diritto & religioni

Semestrale
Anno II - n. 1-2007
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

3

LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale

Anno II - n. 1-2007

Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico
F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

Sezioni	Direttori Scientifici
Antropologia culturale	M. Minicuci, A. Pandolfi
Diritto canonico	A. Bettetini, G. Lo Castro,
Diritti confessionali	G. Fubini, A. Vincenzo
Diritto ecclesiastico	S. Ferlito, L. Musselli,
Sociologia delle religioni e teologia	A. Autiero, G. J. Kaczyński,
Storia delle istituzioni religiose	R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

Settori	Responsabili
Giurisprudenza e legislazione amministrativa	G. Bianco
Giurisprudenza e legislazione canonica	P. Stefanì
Giurisprudenza e legislazione civile	A. Fuccillo
Giurisprudenza e legislazione costituzionale	F. De Gregorio
Giurisprudenza e legislazione internazionale	G. Carobene
Giurisprudenza e legislazione penale	G. Schiano
Giurisprudenza e legislazione tributaria	A. Guarino
Diritto ecclesiastico e professioni legali	F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

Settori	Responsabili
Letture, recensioni, schede, segnalazioni bibliografiche	P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Il raggiungimento della certezza morale nel matrimonio canonico

Marcello Salemme

1. *Considerazioni preliminari*

Per poter comprendere come il giudice ecclesiastico raggiunge la certezza morale, di cui al can. 1608 *CIC*[1], occorre anzitutto specificare in cosa essa consista, tenendo presente che, nonostante i fiumi di inchiostro stesi sull'argomento, non tutti i suoi aspetti sembrano chiariti. La via da seguire nell'ingrovigliato itinerario va individuata nella Allocuzione che Pio XII tenne alla Rota Romana per l'inaugurazione dell'anno giudiziario nel 1942, e nella copiosa letteratura che ne è derivata e cui doverosamente si rinvia[2].

Dalle parole di Papa Pacelli traiamo che la certezza morale pretesa dal diritto canonico si frappone come uno spartiacque tra la certezza assoluta e la mera probabilità[3]: sul versante della quasi-certezza essa si distingue da

---

[1] Can. 1608: § 1. *Ad pronunciationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententia definiendam. § 2. Hac certitudine iudex haurire debet ex actis et probatis. § 3. Probationem autem aestimare iudex debet ex sua coscientia, firmis praescriptis legis de quarundam probationum efficacia. § 4. Iudex qui eam certitudinem adipisci non potuit, pronuntiet non constare de iure actoris et conventum absolutum dimittat, nisi agatur de causa iuris favore fruente, quo in casu pro ipsa pronuntiandum est.*

[2] Pio Xii, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 1 ottobre 1942, nel vol. Francesco Bersini, *I discorsi del Papa alla Rota*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1986, pp. 13-17. Si tratta di un discorso cui si sono riferiti tutti gli autori che hanno affrontato uno o più aspetti della certezza morale o alcuno degli argomenti connessi; la letteratura al riguardo è talmente ampia che nessuna indicazione potrebbe essere esaustiva, tra gli altri possiamo indicare gli autori da cui maggiormente si è attinto: Orio Giacchi, *La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico*, nel vol. Aa. Vv., *Ius populi Dei. Miscellanea in honorem R. Bidagor*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1972, pp. 605-620; Zenon Grocholewski, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius ecclesiae*, n. 9, 1997, p. 424; Mario F. Pompedda, *Studi di diritto processuale canonico*, Ed. Giuffrè, Milano 1995, p. 177.

[3] Juan J. Garcia Failde, *Nuevo derecho procesal canònico*, Ed. universitad pontificia Salamanca², p. 206: "*Non es una certeza propriamente dicha; porchè la certeza propiamente dicha es la certeza filosòfica* […]*; esa moral estricta consiste en un convincimiento tan firme que de èl astà axcludido el temor de que sea moralmente posible lo contrario*".

quest'ultima perché esclude ogni fondato o ragionevole dubbio, mentre sul versante della certezza assoluta si distingue perché lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario[4]; con la conseguenza che non potrà dirsi maturata la certezza se è probabile il contrario di quanto si suppone[5].

Prediligendo valutazioni complessive, che investono sia l'intero diritto canonico processuale e sostanziale che gli aspetti pastorali sottesi al tema, ed evitando trattazioni strettamente giuridiche, emerge che il raggiungimento della certezza morale ha un'importanza del tutto peculiare nel processo matrimoniale. È possibile capire i veri connotati del *dictat* normativo solo se vengono evidenziate le differenze che intercorrono tra il diritto canonico e quello statuale, ricordando che, pur se il diritto canonico è una disciplina giuridica[6], esiste una differenza ontologica tra esso e gli ordinamenti statuali, postulata dalla rilevanza che riconosce al diritto divino[7], quale parametro di lettura di tutte le sue norme, nonché obiettivo fisso di tutte le attività dei *cristifidelis*, sia ordinati che laici. Tra queste attività, quella giudiziaria è estremamente delicata[8] e poiché è inevitabile che venga amministrata da uomini, l'ordinamento canonico esige la certezza morale a presidio della legalità trascendentale, propria ed esclusiva dell'ordinamento medesimo[9]. Sicché, la certezza morale non è il fine ultimo del processo, ma è il mezzo adoperando il quale si tende ad ottenere che la pronuncia del giudice collimi con la verità oggettiva, garantendo per tal via la salvezza delle anime[10]. La previsione della certezza morale, quindi, è figlia del contemperamento di antitetiche esigenze: da un lato quella di avere il processo, che è istituto umano volto a risolvere contraddizioni umane, dall'altro lato quella di preservare dalle insidie di una

---

[4] Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 1 ottobre 1942, cit., p. 14.

[5] Cfr. art. 247 Istr. *Dignitas Connubii*.

[6] Luciano Muselli, Mario Tedeschi, *Manuale di diritto canonico*, Ed. Monduzzi, Bologna, 2005, p. 6.

[7] Piero A. Bonnet, *Giurisprudenza canonica* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, vol. 15, p. 1.

[8] Zenon Grocholewski, *Aspetti teologici della attività giudiziaria della Chiesa*, in vol. Aa. Vv., *Teologia e diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1987, p. 199; Id., *La funzione giudiziaria nella dinamica della potestà di governo della Chiesa*, in vol. Aa. Vv., *Studi in onore di Gaetano Catalano*, Ed. Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998, tomo 3, p. 1032.

[9] Pio V. Pinto, *Commento al codice di diritto canonico*, Ed. Urbaniana University Press, Roma, 1985, p. 917.

[10] Joaquin Llobell, *De processibus matrimonialibus. Introducciòn,* in vol. Aa.Vv., *Comentario exegético al codigo de derecho canònico, dirigida por* A. Marzoa, J. Miras *y* R. Rodriguez-Ocaña, Ed. Universitad de Navvarra, Pamplona, 1996, vol. 4/2, p. 1823: "*Este objetivo adquiere particular intensitad en el proceso canònico, dada la incidenza de qualquier sentencia sobre la salus animarum*".

certezza meramente processuale[11] la *salus animarum fidelium*: legge suprema della Chiesa da considerarsi nel contempo obiettivo e movente di tutta la sua azione spirituale[12].

A ciò si aggiunga che la ricerca della verità oggettiva nelle cause matrimoniali ha una importanza del tutto particolare[13], perché con esse si acclara se gli sposi realmente il giorno delle nozze si donarono e si accettarono vicendevolmente, o se viceversa vi fu solo apparenza, e si verifica inoltre se essi avevano la capacità necessaria per compiere un atto così impegnativo. Poiché queste cause coinvolgono direttamente il quotidiano vissuto della maggior parte dei cristiani[14], il giudice è conteso tra due fuochi: il rischio di non riconoscere che è stato celebrato un sacramento, e quello, non meno grave, di obbligare due persone ad una convivenza forzata, che non sgorga dall'amore matrimoniale[15]. Pur volendo prescindere dalla matrice confessionale del diritto canonico, il giudice sarà comunque attratto da due necessità giuridiche di non poco momento: ossequiare il *favor matrimonii* disposto dal canone 1060, e garantire nel contempo lo *ius connubii* dei coniugi che ritengono nullo il loro matrimonio e conseguentemente rivendicano il loro diritto a contrarre nozze[16].

---

[11] Joaquin Llobell, *Verità e giudicato. La riformulazione del concetto di appello canonico*, nel vol. Aa.Vv., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1988, p. 21. Sono questi i motivi alla base anche del particolare regime che regola la *firmitas* delle pronunce giudiziarie riguardanti lo stato delle persone: esse pur se dotate di una certa stabilità che ne consente l'esecutività, non passano mai in cosa giudicata, non perché è intravista la possibilità di un futuro mutamento del substrato fattuale (come accade per l'ordinamento statuale nelle poche ipotesi di pronunce *rebus sic stantibus*: es. cfr. art 710 cpc), che renderebbe *ad post* ingiusta la pronuncia, ma perché canonicamente non si può ipotizzare nel giudicato la verità assoluta, perché esso, anche se sorretto dal più profondo convincimento dell'uomo-giudice, è, e rimane, sempre una realtà artificiale, inevitabilmente corrosa dalla fallibilità umana, non guaribile certo con una legalizzazione. Ovviamente la mancanza del passaggio in giudicato non comporta instabilità analoga a quella di una qualsiasi questione mai sottoposta a giudizio. Scrive Paolo Moneta, *Sentenza canonica* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1966, vol. 41, p. 1342: "Con essa [la doppia sentenza conforme] si è pur sempre chiuso un giudizio […]: l'ordinamento giuridico non può consentirne la riapertura senza cautelarsi contro iniziative avventate".

[12] Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 1 ottobre 1942, cit., p. 16; Cfr. can. 1752.

[13] Zenon Grocholewski, *Giustizia*, in *Monitor Ecclesiasticus,* n. 121, 1999, p. 397.

[14] Joaquin Llobell, *Verità…*, cit., p. 27.

[15] Joaquin Llobell, *La genesi della sentenza canonica*, nel vol. Aa.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, p. 700. Qualificare come matrimonio una situazione che di coniugale possiede solo l'apparenza comporta una grave ingiustizia, sia per i coniugi che per il corpo sociale, così come sarebbe ingiusto identificare il fallimento di un matrimonio con la nullità dello stesso.

[16] Luciano Muselli, Mario Tedeschi, cit., p. 170. Il canone 1058 riconosce a tutti il diritto di contrarre nozze, salvo proibizioni poste dal diritto, ove per diritto è da intendersi solo il diritto pontificio, espresso dai Codici di diritto Canonico Latino ed Orientale. Paolo Moneta, *Nullità e fallimento del matrimonio*, nel vol. Aa. Vv., *Studi in onore di Pietro Bellini*, Ed. Rubbettino, Soveria

Fondamentale nell'economia del discorso è anche la valutazione degli effetti connessi alle sentenze matrimoniali, che nonostante siano provvedimenti di mero accertamento, hanno una portata unica, non solo in capo alle parti, che riacquistano lo stato di liberi *iure canonico*, e in potenza anche per il diritto civile italiano[17], ma anche nei riguardi di soggetti terzi, quali i figli della coppia, eventuali futuri sposi, collaterali[18].

Accanto a tali considerazioni giuridiche si considerino anche i dati numerici, i quali mostrano che l'attività dei tribunali ecclesiastici dei vari gradi è quasi esclusivamente costituita dalle cause in materia matrimoniale[19], al punto che si parla di matrimonializzazione del processo canonico, sottolineando proprio come l'attività forense riguardi quasi esclusivamente tali cause[20].

2. *Istituti strumentali al raggiungimento della certezza morale*

L'analisi complessiva delle norme canonico-processuali dimostra che parte di queste sono elaborate in maniera tale da condurre il giudice al raggiungimento della certezza morale oggettiva su quanto deve decidere, mentre le altre norme del libro *De processibus* sono indirizzate a preparare adeguatamente il momento in cui il giudice deve decidere, verificando anzitutto se abbia maturato, o meno, la certezza morale[21]. Ciò comporta che nel processo canonico

---

Mannelli, 1999, II, p. 488: "È naturale che la dichiarazione di nullità del matrimonio venga considerata un doveroso atto di giustizia che ciascuno dei due coniugi ha diritto di ottenere".

[17] A mente dell'art 8 dell'accordo di revisione dei patti Lateranensi intercorso tra il Governo italiano e la Santa Sede nell'8 febbraio 1984, reso esecutivo in Italia con Legge 25 marzo 1985, n.121, le sentenze di nullità matrimoniali pronunciate da un organo giudiziario ecclesiale all'esito di un processo giudiziale nel quale siasi garantito il diritto di difesa alle parti, nonché il doppio grado di giudizio, possono essere rese esecutive nello Stato italiano con sentenza delibativa della Corte di Appello competente per territorio.

[18] Mario F. Pompedda, *Studi di diritto processuale canonico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1995, p. 104.

[19] Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 1 ottobre 1942, cit., p. 13. Il Sommo Pontefice in apertura del suo discorso afferma con forza che le cause ecclesiali riguardano prevalentemente il matrimonio, rinnovato nella sua indissolubilità dallo Spirito di Cristo Redentore. Dello stesso tenore Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 30 gennaio 2003, in *Acta Apostolicae Sedis*, n. 95, 2003, p. 393.

[20] Joaquin Llobell, *Verità…*, cit., p. 28; Joaquin Llobell, *De processibus…*, cit., p. 1812: "*La actividad de los tribunalos de la Iglesia* […] *se reduce, en la pràtica, a juzgar sobre la valides del vinculo matrimonial.* […] *segùn los dados de 1991, los tribunalos diocesanos e interdiocesanos de la Iglesia decideron 142.503 causas en via judicial sobre la nulidad matrimonial, sin que se dè noticia alguna acerca de la actividad judicial sobre materias distintas de la matrimonial*".

[21] Zenon Grocholewski, *La certezza…*, cit., pp. 441-449; Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 1 ottobre 1942, cit., p. 16. In entrambi i testi è affermato che le norme codicistiche avvicinano il giudice alla certezza morale.

anche le attività processuali comuni a qualsiasi ordinamento giuridico sono informate al raggiungimento della certezza morale, la quale assurge a chiave di lettura di tutte le norme contenute nel libro settimo *De processibus* del *CIC*.

Infatti, se ad esempio guardiamo all'istruzione probatoria, che integra uno dei momenti più articolati ed importanti della vicenda processuale, regolamentata sia dal diritto statuale che dal diritto canonico con norme ben dettagliate[22], vediamo che nel processo canonico-matrimoniale essa è interamente indirizzata al raggiungimento della certezza morale, per ottenere la quale viene sacrificata anche la rigorosa applicazione del principio dispositivo[23]. Altro esempio lo scorgiamo nell'applicazione che viene data al principio del contraddittorio, accolto in tutti gli ordinamenti giuridici moderni[24], tra i quali l'ordinamento canonico. Istintivamente il principio *de quo* è collegato al diritto alla difesa delle parti[25]; tuttavia, accanto a tale funzione diretta, il contraddittorio ne estrinseca un'altra, poiché esso se dall'angolo visuale delle parti in lite costituisce uno strumento di garanzia, dall'angolo

---

[22] Aa. Vv., *Lineamenti del nuovo processo penale*, cit., p. 310. Nel processo penale l'istruzione dibattimentale è la fase più rilevante in cui si realizzano le caratteristiche essenziali della attività giurisdizionali, esso avviene secondo i principi della pubblicità, della immediatezza, della immutabilità fisica del giudice, della oralità e della concentrazione. Giovanni Verde, *Profilo del processo civile*, Ed. Jovene, Napoli, 2000, *2 Il processo di cognizione*, p. 80 ss. Conclusa la fase cd. preliminare, finalizzata alla determinazione del *thema decidendum*, il giudice istruttore deve avviare le necessarie attività istruttorie rinviando, se necessario, ad altre udienze; in questa fase al giudice competono valutazioni assai delicate circa la ammissibilità e la rilevanza delle prove; dopo ciò si procede alla assunzione dei singoli strumenti di prova seguendo il *modus procedendi* previsto per ciascuno di essi. Per il diritto italiano cfr. art. 184 e Libro II, titolo I, sezione III (artt. da 191 a 266) c.p.c.; nonché libro III (artt. da 187 a 271) c.p.p.; per il diritto canonico cfr. *Liber VII, titulus IV* (cann. da 1526 a 1586) e cann. da 1678 a 1680 *CIC*.

[23] Joaquin Llobell, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in *Diritto ecclesiastico*, n. 59/1, 1998, p. 800; Joaquin Llobell, *La genesi della sentenza canonica*, in vol. Aa.Vv., *Il processo…*, *op. cit.*, ed. 1994, p. 701; Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., pp.143-152; Donatella Vicari, *La certezza morale nella attività giudiziale canonica*, Ed. Pontificia Università Lateranense, Roma, 1996, p. 61. Questi autori ritengono che il giudice istruttore deve orientare tutta la sua attività in modo da ottenere una ricostruzione dei fatti necessari alla decisione sufficientemente veritiera, tale da garantire l'acquisizione al processo di tutti gli elementi utili a ricostruire il contenuto del consenso espresso dai nubendi al momento della celebrazione matrimoniale, senza indagini rivolte al *fortiori*, che inutilmente sacrificano la celerità del giudizio; gli autori aggiungono che sarebbe contrario al concetto di certezza morale e alla natura pubblica delle cause di nullità del matrimonio che il giudice, in caso di passività delle parti, non cercasse *ex officio* tutte le prove utili per conoscere la verità. Cfr. can. 1452, §1, seconda frase.

[24] Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 764. Il contraddittorio è l'imprescindibile presupposto del processo, e non deve essere sacrificato per una rapida soluzione della causa. Cfr. artt.101 c.p.c. e 178 c.p.p.; can. 1508.

[25] Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., p. 92. Il contraddittorio appartiene alla sostanza del processo ed esige la tutela del diritto di difesa.

visuale del giudice è strumento per indagare la verità. Nel processo canonico questo secondo aspetto è bisognoso di attenzione soprattutto nelle cause matrimoniali, ove non sempre le parti coinvolte, almeno le parti private, sono portatrici di interessi contrapposti, sì da doversi tutelare le loro rispettive aspettative[26]. Il contraddittorio, evidentemente, attraverso la sua capacità intrinseca di consentire una visione quantomeno stereoscopica dei fatti rilevanti, costituisce una misura che protegge il giudice dalle insidie disseminate sul suo campo di azione.

L'astenia patita dal contraddittorio nel caso di comunanza di vedute dei coniugi viene curata dal diritto canonico attraverso la figura del difensore del vincolo, la cui partecipazione alle cause matrimoniali è richiesta a pena di nullità[27]. È questo un organo disegnato dal *CIC* del 1983 come pubblico ufficiale che *ratione offici* deve difendere il vincolo del matrimonio e la validità della sacra ordinazione[28]. Agendo con raziocinio egli deve addurre tutte le prove e gli elementi a sostegno della validità dei sacramenti e quelli volti a confutare la tesi della invalidità[29]. Certamente, quindi, il difensore del vincolo nel processo matrimoniale è il garante del contraddittorio e si pone anch'esso quale strumento contemplato dal diritto canonico per consentire al giudice di maturare la certezza morale.

Ed in fine veniamo al momento topico di ogni processo: quello decisorio propriamente detto, che nelle cause matrimoniali è rimesso al collegio[30]. I primi tre paragrafi del canone 1609 *CIC* sono generosi di indicazioni meticolose volte ad evitare che qualsiasi momento che precede la deliberazione possa essere realizzato secondo andamento casuale, o comunque non secondo il preciso dettato normativo[31]. Questa dovizia di particolari non può non essere letta alla

---

[26] Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., p. 106. Il concetto di parte è impropriamente attribuito ai coniugi; talvolta accade che il libello introduttivo venga presentato da entrambi i coniugi, in tali ipotesi è egualmente possibile sia che essi ritengono nullo un matrimonio che in realtà è valido, sia che il loro sentore è fondato perché il matrimonio è realmente nullo, sia che esiste accordo fraudolento tra i nubendi, i quali vista fallire la loro esperienza coniugale sorta da matrimonio assolutamente scevro da ogni vizio, non dinegano di auspicare in un intervento giudiziario erroneo, che riconosca la nullità di un matrimonio valido.

[27] Cfr. can. 1432; artt. 56 e 60 Istr. *Dignitas Connubii*.

[28] Giovanni M. Usai, *Il promotore di Giustizia ed il Difensore del vincolo*, nel vol. Aa. Vv., *Il processo Matrimoniale canonico,* Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1988, p. 137.

[29] Fernando Della Rocca, *Uno sguardo al nuovo codice di diritto canonico in materia processaule*, nel vol. Aa. Vv., *Giustizia e servizio. Studi sul nuovo codice di diritto canonico in onore di Mons. Giuseppe De Rosa,* Ed. M. D'Auria, Napoli, 1984, p. 146. Giovanni M. Usai, *cit.,* p. 138.

[30] Cfr. can. 1425, § 1.

[31] Joaquin Llobell, *La sentenza: decisione e motivazione*, nel vol. Aa.Vv., *Il processo…*, cit., ed.

luce del canone 1608: mentre gli ordinamenti statuali si limitano a richiedere che sia il collegio a decidere, preoccupandosi di fornire poche indicazioni procedurali[32], il diritto canonico si sofferma con vigore su questo momento perché è in esso che prende corpo il fine del processo, ossia l'ottenimento di una pronuncia supportata dalla certezza morale del giudice-collegio. Gli ultimi due paragrafi del canone 1609 sono ancor più significativi e vanno analizzati singolarmente. A ciascun giudice è permesso recedere dalla propria originaria conclusione, inoltre il giudice dissenziente rispetto la pronuncia collegiale può fare annotare la propria *dissenting opinion* nel verbale inviato al giudice dell'appello[33]. Ebbene, la possibilità rimessa a ciascun membro del collegio di recedere dalle proprie posizioni è finalizzata alla formazione di un giudizio che sia effettivamente collegiale e tale da dare maggiori garanzie alla verità[34]; è infatti ben probabile che, ascoltando le diverse considerazioni maturate dai propri colleghi giudicanti sui medesimi fatti, nell'animo del giudice sorgano delle riserve sulle convinzioni maturate dalla lettura del verbale di causa, o anche dalla guida della istruttoria[35]. Dall'ultimo paragrafo del canone 1609, infine, emerge che al legislatore della Chiesa importa poco che la causa è ad un passo dalla decisione, ciò che importa è che i giudici siano certi della decisione da prendere e se non è così, se non sono moralmente certi, essi hanno il potere, anzi il dovere[36], di non decidere alcunché chiedendo di posporre la decisione ad una ulteriore settimana di meditazione, onde ottenere la serenità essenziale al loro compito. Qualora si ritenesse da parte dei giudici che la loro incertezza non dipende, o non dipende solo, da loro personali valutazioni

---

1988, p. 316. Il collegio si riunisce nel giorno e nell'ora stabiliti dal presidente, senza che nessun soggetto estraneo possa assistere, ogni giudice deve portare seco il suo *votum* espresso per iscritto e darne lettura secondo l'ordine stabilito dalla legge, per poi realizzare la discussione. Cfr. can. 1609.

[32] Cfr. art. 276 c.p.c.; art. 527 c.p.p..

[33] Si consideri che se in generale è solamente eventuale la trasmissione degli atti di causa, nel processo matrimoniale essa è naturale in conseguenza della esigenza di ottenere la cd. doppia sentenza conforme, *ex* can. 1682.

[34] Paolo Moneta, *Sentenza…*, cit., p. 1338.

[35] Il diritto canonico non accoglie il principio della immediatezza processuale, ma segue sistema analogo a quello adottato dal codice di procedura civile italiano, secondo cui la causa è istruita dal giudice istruttore e decisa da un collegio, di cui l'istruttore è parte assieme a giudici che non hanno alcuna conoscenza diretta della causa e ne apprendono i contenuti dalla lettura degli atti acquisiti al fascicolo.

[36] Piero A. Bonnet, *Sentenza ecclesiastica* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, vol. 28, p. 5. Il giudice non moralmente certo della accoglibilità della domanda di nullità matrimoniale può rigettarla solo se è certo della esistenza del vincolo matrimoniale.

ma anche da una deficienza istruttoria, essi avrebbero il dovere di chiedere il supplemento di istruttoria[37].

3. *Limiti al potere discrezionale del giudice: ricostruzione del fatto*

La decisione di una causa, ovviamente anche di una causa matrimoniale, si snoda in due momenti: quello della ricostruzione del fatto e quello della individuazione ed interpretazione delle norme da applicarsi. Entrambe le fasi sono caratterizzate dal potere discrezionale del giudice[38], a sua volta plasmato da tre principi legislativi: vi deve essere la certezza morale sulla verità, questa deve essere desunta *ex actis et probatis*, ed il giudice deve operare *ex sua coscientia*[39]. Il vincolo degli *acta et probata* è una delle *conditiones sine qua non* della oggettività della certezza morale, che impone al giudice di decidere solo sulla base della specifica ricostruzione della vicenda umana ricavabile dagli atti di causa[40], perché dal suo punto di vista *quod non est in processo non est in mundo*[41]. Il fatto prende forma davanti al giudice con una adeguata

---

[37] Joaquin Llobell, La s*entenza…*, cit., p. 317. Questa propensione verso il raggiungimento della certezza non deve divenire l'imbocco della tortuosa strada delle lungaggini, poiché si tratta di misure che, se vengono assolutizzate, possono vanificare l'itera funzione giudiziaria, è bene che i giudici vi ricorrano con estrema parsimonia.

[38] Arnaldo Biscardi, *"Lex et iustitia" nell'utrunque ius: radici antiche e prospettive attuali. Atti del VII colloquio internazionale romanistico-canonistico (12-14 maggio 1988)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1989, p. 235. Lo spirito del diritto della Chiesa collima particolarmente con un elevato potere discrezionale del giudice. Pio V. Pinto, *I processi nel codice di diritto canonico. Commento sistematico al lib. VII*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1993, p. 15: "La discrezionalità del giudice è stata notevolmente aumentata: non c'è articolo o capitolo del lib. VII che ne sia privo".

[39] Piero A. Bonnet, *Giurisprudenza…,* cit., p. 5; Tommaso Giussani, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1977, p. 128; Paolo Moneta, *Sentenza…*, cit., p. 1337. Questi autori rammentano che il giudice è una persona pubblica chiamata a decidere senza attingere elementi di convincimento da fonti che non siano rifluite nel processo, a meno che si tratti di fatti notori, ma solamente sulla base delle risultanze processuali, è questa una limitazione del potere del giudice che vale ad evitare che l'indispensabile discrezionalità faccia surrettiziamente attecchire l'arbitrio di questo o quel giudice. Cfr. cann. 1604 e 1608; artt. 241 e 247 Istr. *Dignitas Connubii*.

[40] Paolo Moneta, *Sentenza…*, cit., p.1337; Orio Giacchi, *La certezza morale nella pronuncia del giudice*, "L'osservatore Romano" 25 maggio 1971, p. 8. La possibilità del giudice di valutare *animo suo* le prove viene oggettivata da una serie di elementi formali consistenti anzitutto nella determinazione dell'ambito del giudizio.

[41] Peter Erdö, *La certezza morale nella pronuncia del giudice. Problemi attuali*, in *Periodica de re morale*, n. 87, 1998, p. 90. Per la maggioranza degli autori *acta* si riferisce agli atti, cioè ai documenti processuali, mentre minoritaria è la posizione di quanti ritengono che *acta* stia ad indicare le petizioni delle parti. L'opinione prevalente è confortata dal tenore dell'Allocuzione alla Rota di

valutazione delle prove[42], egli verifica anzitutto che il materiale processuale sia sufficiente per analizzare il contenuto del consenso espresso e "la capacità dei contraenti di donare il *minimum* del loro io coniugale"[43]. Questa attività necessita di grande razionalità e logicità, perché certamente non può essere frutto di sentimenti o di opinioni personali, e non deve condurre ad una costruzione arbitraria della fattispecie[44], né può, in questa fase, riconoscersi al giudice una discrezionalità di impronta amministrativistica[45].

La legge canonica, in piena aderenza con il suo spirito[46], mediante norme "che riflettono un indirizzo di grande rispetto per la persona ed insieme di profonda umanità"[47], attribuisce al giudice il potere di valutare le prove *ex sua coscientia*, quindi secondo "il criterio morale"[48]. Le norme che impongono prove legali[49], poiché limitano il potere del giudice, vanno interpretate in

---

Giovanni Paolo II del 1980 (*Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 4 febbraio 1980, nel vol. Francesco Bersini, cit., pp. 139-145), ove il Santo Padre si riferì agli atti nei quali si possono ricercare le prove, cioè gli atti processuali. Secondo Zenon Grocholewski, *La certezza…*, cit., p. 431, *acta* non è un sostantivo, ma è il participio perfetto del verbo *agere*, quindi significa ciò che è compiuto nel processo, gli atti processuali sono solo dei contenitori. Ciò che è alieno da contestazioni è quanto si legge in Luigi Chiappetta, *Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale,* Ed. Dehoniane, Napoli, 1988, p. 554, cioè che la certezza morale deve dedursi dall'insieme degli elementi del giudizio, le fonti extragiudiziali, così come pure gli atti processuali assertivi ma non dimostrativi, non hanno alcun valore.

[42] Donatella Vicari, cit., p. 63. Il canone 1608 riferendosi ai *probatis* pone l'accento sugli esiti istruttori riguardo al fatto oggetto della controversia.

[43] Joaquin Llobell, *La sentenza…*, cit., p. 308.

[44] *Ibidem*, p. 310; Joaquin Llobell, *La genesi…*, cit., p. 704; Tommaso Giussani, cit., p. 137; Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., p. 174: "Al fine di pronunciare sentenza [i giudici] devono avere dinanzi a loro gli atti della causa: essi devono averli letti, ponderati ed esaminati con attenzione e con occhio critico".

[45] Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 765. Nonostante alcune tendenze verso la "amministrativizzazione" del processo matrimoniale esso conserva a pieno la sua essenza di procedimento giudiziario, ne consegue il dovere del giudice di ancorare la propria decisione a precisi parametri obiettivi, evitando quell'elemento di discrezionalità tipico dell'attività amministrativa. Eugenio Corecco, *Sentenza nel diritto canonico*, nel vol. Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Condorelli*, Ed. Giuffrè, Milano, 1988, vol. 1, tomo 1, p. 411. È bensì vero che soprattutto in forza del *CIC* del 1983 il potere discrezionale del giudice è notevolmente ampio ma, a parte la diversità che corre tra la discrezionalità amministrativa e quella giudiziaria, occorre sempre ricordare che il giudice deve procedere tenendo presente il principio della *aequitas canonica* ed il fine della *salus animarum*. Costantino Mortati, *Discrezionalità*, nel vol. Tommaso Giussani, cit., p. 127: "Sembra che si verta nella sfera della discrezionalità tutte le volte che la legge attribuisce al giudice di decidere senza prescrivere un criterio oggettivo".

[46] Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 767. Il *favor veritatis* implica un sistema di libera valutazione delle prove da parte del giudice e la scomparsa delle presunzioni *iuris et de iure.*

[47] Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., p. 150.

[48] Peter Erdö, cit., p. 93.

[49] Giovanni Zampetti, *Prove-sentenza-appelli in diritto canonico*, in *Apollinaris*, n. 52, 1979, p. 146.

senso restrittivo secondo il rapporto *genus ad speciem*[50]; ma nonostante ciò esse arrecano al principio del libero convincimento un *vulnus* di non poco momento, sia secondo una visione quantitativa che qualitativa[51]. Discorso diverso va fatto per le *praesumptiones hominis*, pure accolte dall'ordinamento canonico[52], le quali accrescono il potere discrezionale del giudice, consentendogli di desumere fatti incerti partendo da fatti certi[53]. In questi casi il lavoro del giudice deve essere particolarmente meticoloso, perché non è possibile avvalersi di indizi disparati e frammentari[54]. Questi assunti vanno generalizzati perché tutti gli atti di causa, tra cui le prove, raggiungono il loro scopo non tanto come elementi isolati, ma come un insieme organico[55]: nell'animo del giudice deve edificarsi un'opera architettonica fatta anche di travi instabili, che conquistano la stabilità necessaria a sopportare il peso della decisione corroborandosi vicendevolmente, disposte nell'unico modo in cui esse danno vita ad una forma geometrica armonica[56].

Il riferimento del canone 1608 agli *acta* non è limitato agli atti di causa, ma si estende anche agli atti del processo, tra cui figura il comportamento delle parti, dal quale il giudice trae argomenti per il proprio convincimento[57], soprattutto in ordine alla loro credibilità[58]. Il codice del 1983 ha abdicato rispetto al vecchio

---

Nel diritto canonico la prova legale pur non avendo trovato favorevole accoglienza viene comunque considerata, agli effetti della classificazione delle prove, di modo che convivano il principio del libero apprezzamento delle prove e quello della prova legale.

[50] Cfr. can. 18.

[51] Piero A. Bonnet, *Giurisprudenza…*, cit., p. 5; Peter Erdö, cit., p. 93.

[52] Cfr. cann. 1584 ss.; art. 214 Istr. *Dignitas Connubii*.

[53] Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., p. 181 ss.. Anzitutto deve però trattarsi di fatti obiettivi e la loro obiettività deve essere espressa in sentenza, altrimenti si rischierebbero arbìtri, inoltre vi deve essere congruenza diretta tra i fatti noti e quelli controversi. Ivi si legge: "Una presunzione contiene […] una nota di ragionevolezza, con un sillogismo in cui la premessa maggiore è un fatto certo, mentre quella minore riflette i principi generali di legge o della prudenza umana".

[54] Pericle Felici, *Orationem habuit ad archisodalicium Curiae Romanae de themate: Formalitates iuridicae et aestimatio probationum in processu canonico*, in *Communicationes*, n. 9, 1977, p. 178: "Il cumulo e l'insieme di indizi non trova giustificazione se non nella verità della cosa alla quale gli indizi si riferiscono".

[55] Tommaso Giussani, cit., p. 129: "S*ingula quae non pro sunt, unita iuvant*".

[56] Piero A. Bonnet, *Sentenza…*, cit., p. 4. Le risultanze processuali debbono essere considerate dal giudice nella loro interezza, di modo che costituiscano l'*argumentum convergentiae* capace di lasciar germinare la certezza necessaria. Paolo Moneta, *Sentenza…*, cit., p. 1338. Nella valutazione degli atti il giudice non deve isolare i singoli mezzi di prova ed arrestarsi alla considerazione che essi, presi uno per uno, non sono sufficienti a fondare la certezza morale.

[57] Donatella Vicari, cit., p. 64.

[58] Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 800. Qualora il giudice percepisca che i coniugi si rifiutano di adempiere al loro dovere di collaborazione alla ricerca della verità, ciò non potrebbe non incidere sulla credibilità delle parti.

formalismo in campo probatorio, riconoscendo efficacia probante alla dichiarazione dei coniugi e a quella dell'unico teste. È oggi ammessa l'esistenza di casi in cui la sola dichiarazione delle parti può presentarsi tanto credibile da annullare nel giudice ogni prudente riserva nel considerare attendibile il coniuge, il quale afferma di non esserlo stato al momento del matrimonio[59], quando dichiarò di voler contrarre ma in realtà ciò non voleva. Però questa possibilità va accettata *cum grano salis*, nel senso che la certezza morale fondata sulla sola dichiarazione delle parti è possibile solamente se la dichiarazione è inspessita da ammennicoli o da *testis de credibilitate*[60], e comunque deve versarsi in casi in cui non esistano, o non siano in concreto proponibili, altre prove testimoniali o documentali[61], oppure si tratti di patologia difficilmente conoscibile e non refertabile.

Come detto, altra innovazione si è avuta riguardo l'*unus testis*[62]. Oggi, dopo varie incertezze[63], la materia è chiaramente affrontata dal codice e dall'istruzione *Dignitas Connubii*, riconoscendo fede piena solo all'unico *testis qualificatus* che deponga su attività del proprio ufficio e al teste unico la cui deposizione sia confortata da circostanze ed indizi che la rendono credibile[64]: in ogni caso il giudice, di fronte alla dichiarazione del coniuge o dell'unico teste, deve verificare che quanto affermato è vero, valutando le dichiarazioni assieme alle altre circostanze della causa[65]. Del resto, non manca chi ritiene che anche questi strumenti possono fare prova piena anche in assenza di altri indizi purché risulti la credibilità di chi dichiara e la sua deposizione sia congruente con le circostanze della causa[66].

Nella valutazione delle prove estremamente significativo è l'apporto del progresso scientifico[67], in special modo se si tratta di cause matrimo-

---

[59] *Ivi*, p. 801.

[60] Cfr. art. 180 Istr. *Dignitas Connubii*.

[61] Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 801.

[62] Luciano Muselli, Mario Tedeschi, cit., p. 106. Il vecchio brocardo *unus testis nullus testis* è stato prima minato dalla giurisprudenza e poi demolito dal legislatore del 1983.

[63] Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 784. Già nel XIX secolo si consentiva al giudice di pervenire alla certezza morale della invalidità del matrimonio anche qualora si disponesse della dichiarazione dei soli coniugi o dell'unico teste, però sia il *CIC* del 1917 che la costituzione *Provida Mater Ecclesia* del 1936 ponevano un concetto rigido di certezza morale, creando un clima dubbioso circa la efficacia probatoria da riconoscersi a questo strumento di prova.

[64] Cfr. can. 1573; art. 202 Istr. *Dignitas Connubii*.

[65] Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 800. Cfr. can. 1536, § 2.

[66] Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 800. Nel sistema di libera valutazione delle prove, prova piena è quella prova da cui scaturisce la certezza morale del giudice. Cfr. Can. 1679.

[67] Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 3 ottobre 1941, in vol. Francesco Bersini, cit., p. 9: "La giurisprudenza ecclesiastica non può né deve trascurare il genuino progresso delle scienze".

niali[68], perché l'argomento degli impedimenti matrimoniali è pregno di valutazioni più medico-legali che giuridiche e necessariamente attrae il giurista in ambienti non consoni alla sua preparazione: volendo prospettare alcuni casi in cui il giudice deve fare tesoro degli apporti scientifici, si pensi alla nullità per impotenza relativa o a quella derivante da realtà psichiche che ostano all'assunzione delle obbligazioni essenziali del matrimonio[69]. Il giudice deve usare la massima cautela sia nella nomina del perito, che deve godere di ottima reputazione ed aderire ai principi dell'antropologia cristiana[70], sia nella valutazione del responso peritale, facendo attenzione a disconoscere rilevanza a mere speculazioni teoriche prive di argomenti a sostegno, nonché evitando di eclissarsi dietro il responso del perito, perché quest'ultimo è sfornito di coscienza giuridica e quindi è in grado di pervenire solo ad una certezza scientifica, mai giuridica[71].

Errori valutativi possono derivare da indebite valutazioni pastorali e non giuridiche delle vicende *apud iudice*, o, come spesso accade, dalla confusione della nullità del matrimonio con il fallimento dell'esperienza coniugale. Come sovente la Chiesa ammonisce, si tratta di due fenomeni diversi che operano su piani altrettanto diversi[72]; quantunque nel comune sentire si tenda a pretendere la decisione *pro nullitate* per quei matrimoni falliti, mentre si guardino con diffidenza le dichiarazioni di nullità dei matrimoni "riusciti"[73]. Alto è il rischio che i coniugi, spinti dal recondito desiderio di troncare il protrarsi di un legame matrimoniale fallimentare, si convincano dell'esistenza di vizi sino a crearne una palese apparenza, rafforzando la necessità che il giudice nella valutazione delle prove, e ancor prima nella valutazione della rilevanza delle stesse, distingua quegli elementi probatori riguardanti la celebrazione del matrimonio da quegli elementi che invece afferiscono alla vita coniugale:

---

[68] Cfr. can. 1680; art. 203 Istr. *Dignitas Connubii*.

[69] Piero A. Bonnet, *Giurisprudenza…*, cit., p. 5; Luciano Muselli, Mario Tedeschi, cit., pp. 124 ss.; pp.134 ss..

[70] Cfr. art. 205 *Instr. Dignitas Connubii*.

[71] Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 25 gennaio 1988, cit., pp. 1178-1185; Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 10 febbraio 1995, in *Acta Apostolicae Sedis*, n. 87, 1995, p. 1014 ss. Si tenga presente che l'argomento è disciplinato con minuziosità dalla Istruzione *Dignitas Connubii*, che, per ciascuno dei possibili vizi del matrimonio riscontrabile con la perizia, determina in maniera dettagliata l'articolazione dei quesiti peritali. Cfr. can. 1579, § 1; artt. 203 ss. Istr. *Dignitas Connubii*.

[72] Giovanni Paolo Ii, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 5 febbraio 1987, in *Acta Apostolicae Sedis*, n. 79, 1987, p. 1458; Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 18 gennaio 1990, in *Acta Apostolicae Sedis*, n. 82, 1990, p. 875.

[73] Paolo Moneta, *Nullità…*, cit., pp. 485-500.

questi ultimi saranno rilevanti solo nella misura in cui riflettano un vizio del matrimonio, altrimenti non dovranno arrecare al giudice alcuna influenza. È questo un discernimento estremamente difficoltoso, soprattutto per quelle cause avviate dopo molti anni di vita coniugale voluta dai coniugi senza riserve.

4. *Limiti al potere discrezionale del giudice: interpretazione delle norme*

Le allocuzioni pontificie alla Rota riguardanti la certezza morale sembrano riferirsi solo alla certezza *in facto*[74], trascurando la certezza *in iure*. Ciò nonostante, in modo particolare per il processo matrimoniale, esistono ragioni per allargare l'ambito del concetto, e la correlativa esigenza, anche alla individuazione della norma da applicarsi[75], sebbene con alcune particolarità[76]. Giovanni Paolo II ha collegato alla certezza *in facto* la certezza morale, mentre per la certezza *in iure* ha preteso fedeltà al testo normativo[77]. Quantunque si tratti di una differenza notevole, essa non deve spaventare perché con il termine fedeltà si è voluto evidenziare che la legge della Chiesa, soprattutto quella attinente al matrimonio, è aprioristicamente vera[78], dunque sottratta all'indagine creativa del giudice[79]: descrivere l'atteggiamento di questo circa la *quaestio iuris* tramite il concetto di certezza morale potrebbe implicare l'indeterminatezza della norma[80], mentre la fedeltà postula con forza che la legge, una volta

---

[74] Cfr. Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 1 ottobre 1942, cit., pp. 7-12; Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 2 ottobre 1944, in vol. Francesco Bersini, cit., pp. 19-28; Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 4 febbraio 1980, cit., pp. 139-146.

[75] Zenon Grocholewski, *La certezza…*, cit., p. 432: "Ma le affermazioni in parola [delle allocuzioni pontifice che limitano la certezza morale alla certezza in facto] forse possono essere anche interpretate nel senso che si tratti del fatto di validità o meno del matrimonio, e quindi che la certezza morale debba riferirsi sia alla legge materiale da applicarsi sia alla verità dei fatti". Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 792: "La certezza sulla norma applicabile ad un rapporto giuridico ha un collegamento con la certezza morale".

[76] Orio Giacchi, *La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico…*, cit., p. 613. Nella parte *in iure* il giudice non può avere una certezza morale poggiata sulla mancanza del ragionevole dubbio, ma sulla sua coscienza intesa come personalità morale ed intellettuale.

[77] Giovanni Paolo ii, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 4 febbraio 1980, cit., p.166.

[78] Orio Giacchi, *La certezza morale nella pronuncia del giudice…*, cit., p. 8: "Il giudice conosce la legge, non deve compiere un accertamento ma una interpretazione di ciò che, come dato, è già certo".

[79] Joaquin Llobell, *La genesi…*, cit., p. 706. Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., p. 157: "La sentenza non contiene che la volontà o l'intenzione della legge traslata in forma concreta per mezzo del giudice".

[80] Joaquin Llobell, *Sentenza…*, cit., p. 311.

individuata, va applicata[81]. Questo non vuol dire che non si possa parlare di certezza morale *in iure*, significa invece che essa va intesa come "coscienza di seguire l'interpretazione più esatta della norma da applicare"[82].

Le modalità di acquisizione della certezza *in iure* ci portano ad affrontare il tema dell'interpretazione, un'attività importante quanto l'elaborazione di una norma[83]. Ricostruito il fatto e fornitane la qualificazione giuridica, il giudice, statuale o ecclesiale che sia[84], deve individuare la norma la cui fattispecie generale ed astratta meglio gli si attaglia[85]; e poi ricavarne il comando giuridico. Potrebbe ritenersi che il tema della *interpretatio legis* vada affrontato rifacendosi alla *hermeneutica fidei*[86], ma questa non ha rilievo giuridico[87]; quindi, è necessario ricorrere ai criteri interpretativi elaborati dalla teoria generale del diritto, confrontandoli con le regole specificamente poste dall'ordinamento canonico[88]. Il giudice ecclesiastico deve limitarsi a *dicere ius* secondo quanto stabilito dal legislatore[89], perché è sfornito della *legis ferenda potestas*, diretta e

---

[81] Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 26 gennaio 1984, cit., p. 167: "La fedeltà è anzitutto accettazione sincera, leale e incondizionata della legge". Pio V. Pinto, *I processi…*, cit., p. XII.

[82] ORIO GIACCHI, *La certezza morale nella pronuncia del giudice…*, cit., p.8.

[83] Giovanni Paolo ii, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, del 23 gennaio 1992, in *Acta Apostolicae Sedis*, n. 85, 1993, p. 142: "L'applicazione della legge canonica comporta, anzi presuppone la sua corretta interpretazione". Dello stesso tenore Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, del 22 gennaio 1996, in *Acta Apostolicae Sedis*, n. 88, 1996, p. 776.

[84] Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1947, nel vol. Mario F. Pompedda, Studi…, cit., p. 158; Maria A. Russo Cirillo, *La certezza morale nella coscienza del giudice ecclesiastico*, nel vol. Aa. Vv., *Ius et munera. Studi di diritto canonico in onore di Mons. V. Scancamarra*, Ed. Laurentiana, Napoli, 1997, p. 119; Antonio Stankiewicz, *Interpretazione della legge con riferimento alle funzioni della Potestà Ecclesiastica*, in *Apollinaris*, n. 52, 1979, p. 417. Da questi autori si apprende che l'interpretazione è un fenomeno inerente a ogni ordinamento giuridico.

[85] Tommaso Giussani, cit., p. 139. Il legislatore si limita ad individuare i fatti per tipi normativi. Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 791: "La legge astratta trova la sua attuazione calandosi in singole fattispecie concrete".

[86] Mario Tedeschi, *L'hermeneutica fidei*, nel vol. Aa. Vv., *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Ed. Cedam, Padova, 2000, vol. 2, p. 1622: "Cioè della interpretazione teologica dei comandi normativi".

[87] *Ivi,* p. 1625. Si consideri che nel diritto canonico, che è parte della scienza giuridica, non possiamo pretendere di individuare quei criteri interpretativi astorici necessari a limitare il più possibile le deviazioni da una fede comune, perché in esso di fideistico, oltre al sistema dei valori, c'è soltanto il risultato cui si tende, ed in ogni caso bisognerebbe ricordare che tutte le scienze si basano sul relativismo dei valori, su una mera coerenza tra i dati e i risultati cui si vuole pervenire.

[88] Peter Erdö, *cit*., p. 89. Si tratta di indicazioni da seguire per interpretare le norme giuridiche e colmare le lacune. Cfr. can. 17.

[89] Giovanni Paolo ii, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 22 gennaio1984, cit., p. 170: "Il giudice deve agire libero […] dal prescindere dalla legge divina od ecclesiastica"; cfr. Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 22 gennaio 1996, cit., p. 776.

indiretta[90], alla stregua dei principi di un ordinamento che non è *judge-made-law*[91]. Sembrerebbe essere stato di diverso avviso Paolo VI, quando spronava l'interprete ad una maggiore apertura verso un'interpretazione estensiva dei comandi normativi[92]. Tuttavia, sommessamente dubito che queste parole di Papa Montini possano esser lette senza coordinarle con quanto detto da Giovanni Paolo II circa gli effetti della promulgazione del nuovo *CIC*, quando sottolineò che il periodo di *ius condendum* e le connesse instabilità, durati oltre venti anni, dovevano considerarsi conchiusi[93]. La combinazione delle due allocuzioni dimostra che nelle more dell'adeguamento del diritto alle nuove prospettive aperte dal Concilio Vaticano II era ineluttabile l'esigenza, avvertita da Paolo VI, di dare attuazione ai nuovi principi accolti dalla Chiesa, ma non ancora trasfusi in norme positive, consentendo eccezionalmente al giudice di esondare, con profonda cautela, dall'alveo normativo; perfezionato il codice, è mancata l'esigenza e quindi si è dovuto ritornare al consueto atteggiamento del giudice della Chiesa, che si attiene alla legge, tributandole fedeltà. In ogni modo l'applicazione della norma giuridica consta di un'ineliminabile componente soggettiva che conduce a giudizi di valore[94].

La dottrina laica riguardo l'interpretazione delle norme giuridiche è divisa in due filoni: quello tradizionale assimila l'applicazione della norma ad un sillogismo aristotelico[95], mentre quello più recente, maggiormente accreditato, ritiene che l'applicazione della norma avvenga con procedimento ermeneutico, cioè un procedimento mediante il quale il diritto diviene cosa viva[96].

---

[90] Piero A. Bonnet, *Giurisprudenza…*, cit., p. 4. L'interpretazione evolutiva in senso stretto è quella che consente di superare il costante sfasamento che esiste tra il lento ed inerpicato progredire della legislazione ed il fluire rapido della realtà comunitaria, ed è inconciliabile col diritto canonico perché la *lex* divina è atemporale, cioè insuscettibile di invecchiamento.

[91] Antonio Stankiewicz, *Interpretazione…*, cit., p. 433.

[92] Paolo VI, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 28 gennaio 1972, in vol. Francesco Bersini, cit., p. 106: "[L'interprete è esortato a] portare l'impronta di quella nota pastorale che sembra debba imprimere alla legge della Chiesa un carattere più umano […], più manifestamente sensibile alla carità".

[93] Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 5 febbraio 1987, cit., pp.1453-1459.

[94] Tommaso Giussani, cit., p. 142.

[95] *Ivi*, p. 138; Arthur Kaufman, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Ed. Giuffrè, Milano, 2003, p. 6; p. 29; p. 69. Questi autori affermano che il sillogismo aristotelico per poter funzionare abbisogna di una struttura granitica dell'ordinamento, mentre le norme lasciano margini incoperti neanche dalle più attente codificazioni, anzi l'indeterminatezza delle norme è una nota indispensabile per il corretto funzionamento del diritto.

[96] Arthur Kaufman, cit., p. 22; p. 128: "Già Engisch aveva riconosciuto questo circolo ermeneutico nel procedimento di individuazione del diritto. Engisch parlava, infatti, di un 'andare avanti e indietro dello sguardo' tra la norma e il rapporto di vita". *Ivi*, pp. 95-112. Il diritto non è l'insieme delle norme, ma nasce dall'incontro dell'essere del fatto con il dover essere della norma, sotto l'egida del giudice. Analogamente Piero A. Bonnet, *Giurisprudenza…*, cit., p. 3, p. 7.

La medesima contrapposizione è riscontrata nella dottrina canonistica. Infatti non manca chi ritiene che il procedimento ermeneutico, quantunque con colorazioni particolari conseguenti alle peculiarità dell'ordinamento della Chiesa[97], con il quale si tende ad un bene intrinseco all'ordinamento stesso[98], si applica al diritto canonico, perché questo evolve assieme al substrato sociale[99] e perché la disciplina matrimoniale è segnata dall'ambiguità delle dizioni volutamente sommarie[100]. Di contro, altri affermano che se la norma canonica fosse indeterminata, nello stesso grado in cui deve esserlo la norma statuale, il giudice ecclesiastico finirebbe con il creare diritto, come quotidianamente accade nei tribunali statuali, ma riguardo le norme di diritto divino naturale e quelle di diritto positivo ciò è illegittimo[101] e quindi, se per il diritto civile l'impostazione sillogistica suscita umori diversi, per il diritto canonico, in particolare per il diritto matrimoniale, essa sembra rispondere adeguatamente alla sua funzione, perché vi trova i presupposti del suo funzionamento[102]. Da un'attenta lettura emerge trattarsi di divergenza solo apparente, finalizzata a ribadire la centralità del diritto divino, il quale ausilia il giudice, imponendogli di travalicare la norma positiva, se nella singola fattispecie essa non lo riflettesse[103]. Le formule legislative in nessun caso vanno intese quali ricette da eseguirsi senza discernimento, secondo una logica meccanicistica che snaturi il ruolo del giudice[104]; l'analisi della *quaestio iuris*, invece, deve comportare una impostazione gnoseologica della norma di diritto canonico divino e di diritto

---

[97] Tommaso Giussani, cit., p. 143. Per i principi ermeneutici operanti nel diritto canonico cfr. Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 29 gennaio 1993, in *Acta Apostolicae Sedis*, 85, 1993, p. 1259.

[98] Tommaso Giussani, cit., p. 146.

[99] Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 23 gennaio 1992, cit., p. 140.

[100] Piero A. Bonnet, *Giurisprudenza…*, cit., p. 7.

[101] Joaquin Llobell, *La genesi…*, cit., p. 706.

[102] *Ivi*, p. 698. Nel diritto canonico, in quelle materia come quella matrimoniale, che "hanno come riferimento la legge divina naturale e positiva, è lecito parlare di struttura sillogistica della decisione", perché il giudice deve responsabilmente applicare le norme oggettive, il cui contenuto "non è sottoposto all'arbitraria disposizione degli uomini".

[103] Piero A. Bonnet, *Giurisprudenza…*, cit., p. 4.

[104] Tommaso Giussani, cit., p. 152. L'inamovibilità dei principi giuridici canonici fomenta il potere discrezionale ed ermeneutico del giudice, il quale pur di raggiungere gli obiettivi cardine del diritto della Chiesa, deve, se necessario, rifuggire dall'acritica applicazione del precetto scritto. Zenon Grocholewski, *La certezza…*, cit., p. 432. Parlare dell'attività di sussunzione come di un sillogismo, non deve indurre a ritenere che il giudice perpetui un mero automatismo, poiché il sillogismo avrà luogo solamente dopo aver ricostruito il fatto, individuando la natura intima del rapporto matrimoniale controverso e maturando la certezza morale sullo stesso, e questa fase è governata dal procedimento ermeneutico. Pericle Felici, cit., p. 180.

positivo[105], che non consente di escludere né l'approccio ermeneutico né quello sillogistico, trascinando l'attenzione sul ruolo dell'equità canonica[106].

L'*aequitas* è pietra miliare dell'ordinamento giuridico della Chiesa[107] che deve ispirare la decisione giudiziale e che non coincide con l'esercizio di un criterio personale del giudice[108], perché questi deve cercare ciò che obiettivamente postula la coscienza ecclesiale comune[109]: lungi dal decidere con atto creativo del diritto, egli deve individuare la norma che si confà al caso concreto applicandola in modo da assicurare la *salus animarum* di coloro che eseguiranno la sentenza[110]. Nei processi matrimoniali *l'aequitas* da un lato comporta l'obbligo per il giudice di tentare di convalidare il matrimonio ogni qualvolta ciò sia possibile e conveniente[111], d'altro canto attenua notevolmente il "*rigor stricti iuris* nei confronti dei requisiti per la mancanza o vizio del consenso, come per l'incapacità psichica"[112]. Però, soprattutto in queste cause, bisogna fare attenzione a non confondere l'*aequitas* con l'*epikeia*[113], anzitutto perché

---

[105] Joaquin Llobell, *La genesi…*, cit., p. 706.

[106] Fernando Della Rocca, *Uno sguardo…*, cit., p. 142; Orio Giacchi, *La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico…*, cit., p. 609; Tommaso Giussani, cit., p. 154. Vi si legge che l'*aequitas* è un criterio fondamentale di interpretazione e applicazione della norma che consiste in una apparente violazione del diritto per evitare risultati che possono andare contro la stessa *ratio legis*, ripugnando la coscienza morale; essa è il fondamento dell'*analogia legis*, la cui utilizzazione è ampiamente presente nella riforma. Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., p. 144. Occorre privilegiare lo spirito sulla lettera della norme, valutando il caso alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento canonico.

[107] P. Fedele, *Equità canonica* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Roma, 1988, vol. 15, pp. 147-160. La Glossa Bolognese definì l'*aequitas canonica* dicendo che *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, perché essa non poteva identificarsi semplicemente con la giustizia, menzionata anche dalle leggi barbariche, ma doveva avere una *ratio* più alta; per S. Agostino "la funzione dell'equità consiste nel correggere e completare la legge, nelle ipotesi in cui la legge parla in universale e accade nei singoli casi concreti quello che è fuor dell'universale, allora è cosa retta correggere il difetto della legge come avrebbe fatto il legislatore se avesse preveduto il caso rimasto fuori della disciplina".

[108] Joaquin Llobell, *La genesi…*, cit., pp. 706 ss. Solo nei limiti in cui l'equità implica anzitutto uno squisito rispetto della legge divina, il giudice potrà contribuire efficacemente alla *salus animarum*.

[109] Eugenio Corecco, cit., p. 411.

[110] P. Fedele, *Equità…*, cit., p. 154. Si capisce il significato dell'equità canonica solo comprendendo che in vista della *salus animarum* le parole carità, benignità e misericordia non significano indulgenza o perdono, ma significano evitare il peccato, sicché l'*aequitas* non è solo un canone di interpretazione ma è "il modo con la quale la norma suprema si afferma nella sua sovranità", lo strumento per garantire che la applicazione della norma positiva "non contrasti con i principi supremi che integrano lo spirito dell'ordinamento canonico".

[111] Joaquin Llobell, *Sentenza…*, cit., p. 312.

[112] Antonio Stankiewicz, *I doveri del giudice*, nel vol. Aa.Vv., *Il processo…*, cit., ed. 1988, p. 127.

[113] Raffaele Coppola, *Epikeia ed aequitas canonica: contenuti e caratteri differenziali*, nel vol. Aa. Vv., *Studi in onore di Pietro Bellini*, Ed. Rubbettino, Soveria Mannelli, 1999, p. 253 ss.. L'*epikeia* consiste nel richiamo allo spirito della legge ed alla *voluntas legislatoris* di fronte a casi imprevisti

le norme matrimoniali sono inderogabili[114]; poi perché l'interpretazione deve condurre alla *voluntas legis*, non alla *voluntas legislatoris*[115].

5. *Considerazioni conclusive*

Quanto esposto lascia trasparire che, nonostante la meticolosità delle norme processuali canoniche e l'attenzione ad arginare il soggettivismo, è inevitabile che la certezza morale scaturisca dalla responsabilità e dalla discrezionalità del giudice, esaltate dal ruolo della equità canonica[116]. Ne deriva che sono inidonee a tale compito sia le persone stravaganti o superficiali, che quelle troppo scrupolose, che quelle, inoltre, carenti di adeguata preparazione canonica[117], perché affrontare l'inerpicato sentiero che congiunge alla certezza morale richiede un sano, serio e competente giudizio[118]. La decisione del giudice non può ridursi ad un mero automatismo logico-deduttivo, ma deve germogliare da ponderazione integrale, cui concorre l'attività intellettiva, che sceglie le prove da valutare, insieme all'attività volitiva, che procede alla

---

ed imprevedibili dal legislatore, che "inducono il soggetto a sottrarsi dalla sfera dei destinatari del comando giuridico". Nonostante i suoi antecedenti storici collimino con quelli della equità, essa se ne differenzia perché opera solo foro interno quale decisione privata e non è atto di giurisdizione, esclude l'applicazione del comando della legge e non ne è criterio interpretativo.

[114] Joaquin Llobell, *Sentenza…*, cit., p. 312: "Non è lecito sospendere l'applicazione della legge matrimoniale mediante il ricorrere all'interpretazione benigna della *mens legislatoris*".

[115] Mario Tedeschi, cit., p. 1622.

[116] Manuel J. Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, Ed. Ediurcla, Roma, 1993, p. 427: "L'esercizio dell'equità obbliga il giudice a non rimanere nell'astrazione della norma, poiché la realtà umana che deve giudicare spesso è in contrasto con le regole della logica. Perciò deve compiere una comprensione realistica delle controversie con grande sensibilità cristiana ai problemi delle persone concrete". Piero A. Bonnet, *Sentenza…*, cit., p. 4. Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 771: "Il concetto di certezza morale, pur avendo un'essenziale componente oggettiva […] ha un'alta componente soggettiva". Eugenio Corecco, cit., p. 409. La discrezionalità del giudice caratterizza tutte le tipologie di processo e neanche il potere vincolante della legge elimina, o riduce, la responsabilità dello stesso. Orio Giacchi, *La certezza…*, cit., p. 615. Considerando le modalità di acquisizione della certezza morale, sia *in iure* che *in facto*, l'elemento soggettivo appare assai forte. Cfr. cann. 1349, 1326, 1399.

[117] Zenon Grocholewski, *La certezza…*, cit., p. 440.

[118] Pericle Felici, cit., p. 180: "[È necessario che il giudice sia] psicologicamente equilibrato e svolga un'indagine psicologica e morale del suo intimo, al fine di enucleare le tendenze temperamentali che lo distinguono e di incanalarle verso il vero ed il bene". L'autore prosegue: "Non si dovrebbe concepire un giudice che […] si ponesse nella condizione di giudicare con idee preconcette, estranee al giudizio". Joaquin Llobell, *La certezza…*, cit., p. 771. Il concetto di certezza morale appartiene ontologicamente all'ambito della *prudentia iuris peritorum* ed è intrinsecamente collegato con la virtù morale prima che con la perizia tecnica positivistica.

decisione secondo una griglia di valori fissata dallo stesso giudice[119]. Il tutto è reso particolarmente arduo dalle difficoltà propriamente processuali, che alimentano il rischio di ingiuste pronunce, conseguenti a "maneggi di professionisti senza scrupoli"[120]; per evitare le quali è indispensabile che l'istruttoria sia compiuta con la massima oculatezza.

Per avere una coscienza oggettivamente sicura sul merito della causa, i giudici sono tenuti ad acquistare la precisa e profonda conoscenza del diritto canonico e della giurisprudenza della Santa Sede, necessarie per l'amministrazione della giustizia[121], ma in egual misura deve pretendersi lo svolgimento di un attento corso di studi filosofici, essenziali ad arrecare al giudice quella *forma mentis* duttile ed agile, capace di districarsi entro i meandri della complessità umana. Sintetizzando possiamo dire che, indipendentemente dall'essere o meno sacerdote, al giudice è richiesta una preparazione a tutto tondo, che lo renda idoneo ad applicare il diritto, conoscerne i fondamenti ed i limiti, e servire i fedeli senza divenirne suddito[122].

Può concludersi esplicitando quanto si è voluto più volte sottintendere, cioè che tutte le enunciazioni filosofico-dommatiche cui è capace di pervenire la letteratura intorno al concetto di certezza morale, in uno con le prescrizioni giuridiche, sarebbero tanto necessarie quanto inadeguate allo scopo, se non si accompagnassero alla somatizzazione da parte di ciascun giudice della irripetibilità del proprio contributo alla *salus animarum fidelium*.

---

[119] Tommaso Giussani, cit., p. 137.

[120] Paolo VI, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 11 gennaio 1965, in vol. Francesco Bersini, cit., p. 68.

[121] Peter Erdö, cit., p. 101.

[122] Antonio Morabito, *La deontologia nell'ordinamento del diritto canonico*, in http://digilander.libero.it/donmorabito/web/articoli/htm: "Il giudice deve essere esperto, sia nelle scienze umane che in quelle scientifiche, come la teologia morale, la psicologia etc. Deve essere dotato di integrità e incorruttibilità, come note distintive, per le quali egli non ceda né di fronte all'amore, né all'odio, né di fronte alle preghiere, né alle minacce, né ai benefici, né alle situazioni scomode". Dello stesso avviso Mario F. Pompedda, *Studi…*, cit., p. 188.