricabile come è quella delle presunzioni,<sup>20</sup> e che non trovano conferma nella vigente normativa, che – come si è visto – usa con disinvoltura la presunzione come un semplice schema legale per legare conseguenze giuridiche ad un determinato fatto. Penso, tuttavia, che una migliore comprensione della presunzione giuridica e una tecnica legislativa più raffinata e corretta, che riservasse le presunzioni *iuris* a veri giudizi di probabilità, aiuterebbe anche i giudici ad adoperare correttamente il ragionamento presuntivo.

## 2. LA PRESUNZIONE GIURIDICA COME GIUDIZIO DI PROBABILITÀ QUALIFICATA SU UNA COSA INCERTA CON RILEVANZA GIURIDICA

In definitiva, d'accordo con la nozione coniata dalla tradizione giuridica, la presunzione si caratterizza per essere un giudizio o ragionamento che si conclude con la probabilità di una cosa incerta a partire da un'altra cosa certa, collegata direttamente ad essa, come viene detto espressamente nel

<sup>19</sup> Come rileva Ortiz, le presunzioni *hominis* «si differenziano dalle presunzioni legali – oltre che per l'autore – in primo luogo perché la presunzione legale è una regola generale, astratta, valida per una generalità di fattispecie, mentre quella del giudice ha luogo soltanto nel caso particolare, concreto, tenendo presenti le circostanze e gli indizi esistenti: la presunzione giudiziaria infatti comprende un unico caso, nel quale esaurisce la sua virtualità» (*ibidem*, 845).

<sup>20</sup> Uno dei primi trattati sistematici sulle presunzioni inizia proprio con queste parole: «*Materia quam aggressuri sumus, valde utilis est, et quotidiana in practica, sed confusa, inextricabilis fere*» (A. ALCIATO, *Tractatus de praesumptionibus*, in *Opera omnia*, IV, Basileae 1582, col. 677).

c. 1586.<sup>21</sup> Una deduzione, dunque, che si muove nell'ambito della "probabilità", vale a dire tra i confini che separano la "certezza" dalla mera "possibilità". Un tipo di ragionamento, comune a tutti gli ambiti della conoscenza umana, indispensabile nel mondo del diritto per superare in modo razionale il dubbio (o la mancanza di certezza) su fatti o situazioni con rilevanza giuridica, la cui prova diretta è difficile, impossibile,<sup>22</sup> o semplicemente inesistente nel caso concreto. Si tenga presente che, nelle questioni giuridiche, con relativa frequenza è necessario decidere o agire, in ogni caso, anche se non si è potuta raggiungere la certezza; ma sarebbe irrazionale farlo senza raggiungere al meno una certa "probabilità", che se è relativamente "alta" risulta sufficiente per agire con prudenza.

Oltre ad avere per oggetto una cosa incerta con rilevanza giuridica, la presunzione giuridica si caratterizza per essere formulata da chi è investito di autorità per decidere o giudicare sulle questioni giuridiche, come sono, principalmente, il legislatore, che la stabilisce in un testo legale, e il giudice, che la formula nella sentenza. Sono, di conseguenza, escluse sia la presunzione che serve di fondamento ad una norma – o *praesumptio in lege ferenda* –, che è per sua natura metagiuridica;<sup>23</sup> sia le presunzioni che devono realizzare altri soggetti giuridici, in situazione di dubbio, per agire conformemente al diritto (cfr., ad esempio, cc. 283 § 1; 390; 764; 886 § 2; 911 § 2; 950; 969 § 1; 1003 § 2), o, in generale, per agire prudentemente; una tale presunzione viene denominata *praesumptio vulgaris* nella tradizione giuridica, per indicare che non è stata stabilita né dalla legge né dal giudice, e non è, dunque, regolata dal diritto.

Oltre che per il suo oggetto e per il suo autore, la presunzione giuridica correttamente formulata si caratterizza per essere una deduzione veramente probabile. Lungi dall'essere una semplice deduzione meramente possibile o scarsamente probabile, la presunzione giuridica è un "giudizio di probabilità qualificata",<sup>24</sup> vale a dire un ragionamento che permette di raggiungere una "alta probabilità", vicina alla certezza morale, con cui è possibile dirimere un problema giuridico, fintanto che non consti il contrario. A questo proposito, si devono ricordare le nozioni di "certezza assoluta", "certezza morale", "probabilità" o "quasi-certezza" e mera "possibilità", elaborate dalla dottrina comune e riprese da Papa Pio XII, nei discorsi alla Rota Romana del 3 ottobre 1941 e del 1° ottobre 1942,<sup>25</sup> nel trattare del *favor matrimonii* e

<sup>21</sup> Anche se non ha valore ufficiale e non si può addurre come *argumentum*, va notato che nella traduzione italiana del c. 1584 è stato aggiunto un esplicito riferimento – assente nell'originale latino – al "fatto certo" che serve di fondamento alla presunzione.

<sup>22</sup> Come accade, ad esempio, con la consumazione del matrimonio: cfr. c. 1061 § 2.

<sup>23</sup> Cfr. E. LABANDEIRA, *Las presunciones en Derecho canónico*, cit., 72-73.

<sup>24</sup> Cfr. JORGE CARRERAS, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, cit., 14-21.

<sup>25</sup> Cfr. AAS 33, 1941, 421-426 e 34, 1942, 338-343.

dell'uso delle presunzioni *iuris* nelle cause matrimoniali.<sup>26</sup> Dottrina successivamente confermata dal Beato Giovanni Paolo II nel suo secondo discorso alla Rota Romana del 4 febbraio 1980.<sup>27</sup>

Sulla base di tale dottrina, è possibile affermare che la presunzione giuridica si muove nel terreno della “probabilità qualificata”, vicina alla certezza morale – e perciò è anche chiamata “quasi-certezza” –, e non in quello della “semplice probabilità”, vicina alla mera “possibilità”. Tale distinzione è utile per indicare il diverso grado di probabilità che è possibile raggiungere con il ragionamento presuntivo, cosa di cui dovrebbero tener conto tanto il legislatore, prima di stabilire una presunzione *iuris*, quanto soprattutto il giudice, prima di formulare una presunzione *hominis*, a seconda della materia di cui si tratti (patrimoniale, sacramentale, matrimoniale o penale): più grave o importante è la materia o il bene in gioco, più alta o qualificata deve essere

<sup>26</sup> A partire dalla distinzione esistente tra la “certezza assoluta”, che esclude «non solo ogni positiva probabilità, ma anche la mera possibilità del contrario» (AAS 33, 1941, 424), e la “certezza morale”, che esclude «ogni dubbio prudente, ossia fondato su ragioni positive» (*ibidem*), e dalla distinzione esistente tra entrambi i gradi di certezza e la “probabilità” o “quasi certezza”, che «non esclude ogni ragionevole dubbio e lascia sussistere un fondato timore di errare» (AAS 34, 1942, 339), Pio XII affermava che sulla base della sola “probabilità”, ad esempio, dell'incapacità, non fosse possibile negare ad una persona la celebrazione del matrimonio, né dichiarare la nullità del matrimonio già celebrato. In effetti, in entrambi i casi si richiede la “certezza morale” dell'incapacità. «Questa probabilità o quasi-certezza non offre una base sufficiente per una sentenza giudiziaria intorno alla obiettiva verità del fatto» (*ibidem*). È precisamente nel caso in cui il giudice non possa raggiungere la certezza, che operano le presunzioni *iuris* e i *favores iuris*: «In tal caso, quando cioè la mancanza di certezza circa il fatto da giudicare impedisce di pronunciare un giudizio positivo sul merito della causa, la legge, ed in particolare l'ordinamento dei processi, danno al giudice regole obbligatorie sopra il modo di procedere, nelle quali le *praesumptiones iuris* e i *favores iuris* hanno una importanza decisiva. Di queste regole di diritto e di procedura il giudice non può non tener conto» (*ibidem*). Non operano, invece, se il giudice raggiunge la certezza: «Sarebbe però da riguardarsi come una esagerata o erronea applicazione di tali norme e come una falsa interpretazione della volontà del legislatore, se il giudice volesse a quelle ricorrere, quando si ha non solo una quasi-sicurezza, ma una certezza nel proprio e vero senso. Contro la verità e la sua sicura conoscenza non si danno né presunzioni né favori di diritto» (*ibidem*).

<sup>27</sup> Cfr. AAS 72, 1980, 172-178; dove afferma: «Facendo tesoro della dottrina e della giurisprudenza sviluppatasi soprattutto in tempi più recenti, Pio XII dichiarò in modo autentico il concetto canonico di certezza morale nell'allocuzione rivolta al vostro tribunale il 1° ottobre 1942 (AAS 34, 1941, 339-343). Ecco le parole che fanno al caso nostro: “Tra la certezza assoluta e la quasi-certezza o probabilità sta, come tra due estremi, quella certezza morale della quale d'ordinario si tratta nelle questioni sottoposte al vostro foro ... Essa, nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che esclude ogni fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certezza; dal lato poi negativo, lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall'assoluta certezza. La certezza, di cui ora parliamo, è necessaria e sufficiente per pronunciare una sentenza”. Di conseguenza a nessun giudice è lecito pronunciare una sentenza a favore della nullità di un matrimonio, se non ha acquisito prima la certezza morale sull'esistenza della medesima nullità. Non basta la sola probabilità per decidere una causa» (AAS 72, 1980, 176).

la probabilità. In questo senso, i classici distinguevano varie categorie di presunzioni *hominis* – violente o veementi, probabili o razionali, lievi o temerarie –, a seconda del tipo di indizi – gravissimi, gravi o lievi, prossimi o remoti, pieni e semipieni, indubbi o dubbi – sui quali erano fondate; e affermavano che, per il loro maggior grado di probabilità, il giudice potesse attribuire alle “presunzioni probabili” il valore di prova piena e decidere la causa sulla base di esse, a meno che si trattasse di una causa penale – in cui sono operativi il *favor rei* e il principio *in dubio pro reo* –, che poteva solo essere decisa sulla base di “presunzioni violente o veementi”.<sup>28</sup> Nelle cause matrimoniali, nelle quali operano sia il *favor matrimoni* e la presunzione *iuris* di validità del matrimonio (cfr. c. 1060; vedi *infra*, n. 5), sia le altre presunzioni *iuris* stabilite dal legislatore in materia (cfr. cc. 1061 § 2; 1096; 1101 § 1; 1107; 1152 § 2), le eventuali presunzioni *hominis* – che può formulare il giudice nel caso concreto, ma sempre «sulla base di un fatto certo e determinato, direttamente connesso con il fatto che è oggetto della controversia» (c. 1586) –, dovranno essere tali da produrre – o concorrere a produrre, insieme agli altri elementi di prova – la certezza mortale nell’animo del giudice, soprattutto se lo portano a sentenziare la nullità del matrimonio in questione.

Con una terminologia più attuale, si potrebbe concludere che meritano il titolo di “presunzioni giuridiche” soltanto quelle che contengono un giudizio di probabilità qualificata, sufficientemente convincente e confermata dall’esperienza, che permetta di decidere una causa giuridica, fino a che non consti (con certezza morale) il contrario. Questo è il caso delle (vere) presunzioni *iuris*, applicabili quando il giudice non ha potuto raggiungere nel caso concreto la certezza morale sul merito della causa, e delle (vere) presunzioni *hominis*, che il giudice formula proprio per raggiungere la certezza morale nel caso concreto; il che normalmente accadrà nel contesto della valutazione congiunta dei mezzi di prova concretamente disponibili nel caso in questione. Non si deve, tuttavia, escludere che, in casi più o meno eccezionali, una presunzione particolarmente salda e grave consenta al giudice di raggiungere, solo con essa, la certezza morale, vale a dire che si possa eventualmente attribuire ad una concreta presunzione *hominis* – o alla convergenza di più presunzioni – la forza di prova piena. E questo anche nelle cause che riguardano il bene pubblico, come sono le cause matrimoniali.<sup>29</sup> Così mi

<sup>28</sup> Cfr. A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, III, cit., II, 23, nn. 29-31.

<sup>29</sup> A questo proposito si deve in ogni caso ricordare quanto dispone l’art. 247 *Dignitas canubbi*, applicando alle cause matrimoniali quanto stabilisce il c. 1608 sui pronunciamenti del giudice: «§ 1. Perché sia dichiarata la nullità di matrimonio si richiede nell’animo del giudice la certezza morale di tale nullità (cfr. c. 1608 § 1). § 2. Per conseguire la certezza morale necessaria per legge, non è sufficiente una prevalente importanza delle prove e degli indizi, ma occorre che resti del tutto escluso qualsiasi dubbio prudente positivo di errore, tanto in diritto quanto in fatto, ancorché non sia esclusa la mera possibilità del contrario. § 3. Il giu-

sembra, se si tiene conto del fatto che il legislatore non ha stabilito nei confronti della presunzione un limite analogo a quello stabilito nei confronti di alcuni mezzi di prova; come nel caso della confessione giudiziale o di altre dichiarazioni delle parti: «nelle cause poi che riguardano il bene pubblico (...) non si può attribuire loro forza di prova piena se non si aggiungano altri elementi ad avvalorarle in modo definitivo» (c. 1536 § 2); o della deposizione di un solo testimone: «non può fare fede piena, a meno che non si tratti di un testimone qualificato che deponga su cose fatte d'ufficio, o le circostanze di cose e di persone suggeriscano altro» (c. 1573). In definitiva, ciò che importa non è la questione teorica e formale – se con una o più presunzioni si possa raggiungere o meno la certezza morale –, bensì l'intimo convincimento del giudice di aver raggiunto nel caso concreto una certezza che esclude qualsiasi ragionevole dubbio, che solo lui è in grado di valutare. D'altra parte, non si deve confondere la certezza morale – che talvolta può risultare da una convergenza di indizi e prove che nel loro insieme non lasciano sorgere alcun dubbio ragionevole di errare – con una semplice “somma di probabilità”,<sup>30</sup> o con la semplice prevalente importanza delle prove e degli indizi – la cosiddetta “certezza prevalente” – che non esclude qualsiasi dubbio prudente positivo di errore.<sup>31</sup>

dice deve attingere questa certezza dagli atti e da quanto è stato dimostrato (c. 1608 § 2). § 4. Il giudice deve poi valutare le prove secondo la sua coscienza, ferme restando le disposizioni della legge sull'efficacia di talune prove (c. 1608 § 3). § 5. Il giudice che, dopo aver diligentemente esaminato la causa, non ha potuto conseguire questa certezza, deve dichiarare che non consta della nullità di matrimonio, fermo restando l'art. 248 § 5 (cfr. cc. 1608 § 4; 1060)». Di conseguenza, dovrebbe trattarsi di una presunzione *hominis*, talmente salda e grave da escludere nel caso concreto qualsiasi dubbio prudente positivo di errore.

<sup>30</sup> Come affermò Pio XII nel discorso alla Rota Romana del 1942: «Talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio. Per tal modo non si compie in nessuna guisa un passaggio dalla probabilità alla certezza con una semplice somma di probabilità; il che importerebbe una illegittima transizione da una specie ad un'altra essenzialmente diversa; ma si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano» (AAS 34, 1942, 340).

<sup>31</sup> E che, pertanto, non può fondare una sentenza di nullità matrimoniale, come dichiara in modo esplicito l'art. 247 § 2 *Dignitas connubii* (vedi *supra*, nota 29), che conferma la nozione di “certezza morale” indicata dal magistero pontificio (vedi *supra*, note 26-27) e comporta in modo evidente la disapprovazione del n. 21 delle Norme concesse nel 1970 alla Conferenza Episcopale degli Stati Uniti di America (cfr. CONSIGLIO PER GLI AFFARI PUBBLICI DELLA CHIESA, *Novus modus procedendi in causis nullitatis matrimonii approbatur pro Statibus Foederatis Americae Septentrionalis*, 28 aprile 1970, in I. GORDON – Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, vol. 1, Romae, 1977, nn. 1380-1428), che aveva tipizzato una nozione di certezza morale («*certitudinem moralem haustam ex praevalenti momento probationum*») diversa da quella proposta da Pio XII, dando origine ad una prassi giudiziaria in

### 3. GLI ELEMENTI STRUTTURALI E GLI EFFETTI DELLA PRESUNZIONE *IURIS* E DELLA PRESUNZIONE *HOMINIS*

Dopo aver esaminato la nozione di presunzione giuridica (*iuris vel hominis*) conviene considerare separatamente gli elementi strutturali e gli effetti della presunzione *iuris* e della presunzione *hominis*.

#### 3. 1. *La presunzione iuris*

Segno distintivo primario della presunzione *iuris* (o di diritto, o legale) è che viene stabilita dalla legge, vale a dire è contenuta espressamente in una norma scritta di portata generale emanata dal legislatore. Può, tuttavia, essere considerata presunzione di diritto in senso lato quella che è contenuta in una norma generale di rango inferiore o di natura amministrativa. In ogni caso la presunzione *iuris* deve essere formulata esplicitamente, con una terminologia che indichi in modo univoco e chiaro una deduzione probabile, cioè un vero giudizio di tipo presuntivo. Dal punto di vista della tecnica legislativa la cosa più corretta, ovviamente, sarebbe usare unicamente il verbo “presumere” o il sostantivo “presunzione”, sia per ragioni di ordine logico sia per facilitare l’applicazione del c. 1526 § 2,1°.

Per quanto riguarda gli elementi strutturali, è caratteristico della presunzione *iuris* – se è correttamente formulata – che tanto il fatto presunto quanto il fatto indizio vengano determinati nella norma *per modum legis*, vale a dire in astratto e con una portata generale *a priori*, mentre la relazione tra fatto indizio e fatto presunto rimane solitamente implicita. Concretamente:

– Il fatto presunto (o oggetto della presunzione) deve essere esplicitamente indicato dalla legge, come oggetto della formula verbale che indica l’azione di presumere, espressa generalmente nella forma passiva *praesumitur*.

– Il fatto indizio (o fondamento della presunzione) deve essere anche esplicitamente indicato e tipizzato dalla legge, mediante una formula sufficientemente chiara e precisa (un vero tipo legale) che permetta una facile interpretazione. Naturalmente, perché una presunzione *iuris* possa essere effettivamente applicata in un caso concreto, il fatto indizio deve constare con certezza mediante prova, o anche mediante ammissione dell’altra parte, se non si tratta di una causa che riguarda il bene pubblico (cfr. c. 1536).

– La relazione (o nesso logico) tra il fatto indizio e il fatto presunto, data la sua naturale evidenza, solitamente non viene indicata espressamente dalla

contrasto con il magistero pontificio. Cfr., a questo proposito, J. LLOBELL, *La difesa di quale diritto di difesa nell’istr. «Dignitas Connubii»?*, in AA.VV., *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l’istruzione «Dignitas connubii». Parte Prima: I principi*, a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo, Città del Vaticano 2007, 353-386; IDEM, *Sulla valenza giuridica dei discorsi del Romano Pontefice al Tribunale Apostolico della Rota Romana*, in *L’Osservatore Romano*, 6 novembre 2005, 7-8.

legge, ma è da considerarsi presente in essa in modo implicito o latente. Nel diritto canonico vigente tale relazione consiste fundamentalmente in una legge della natura,<sup>32</sup> o in una costante della condotta umana,<sup>33</sup> che configurano una massima dell'esperienza particolarmente solida, confermata da un uso costante nella pratica giuridica e nella giurisprudenza.

Per quanto riguarda gli effetti processuali – sull'onere della prova – della presunzione *iuris*, conviene precisare che – nonostante quanto affermato da una parte della dottrina sulla base delle formule tradizionali dei cc. 1526 § 2,1° e 1585 –, la presunzione *iuris* non comporta una “dispensa o liberazione dall'onere della prova”, al meno non completamente. In realtà, chi ha a suo favore una presunzione *iuris*, viene unicamente esonerato, in modo provvisorio, dalla prova “del fatto presunto”, sempre che nel caso concreto si sia verificato il fatto indizio, il che logicamente deve essere provato, se non consta in un altro modo. Si tratta in definitiva di una “agevolazione dell'onere della prova”, anche perché, nella maggior parte dei casi, sarà molto più facile provare il fatto indizio che il fatto presunto. Nello stesso senso, la presunzione non comporta – come afferma invece una parte della dottrina – una “inversione dell'onere della prova”, perché alla parte che favorisce continua a spettare l'onere della prova del fatto indizio, mentre alla parte avversa corrisponderà “l'onere eventuale – se è stato provato il fatto indizio – della controprova”, che potrà essere indirizzata a negare, nel caso concreto, tanto il fatto presunto dalla legge quanto la consistenza del fatto indizio o del rapporto fra entrambi. D'altra parte, se si ottiene la controprova, la parte favorita dalla presunzione non potrà limitarsi ad invocare la presunzione *iuris*, ma dovrà provare in modo positivo che il fatto presunto dalla legge si è verificato effettivamente nel caso concreto. Se, invece, non si verifica la controprova, e il giudice non raggiunge in altro modo la certezza morale sul merito della causa, la presunzione *iuris* comporterà che la causa venga decisa nel senso da essa indicato (cfr. c. 1608 § 4). Questo risultato sostanziale, che trascende l'efficacia meramente processuale sull'onere della prova, è sicuramente l'effetto più importante della presunzione *iuris*.

### 3. 2. *La presunzione hominis*

Da parte sua, la presunzione *hominis* (o di uomo, o giudiziale) si caratterizza principalmente per essere formulata – mediante l'espressa inclusione nella sentenza – dal giudice, inteso in senso proprio, vale a dire l'organo giurisdizionale monocratico o collegiale che esercita la funzione giudiziale. Possono essere tuttavia considerate presunzioni di uomo in senso lato quelle che

<sup>32</sup> È il caso delle presunzioni stabilite nei cc. 97 § 2; 1096; e 1138 § 2.

<sup>33</sup> È il caso delle presunzioni stabilite nei cc. 15 § 2; 124 § 2; 1060; 1061 § 2; 1101; 1107; 1138 § 2; 1152 § 2; e 1321 § 3.

vengono formulate da altri soggetti costituiti in autorità e chiamati a risolvere cause giuridiche negli ambiti della propria competenza; ad esempio, l'arbitro (cfr. c. 1713), il Superiore ecclesiastico (cfr., *servatis servandis*, c. 1342 § 3), il titolare di un ufficio ecclesiastico,<sup>34</sup> ecc.

La presunzione *hominis* si caratterizza anche per la sua concretezza, vale a dire per la sua esclusiva applicazione ad un fatto particolare e determinato, come stabilisce esplicitamente il c. 1586: un canone in cui – con una terminologia tradizionale, propria del sistema della prova legale – si “proibisce” al giudice di formulare «presunzioni, che non sono stabilite dal diritto, se non sulla base di un fatto certo e determinato, direttamente connesso con il fatto che è oggetto della controversia»; il che, nella pratica, equivale ad “autorizzare” il giudice a formulare presunzioni che abbiano tali caratteristiche. In realtà, più che di una norma proibitiva (o permissiva) in senso proprio, si tratta di una norma indicativa delle caratteristiche minime che deve avere una (vera) presunzione *hominis* perché possa servire come fondamento di una sentenza; il che è perfettamente compatibile con il sistema della libera valutazione della prova. In questo senso:

– Il fatto presunto (o oggetto della presunzione) deve essere indicato esplicitamente dal giudice nella sentenza o nell'atto giudiziale di cui si tratti. Normalmente si tratterà dello stesso oggetto della controversia o, quanto meno, di un fatto o circostanza determinante per la stessa.

– Il fatto indizio (o fondamento della presunzione) deve essere ben determinato e constare con certezza al giudice, mediante prova, o mediante ammissione dell'altra parte, se non si tratta di una causa che riguarda il bene pubblico (cfr. c. 1536), e deve essere indicato esplicitamente nella sentenza.

– La relazione diretta (o nesso logico) tra il fatto indizio e il fatto presunto dovrà essere riscontrata dal giudice nel caso concreto che si discute, e non solo in generale o nella maggior parte dei casi, come accade invece con la presunzione *iuris*. È perciò opportuno che tale relazione venga esplicitamente indicata nella sentenza.

Di conseguenza, a differenza della presunzione *iuris*, gli elementi della presunzione *hominis* non possono essere determinati in astratto o *a priori*, ma sempre in concreto e a partire dalle circostanze particolari del caso che si discute, l'unico al quale può essere applicata. E questo vale allo stesso modo per le presunzioni contenute nelle sentenze della Rota Romana, che non possono essere applicate indiscriminatamente ad altri casi, come se si trattasse di nuove presunzioni *iuris*. Se si pensa di dover applicare alcuna di esse ad un caso simile, non si deve dimenticare che il suo valore probatorio si fonda sulle circostanze particolari del caso deciso nella sentenza; ragion per

<sup>34</sup> Ad esempio il parroco nell'esame degli sposi e nelle investigazioni prematrimoniali (cfr. cc. 1066-1071).

cui tale applicazione non può essere mai fatta in modo automatico, senza un'attenta valutazione delle circostanze del nuovo caso.

Da questa concretezza – cioè dal fatto che si tratta di un giudizio di probabilità effettuato dal giudice nel caso concreto che si discute – deriva il principale effetto della presunzione *hominis*: contribuire – normalmente insieme alle altre prove disponibili – a far sì che il giudice raggiunga la certezza morale necessaria per decidere il caso. Altrimenti, non si tratterebbe di una vera presunzione *hominis*, ma di una semplice deduzione o di semplici indizi.

Di conseguenza, anche se forse la distinzione può sembrare eccessivamente sottile, è possibile concludere che mentre la presunzione *iuris* si muove nell'ambito della probabilità o “quasi-certezza” e si applica solamente, in quanto norma di legge, in caso di dubbio del giudice, la presunzione *hominis* si muove abitualmente oltre la probabilità, nell'ambito della certezza, e si applica quando il giudice ha raggiunto – normalmente mediante la valutazione d'insieme di tutti i mezzi di prova, eccezionalmente solo con la presunzione, se è sufficientemente grave – la certezza morale. È dunque compito personalissimo del giudice valutare se è arrivato – nel proprio intimo convincimento – alla certezza morale o se rimane invece in stato di dubbio.

#### 4. LE DIMENSIONI (PROCESSUALE E SOSTANZIALE) DELLA PRESUNZIONE GIURIDICA E LA SUA CONSIDERAZIONE COME ISTITUTO DI TEORIA GENERALE

In quanto strumento logico per risolvere situazioni di dubbio nella pratica giuridica, che dispiega la sua efficacia nel processo, la presunzione giuridica (*iuris vel hominis*) è stata considerata abitualmente come un istituto di diritto processuale. Non a caso le stesse norme generali sulla presunzione vengono tradizionalmente collocate tra le norme processuali sulla prova (cfr. cc. 1526 § 2,1° e 1584-1586) e sui pronunciamenti del giudice (cfr. c. 1608 § 4); il che ha comportato che la sua analisi sia stata normalmente affidata agli studiosi del diritto processuale. Non si deve, tuttavia, dimenticare che le concrete presunzioni *iuris* sono formulate tra le norme sostanziali che regolano le varie materie, e che gli studiosi di queste si dovranno pure occupare di analizzarle dal punto di vista della materia in questione.

Evidentemente la collocazione sistematica delle norme generali sulla presunzione e delle singole presunzioni *iuris* non costituisce un criterio definitivo per risolvere la dibattuta questione dottrinale circa la natura, processuale o sostanziale, della presunzione giuridica. È anche necessario tener conto del differente ruolo che hanno le “norme generali sulla presunzione” – di indubitabile natura processuale –, le “concrete presunzioni *iuris*” – con effetti non solo nel processo ma anche fuori di esso – e le “concrete presunzioni *hominis*” – che nascono nel processo, ma dispiegano la loro efficacia sul merito

della causa –. In questo senso, in considerazione della presenza di entrambe le dimensioni (processuale e sostanziale) nella presunzione giuridica, forse la cosa più corretta sarebbe considerarla un istituto di teoria generale o, se si preferisce, di parte generale; il che non esclude, ovviamente, uno studio specifico tanto dal punto di vista processuale, come da quello sostanziale. Si pensi, ad esempio, alle numerose presunzioni *iuris* in materia matrimoniale, che dovranno essere considerate sia nell'ambito delle cause di nullità del matrimonio, sia – ancor prima – durante la preparazione al matrimonio dei contraenti (cfr. cc. 1066-1071), nonché opportunamente studiate nell'ambito del diritto matrimoniale canonico.

Per quanto riguarda, infine, la *ratio legis* delle presunzioni *iuris*, è opportuno ricordare che non sono frutto dell'arbitrio del legislatore ma il risultato di una lunga esperienza giuridica, in cui confluiscono varie ragioni di giustizia e di equità. Tra queste, possono essere indicate: l'obiettivo difficoltà di provare alcuni fatti che si ritengono determinanti per la vita giuridica e di cui sarebbe ingiusto o iniquo esigere la prova; la tutela di un certo bene giuridico che si ritiene meritevole di una speciale protezione; e l'applicazione del principio di normalità, intesa non in senso sociologico ma normativo. Una normalità, cioè, che non si fonda semplicemente sulla constatazione di quanto avviene nella maggior parte dei casi, ma anche e soprattutto su determinati principi e valori di fondamentale importanza nel comportamento umano che, implicando una norma di condotta, si traducono nell'obbligo logico, stabilito anche legalmente, di presumere un determinato fatto mentre non consti il contrario.

## 5. LE PRESUNZIONI *IURIS* E IL *FAVOR IURIS*. OSSERVAZIONI CRITICHE SULLA FORMULAZIONE DEL C. 1060

### 5. 1. *Il favor iuris nella tradizione giuridica: esempi e manifestazioni tipiche*

Nella tradizione giuridica si intende per *favor iuris* – o favore del diritto – la tutela preferenziata o rinforzata che l'ordinamento giuridico – in definitiva, la società nel suo insieme – riconosce e accorda a determinate persone, istituzioni o beni giuridici, considerato che, per la loro condizione, la loro situazione di debolezza o la loro rilevanza per il bene comune o privato, hanno bisogno di una speciale protezione. Nella sua origine il *favor iuris* appare unito al principio «*odia restringi, et favores convenit ampliari*» (VI reg. iur. 15), che esprime la tendenza del diritto canonico – e, in generale, dell'ordine giuridico di tradizione romano-cristiana – alla tutela della verità, della dignità della persona e del esercizio libero e responsabile dei suoi diritti e doveri. In questo senso, il *favor iuris*, rettamente inteso, non implica una tutela giuridica “privilegiata”, nel senso di “discriminatoria” di altre persone o beni connessi, ma si identifica con la tutela “normale”, essendo anche normale

che sia più intensa nelle “cause meritevoli di speciale tutela”, denominate tradizionalmente “cause favorevoli”.

Come esempi di *favor iuris* presenti nella tradizione giuridica, civile e canonica, possono essere menzionati il *favor rei*, il *favor minoris*, il *favor debitoris*, il *favor heredis*, il *favor possidentis*, il *favor legitimitatis* (in materia di filiazione), il *favor libertatis* (in origine in materia de *manumissio*, successivamente in materia penale), il *favor matrimonii*, il *favor testamenti*, il *favor dotis*, il *favor fidei*, o anche – con una portata più generale – il *favor vitae*, il *favor veritatis*, il *favor personae*, il *favor actus* o il *favor legis*. Alcuni di essi, nella misura in cui sono stati accolti, prima dalla giurisprudenza, poi dalla legislazione, orientando e informando le norme sostanziali o processuali in una determinata materia, sono stati giustamente considerati come principi informativi dell’ordine giuridico o di alcune delle sue parti. È il caso del *favor rei* nel diritto penale, del *favor debitoris* nel diritto privato, del *favor matrimonii* nel diritto matrimoniale, o del *favor veritatis* nel diritto in generale.

Tipica manifestazione del *favor iuris* nella tradizione giuridica è la formulazione di *regulae iuris* – o regole di diritto – in cui si stabilisce come deve sentenziare un giudice in caso di dubbio in una determinata materia. Alcune hanno una portata più generale: *in dubio benigniora*, *in dubio minus*, *in dubio pro libertate*, *in dubio pro valore actus*, *in dubio pro lege*, ecc. Altre sono più concrete, specifiche dei diversi campi del diritto: *in dubio pro reo*, *in dubio pro possessore*, *in dubio pro debitore*, *in dubio pro herede*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro matrimonio*, *in dubio pro testamento*, ecc. Lungo la storia molte di queste regole sono state adoperate dalla giurisprudenza e inserite nella legislazione, in questo caso come massime o principi legali, o anche come presunzioni *iuris*, allo scopo di agevolare l’onere della prova del fatto presunto in una causa meritevole di tutela, finché venga provato il contrario. Questo fenomeno ha provocato con il tempo una certa confusione tra il *favor iuris* e la presunzione *iuris* in cui eventualmente si manifesta, fino al punto di considerare le due realtà come se fossero una medesima cosa. Una confusione che nel caso del *favor matrimonii* e della presunzione *iuris* di validità del matrimonio è in qualche modo entrata nella stessa legislazione canonica, in virtù della – secondo me – imperfetta formulazione dell’attuale c. 1060.

#### 5. 2. L'imperfetta formulazione del c. 1060

In effetti, secondo il testo del c. 1060, «il matrimonio ha il favore del diritto; pertanto nel dubbio si deve ritenere valido il matrimonio fino a che non sia provato il contrario». Una norma composta da due affermazioni: la prima, in cui viene espressamente dichiarato il *favor matrimonii*: «*matrimonium gaudet favore iuris*»; e la seconda, in cui viene stabilita la presunzione *iuris* di validità del matrimonio: «*in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contra-*

rium probetur», una formula tradizionale e perfettamente legittima,<sup>35</sup> ma che, in modo – secondo me – poco felice, viene introdotta dalla congiunzione “pertanto” («quare»), come se una tale presunzione fosse, non solo collegata al *favor matrimonii*, ma addirittura fondata su di esso; e senza che venga indicato – come sarebbe stato, invece, più corretto – il vero fondamento della presunzione di validità, che è in realtà la retta celebrazione del matrimonio. Come si può anche evincere dalla corretta formulazione della presunzione generale di validità dell’atto giuridico stabilita nel c. 124 § 2: «L’atto giuridico posto nel debito modo riguardo ai suoi elementi esterni si presume valido».<sup>36</sup>

Questa imperfetta formulazione del c. 1060 ha contribuito – a mio avviso – al diffondersi di alcune confusioni dottrinali sul significato sia della presunzione di validità del matrimonio sia dello stesso *favor matrimonii*. Si è arrivati ad affermare, ad esempio, che, nel contesto culturale attuale, sarebbe più giusto presumere l’invalidità del matrimonio piuttosto che la sua validità, e che il *favor matrimonii* dovrebbe cedere il suo posto al *favor personae*, al *favor veritatis subiecti* o al *favor libertatis*. Di tali affermazioni, come è noto, si è occupato il magistero pontificio, rilevando le loro contraddizioni logiche e concettuali.<sup>37</sup>

Tra le confusioni più diffuse risalta la tendenza ad identificare il *favor iuris* con il *favor matrimonii*, il quale viene a sua volta identificato con la presunzione di validità del matrimonio, come se fossero un unico principio giuridico fondato principalmente sulla norma positiva che lo stabilisce (il c. 1060) e vincolato, secondo i suoi oppositori, «a situazioni sociali e culturali del passato, nelle quali la richiesta di sposarsi in forma canonica presupponeva normalmente nei nubendi la comprensione ed accettazione della vera natura del matrimonio».<sup>38</sup> A questa confusione si accompagna talvolta una considerazione unilateralmente “istituzionale” tanto del *favor matrimonii* quanto della presunzione di validità del matrimonio, come se avessero come oggetto difendere l’istituto matrimoniale, considerato in astratto, vale a dire il “modello di matrimonio” proposto dalla Chiesa, fino al punto di sacrificare, alla tutela dell’istituto, le persone dei contraenti, la conoscenza che essi hanno del proprio caso e, in definitiva, la loro libertà, mediante il mantenimento, per imperativo legale, di una presunzione di validità del matrimonio

<sup>35</sup> Come è stato detto prima, anche se al posto del verbo “presumere” viene usata la formula tradizionale “*standum est*”, è lo stesso legislatore a considerarla una vera presunzione (vedi *supra*, n. 1).

<sup>36</sup> Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La presunzione di validità dell’atto giuridico nel diritto canonico*, cit. in nota 1.

<sup>37</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2004, in AAS 96, 2004, 348-352. Nel senso criticato cfr. P.A. BONNET, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale in un occidente cristianizzato*, cit. in nota 1.

<sup>38</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2004, cit., n. 2.

che sarebbe da considerarsi superata, in quanto legata a situazioni sociali e culturali del passato.

A questo riguardo è però necessario precisare che il *favor matrimonii* è soltanto un caso particolare di *favor iuris*, e che tanto quello quanto quest'ultimo si distinguono dalla presunzione di validità – e da altre eventuali presunzioni legali – in cui tale *favor* si manifesta. A proposito del genuino significato del *favor matrimonii* e del vero fondamento della presunzione di validità del matrimonio è utile riprendere, con qualche breve sottolineatura, alcune affermazioni del Beato Giovanni Paolo II nel suo discorso alla Rota Romana del 2004.

«Per valutare correttamente le nuove posizioni [critiche] è opportuno anzitutto individuare il fondamento e i limiti del *favor* in questione. In realtà, si tratta di un principio che trascende di gran lunga la presunzione di validità, dal momento che informa tutte le norme canoniche, sia sostanziali che processuali, concernenti il matrimonio». <sup>39</sup> In effetti – mi sembra importante sottolinearlo – il *favor iuris* ha sempre una portata più ampia di quella che hanno le presunzioni *iuris* attraverso cui eventualmente tale *favor* si manifesta. Come afferma subito il Papa: «Il sostegno al matrimonio, infatti, deve ispirare l'intera attività della Chiesa, dei Pastori e dei fedeli, della società civile, in una parola di tutte le persone di buona volontà. Fondamento di tale atteggiamento non è una scelta più o meno opinabile, bensì l'apprezzamento del bene oggettivo rappresentato da ogni unione coniugale e da ogni famiglia. Proprio quando è minacciato il riconoscimento personale e sociale di un bene così fondamentale, si scopre più profondamente la sua importanza per le persone e per le comunità». <sup>40</sup>

A queste importanti affermazioni sul significato e sul fondamento del *favor matrimonii* seguono altre sul significato della presunzione di validità e del suo genuino fondamento, precedute tuttavia da una affermazione che sembra contraddire quanto è stato detto prima. In effetti, con espresso riferimento al c. 1060 afferma il Papa: «Il *favor iuris* di cui gode il matrimonio implica la presunzione della sua validità, fino a che non sia provato il contrario (cfr. c. 1060 CIC; c. 779 CCEO)». <sup>41</sup> Una affermazione che con il termine “implica” – come fa il c. 1060 con il termine “pertanto” – può far intendere che la presunzione di validità sia una conseguenza del *favor matrimonii*. Ma le affermazioni successive sciolgono in modo definitivo ogni dubbio: «Per cogliere il significato di questa presunzione, conviene in primo luogo ricordare che essa non rappresenta un'eccezione rispetto ad una regola generale in senso opposto. Al contrario, si tratta dell'applicazione al matrimonio di una presunzione che costituisce un principio fondamentale di ogni ordinamento giuridico: gli atti umani di per sé leciti e che incidono sui rapporti giuridici

<sup>39</sup> *Ibidem*, n. 3.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, n. 4.

si presumono validi, pur essendo ovviamente ammessa la prova della loro invalidità (cfr. c. 124 § 2 CIC; c. 931 § 2 CCEO). Questa presunzione non può essere interpretata come mera protezione delle apparenze o dello *status quo* in quanto tale, poiché è prevista anche, entro limiti ragionevoli, la possibilità di impugnare l'atto. Tuttavia ciò che all'esterno appare correttamente posto in essere, nella misura in cui rientri nella sfera della liceità, merita un'iniziale considerazione di validità e la conseguente protezione giuridica, poiché tale punto di riferimento esterno è l'unico di cui realisticamente l'ordinamento dispone per discernere le situazioni cui deve offrire tutela. Ipotizzare l'opposto, il dovere cioè di offrire la prova positiva della validità dei rispettivi atti, significherebbe esporre i soggetti ad un'esigenza di pressoché impossibile attuazione. La prova dovrebbe infatti comprendere i molteplici presupposti e requisiti dell'atto, i quali spesso hanno notevole estensione nel tempo e nello spazio e coinvolgono una serie amplissima di persone e di atti precedenti e connessi». <sup>42</sup>

Di conseguenza, anche se è giusto riconoscere il collegamento tra la presunzione di validità e il *favor iuris* di cui gode il matrimonio, è anche giusto e quanto mai opportuno distinguere concettualmente entrambi i principi e sottolineare la diversità del loro fondamento e della loro applicazione.

In effetti, il *favor matrimonii* ha come fondamento «l'apprezzamento del bene oggettivo rappresentato da ogni unione coniugale e da ogni famiglia». Tale apprezzamento comporta la tutela di ogni concreto matrimonio – celebrato o da celebrare – nonché dell'istituzione matrimoniale in generale. Mentre la presunzione di validità del matrimonio ha come fondamento la concreta celebrazione del matrimonio *externae rite peracta*, e si applica unicamente al concreto matrimonio contratto, di cui si discute la sua validità, fino a che rimane il dubbio sulla nullità, e non all'istituzione matrimoniale in generale.

In conclusione, *de lege ferenda*, proporrei una nuova formulazione del c. 1060, nei seguenti termini: «§ 1. Il matrimonio ha il favore del diritto. § 2. Il matrimonio celebrato esternamente nel debito modo si presume valido, fino a che non sia provato il contrario» («§ 1. *Matrimonium gaudet favore iuris*. § 2. *Matrimonium externae rite contractum validum praesumitur, donec contrarium probetur*»).

<sup>42</sup> *Ibidem*.

# GIURISPRUDENZA