

La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti

**Il raggiungimento del principio della libera
valutazione delle prove***

Joaquín Llobell

**Ordinario di diritto processuale canonico
Pontificia Università della Santa Croce**

SOMMARIO: 1. Premessa / 2. La genesi del sistema del CIC 1917 / a) Il dibattito da parte della Commissione codificatrice sul processo contenzioso ordinario / b) La redazione dei processi matrimoniali / c) Il testo promulgato: la formale esclusione del valore probatorio delle dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio (l'art. 117 dell'istr. "Provida Mater Ecclesia") / 3. Cenni su alcune disposizioni normative intercodiciali / a) L'istruzione del Sant'Ufficio sulla procedura amministrativa per la dichiarazione di morte presunta del coniuge (1868) / b) Il Discorso di Pio XII alla Rota Romana nel 1942 / c) Le norme per il Vicariato Apostolico della Svezia (1947 e 1951) / 4. La genesi dei vigenti cann. 1536 e 1679 / a) I documenti inediti riguardanti il periodo precedente alla Relatio Sabbatani 1970 (1967-1970) / b) Dalla Relatio Sabbatani 1970 allo "Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de processibus", 1976 (documentazione parzialmente inedita) / c) Dallo Schema 1976 al testo promulgato / 5. Conclusioni

1. Premessa

La precedente relazione storica di questa *giornata di studio* ha mostrato le radici canoniche del valore delle dichiarazioni delle parti

* Relazione tenuta alla Giornata di Studio "Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale" (Università di Verona, 10 maggio 2001), in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale*, Padova, 2003, in corso di stampa.

nelle cause matrimoniali¹ e quanto siano vere, anche per la nostra tematica, le parole di Giovanni Paolo II: "Nella storia della Chiesa, 'il vecchio' e 'il nuovo' sono sempre profondamente intrecciati tra loro. Il 'nuovo' cresce dal 'vecchio', il 'vecchio' trova nel 'nuovo' una più piena espressione"². Infatti, Sánchez, già alla fine del '500, aveva manifestato un atteggiamento rispettoso sia della dignità dei coniugi sia della libertà del giudice nel valutare le loro dichiarazioni, pur negando l'applicazione del concetto di "confessione giudiziaria" a tali dichiarazioni e anche se i brani relativi lasciano adito a soluzioni opposte³. A noi compete analizzare la genesi della disciplina vigente, il cui ovvio interesse è manifestato dalle diverse recenti trattazioni sull'argomento⁴.

L'analisi della genesi del testo codiciale aiuta a comprendere la *mens legislatoris*, quantunque entro certi limiti⁵. L'indagine che, da

¹ Cfr. F.S. SALERNO, *La prova nel processo canonico secondo i precetti dello "ius vetus"*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti...*, cit.

² GIOVANNI PAOLO II, lett. ap. "*Tertio millennio adveniente*" anni MM *Iubilaeum ad parandum*, 10 novembre 1994, n. 18, in AAS, 87 (1995), pp. 5-41.

³ "Licet ad sponsalia dissolvenda satis sit confessio utriusque sponsi ut diximus (lib. 1, disp. 72, n. 2), verum ad dissolvendum matrimonium minime sufficere, si uterque conjux non stans pro matrimonio, id est, petens id dissolvi, fateatur impedimentum dirimens. Quia in causa matrimonii non statur litigantium confessioni (...). Quod verum est, licet fama impedimenti cum tali confessione concurrat. Quia confessio ea cum sit in contentium favorem, nihil probat, et fama, per se non satis est" (T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, Lugduni, 1739, lib. 2, disp. 45, n. 33, vol. 1, p. 195).

"Quinimo si uterque conjux stans pro matrimonio, fateatur impedimentum, satis est dirimendum matrimonium, licet fama impedimenti non concurrat: verisimile enim non est velle contra seipsum falsum deponere (...). Et hac ratione ducti, multi docent sufficere etiam confessionem alterius conjugis pro matrimonio stantis absque fama (...). Sed merito hanc non sufficere in re tam arduam (...). Propter quod collusionis periculum relinquatur arbitrio iudicis, an talis confessio utriusque conjugis pro matrimonio stantis, sufficiens sit" (*ibidem*, lib. 2, disp. 35, n. 3, vol. 1, p. 162).

"Si enim pro illo [matrimonio] stent, quia non petunt matrimonium dissolvi, sed in eo perseverare volunt, iudex autem ex officio inquirat, vel tertius accusat, tunc confessio utriusque simul cum impedimenti fama sufficit" (*ibidem*, lib. 2, disp. 45, n. 33, vol. 1, p. 195).

⁴ Cfr., ad es., M.J. ARROBA, *Il valore delle dichiarazioni giudiziali delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, in TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE PIEMONTESE, *Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2000*, Torino, 2000, pp. 19-43; P. PLATEN, *Die Bedeutung der Parteierklärungen im kanonischen Prozess*, in "De processibus matrimonialibus", 8 (2001), pp. 313-373.

⁵ Cfr. J.L. GUTIÉRREZ, *La interpretación literal de la ley*, in "Ius Canonicum", 35 (1995), pp. 529-560.

diciassette anni, svolgiamo sul *Fondo CIC* del 1917 conservato presso l'Archivio Segreto Vaticano, ancora in fase di pubblicazione⁶, consente una più esatta e completa ricostruzione della genesi del codice piano-benedettino che non quella deducibile dai noti *Schemata "de processibus"* pubblicati dal Roberti nel 1940⁷. Per questo motivo e perché le problematiche a cui i consultori della Commissione codificatrice del vigente testo legale cercarono di porre rimedio sono state molto simili a quelle studiate dai loro colleghi della prima codificazione, quantunque i testi promulgati siano formalmente molto diversi, analizzeremo in primo luogo l'origine della normativa dell'inizio del secolo XX per, poi, considerare quella vigente. Anche in questo caso abbiamo avuto occasione di accedere al relativo archivio (quello del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi) e, quindi, possiamo offrire un'informazione nuova su diversi aspetti.

2. La genesi del sistema del CIC 1917

a) Il dibattito da parte della Commissione codificatrice sul processo contenzioso ordinario

Il primo progetto del CIC 1917 riguardante le dichiarazioni delle parti e il loro valore probatorio è il voto di Fischer, stampato nel 1907⁸. Invece, Roberti lo pubblicò come "*Schema C*", dando così adito a pensare che tale testo fosse stato conseguenza dell'evoluzione degli schemi "A" e "B"; inoltre, l'illustre processualista incluse i canoni di Fischer sulle prove fra quelli riguardanti la sentenza, ostacolando ulteriormente la reale comprensione della genesi legale. Nella *Praenotatio generalis* al voto, Fischer sosteneva che il processo canonico "iure ac merito quodammodo pater appellatur omnium codicum processua-

⁶ Cfr. J. LLOBELL - E. DE LEÓN - J. NAVARRETE, *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1, *Cenni storici sulla codificazione. "De iudiciis in genere", il processo contenzioso ordinario e sommario, il processo di nullità del matrimonio*, Milano, 1999.

⁷ Cfr. J. LLOBELL - E. DE LEÓN, *Kritische Anmerkungen zu den "Schemata de Processibus" CIC 1917 von Francesco Roberti*, in "Archiv für katholisches Kirchenrecht", 167 (1998), pp. 76-114; *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., pp. 173-192, 1247-1275.

⁸ Cfr. O. FISCHER, Professor ord. iuris in Universitate Vratislaviensi, *Votum de iudiciis non criminalibus, in genere*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1907 (citato Fischer 1907), in *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., pp. 537-567.

lium recentiorum"⁹. Comunque, proponeva che il codice ecclesiale promulgando fosse strutturato "in modum legum modernarum"¹⁰. Fischer affermava il valore probatorio delle dichiarazioni delle parti e la libertà del giudice nella loro valutazione nel primo titolo sulle prove (Tit. XI, *De probationibus in genere*)¹¹. A continuazione, nella *Praenotatio* al Tit. XII, *De singulis probationibus*, considerava completamente superata l'impostazione formalistica del sistema probatorio, riscontrabile in taluni istituti canonici, e, di conseguenza ne proponeva la eliminazione dal nuovo codice. Come prima manifestazione del nuovo impianto legale, Fischer collocava la libera valutazione delle prove da parte del giudice, in particolare delle dichiarazioni delle parti: "iudex ex animi sui sententia iudicare debet, an affirmationes partium verae sint necne"¹².

Il discorso diventava ancora più incisivo nella *Praenotatio* al terzo mezzo probatorio, quello da Fischer chiamato *De testimonio partium*, preferendo detta denominazione all'altra *De iureiurando partium*, forse più tradizionale ma, indubbiamente, di connotazioni più formalistiche. Infatti, diceva: "Si iudicis officium erit ex animi sua sententia de veritate affirmationum partium diiudicare, etiam partium depositiones sub iuramento emissas non alio methodo pensandae sunt quam depositiones tertiorum id est testium. Itaque partium interrogationes et responsiones eadem tractari libertate debent quam interrogationes et responsiones testium"¹³. Perciò proponeva come primo paragrafo¹⁴ delle dichiarazioni delle parti: "Partes aut qui vice partium funguntur, ad instantiam partium aut ex officio uti testes audiri possunt" (§ 55). Un tale sistema di libera valutazione delle dichiarazioni delle parti esigeva che il giudice manifestasse nella motivazione della sentenza

⁹ Fischer 1907, p. 538.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ "Iudex suo libero arbitrio declarabit, utrum affirmationes partium verae habendae sint necne. Imprimis questio, utrum damnum ortum sit an quanti res aestimanda sit, solo iudicis arbitrio decernenda est. 'Adnotatio'. — Cod. proc. civil. Germ. §§ 286, 287" (Fischer 1907, § 45).

¹² Fischer 1907, p. 552.

¹³ *Ibidem*, p. 554-555.

¹⁴ Fischer seguì l'uso germanico di dividere i testi legislativi in paragrafi (§) e disattese l'indicazione di distribuire il nuovo codice in canoni o articoli (cfr. Regolamento per la commissione pontificia istituita dal Santo Padre per la codificazione del diritto canonico, 11 aprile 1904, nn. 5, 8, 9, 10, in *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., pp. 287-289).

l'itinerario intellettuale che lo aveva portato ad una determinata conclusione nel dispositivo. Perciò il voto di Fischer prescriveva che la sentenza dovesse contenere "rationes decidendi" (§ 85, 6°).

Il voto di *Noval 1908*¹⁵ era più attaccato alla tradizione formalistica sul valore delle dichiarazioni delle parti. Comunque, nel capitolo *De probationibus in genere* (e non nel titolo sulla sentenza, come appare sugli *Schemata* di Roberti), il domenicano spagnolo esponeva il genuino senso canonico del concetto di *prova piena*, cioè quella — o, meglio, quell'insieme di prove, non escluse le dichiarazioni delle parti — che consente al giudice di raggiungere la certezza morale sull'oggetto della causa che deve decidere: "Ut probatio, sive ex uno sive ex pluribus probandi mediis petatur, sufficiat ad controversam iudicialiter finiendam, talia elementa continere debet quae veritatem evincant aut saltem moralem certitudinem"¹⁶.

Congruentemente con questo sistema di libero apprezzamento delle prove, il voto di Noval stabiliva la necessità dell'adeguata motivazione della sentenza, cioè la manifestazione del percorso mentale che portava il giudice al suo dispositivo¹⁷.

Anche il voto di *Many 1908*¹⁸, sebbene in modo meno esplicito di quelli di Fischer e di Noval, proponeva come concetto di *prova piena* quello atto a produrre la certezza morale giudiziaria¹⁹. Il consultore francese, membro del primo collegio degli uditori della rinnovata Rota Romana e suo decano nel 1920²⁰, includeva le dichiarazioni delle parti

¹⁵ Cfr. R.P. I. NOVAL O.P., Consultor, *Votum, Codex Iuris Canonici, Liber Quintus, De iudiciis, pars II: De iudiciis contentiosis, sectio I, De iudiciis contentiosis in genere*, Romae, Typis Vaticanis, 1908 (citato Noval 1908), in *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., pp. 569-608.

¹⁶ Noval 1908, can. 74.

¹⁷ "Forma autem sententiae huiusmodi sit: ... 5°. Exponantur conclusiones facti, seu singula facta quae ex actis probata manent, necnon relativae probationes. 6°. Recenseantur allegationes iuris, seu singuli canones qui factis probatis applicandi sunt. 7°. Exprimantur conclusiones iuris, quae partem dispositivam sententiae continent" (Noval 1908, can. 214).

¹⁸ Cfr. P. S. MANY, C.S. Sulpitii, Consultor, *Votum, Liber Quintus, De iudiciis, Pars Secunda, De iudiciis contentiosis, Sectio I: De iudiciis contentiosis in genere (Titulus VI-XXII)*, Romae, Typis Vaticanis, 1908 (citato Many 1908), in *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., pp. 609-670.

¹⁹ Cfr. Many 1908, can. 42.

²⁰ Cfr. *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., pp. 106-108.

fra il primo mezzo di prova (cfr. cann. 47-51) e sanciva l'obbligo di motivare la sentenza²¹.

La Commissione codificatrice discusse i principi sul sistema probatorio — in sede di prima *lettura*, fatta sui voti di Fischer, di Noval 1908 e di Many 1908 — durante la sessione del 27 marzo 1908. Il presidente della Commissione, Card. De Lai, suggerì di esaminare i criteri proposti dal voto di Fischer. Questi, presente all'adunanza, richiamò il citato § 45 del suo voto sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti e sul loro libero apprezzamento da parte del giudice²², considerando detto disposto "fondamentale per tutta questa questione". Fischer ricordò — secondo quanto riferisce il verbale dell'incontro trascritto, in un italiano non perfettissimo, dal notaio (il futuro cardinale di Cracovia, Adamo Sapieha, il quale avrebbe ordinato sacerdote Giovanni Paolo II) — "che questo sistema è già in pratica nelle Congregazioni e tutti i codici lo hanno accettato. Le formalità delle prove sono abolite perché hanno solamente imbrogliato la verità. Il principio del diritto antico 'quod non est in actis non est in mundo', non è toccato, soltanto il giudice non deve essere oppresso dalle forme relative alle prove ma deve essere più libero, non come fino adesso quando le forme vincevano la verità"²³.

Comunque, una tale piena libertà del giudice e il totale superamento del valore legale delle prove richiede l'adeguata preparazione dei giudici, cosa che, secondo il cardinale De Lai, non era garantita "nella Chiesa Universale". Fischer rispondeva "che questo principio è fondamentale per l'amministrazione della giustizia e la Chiesa farebbe un magno progresso adottandolo"²⁴. Comunque, la maggioranza dei consultori manifestava delle resistenze ad adottare il sistema della piena libera valutazione delle prove e considerava opportuno accogliere nel futuro codice una configurazione in cui fosse ancora presente la loro valutazione legale. Infatti, Many riteneva "che il giudice deve essere 'manuctus'" dalla legge, e il gesuita P. Ojetti proponeva dire "iudex nullas admittat probationes nisi eas, quas ius probat iuxta cum modum et valorem, qui in lege determinatur"²⁵.

²¹ "Sententia definitiva debet... continere motiva decisionis" (Many 1908, can. 181 § 1).

²² *Vide supra* nota 11.

²³ *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., p. 1127.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 1128.

Nella successiva Consulta, il 3 aprile 1908, Filippo Pacelli — Decano del Collegio degli Avvocati Concistoriali e genitore del futuro Pio XII, il quale in quel momento fungeva da notaio di un altro *coetus* della Commissione codificatrice — trovava resistenza ad ammettere come prova le dichiarazioni delle parti. Infatti, egli "osserva che le asserzioni della parte avversaria possono essere al più un indizio, ma mai una prova"²⁶. Comunque, i consultori, con buon senso, cercavano di stabilire mezzi atti a rendere attendibili e utili per l'accertamento della verità le dichiarazioni delle parti: "M[ons.] Martini desidererebbe che le interrogazioni fossero comunicate prima alle parti, anche se sono proposte dalla parte avversaria. Trova, che lasciarle rispondere 'ex abrupto' è troppo duro. P[adre] Ojetti sarebbe contrario a questa proposta perché le parti verrebbero istruite dai loro avvocati e così potrebbero molto facilmente ingannare il giudice. Lo scopo delle interrogazioni medesime è precisamente per trovare la verità, mentre con questo mezzo si renderebbe più difficile. L'E.mo De Lai anche qui sarebbe per lasciare la libertà al giudice... Il pericolo di cui parla P. Ojetti non si può sfuggire... P. Ojetti osserva ancora che una risposta spontanea ha molta più forza"²⁷.

Tuttavia, come si evince dai verbali, la questione fondamentale continuava ad essere incentrata sull'accettazione del principio del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice e la considerazione del concetto di *prova piena* sia in conformità con detta libertà (quella che produce la certezza morale) sia, invece, in senso formalistico (quella imposta dalla legge alla coscienza del giudice):

"P. Ojetti si pronuncia contrario al sistema della libertà dell'apprezzamento del giudice, e dice che anche i moderni giuristi sono contrari a ciò così cita Ricci ed altri.

L'E.mo De Lai risponde che il libero apprezzamento delle prove non si deve intendere così che il giudice possa giudicare senza sufficienti prove; poi per controllare questo apprezzamento vi sono tanti mezzi ad es.: l'appello. Egli non vorrebbe che si ammettesse soltanto la determinazione [formalistica] della piena prova, e sta per lasciare al giudizio del giudice se una prova è veramente sufficiente... L'E.mo De Lai ripete che si può bene mettere quali prove sono ammesse dal

²⁶ *Ibidem*, p. 1130.

²⁷ *Ibidem*, pp. 1131-1132.

diritto, ma a priori non si può stabilire assolutamente quanto peso abbia una prova"²⁸.

L'ammissione di qualsivoglia prova utile per accertare la verità — senza preclusioni legali (tranne in casi speciali, come in quelli riguardanti il segreto professionale, in particolare quello della confessione sacramentale) — è intimamente collegata con il principio della libera valutazione delle prove. Infatti, a proposito della prova testimoniale, i verbali informano che "l'E.mo De Lai opina che tutti possono essere citati come testi", quantunque "la forza delle loro testimonianze" abbia un peso diverso, lasciato alla libera valutazione del tribunale²⁹. Allo stesso modo, nella Consulta dell'8 maggio 1908, fu discussa l'opportunità di accettare il confronto diretto fra le parti e fra i testi. Alla fine, malgrado la resistenza di alcuni consultori i quali consideravano detto confronto poco consono allo spirito mite del diritto ecclesiale, fu deciso di ammettere detta prova, lasciando al libero giudizio del tribunale la valutazione sulla sua opportunità e convenienza³⁰. Durante la medesima adunanza fu nuovamente dibattuta la questione della forza probatoria delle deposizioni di qualche teste. Alcuni consultori insistevano sulla necessità di fissare legalmente limiti formali; ad es., sul "testis unus", il "P. Ojetti... propone di fare una redazione negativa dicendo: Il giudice non può giudicare una causa come provata, se non vi sono ad es. due testi, 'nisi habeantur duo testes fide digni, eadem de re concordēs non habeatur plena probatio'".

Comunque, il presidente della Commissione si adoperò per far prevalere il principio della libera valutazione delle prove: "L'E.mo De Lai trova che così l'eccezione delle persone dei testi, come la 'reprobatione' delle loro testimonianze, si deve provare e che il giudizio delle medesime come della forza delle prove esterne devono lasciarsi all'apprezzamento del giudice". Filippo Pacelli insisteva ugualmente sul fatto che la prova testimoniale dovesse essere "sempre soggetta all'apprezzamento del giudice"³¹. Il risultato di questo dibattito sui voti di Fischer, Noval 1908 e Many 1908 fu la stesura dello *Schema 1 1908*³². Il can. 50, appartenente al titolo IX, *De probationibus in gene-*

²⁸ *Ibidem*, pp. 1132-1133.

²⁹ *Ibidem*, p. 1134.

³⁰ Cfr. *ibidem*, p. 1143.

³¹ *Ibidem*, p. 1144.

³² Cfr. Pars II: "De iudiciis non criminalibus", sectio I: "De iudiciis contentiosis in

rali, negava il valore probatorio delle sole dichiarazioni delle parti³³. Il can. 55 armonizzava il mantenimento del valore legale di talune poche prove con la libertà del giudice per apprezzare tutte le altre. Per evitare che detta libertà potesse degenerare in arbitrarità, il canone sanciva l'obbligo di motivare nella sentenza le ragioni dell'interpretazione delle prove fatta dal tribunale³⁴.

Il can. 56 del medesimo *Schema 1 inc* sanciva il carattere indisponibile delle cause pubbliche e, quindi, la necessità di tentare che la sentenza rispecchiasse la verità. Per questo motivo, la confessione giudiziale, da sola, non costituiva prova piena: "Confessio iudicialis ... relevat aliam partem ab onere factum illud probandi ... 2° si agatur de negotio aliquo privato et particulari et in causa non sit res aliqua spiritualis, ius tertii, aut publicum bonum". Comunque, in un testo alternativo, redatto secondo i criteri del voto di Fischer, si affermava la libera valutazione del giudice delle dichiarazioni giurate delle parti: "Si utraque pars examinetur, iudex uni tantum, cui nempe maior fides praestanda videtur, iuramentum deferat" (*Schema 1 inc*, can. 82 § 6).

Il successivo *Schema 2 1909*³⁵, continuava a negare il valore probatorio delle sole dichiarazioni delle parti (cfr. can. 147), a stabilire l'obbligo d'indicare nella sentenza le ragioni dell'interpretazione delle prove fatta dal tribunale (cfr. can. 151) e l'impossibilità della confessione giudiziale, da sola, di produrre la certezza morale nelle cause pubbliche (cfr. can. 157). Comunque, il progetto accoglieva la proposta alternativa del precedente schema, sulla scia del voto di Fischer, secondo cui le sole dichiarazioni delle parti potevano avere valore di prova piena, in assenza di altri mezzi probatori: "Probatio factorum controversorum, quorum demonstratio ratione boni publici aut pro

genere". Titoli 1-14 (citato *Schema 1 inc*), in *ibidem*, pp. 671-698.

³³ "Debent a iudice respui probationes factorum a partibus oblatae ... 3°. quae a parte pro suo lubitu confectae sunt extra iudicium, ceu praesertim sunt gratiosae suffragationes et ultroneae declarationes aut attestations" (*Schema 1 inc*, can. 50).

³⁴ "§ 1. Si lex aliquid expresse statuat de valore alicuius probationis, iudex in aestimatione eiusdem probationis sequi tenetur sensum legis, et iuxta ipsum sententiam ferre. Idque debet in considerandis sententiae adnotare. § 2. Si lex nil caveat, in aestimatione valoris probationum iudex sequi debet intimam animi sui convictionem actibus processus innixam, et secundum eam sententiam ferre. Adiuncta vero et considerationes quae ipsum in intimam hanc persuasionem induxerunt in considerandis sententiae exprimere tenetur" (*Schema 1 inc*, can. 55).

³⁵ Cfr. Pars II: "De processu iudiciario in generali". Titoli 1-16, (citato *Schema 2 inc*), in Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917, cit., pp. 699-742.

administratione iustitiae necessaria est, potest exquiri ope examinis partis. Attamen hoc licet tantummodo, quando probatio sufficiens obtineri aliunde non potest" (*Schema 2 inc*, cann. 152-153).

Durante la terza 'lettura' dei canoni sulle prove, fatta sullo *Schema 2 inc* 1909, il 23 giugno 1909, P. Ojetti propose di aggiungere "un terzo paragrafo [al can. 145] nel quale si direbbe 'nullius assertum sive actoris sive conventi admittatur nisi assertum suum probaverit'"³⁶, per indicare che le dichiarazioni delle parti, da sole, non potevano produrre la certezza morale.

Il posteriore schema, quello esaminato dal Congresso dei Cardinali nel 1910³⁷, conteneva le citate prescrizioni dello *Schema 2 inc* (cfr. cann. 268 § 3, 270 § 1, 274, 276) con l'importante modifica di accogliere la proposta del P. Ojetti e, quindi, di non riconoscere alcun valore probatorio alle sole dichiarazioni delle parti (cfr. can. 268). Tale sistema fu quello sostanzialmente accolto dal CIC 1917. Comunque, lo *Schema 1909 Cardinali* fu il primo a richiedere formalmente la 'certezza morale' giudiziaria per pronunciare la sentenza (cfr. can. 441). I Cardinali non apportarono alcuna modifica alla materia in esame³⁸ e nell'Archivio Segreto Vaticano non esistono verbali sulla discussione dei successivi schemi.

b) La redazione dei processi matrimoniali

L'iter redazionale delle cause matrimoniali iniziò con il voto di Bassibey 1908³⁹. Detto progetto stabiliva la necessità d'interrogare entrambi i coniugi (cfr. artt. 32-34). Le loro dichiarazioni potevano produrre la certezza morale soltanto qualora fossero a favore della validità del matrimonio e fossero prodotte dal coniuge a cui spettava il diritto di 'accusare' il matrimonio. Invece, le dichiarazioni *pro nullitate matrimonii* non avevano alcun valore tranne che fossero state emesse

³⁶ *Ibidem*, p. 1193.

³⁷ Cfr. il primo schema unitario delle parti prima e seconda: *Schema 1909* per il Congresso dei Cardinali 1910: Titulus praeliminaris: "De iudicii ecclesiastici natura et ambitu"; Pars I: "De tribunalium ecclesiasticorum ordinatione"; Pars II: "De processu iudiciario in generali" (*Schema 1909 Cardinali*), in *ibidem*, pp. 751-839.

³⁸ Cfr. Verbali del Congresso dei Cardinali sul libro "De iudiciis", 22 febbraio - 25 aprile 1910, in *ibidem*, pp. 1213-1229.

³⁹ Cfr. REV. P. R. BASSIBEY, Consultor, Codex Iuris Canonici, *Votum de processu matrimoniali (Titulus I-VIII)*. *Textus et observationes*, Romae, Typis Vaticanis, 1908 (citato Bassibey 1908), in *ibidem*, pp. 847-868.

prima della celebrazione delle nozze. In questa fattispecie le dichiarazioni, pur non dovendo essere respinte, non potevano comunque produrre da sole la certezza morale, salvo nelle cause d'inconsumazione o d'impotenza⁴⁰. Particolare attenzione doveva essere prestata qualora le dichiarazioni dei coniugi non fossero concordi⁴¹.

In seguito al voto di Bassibey furono redatti nove schemi sul processo matrimoniale, successivi alla stesura dello schema sul processo contenzioso ordinario preparato per il Congresso dei Cardinali⁴². In essi le dichiarazioni delle parti avevano qualche valore probatorio soltanto nelle cause d'inconsumazione o d'impotenza, nelle quali erano necessari i testi *septimae manus*. Il "testimonium septimae manus", anche se originariamente conteneva un elemento formalistico riguardante chi e quanti dovevano essere chiamati come testimoni sulla credibilità delle parti in causa, in realtà manifestava l'accettazione delle dichiarazioni delle parti quali prove che, qualora fossero state riconosciute credibili, potevano produrre la certezza morale, cioè costituire prova piena⁴³.

Tuttavia, oltre al "testimonium septimae manus" sulle dichiarazioni delle parti, per raggiungere la certezza morale erano richiesti indizi e

⁴⁰ "§ 1. Coniugum iurata confessio pro valore matrimonii contracti vim probandi habet quando ipsis ius accusandi reservatur; alias tantum praesumptionem gerit. § 2. Contra validitatem, et ante matrimonium contractum, non reiicienda est; si vero post contractum matrimonium et, a fortiori, tempore suspecto facta fuerit, omni vi caret... § 4. Si agatur de impotentia aut inconsummatione, fundamentum est causae et probationis principium, quia res solis coniugibus nota esse potest" (*Bassibey 1908*, art. 35).

⁴¹ "Quando ambo coniuges nimium in depositionibus concordēs videantur, a iudice et defensore matrimonii investigandum erit utrum inter eos collusio intercesse- rit, ut fraude, si qua fuerit, detecta, veritas dilucide appareat" (*Bassibey 1908*, art. 36).

⁴² Cfr. Sinossi dei canoni dei nove Schemata e del CIC 1917 sul processo di nullità del matrimonio, in *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., pp. 869-907.

⁴³ "Deinde procedendum erit ad examen septimae manus, hoc est septem propinquorum ex utroque latere ad formam Text. in Cap. 'Litterae Vestrae', de frig. et malef. (X, 4, 15, de frigidis et maleficiatis, 7). Ut id facilius exequi iudex valeat, defensor matrimonii citabit partem actricem, ut indicet septem, sibi sanguine vel affinitate coniunctos, si fieri possit, sin minus, septem vicinos bonae famae. Singuli, audita prius lectura examinis, seu confessionis coniugis eos inducentis, erunt interrogandi, utrum perspectam habeant religionem et honestatem illius coniugis, ut propterea sibi verosimile sit, ac credant eum vera dixisse" §.C. CONCILII, *Instructio pro confectione processus in causis matrimonialibus*, 22 agosto 1840, § 11, in ASS, 1 (1865-66), pp. 439-444).

amminicoli che corroborassero sia le dichiarazioni, sia le testimonianze. Inoltre, sempre per le cause d'inconsumazione o d'impotenza, era prescritta, se ritenuta opportuna, l'ispezione corporale⁴⁴. Di conseguenza, nel sistema del CIC 1917 non era riconosciuto valore probatorio alla mera dichiarazione delle parti nelle cause matrimoniali.

Alla fine del 1914 fu inviato lo schema del "*Liber quintus. De iudiciis ecclesiasticis*" a tutte le autorità ecclesiastiche latine affinché inviassero le loro osservazioni alla Commissione codificatrice⁴⁵. Nell'indicazione al can. 495 i vescovi della provincia di Bourges proponevano di aggiungere un secondo paragrafo in cui fosse sancito che "In causis de nullitate matrimonii, iuris praesumptio est in favorem celebrati matrimonii, ideoque ad declarandam nullitatem probatio requiritur completa". Di per sé l'indicazione non modificava il concetto di certezza morale, tuttavia manifestava un'impostazione formalistica in cui le dichiarazioni delle parti difficilmente potevano avere valore probatorio decisivo.

Come abbiamo segnalato, i primi progetti attribuivano formalmente un qualche valore probatorio alle dichiarazioni delle parti, confortate dal "testimonium septimae manus", nelle cause d'impotenza e d'inconsumazione. Nel 1914-1915 i vescovi della provincia di Rouen, a proposito del can. 498 sui testi "septimae manus", suggerirono diverse cautele per evitare la collusione fra le parti e tali testi⁴⁶. Il testo promulgato, al can. 1975, non permetteva di arrivare alla dichiarazione di nullità nelle cause di impotenza e d'inconsumazione con la sola deposizione delle parti la cui credibilità fosse stata testimoniata da persone che avessero conoscenza diretta dei coniugi e che, a loro volta, fossero degne di fede. Infatti, il § 2 del canone esigeva "alios adminiculos aut argumentos" e il can. 1976 prescriveva, per dette cause, l'ispezione corporale fatta dai periti "nisi ex adiunctis inutilis evidenter appareat".

⁴⁴ Cfr. *Sinossi sul processo di nullità del matrimonio*, cit., pp. 888-889.

⁴⁵ Cfr. Lettera "De mandato" ai Vescovi che accompagna lo Schema del "*Liber quintus. De iudiciis ecclesiasticis*", 15 novembre 1914, in *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., pp. 841-842.

⁴⁶ Cfr. "Animadversiones Episcoporum ac Superiorum Regularium in libro 'De iudiciis ecclesiasticis'", 1915, sul processo di nullità del matrimonio, in *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917*, cit., p. 916.

c) Il testo promulgato: la formale esclusione del valore probatorio delle dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio (l'art. 117 dell'istr. "Provida Mater Ecclesia")

È noto e molto significativo che il CIC 1917 trattasse *De interrogationibus partibus in iudicio faciendis* al titolo nono (cann. 1742-1746), precedente a quello decimo *De probationibus* (cann. 1747-1836). Quantunque detta sistematica possa essere interpretata nel senso di negare ogni valore probatorio alle dichiarazioni delle parti, in realtà i prescritti legali smentiscono detta sensazione, sebbene non sia del tutto inesatta. Infatti, il primo canone sull'interrogatorio delle parti asseriva: "Iudex ad eruendam veritatem facti quod publice interest ut extra dubium ponatur, debet partes interrogare" (can. 1742 § 1). Invero, l'obbligo di accertare la verità nelle cause pubbliche e, quindi, di adoperare ogni mezzo lecito per raggiungere la certezza morale (cfr. can. 1619 § 2) non poteva prescindere dalle dichiarazioni delle parti, le quali, nelle cause pubbliche non penali dovevano essere sottoposte a giuramento "de veritate dicenda" (cfr. can. 1744). Perciò è necessario affermare che il codice piano-benedettino riconosceva a dette dichiarazioni un qualche valore probatorio, anche nelle cause di nullità del matrimonio.

Il problema è che detto valore era *unidirezionale*, vale a dire soltanto *contro* la posizione sostenuta dalla parte, come nel caso della confessione (cfr. can. 1750), la quale faceva prova piena nelle cause private (cfr. can. 1751). Per questo motivo, il can. 1743 § 2 consentiva al giudice d'interpretare il silenzio della parte interrogata come confessione contro se stessa e, quindi, *pro validitate vinculi*.

Unicamente nelle cause d'inconsumazione e d'impotenza, come abbiamo accennato, le dichiarazioni delle parti potevano avere valore *pro nullitate matrimonii*. Tuttavia, per consentire una sentenza favorevole alla nullità del vincolo, dovevano essere confortate sia dal "testimonium septimae manus", sia da "aliis adminiculis aut argumentis" (can. 1975 § 2).

Perciò, la Congregazione per i sacramenti — quando nel 1936 volle chiarire il significato del codice sul processo di nullità del matrimonio con l'istr. *Provida Mater Ecclesia* — affermava energicamente all'art. 117: "Depositio iudicialis coniugum non est apta ad probationem contra valorem matrimonii constituendam". E il precedente art. 116 conferiva valore meramente amminicolare alla 'confessione' co-

ntro la validità del matrimonio, quantunque detta 'dichiarazione' fosse stata fatta prima della celebrazione del matrimonio o dopo ma, comunque, *tempore non suspecto*⁴⁷.

3. Cenni su alcune disposizioni normative intercodiciali

A mitigare il rigore dell'autorevole interpretazione codiciale fatta dalla *Provida*, non perfettamente rispecchiante la tradizione canonica, vi furono diverse norme postcodiciali, fra cui includiamo il noto discorso di Pio XII alla Rota Romana nel 1942, perché ci sembra che abbia natura normativa — una peculiare 'instructio' per chiarire (cfr. can. 34 § 1) il concetto di certezza morale, la quale avrebbe natura di 'decreto generale' in quanto promulgato dal supremo legislatore (cfr. cann. 29 e 30) — e che, come tale, sia stato considerato dalla giurisprudenza, dalla dottrina e da Giovanni Paolo II⁴⁸. Fra tali norme, riguardo al valore probatorio delle dichiarazioni delle parti, un particolare interesse hanno le disposizioni sul cosiddetto "argomento morale" nella procedura *super matrimonio rato et non consummato*⁴⁹. Comunque il suo studio eccede l'ambito del nostro discorso⁵⁰.

a) L'istruzione del Sant'Ufficio sulla procedura amministrativa per la dichiarazione di morte presunta del coniuge (1868)

Non potrà non destare meraviglia considerare *intercodiciale* una norma del 1868. Lo facciamo perché detta istruzione, malgrado risalga

⁴⁷ Cfr. S.C. PER I SACRAMENTI, istr. *Provida Mater Ecclesia*, 15 agosto 1936, in AAS, 28 (1936), pp. 313-361; P.A. BONNET, *De iudicis sententia ac de certitudine morali*, in "Periodica", 75 (1986), pp. 61-100 e in *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul processo canonico*, Torino, 1998, pp. 363-392, in particolare, sulla versione di "Periodica", pp. 84-86.

⁴⁸ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 4 febbraio 1980, n. 6, in AAS, 72 (1980), pp. 172-178.

⁴⁹ Cfr. S.C. PER I SACRAMENTI, *Regulae servandae in processibus super matrimonio rato et non consummato*, 7 maggio 1923, artt. 50-83, in AAS, 15 (1923), pp. 380-413; ID., instr. "*Dispensationis matrimonii*" *de quibusdam emendationibus circa normas in processu super matrimonio rato et non consummato servandas*, 7 marzo 1972, in AAS, 64 (1972), pp. 244-252; ID., *Litterae circulares de processu super matrimonio rato et non consummato*, 20 dicembre 1986, nn. 8-14, in "Enchiridion Vaticanum", vol. 10, nn. 1012-1044.

⁵⁰ Cfr. O. BUTTINELLI, *Il procedimento di dispensa dal matrimonio rato e non consummato: la fase davanti al vescovo diocesano*, in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, pp. 119-120.

a mezzo secolo prima del codice piano-benedettino⁵¹, è stata applicabile fino all'entrata in vigore del CIC 1983 in quanto il CIC 1917 non regolava suddetta procedura⁵². Tale norma era stata *ripromulgata* in occasione di una causa sottoposta all'esame della S. Congregazione per i sacramenti. Il 12 marzo 1910 la Congregazione decise di pubblicare l'istruzione del 1868 sugli *Acta Apostolicae Sedis* poiché "tota haec regitur quaestio"⁵³. La causa trattata nel 1910 riguardava le gravi difficoltà in cui si trovavano alcuni vescovi della Calabria e della Sicilia in seguito al devastante terremoto del 28 dicembre 1908. Già il 18 gennaio 1909 la Congregazione aveva indicato all'Arcivescovo di Catania che le dichiarazioni delle parti potevano fare fede piena in sostituzione dei documenti accreditativi il loro diritto a celebrare il matrimonio ecclesiale: "in sostituzione della solita fede di stato libero o di assenza d'ogni altro impedimento, qualora trattasi di persone le quali pretendono di non aver mai contratto altro matrimonio, basterà deferir loro, con le cautele in uso, il giuramento suppletorio"⁵⁴.

Da una parte, l'istruzione del 1868 accettava il "testis unus" come prova sufficiente per la dichiarazione di morte presunta, qualora questi fosse credibile e vi fossero "gravia adminicula", secondo il libero apprezzamento dell'istruttore della procedura⁵⁵. Inoltre, il Sant'Ufficio identificava la certezza morale con quella condizione soggettiva del "vir prudens" che, mosso solo da indizi, poteva tuttavia affermare il decesso con "probabilitate maxima" e motivando adeguatamente il relativo provvedimento, in modo tale da trasmettere la propria certezza morale alla comunità ecclesiale⁵⁶. Infine, l'istruzione offriva diver-

⁵¹ Cfr. S.S.C. SANCTI OFFICII, *Instructio ad probandum obitum alicuius coniugis*, 1868, in AAS, 2 (1910), pp. 199-203.

⁵² Cfr. I. GORDON - Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, vol. 1, Romae, 1977, nn. 1463-1486 (in particolare, cfr. pp. 6 e 260); R. MELLI, *Il processo di morte presunta, in I procedimenti speciali nel diritto canonico*, cit., pp. 218-219, 224.

⁵³ Cfr. S. CONGREGAZIONE PER I SACRAMENTI, causa Messanen. seu Rheginen., Praesumptionis de morte, 12 marzo 1910, in AAS, 2 (1910), p. 199.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 196.

⁵⁵ "Unus tantum testis examinandus reperitur, et (...) absolute non respuit Suprema Congregatio in dirimendis huiusmodi casibus, dummodo ille testis recensitis conditionibus sit praeditus, nulli exceptioni obnoxius, ac praeterea eius depositio aliis gravibusque adminiculis fulciatur" (*Instructio 1868*, cit., n. 4).

⁵⁶ "Probatio obitus ex coniecturis, praesumptionibus, indiis, et adiunctis quibuscumque, sedula certe et admodum cauta investigatione curanda erit, ita nimirum ut pluribus hinc inde collectis, eorumque natura perpensa, prout scilicet urgentiora vel

se 'massime di esperienza'⁵⁷ utili affinché l'autorità competente potesse emettere una decisione giusta e accordata alla verità⁵⁸.

Ci soffermiamo sulla norma del 1868, pur non trattando delle dichiarazioni delle parti, giacché è stata accolta dal vigente can. 1707, in modo molto sintetico ma senza immutare il contenuto sostanziale, proprio perché era riuscita a superare ogni formalismo probatorio e, di conseguenza manifestava quella espressione del buon senso giuridico denominata *aequitas canonica* la quale riesce ad offrire soluzioni giuste a problemi intricati, nel pieno rispetto delle esigenze inderogabili del diritto divino, nella fattispecie dell'indissolubilità del matrimonio e dello *ius connubii*. Vale a dire, la vecchia istruzione era animata dallo stesso 'moderno spirito', quantunque fosse radicato in parte della tradizione canonica, riscontrabile sui vigenti cann. 1536 e 1679.

La norma del s. XIX e il vigente can. 1707 non accettano la presunzione legale di morte per la mera assenza prolungata, come, invece, stabiliscono normalmente le legislazioni civili⁵⁹. Queste assolutizzano il principio della certezza del diritto e, quindi, sono costrette ad accogliere istituti formalistici, automatismi legali, dei quali l'ordinamento canonico prescinde per adeguare la verità formale a quella sostanziale, in particolare sulle cause sullo stato delle persone, pur senza ignorare le implicazioni che i provvedimenti e i rapporti giuridici formali hanno sulla "salus animarum"⁶⁰.

leviora sunt, seu proprio vel remotiore nexu cum veritate mortis coniunguntur, inde prudentis viri iudicium ad eandem mortem affirmandam probabilitate maxima, seu morali certitudine, promoveri possit. Quapropter quandonam in singulis casibus habeatur ex huiusmodi coniecturis simul coniunctis iusta probatio, id prudenti relinquendum est iudicis arbitrio; hic tamen non abs re erit plures indicare fontes ex quibus illae, sive urgentiores, sive etiam leviores, colligi et haberi possint" (*ibidem*, n. 6).

⁵⁷ Cfr. E. LABANDEIRA, *Las máximas de experiencia en los procesos canónicos*, in "Ius Canonicum", 29 (1989), pp. 245-273.

⁵⁸ "An ille, de cuius obitu est sermo, bonis moribus imbutus esset, pie religioseque viveret, uxorem diligeret; nullam sese occultandi causam haberet; utrum bona stabilia possideret, vel alia a suis propinquis aut aliunde sperare posset; ... quae ... eius aetas, et valetudo esset" (*Instructio 1868*, cit., n. 7).

⁵⁹ Cfr. *Instructio 1868*, cit., n. 1. Ad es., il Codice civile italiano stabilisce la possibilità di dichiarare la morte presunta "quando sono trascorsi dieci anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia dell'assente" (art. 58), quantunque stabilisca che il nuovo matrimonio sarà nullo "qualora la persona della quale fu dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia accertata l'esistenza" (art. 68).

⁶⁰ Cfr. il nostro *La certezza sul proprio stato matrimoniale e la nullità della sen-*

b) Il Discorso di Pio XII alla Rota Romana nel 1942

Prova piena, quella che produce la certezza morale nell'animo del giudice, non significa esigenza di "certezza assoluta". Pio XII, infatti, considerava "irragionevole", perché "impossibile", esigere la certezza assoluta⁶¹. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza più autorevoli sono unanimi nell'affermare che, qualora il giudice non raggiunga la certezza morale, il "favor matrimonii" (cfr. CIC 1917, can. 1014; CIC 1983, can. 1060) impone di dichiarare che non consta la nullità *in casu*. Vale a dire, per dichiarare la nullità del matrimonio, come pure per emanare qualunque sentenza "di condanna" (contenziosa o penale), l'ordinamento canonico richiede che il giudice raggiunga quella certezza chiamata "morale" (cfr. can. 1608 §§ 1 e 4) che è più salda di quell'altra chiamata da Pio XII "quasi-certezza". Rivisitiamo quindi, brevemente, i testi del 1942 in cui Papa Pacelli collega il concetto di certezza morale con quello di libera valutazione delle prove in modo tale da consentire al giudice di poter dichiarare legittimamente nullo un vincolo matrimoniale⁶².

Come abbiamo considerato, il principio del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice era impostato dalla Commissione codificatrice del CIC 1917 come una innovazione della legislazione ecclesiale per influsso di quella civile. Il *Discorso alla Rota Romana* del 1942 muoveva da premesse simili, riguardo al riconoscimento della piena libertà del giudice per valutare le prove, pur affermando che detta libertà non era estranea all'ordinamento della Chiesa:

"Di qui voi vedete perché nella moderna procedura giudiziaria, anche ecclesiastica, non sia posto in prima linea il principio del formalismo giuridico, ma la massima del libero apprezzamento delle prove. (...) Senza dubbio possono talvolta sorgere conflitti tra il 'formalismo giuridico' e il 'libero apprezzamento delle prove', ma essi sono nella maggior parte dei casi soltanto apparenti e quindi d'ordinario non

tenza, in *L'atto giuridico nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 2002, pp. 261-267 e 287-292.

⁶¹ Cfr. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana, 1° ottobre 1942*, n. 1, in AAS, 34 (1942), pp. 338-343.

⁶² Cfr. i nostri *La genesi della sentenza canonica*, in P.A. BONNET - C. GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, Città del Vaticano, 1994, pp. 695-734; *La certezza morale nel processo canonico*, in "Il Diritto Ecclesiastico", 111-1 (1998), pp. 758-802; *Oggettività e soggettività nella valutazione giudiziaria delle prove*, in "Quaderni di diritto ecclesiale", 14 (2001), 394-413.

difficilmente solubili. Giacché, come una è la verità obbiettiva, così anche la certezza morale obbiettivamente determinata non può essere che una sola. Non è dunque ammissibile che un giudice dichiari di avere personalmente, in base agli atti giudiziari, la morale certezza circa la verità del fatto da giudicare, e al tempo stesso deneghi, in quanto giudice, sotto l'aspetto del diritto processuale, la medesima obbiettiva certezza. Tali contrasti (...) derivano non di rado dal fatto che alcuni lati della questione, i quali acquistano il loro pieno rilievo e valore soltanto considerati nell'insieme, non sono stati rettamente valutati, ovvero che le norme giuridico-formali sono state interpretate inesattamente o applicate contro il senso e la intenzione del legislatore"⁶³.

La difficoltà applicativa di questo sistema era stata chiaramente percepita da Pio XII. Infatti, egli manifestava la sua consapevolezza sul fatto che l'ordinamento canonico conteneva prescrizioni che limitavano, almeno formalmente, il sistema del libero apprezzamento delle prove⁶⁴. Il Papa, non potendo in un discorso risolvere la questione, dichiarò la necessità di modificare detti limiti, non senza ribadire che libertà non significa arbitrarietà né mancanza di obbiettività:

"Per rendere sicura la oggettività di questa certezza, il diritto processuale stabilisce ben definite regole d'inchiesta e di prove. Si richiedono determinate prove o corroboramenti di prove; altre sono invece indicate per insufficienti; si costituiscono speciali uffici (...). Che cosa è questo se non un giusto formalismo giuridico, che riguarda talvolta più il lato materiale, tal'altra più il lato formale del processo o del caso giuridico? La coscienziosa osservanza di tali norme è un dovere del giudice; ma, d'altra parte, nella loro applicazione egli ha da tener presente che non sono fine a se stesse, bensì mezzi al fine, vale a dire per procurare e assicurare una certezza morale oggettivamente fondata circa la realtà del fatto. Non deve avvenire che ciò che secondo la volontà del legislatore ha da essere un aiuto e una garanzia per la scoperta della verità, ne divenga invece un impedimento. Qualora l'osservanza del diritto formale si tramutasse in una ingiustizia o in una mancanza di equità, è sempre possibile il ricorso al legislatore" (1942, n. 3).

⁶³ Pio XII, *Discorso alla Rota Romana, 1° ottobre 1942*, cit., n. 4.

⁶⁴ *Vide supra* nota 47.

Invero, il sistema del CIC 1917 richiedeva, sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio, le modifiche che il legislatore porterà a compimento sul CIC 1983. Comunque, lo stesso Pio XII, avendo affermato la possibilità dell'intervento del legislatore nel discorso del 1942, ebbe occasione di legiferare nella sua veste di Prefetto del Sant'Ufficio.

c) Le norme per il Vicariato Apostolico della Svezia (1947 e 1951)

Infatti, la possibilità della certezza morale desunta soltanto dalle dichiarazioni delle parti fu sancita dalle *regulae servandae* date dal Sant'Ufficio, nel 1947, per il Vicariato Apostolico della Svezia⁶⁵. Anche se queste norme particolari sono state vigenti solo cinque anni, i principi ivi contenuti hanno una particolare valenza ermeneutica perché sanciti dallo stesso Pio XII e perché la situazione sociologica ed ecclesiale della Svezia, che giustificò tali norme, ha notevoli somiglianze con le condizioni oggi riscontrabili in altri Paesi di tradizione cattolica⁶⁶.

La fattispecie svedese riguardava coniugi acattolici — ma, normalmente, battezzati, per cui il loro vincolo matrimoniale, qualora fosse stato valido, sarebbe stato anche sacramentale — che chiedevano la nullità del matrimonio per vizio o difetto del consenso. Il Sant'Ufficio, il cui Prefetto era lo stesso Pontefice, richiamava la dottrina del '600 per concludere che il giudice poteva raggiungere la certezza morale dalle sole dichiarazioni delle parti, purché accertasse la loro credibilità⁶⁷. Per tale scopo, in assoluta mancanza di testimoni e della

⁶⁵ Cfr. S.S. CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Regulae servandae in Vicariatu Apostolico Sueciae in pertractandis causis de nullitate matrimonii ex vitio consentu acatholicorum qui ad fidem catholicam se convertere volunt*: a) *Decretum*, 12 novembre 1947, b) *Instructio servanda*, 12 giugno 1951, in X. OCHOA, "Leges Ecclesiae", vol. 3, n. 2222n e in Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, vol. 2, Romae, 1980, nn. 5413-5444.

⁶⁶ "Spectata autem peculiari natura causarum, de quibus agitur, valde confert ad factorum veritatem eruendam praeterea attente perpendere: (...) 4° mores et consuetudines in regione forte vigentes inter acatholicos quoad eorum matrimonium: (...) 6° ipsum legum civilium codicem, decreta, instructiones ceteraque documenta civilia quod attinet ad solubilitatem matrimonii per completum divortium" (*Instructio*, 12 giugno 1951, cit., n. 4).

⁶⁷ "His adde quae De Lugo, 'De sacr. in gen.', disp. VIII, n. 13, docet cum aliis: 'Si hic igitur animus fuit in utroque coniuge (scil. ut non nisi conditionate matrimonium contrahere intenderint), ex utriusque confessione constabit sufficienter ut matrimonium possit declarari nullum etiam in foro externo, ut docet Sanchez, lib. II, disp. XLV, n. 12, nisi esset collusionis praesumptio. Si autem fuit in uno solo, sufficet ipsi in foro interno, imo sufficet etiam alteri coniugi, si concurrant rationes probabiles ad

dichiarazione della parte convenuta, in particolare nella fattispecie del consenso simulato, la certezza morale poteva scaturire dalla sola affermazione della parte attrice, desumendo la sua credibilità dalla sincera volontà di conversione al cattolicesimo⁶⁸. Tale certezza morale del giudice doveva essere oggettivata nella motivazione della sentenza che, per diventare esecutiva, doveva essere ratificata in seconda istanza dal Sant'Ufficio⁶⁹.

existimandum ipsum non mentiri, ut docet Sánchez, l.c., n. 4' (apud P. Card. Gasparri, 'Tract. can. de matrimonio', vol. II, n. 912, ed. 1932, ubi memorat etiam Ballerini et Gury, t. II, n. 752)" (*Instructio*, 12 giugno 1951, cit., n. 7).

⁶⁸ "Si utraque pars matrimonii nullitatem adstruat, e simultanea accusatione periculum collusionis adimat oportet percontando credibilitatem earumdem, conversionis actoris sinceritatem explorando, etiam per testes fidedignos" (*Instructio*, 12 giugno 1951, cit., n. 9 § 2).

"Probationes (...) difficiliorum vero comparantur, quando nuptiarum valor impugnetur quia, 'positivo voluntatis actu ob intentionem explicitam aut implicitam sed praevalentem' exclusam fuerit earum indissolubilitas a partibus aut ab earum alterutra in limine celebrationis ['Nota': (...)] Quaestio 'de praevalentia' oritur quando plures eliciunt intentiones: v.g. quando intentio contrahentis simul fertur in 'matrimonium verum' et in 'matrimonium solubile': (...) 'praesumptio' (...) homines serio contrahentes 'voluntate praevalente' inire (...) 'matrimonium verum' (...). Haec praesumptio praevalentiae tamen vincitur contrario argumento, quo ostenditur solubilitatem (...) fuisse positam saltem tamquam conobiectum voluntatis in ipso actu contrahendi. Tunc enim voluntas solubilitatem (si non praevalenter saltem aequae principaliter) amplexa est et eo ipso matrimonii indissolubilitatem foras misit et destruxit. De tali voluntate seria ultimam notitia haberi nequit nisi ex declaratione partium]. In hoc (...) casu cum agatur de actu interne elicitio, qui potest delitescere in solo cordis scrinio, absque ideo externa manifestatione, in foro iudiciali allegatae nullitatis difficilior fit probatio. Quam tamen prorsus impossibilem ne dicas (...). Alia media aptiora ad veritatem detegendam suppetere possunt: 'praesumptio hominis' (can. 1828); 'iuramentum suppletorium' (...), quando cetera adminicula desint; 'accuratior partis actricis credibilitatis sinceritatisque eius conversionis investigatio'. Inspecto enim 'uno naturae iure' vera atque plena moralis certitudo de nullitate matrimonii haberi potest a sola partium aut earum alterutris emissa declaratione, dummodo earum credibilitas ac veritas aestimari possit 'omni exceptione maior', alis nempe quae omne prudens contrarii dubium excludat: cui comparandae probe inservire possunt testes iurati ac fidedigni" (*Instructio*, 12 giugno 1951, cit., n. 11).

⁶⁹ "Dein iudex instructor, si post diligens causae examen morale certitudinem sibi comparaverit ex actis et probatis reapse matrimonium ex enunciato capite vitii consensus nullum exstare, (...), expositis rationibus tum iuris tum facti, sententiam pronunciat: 'constare de nullitate matrimonii in casu'. Si e contra talem certitudinem non fuerit assecutus, sententiam edere debet: 'non constare de nullitate matrimonii in casu'" (*Instructio*, 12 giugno 1951, cit., n. 14).

"Sententia autem prolata de matrimonii nullitate, Vicarius Apostolicus onere semper tenetur recurrendi ad S. Officium" (*Decretum*, 12 novembre 1947, cit., n. 3). Cfr. *Instructio*, 12 giugno 1951, cit., n. 15.

4. La genesi dei vigenti cann. 1536 e 1679

a) I documenti inediti riguardanti il periodo precedente alla Relatio Sabattani 1970 (1967-1970)

Dopo l'annuncio fatto da Giovanni XXIII, il 25 gennaio 1959, della sua volontà di convocare un concilio ecumenico, di svolgere un sinodo della diocesi di Roma e, quindi, di modificare il CIC 1917⁷⁰, fu necessario attendere al 28 marzo 1963 affinché Giovanni XXIII nominasse la Commissione per la riforma del codice. Infatti, il 12 novembre 1963, i membri Cardinali convennero che i veri e propri lavori di revisione dovessero essere differiti e non potessero iniziare se non dopo la conclusione del Concilio Vaticano II. Il 17 aprile 1964 Paolo VI aggiunse settanta consultori alla Commissione. Quando il Concilio si avviava alla conclusione, il 20 novembre 1965 il Papa convocò la plenaria della Commissione al fine di celebrare la pubblica inaugurazione dei lavori di revisione del codice⁷¹. In seguito, e prescindendo da altri dettagli organizzativi⁷², i membri di ogni *coetus studiorum* procedettero a redigere i propri voti in vista delle sessioni di studio programmate.

Considerato il carattere inedito di molti dei documenti su cui è basata questa parte del nostro studio, per consentire una conoscenza adeguata dei medesimi e dell'evoluzione della genesi dell'incorporazione al testo promulgato del valore probatorio delle dichiarazioni delle parti, esporremo i dati in modo cronologico, quantunque ciò comporterà inevitabili ripetizioni ed appesantirà ancora la trattazione.

⁷⁰ "Pronunciamo ... la proposta della duplice celebrazione: di un Sinodo Diocesano per l'Urbe, e di un Concilio Ecumenico per la Chiesa universale... Esse condurranno felicemente all'auspicato e atteso aggiornamento del Codice di Diritto Canonico, che dovrebbe accompagnare e coronare questi due saggi di pratica applicazione dei provvedimenti di ecclesiastica disciplina..." (GIOVANNI XXIII, *Solenne allocuzione ai Patri Cardinali presenti a Roma, tenuta al monastero di S. Paolo "fuori le mura"*, 25 gennaio 1959, in AAS, 51 (1959), pp. 68-69).

⁷¹ Cfr. CIC 1983, *Praefatio*, in AAS, 75 (1983), pars II, pp. XV-XXX.

⁷² Cfr., ad es., in *Communicationes*, 1 (1969), pp. 35-50; 2 (1970), pp. 181-191; 4 (1972), pp. 59-72; 6 (1974), pp. 39-44.

Un primo dato lo troviamo nel voto di un consultore ['AA'⁷³], del 7 ottobre 1967, in cui, a proposito del can. 1744, prendeva atto della fedeltà della Rota Romana al severo divieto dell'art. 117 dell'istr. *Provida Mater Ecclesia* (lo studio dell'evoluzione della giurisprudenza rotale non è oggetto della nostra analisi, essendo stato affidato ad un altro relatore⁷⁴). Infatti, il consultore citava una sentenza la quale, dopo aver affermato, con altre parole, il principio sancito dalla *Provida* ("testimonium coniugis contra matrimonii valorem in iudicio latum 'vi probandi' omnino carere"), riconosceva a tali dichiarazioni quel minimo valore probatorio loro attribuito dal CIC 1917. Il consultore — senza questionare l'opportunità di modificare il sistema legale sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti — si domandava se, in detta situazione, fosse necessario sottoporre alla parte al giuramento "de veritate dicenda vel dicta"⁷⁵.

Durante il sesto incontro della terza sessione del *coetus "de processibus"*, il 27 ottobre 1967, di pomeriggio, fu studiato *De interrogationibus partibus in iudicio faciendis*, senza che si parlasse del nostro argomento.

Il voto di un altro consultore ['BB'], del 28 novembre 1967, pur non trattando esplicitamente del valore probatorio delle dichiarazioni delle parti, faceva delle proposte che modificavano radicalmente il motivo principale per cui l'ordinamento canonico attribuiva poco valore a tali dichiarazioni: il "favor matrimonii" e la presunzione di validità del vincolo legittimamente celebrato. Infatti, osservava il consultore: "depositiones partium ... apud tribunal vel alibi quam primum recipi debent", riconoscendo implicitamente loro un valore probatorio pressoché totale, poiché sperava che il *coetus studiorum de matrimonio*

⁷³ Secondo la prassi seguita presso il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi riguardante i documenti inediti, anonimizziamo i nomi dei consultori, tranne quello di Sabbatani. Comunque ogni nome lo abbiamo sostituito sempre dalla medesima sigla: 'AA', 'BB', ecc.

⁷⁴ Cfr. J.M.^a SERRANO RUIZ, *Confessione e dichiarazione delle parti: giurisprudenza della Rota*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti...*, cit.

⁷⁵ "Quaestio: quid autem de decisione S.R.Rotae, in sententia die 27 iulii edita, in qua dicitur: 'testimonium coniugis contra matrimonii valorem in iudicio latum vi probandi omnino carere: adminiculum tantum esse potest ad dicta aliorum confirmanda, quatenus cum eisdem conveniat'. Cum autem res ita sit, an necessarium exigere iusiurandum de veritate dicenda vel de veritate dictorum a coniuge si impugnetur valor matrimonii?".

stabilisse il "favor nullitatis matrimonii", la concessione ai tribunali della possibilità di sciogliere il vincolo, ecc.⁷⁶.

In realtà, è questo non infrequente tipo d'impostazione canonistica e teologica *liberal* — che possiamo qualificare, con le parole di Giovanni Paolo II, come *divorzista*⁷⁷ — la causa della prevenzione del legislatore e di parte della dottrina a riconoscere alle dichiarazioni delle parti *simpliciter* la capacità di produrre la certezza morale nell'animo del giudice. Infatti, un conto è che dette dichiarazioni debbano essere ponderate dal giudice e che *possano* essere determinanti agli effetti del raggiungimento della certezza morale, altro è che le medesime dichiarazioni ottengano *automaticamente* e senza ricorrere ad altre prove valore di prova piena, adoperando un atteggiamento fortemente *formalista* del quale, invece, i cosiddetti *pastoralisti* accusano spesso coloro che sostengono l'indissolubilità del matrimonio e la necessità di accertare con onestà la verità della validità o della nullità del vincolo celebrato. Comunque, malgrado esistesse ed esista il pericolo di tale uso formalistico e irragionevole delle dichiarazioni delle parti, tale mezzo probatorio meritava una maggiore considerazione da parte della legislazione canonica.

Infatti, il successivo voto di un altro consultore ['CC'], 12 gennaio 1968, proponeva di modificare i cann. 1751 e 1753, sulla confessione delle parti, nel senso prudente appena esposto, cioè negando l'automatismo e il formalismo, e riconoscendo al giudice la libertà di ponderare il valore probatorio delle affermazioni dei coniugi (quantunque il consultore non si riferisse esplicitamente alle cause matrimoniali, è evidente che pensava ad esse): "Confessio iudicialis, in causis

⁷⁶ "Sperandum est illa altera commissio [de lege substantiva matrimonii reformanda] juris recognitionem conficiet saltem in sequentibus lineis: 1) Reducere pondus praesumptionis in favorem validitatis individuorum matrimoniorum. 2) Sublineare uti ansam actionis nullitatis, incapacitatem relativam duarum particularium personarum matrimonium contrahendi inter seipsos. 3) Abrogare de lege, exceptis casibus rarissimis, conceptum de impotentia absoluta physica, de incapacitate absoluta psychica, et de defectu absoluto capacitatis consensualis. Ad 2) et 3) solummodo considerari debemus: Utrum hae duae personae, in concreto, alter cum altero contrahere potuerunt? Utrum hoc matrimonium, in concreto, dissolvi potest?".

⁷⁷ "Ogni loro rilassamento [del "favor matrimonii" e della natura meramente dichiarativa delle cause di nullità del matrimonio] ha in sé una dinamica impellente: 'cui, si mos geratur, divortio, alio nomine tecto, in Ecclesia tolerando via sternitur' (Lettera del Cardinale Prefetto del Consiglio per gli affari pubblici della Chiesa al Presidente della conferenza episcopale degli Stati Uniti, 20 giugno 1973)" (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana, 4 febbraio 1980*, cit., n. 6).

quae publicum Ecclesiae bonum respiciunt, plenam probationem non facit; iudicis est aestimare, perpensis omnibus rerum adiunctis quanti facienda sit confessio extrajudicialis, si in iudicium deducatur".

Il 7 febbraio 1968 il relatore del *coetus studiorum de processibus*, Sabattani, nella sua *relatio*, accoglieva la proposta appena indicata di modificare il can. 1751 sulla confessione delle parti e, seguendo un nuovo indirizzo della giurisprudenza rotale, proponeva che la confessione extragiudiziale fatta in tempo non sospetto potesse produrre la certezza morale *pro nullitate matrimonii*, modificando l'art. 116 della *Provida* la quale, seguendo il CIC 1917, le conferiva valore di mero ammennicolo⁷⁸.

Il 13 febbraio 1968, durante la *Sessio IV* del *coetus studiorum de processibus*, fu trattata la convenienza d'introdurre nel futuro codice un *novus ordo probationum*. Il consultore il cui voto abbiamo considerato *liberal* ['BB'] — manifestando che la questione del valore probatorio della dichiarazioni delle parti non è se non un mezzo per accertare la verità e che, in quanto tale deve essere lasciato alla libera (ma prudente) valutazione del giudice — propose, opportunamente in questo caso, di modificare la rubrica del capitolo del codice: "ut dicatur 'De declarationibus partium' loco 'de confessionibus partium'. Omnibus placet". Il suggerimento diventerà testo promulgato, sebbene la confusione fra il termine 'confessione' e 'dichiarazioni delle parti' continuò ad essere presente nei lavori della Commissione codificatrice e rimane in ambito dottrinale e giurisprudenziale.

Sabattani manifestò nella medesima adunanza la necessità di definire il concetto di "dichiarazione", in modo simile a come il codice definiva quello di "confessione"⁷⁹. Comunque, qualche membro del *coetus studiorum*, particolarmente legato all'ambiente della Curia Romana ['DD'], "negat declarationem posse probationem constituisse". Sabattani rispose che "declarationem haberi posse tanquam 'adminiculum probationis'". La, per il momento, minimalista proposta del relatore — la quale non introduceva alcuna vera modifica al CIC 1917

⁷⁸ "Debet affirmari, sicut fit in novissimis verbis can., possibilitas quod confessio extrajudicialis temporis non suspecti habeat vim plenae probationis. Id sustineri debet contra art. 116 Instr. Provida Mater qui iniuste talem confessionem deprimit ad mero adminiculum probationis (S.R.R., c. Sabattani; c. Wynen: n. 3237)".

⁷⁹ "Relator animadvertit quod consequenter ad immutationem inductam in inscriptis art. 1 ('de declarationibus' loco 'de confessionibus'), necesse est definire quid sit 'declaratio'".

e all'istr. *Provida Mater Ecclesia* — ricevette l'appoggio della maggioranza dei consultori⁸⁰. Infatti, Sabattani proponeva questa definizione delle dichiarazioni delle parti: "Declarationes partium sive iudiciales sive extraiudiciales quae non contineant confessionem constituere possunt adminiculum probationis a iudice recte aestimandum una cum caeteris causae adiunctis". In realtà questo concetto non differiva sostanzialmente dal parere del menzionato consultore curiale, il quale propose un'altra definizione analoga⁸¹ in cui, comunque, era superata la mera natura amminicolare delle dichiarazioni delle parti ed era concesso maggiore spazio al libero apprezzamento delle medesime da parte del giudice.

Un altro consultore ['EE'] tentò di fare un passo in avanti proponendo che il valore probatorio delle dichiarazioni delle parti fosse lasciato al libero apprezzamento del giudice⁸². Quantunque il suggerimento fosse molto ragionevole — infatti, diventerà il disposto dei vigenti cann. 1536 e 1679 —, la proposta fu respinta da tutti gli altri consultori per evitare che il giudice limitasse l'indagine istruttoria soltanto alle dichiarazioni delle parti, senza adempiere all'obbligo di cercare altre prove che garantissero sia la conoscenza della verità oggettiva (cfr. CIC 1917, can. 1619 § 2; CIC 1983, can. 1452), sia il rispetto del concetto autentico di certezza morale.

Il consultore 'CC' che, precedentemente, aveva prospettato una nuova redazione per il can. 1751 sulla confessione, presentò una diversa stesura formale di detto canone nella quale, da una parte, si negava la capacità della confessione giudiziale, da sola, di produrre prova piena *pro nullitate matrimonii*, ma, dall'altra parte, era riconosciuta al giudice la totale libertà per valutare la confessione extragiudiziale⁸³.

⁸⁰ "Exc.mo Sabattani accedit maior pars Consultorum, ideoque duo canones redigendi sunt, unus de declarationibus et alius de confessione iudiciali".

⁸¹ "['DD'] proponit hanc formulam: 'Declarationes partium sive iudiciales sive extraiudiciales aliquam vim probativam ex se habent; iudicis est autem quanti facienda sit aestimare, perpensis omnibus rebus adiunctis'".

⁸² "Sequentem canonem proponit: '§ 1. Partes in causa ius habent declarationem facere coram tribunali tam pro se quam contra se. § 2. Iudicis est vim probativam huius declarationis aestimare'. Propositio EE nemini placet".

⁸³ "['CC'] proponit sequentem canonem ex cann. 1751 et 1753 CIC concinnatum: 'Confessio, in causis quae publicum Ecclesiae bonum respiciunt, numquam

Il relatore Sabattani aderì a tale parere, sottolineando che, secondo la nuova giurisprudenza rotale dell'epoca, la confessione extragiudiziale, fatta in tempo non sospetto, aveva la capacità di produrre la certezza morale⁸⁴.

Il consultore curiale 'DD' rilevò che nel nuovo testo sulla confessione giudiziale non si distingueva sufficientemente fra le cause private e quelle pubbliche: nelle prime si produce prova piena. D'accordo con Sabattani e l'autore del nuovo testo ['CC'], suggerì una nuova formula in cui detta distinzione fosse chiara⁸⁵.

Due consultori ['AA' et 'BB'] suggerirono che si riconoscesse alla confessione giudiziale nelle cause pubbliche la capacità, quasi automatica, di produrre prova piena. Inoltre, sostenevano che tale impostazione era condivisa dal consultore curiale 'DD', come risultava nel suo voto⁸⁶.

Alla fine dell'adunanza 'DD' fu incaricato di redigere un nuovo schema in cui fossero accolte le indicazioni approvate dal *coetus studiorum*⁸⁷. Il giorno successivo, 14 febbraio 1968, durante la quinta adunanza, fu discusso detto schema e fu deciso di formulare tre canoni che, sostanzialmente, diventeranno il testo promulgato dei cann. 1536 § 2 e 1679⁸⁸: "Can. 1750: Declarationes partium sive iudiciales

plenam probationem facit; iudicis est, perpensis omnibus rerum adiunctis, aestimare quanti facienda sit confessio extraiudicialis si in iudicium deducatur".

⁸⁴ "Relator consentit propositioni CC quia, suo iudicio, affirmari debet possibilitas quod confessio extraiudicialis temporis non suspecti habeat vim plenae probationis, contra art. 116 Instr. Provida Mater, qui iniuste talem confessionem deprimit ad merum adminiculum probationis (S.R.R., c. Sabattani; c. Wynen: n. 3237)".

⁸⁵ "Sed ['DD'] censet in formula ['CC'] non apte enunciatam esse naturam specificam confessionis iudicialiae, quae, salvo casu boni publici, probationem plenam facit, ideoque, collatis consiliis cum Sabattani et cum ['CC'], formulam ita proponit: '§ 1. Confessio iudicialis in causis quae bonum publicum Ecclesiae respiciunt, plenam probationem non facit; in aliis, dummodo libere et scienter facta, relevat alteram partem ab onere probandi. § 2. Iudicis est aestimare, perpensis omnibus rerum adiunctis, quanti facienda sit confessio extraiudicialis, si in iudicium deducatur".

⁸⁶ "Optant ut confessio iudicialis probationem plenam faciat etiam in causis quae publicum Ecclesiae bonum respiciunt. Et ipse 'DD' fatetur se huic propositioni favere, uti constat ex suo voto".

⁸⁷ "Committitur Ill.mo ['DD'] ut redigat schema canonum 'de probationibus', prae oculis habitis ea quae in Coetu dicta ac probata sunt".

⁸⁸ La definizione di confessione giudiziale era riportata nel "can. 1750 bis: 'Assertio de aliquo facto in scriptis aut oretenus coram iudice competenti, ab una parte

sive extraiudiciales, quae non sint confessiones, aliquam vim probativam habere possunt, a iudice aestimadam una cum caeteris causae adiunctis". "Can. 1751: § 1. Si agatur de aliquo negotio privato confessio iudicialis unius partis dummodo libere et scienter facta, relevat alteram partem ab onere probandi. § 2. In causis, quae respiciunt bonum publicum, confessio iudicialis plenam probationem non facit, nisi alia accedunt elementa quae contrarium suadere videantur"⁸⁹. "Can. 1752: "Iudicis est aestimare, perpensis omnibus adiunctis, quanti facienda sit confessio extraiudicialis, si in iudicium deducatur"⁹⁰.

Questi sforzi della Commissione codificatrice per attribuire forza probatoria alla confessione nelle cause pubbliche continuano a manifestare la confusione, testé accennata, fra detto istituto e le dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio.

Nella quinta sessione del *coetus studiorum de processibus* (ottobre 1968), durante la quarta adunanza (15 ottobre 1968), fu deciso di sopprimere il capitolo *De iureiurando partium* (cann. 1829-1836) perché considerato espressione di un formalismo di stampo germanico antico completamente superato e fuori uso presso la Rota Romana⁹¹.

Il 13 ottobre 1969, il relatore Sabattani firmò una *relatio* in cui s'informava dei criteri principali seguiti nell'opera di revisione e dei suggerimenti ricevuti da alcuni organi di consultazione⁹². Al n. 12.B. era riportata una proposta dell'Associazione Inglese di Diritto Canonico in

contra se de ipsa re contestata, sive sponte, sive iudice interrogante peracta, est confessio iudicialis".

⁸⁹ A questo canone furono incorporate le modifiche proposte da Sabattani. Il risultato della votazione sul can. 1751 fu: "Placet n. 7. Non placet 2".

⁹⁰ Questo canone fu approvato all'unanimità, con la stesura proposta dal consultore curiale: "Placet omnibus prout propositus a ['DD']".

⁹¹ "... proponunt suppressionem... Relator consentit et sequentes causas dat pro suppressione illorum canonum: a) haec disciplina est vestigium iuris antiquissimi, quando per aliquid medium religiosum lites solvebantur; b) praesumptio qua fidelis salutem animae periurio praefert, nunc temporis potest parum urgeri; c) iurisprudenzia recens S.R.Rotae omnino ignorat applicationem horum iuramentorum; d) limites impositi iur. suppletorio in can. 1830, et iur. decisorio in can. 1836, exclusio harum probationum in causis nullitatis matrimonii et ordinationis, reddunt haec iuramenta rarissime applicabilia".

⁹² PCCICR, *Coetus studii "de processibus". II. De criteriis pro revisione causarum matrimoniarum [sic], Relatio quam, supra vota Consultorum, apparavit Aurelius Sabattani, Relator in eodem coetu, 13 ottobre 1969.*

cui era palese l'anzidetto formalismo e automatismo sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti: "Admittatur possibilitas ex parte iudicis moralis certitudinis eruendae e solo testimonio partium, nulla facta corroboratione aliorum testium". Sabbatani annotò con estrema chiarezza: "Haec declaratio, et quaevis alia eiusdem generis, numquam poterit scribi in lege: iudex, in aliquo casu determinato, ad hanc ipsam conclusionem pervenire poterit, forsitan optimo iure". Inoltre, Sabbatani segnalava che il massimo valore probatorio possibile delle dichiarazioni delle parti era quello sancito il 14 febbraio 1968, ai nuovi cann. 1750-1752, testé citati⁹³.

Al n. 13 della *relatio*, Sabbatani si chiedeva se le cause di nullità del matrimonio dovessero essere trattate in via giudiziaria o amministrativa. Concludeva che la via giudiziaria offre più garanzie per accertare la verità e per tutelare il diritto di difesa delle parti. Inoltre, pensava che il dilemma potesse essere risolto con l'applicazione del nuovo processo contenzioso orale — molto più agile che non quello contenzioso ordinario — alle cause di nullità del matrimonio⁹⁴.

In una nuova tornata di voti dei consultori, uno di ambito anglosassone ['BB'], il 6 ottobre 1969, proponeva di incorporare alla legislazione universale il concetto di "preponderanza delle prove" il quale, nelle allora già pronte *Norme USA 1970*⁹⁵, avrebbe reinterpretedato il classico concetto di certezza morale⁹⁶.

⁹³ "Ceterum, id quod affirmari poterat in sensu favorabiliorum circa vim declarationis partium, iam enucleavimus suo loco, post longam discussionem".

⁹⁴ "Quodnam processuale schema induere debent causae nullitatis? Iudicium an administrativum? Historia iuris utrumque cognoscit. Sed qui usum habent huiusmodi causarum admittent certo per viam iudicii rectius et tutius provideri iuribus partium, necnon ipsi vinculo. Nunc conditio debet a nobis iudicium contentiosum summarium. Et quidam tantum fidit huic novo instituto, ut illi cedere velit causas nullitatis...".

⁹⁵ "Iudex edicet sententiam secundum certitudinem moralem haustam ex praevallenti momento probationum, quibus competit valor agnitus in iurisprudencia et in iure" (CONSIGLIO PER GLI AFFARI PUBBLICI DELLA CHIESA, *Novus modus procedendi in causis nullitatis matrimonii approbatur pro Statibus Foederatis Americae Septemtrionalis*, 28 aprile 1970, n. 21, in I. GORDON - Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora*, vol. 1, cit., nn. 1380-1428).

⁹⁶ N. 22 del voto: "Iudex pronuntiet sententiam suam propter praeponderationem probationis vel indiciorum (Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae non requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententia definiendam, sed sufficit iudicium seu decisio de praeponderatione probationis vel indiciorum); id est, iudex pronuntiet sententiam pro illa parte cuius argumenta suo iudicio erant potentiora et ad persuadendum magis accommodata". Cfr. I. GORDON, *De opinione statuente ut in*

Un altro voto ['GG'], del 16 ottobre 1969, richiamava le *regulae servandae* della Svezia, testé considerate, per perfezionare il nuovo sistema sulle dichiarazioni delle parti, incorporando al testo approvato nel 1968 diverse indizi o massime di esperienza sulla credibilità delle parti⁹⁷.

Nell'adunanza del 25 ottobre 1969 il *coetus studiorum* considerò, come decima questione: "An requiratur in iudicis animo certitudo moralis circa rem sententia definiendam". Un consultore ['BB'] sosteneva: "non requiri maximam probabilitatem sed sufficere 'praeponderantiam evidentiae' scilicet quod argumenta sint probabiliora". Un altro consultore ['CC'] manifestava l'incompatibilità di tale impostazione *liberal* con la dottrina del Discorso di Pio XII alla Rota Romana nel 1942. Altri consultori ['FF' e 'JJ'] insistettero sull'importanza di rispettare il concetto ufficiale di certezza morale, il quale, pur essendo flessibile e rispettoso della coscienza del giudice, non consente la sussistenza di argomenti ragionevoli contrari e esclude il probabiliorismo⁹⁸. Sottoposta a votazione la questione se "requirere certitudinem moralem in animo iudicis ut sententiam dare possit" il risultato fu: "Placet 8; Non placet 1".

L'anima *liberal* del *coetus* si fece di nuovo presente in un successivo voto ['EE'], 20 gennaio 1970, in cui era proposto d'includere la nullità del matrimonio per vizi del consenso fra le fattispecie che avrebbero potuto essere trattate con il processo documentale qualo-

dubio de valore matrimonii decidatur secundum maiorem probabilitatem, in "Periodica", 58 (1969), pp. 703-709; F. HARMAN, *Certitudo moralis praesupposita in normis processualibus tribunalibus Statuum Foederatorum Americae necnon Australiae concessis*, in "Periodica", 61 (1972), pp. 379-393.

⁹⁷ "Ratio maior habeatur declarationum partium ipsarum casu perfectae veritatis istarum, aut iuramenti suppletorii, aut praesumptionum hominis (cf. *Regulas servandas a Vic. Apost. Sueciae*, 1961-1962)". Le date delle *regulae servandae* sono sbagliate: *vide supra* nota 65.

⁹⁸ "['CC'] memorat allocutionem Papae Pii XII... ['FF'] admittit negari non posse aliquem gradum elasticitatis in certitudinem morali, quia aestimatio probationum pertinet ad conscientiam iudicis. ['CC'] et ['JJ'] notant quod, quamvis limites certitudinis moralis flexibiles sint, tamen id est peculiare certitudinis moralis quod argumenta contraria non sunt talia ut dubium prudens in animum iudicis ingerant, imo iudex talia argumenta confutare debet...".

ra dal libello di domanda scaturisse nell'animo del giudice la certezza morale sulla nullità⁹⁹.

Il voto di un uditore rotale ['GG'], del 14 febbraio 1970, insisteva sulla prudenza della soluzione sancita dal progetto di due anni prima, in cui si teneva conto della facilità con la quale i coniugi possono errare, quantunque agiscano in buona fede, quando dichiarano sull'animo con il quale emisero il loro consenso. Per detto motivo, concludeva, le dichiarazioni delle parti hanno bisogno di testi di credibilità o di altri indizi¹⁰⁰. Una soluzione simile era proposta da un altro voto ['CC'], del 15 febbraio 1970, a proposito dell'"argomento morale" nelle cause d'impotenza¹⁰¹.

Nella seconda adunanza della Sessione decima del *coetus studiorum de processibus*, il 27 ottobre 1970, Sabattani suggerì di eliminare il termine "testimonium septimae manus" e di sostituirlo per quello più moderno e meno formalista dell'"argomento morale"¹⁰².

Un altro consultore ['CC'] propose di applicare l'argomento morale a tutte le cause di nullità del matrimonio, cosa che piacque a tut-

⁹⁹ "§ 1. Cum plena certitudine constiterit de nullitate matrimonii (sive propter defectum formae, sive ex impedimento, sive etiam ex defectu consensus) et dummodo consenserit defensor vinculi, iudex vocatis partibus potest nullitatem decreto declarare praetermissis solemnitatibus iuris. § 2. Quod si pars vel defensor vinculi plenam certitudinem nullitatis impugnet, causa tractetur a tribunali in prima instantia ad normam iuris".

"... non existunt causae nullitatis ex defectu consensus in quibus plena certitudo habetur..., quod si plena certitudo habetur, tunc tantum potest causa tractari absque solemnitatibus iuris".

¹⁰⁰ "De probatione ex partium dictis. Censent nonnulli determinationem faciendam esse de possibili plena probatione ex partium declarationibus solummodo haustis. Censeo responsum iam datam fuisse in recognito c. 1751, nam nimis evidens est non omnino admitti posse plenam fieri probationem ab ipsis partibus, quarum interesse patet, et quae facile queunt, bona fide caeterum, grave hac in re etiam errare".

¹⁰¹ "Can. 1975: 'Cum in causis de inconsummatione argumento morali controversia solvenda sit, eo quod aliunde de illa non certo constet, partium depositio tum testibus circa earum credibilitatem, tum aliis adminiculis aut argumentis fulcienda est'".

¹⁰² "Relator censet tollendum esse (can. 1975), saltem quoad nomen, hoc vestigium antiqui iuris germanici. Salvari tamen debet substantia 'argumenti moralis' quod vocant. En formula Relatoris: 'In causis nullitatis ob impotentiam, si probatio aliunde non habeatur saltem plena, et insistendum sit in argumento morali, depositiones partium vallari debent tum testibus, etiam ex officio inductis, circa earum credibilitatem, tum aliis indiciis et adminiculis'".

ti¹⁰³. In questo modo, con nove voti a favore e una astensione fu sostanzialmente approvato il testo del futuro can. 1679, quantunque non fosse ancora presente l'inciso "si fieri potest"¹⁰⁴.

b) Dalla Relatio Sabattani 1970 allo "Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de processibus", 1976 (documentazione parzialmente inedita)

La nostra cronistoria — finora ricostruita, senza pretese di completezza, su documenti inediti — è arrivata al primo documento, sull'argomento che ci occupa, pubblicato su *Communicationes*: la *Relatio Sabattani 1970*¹⁰⁵. Comunque, fino allo *Schema 1976*, la maggior parte dei dati continueranno ad essere inediti.

La *Relatio Sabattani 1970* informava del nuovo titolo sulle dichiarazioni delle parti, in sostituzione di quello del codice piano-benedettino sulla confessione¹⁰⁶. Contemporaneo alla *Relatio Sabattani 1970* è un inedito e parziale *Schema 1970 "de processibus"*, in cui — all'Art. 1, *De declarationibus partium* — era accolta la nuova versione dei cann. 1750-1752 redatta nel 1968.

Nel marzo 1974 fu deciso di costituire un *parvum Coetum* per redigere lo *schema definitivum de toto iure processuali*. I membri di tali gruppo erano Aurelio Sabattani, Charles Lefebvre, José Miguel Pinto Gómez e Pio Ciprotti, essendo notaio Francesco Voto¹⁰⁷. Ci-

¹⁰³ "Proponit ut talis probatio ex argumento morali admittatur non tantum in causis nullitatis ob impotentiam, sed in omnibus omnino causis nullitatis matrimonii, si probationes aliunde non habeantur. (Placet omnibus)".

¹⁰⁴ "Suffragatur an placeat haec formula: 'In causis nullitatis, si probatio aliunde non habeatur saltem plena, depositiones partium vallari debent tum testibus, etiam ex officio inductis, circa earum credibilitatem, tum aliis indiciis et adminiculis'. Placet 9; abstinet 1 ['HH']".

¹⁰⁵ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO (PCCR), *Opera consultorum in apparandis canonum schematibus. De iure processuali recognoscendo: IV. Nonnullae praecipue immutationes (Relatio Sabattani 1970)*, in *Communicationes*, 2 (1970), pp. 184-191.

¹⁰⁶ "Probationum ordo permutatus'. Visum est Coetui indicem probationum redigendum esse iuxta momentum maius singulis probationibus tribuendum. (...) In novo ordine tractationis Caput 'De confessione partium' titulum coepit 'De declarationibus partium', ut comprehendere posset etiam declarationes illas quae non constituunt confessiones, ad finem ut de earum quoque vi iuridica aliqua taxatio poneretur" (*Relatio Sabattani 1970*, n. 16), in *Communicationes*, 2 (1970), pp. 185-186).

¹⁰⁷ In questo caso pensiamo che non dobbiamo anonimizzare i nomi dei membri di tale commissione.

protti preparò lo schema, vi furono diverse adunanze del *coetus* ristretto e, nel gennaio 1975, il gruppo presentò il suo lavoro al Presidente della Commissione. I cann. 181 e 182 riflettevano il futuro can. 1536 promulgato¹⁰⁸; mentre il can. 353 (sostitutivo dei cann. 1974-1975 del CIC 1917) raggiungeva una redazione che rimarrà immutata fino alla promulgazione del vigente can. 1679. Vale a dire, in questo progetto del 1975 fu incorporato (forse da Ciprotti) l'inciso "si fieri potest", mancante nella redazione del 27 ottobre 1970.

c) Dallo Schema 1976 al testo promulgato

Sulla base di detto progetto fu stampato lo *Schema 1976*, del quale, da tempo, possono essere acquistate copie in diverse librerie romane e, comunque, è stato pubblicato su *Communicationes*¹⁰⁹. Sulla nostra materia, le uniche modifiche con lo *Schema 1975* riguardano la numerazione dei canoni: il futuro testo promulgato del can. 1536 aveva i numeri 177 e 178; el il testo del can. 1679 del CIC 1983 il numero 343.

Il n. 29 dei *praenotanda* dello *Schema 1976* evidenziava l'importanza della modifica incorporata in tema di valore probatorio delle dichiarazioni delle parti¹¹⁰. L'innovazione, introdotta sostanzial-

¹⁰⁸ "Can. 181. Si agatur de negotio aliquo privato et in causa non sit bonum publicum, confessio iudicialis unius partis relevat ceteras ab onere probandi".

"Can. 182: § 1. Confessio iudicialis in causis quae respiciunt bonum publicum, confessio extraiudicialis, et partium declarationes quae non sint confessiones aliquam vim probandi habere possunt, a iudice aestimandam una cum ceteris causae adiunctis; (...) § 2. At iudiciali confessioni in causis quae respiciunt bonum publicum numquam vis plenae probationis tribui potest nisi alia accedant elementa quae eam omnino corroborent".

¹⁰⁹ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de processibus*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1976 e in *Communicationes*, 8 (1976), pp. 183-200 (per i *Praenotanda*), *Communicationes*, 10 (1978), pp. 209-272 (per i cann. 1-101), *Communicationes*, 11 (1979), pp. 67-296 (per i cann. 102-449), successivamente: *Schema 1976*.

¹¹⁰ "De vi probatoria declarationis partium', cuius in praesenti Codice nulla datur taxatio, schema proponit quendam indicem valoris hoc modo: a) 'confessio extraiudicialis et partium declarationes quae non sint confessiones aliquam vim probandi habere possunt, a iudice aestimandam una cum ceteris causae adiunctis'. b) 'iudiciali confessioni in causis quae respiciunt bonum publicum numquam vis plenae probationis tribui potest nisi alia accedant elementa quae eam omnino corroborent' (can. 178)" (*Communicationes*, 8 (1976), p. 188).

mente fra gli anni 1967-1970, era conosciuta negli ambienti canonistici e suscitò reazioni contrastanti¹¹¹.

Lo *Schema 1976* fu inviato a diversi organi di consultazione (Conferenze episcopali, Facoltà di Diritto Canonico, ecc.). Abbiamo potuto consultare gli originali delle loro *Osservazioni*, non tutte pubblicate su *Communicationes*. Vi furono diverse proposte riguardanti il can. 343 (sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio), tutte rivolte a raccomandare la prudenza in una norma di così problematica applicazione:

"In materia così delicata *semper* — di regola — si richiedano 'testium credibilitatis etc.' [un dicastero della Curia Romana e una Pontificia Università romana]".

"Nel caso di 'defectus consensus ob mentis morbum' è molto importante ottenere testimoni che siano cattolici *praticanti* e siano esperti (soprattutto per casi di indole psichiatrica) [un vescovo centroeuropeo]".

Una Conferenza Episcopale centroeuropea "propone questa redazione: '§ 1. Nisi probationes aliunde plenae habeantur, inter elementa, de quibus in can. 178 § 2, testes de partium credibilitate adhiberi possunt. § 2. Iudex serio aestimet, num ex toto actorum complexu moralis certitudo de nullitate matrimonii oriatur'. *Ad § 1:* per esprimere chiaramente che i testi di credibilità delle parti sono da considerarsi tra gli elementi di cui al citato can. 178 § 2. *Ad § 2:* per evitare che si possa pensare che basta la asserzione delle parti, appoggiata dai testi di credibilità, per concludere la nullità del matrimonio. È da

¹¹¹ In senso critico, cfr. L. DEL AMO, *¿La declaración de las partes sola y de suyo podrá constituir prueba plena?*, in *"Ius Populi Dei". Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, vol. 2, Roma, 1972, pp. 667-706. Nel senso proposto dalla Commissione codificatrice, cfr. I. GORDON, *De nimia processum matrimonialium duratione. (An oporteat ut confessio iudicialis partium vi plenae probationis aliquando polleat, etc.)*, in *"Periodica"*, 58 (1969), pp. 685-709, e la bibliografia citata. Il presidente della Pontificiae Commissionis Codici Iuris Canonici recognoscendo, Card. Pericle Felici, ebbe un intervento (21 febbraio 1977) per difendere l'innovazione proposta dai consultori ed accolta dallo *Schema 1976* (cfr. P. FELICI, *Formalità giuridiche e valutazione delle prove nel processo canonico*, in *Communicationes*, 9 (1977), pp. 175-184, in particolare pp. 180-182). Il testo è stato pubblicato in più occasioni, anche a distanza di vent'anni, a dimostrazione dell'importanza della questione che ci occupa (cfr. *Cause incidentali e processo contenzioso sommario ossia orale*, Roma, 1988, pp. 3-13; *"De processibus matrimonialibus"*. *Fachzeitschrift zu Fragen des kanonischen Ehe- und Prozeßrechts*, 3 (1996), pp. 181-191).

tutto l'insieme del processo che deve dedursi questa indispensabile certezza morale. È necessario ripeterlo qui per controbilanciare l'altro §".

Nell'adunanza del 29 marzo 1979 del *coetus studiorum de processibus* un consultore propose di sopprimere il can. 343 sulle cause di nullità del matrimonio, considerando sufficiente il prescritto della norma generale sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti. Il suggerimento non piacque agli altri consultori perché il canone sul processo matrimoniale aggiunge a quello ordinario la necessità di servirsi dei testi di credibilità delle parti¹¹², quantunque "si fieri potest". Inoltre, la proposta della Conferenza Episcopale centroeuropea non fu accolta perché i consultori considerarono che nel testo proposto era già sufficientemente chiaro che, normalmente, le dichiarazioni delle parti dovevano essere considerate nell'insieme probatorio, come una prova in più e senza accontentarsi con i testi sulla credibilità delle parti, secondo il classico concetto della certezza morale¹¹³.

Precedentemente, nell'adunanza del 25 novembre 1978, erano stati studiati i canoni sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti nel processo contenzioso ordinario, di cui parlavano i cann. 177 e 178 dello *Schema 1976*. Un consultore propose di riformulare detti canoni, in modo che fosse più chiara la libera valutazione da parte del giudice delle dichiarazioni e della loro capacità di produrre la certezza morale. La proposta fu accettata all'unanimità e il nuovo testo del can. 177 diventerà, senza la minima modifica, il can. 1536 del CIC 1983 e la nuova versione del can. 178, con qualche lieve correzione di stile, è uguale al can. 1537 promulgato¹¹⁴.

¹¹² "Aliquis Consultor ['CC'] censet hunc canonem deleri posse, stante can. 177 [178]. Propositio non placet Consultoribus, quia in praesenti canone asseritur 'testes de ipsarum partium credibilitate' esse 'elementum' quod, ad normam can. 177, depositiones partium corroborare potest" (*Communicationes*, 11 (1979), p. 263).

¹¹³ "Consultoribus haec formula non placet, quia explicatio quam praebet § 1 videtur obvia, et quia cautela in § 2 expressa videtur superflua, cum nemo tenere possit sola 'testimonia credibilitatis' sufficere ad certitudinem moralem toto actorum complexu praetermisso vel neglecto" (*Communicationes*, 11 (1979), p. 263).

¹¹⁴ "Circa hunc canonem Consultor ['CC'] quidam sequentes animadversiones facit: 1) Ratio cur in § 2 iudiciali confessioni vis plenae probationis non tribuitur, nisi alia accedant quae praefatam confessionem corroborent, magis valet pro partium declarationibus quae non sint confessiones. Declarationes enim sunt in favorem declarantis, dum confessiones sunt contra confitentem, ideo multo magis urget ut illae declarationes includantur in § 2. 2) Nulla ratio est cur confessio extraiudicialis

Lo *Schema 1980*¹¹⁵, al can. 1488, accoglieva le modifiche introdotte nell'adunanza del 29 marzo 1979 allo *Schema 1976*, can. 178; e, al can. 1631, riproduceva il can. 343 dello *Schema 1976*. Tali testi non furono oggetto di studio da parte della Congregazione Plenaria del 1981¹¹⁶, né subirono alcuna modifica sullo *Schema 1982* (cann. 1536 e 1679)¹¹⁷ né dal testo promulgato nel 1983, in cui conservarono la stessa numerazione dello *Schema 1982*.

5. Conclusioni

I cann. 1536 § 2 e 1679 del CIC 1983 hanno accolto la capacità che le dichiarazioni delle parti hanno di produrre la certezza morale nell'animo del giudice e, quindi, la possibilità per esse di costituire

includatur in § 1, quia, uti supponitur, facta fuit tempore non suspecto. (...) His dictis, ipse Consultor proponit ut alia distributio materiae habeatur secundum has formulas: (...) 'Can. 177: § 1. Confessio iudicialis unius partis, si agatur de negotio aliquo privato et in causa non sit bonum publicum, ceteras relevat ab onere probandi. § 2. In causis autem quae respiciunt bonum publicum, confessio iudicialis et partium declarationes, quae non sint confessiones, vim probandi habere possunt, a iudice aestimandam una cum ceteris causae adiunctis, at vis plenae probationis ipsis tribui nequit, nisi alia accedant elementa quae eas omnino corroborent. Can. 178: Extraiudicialis confessio in iudicium deducta, iudicis est, perpensis omnibus adiunctis, aestimare quanti faciendum sit'. Omnes alii Consultores concordant sive circa animadversiones factas sive circa novam redactionem canonum" (*Communicationes*, 11 (1979), pp. 103-104).

¹¹⁵ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema Codicis Iuris Canonici iuxta animadversiones S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutum vitae consecratae recognitum*, Libreria Editrice Vaticana, 29 giugno 1980 (in seguito *Schema 1980*. Per il libro "de processibus", cfr. *Communicationes*, 16 (1984), pp. 52-90).

¹¹⁶ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em. mis atque Exc. mis Patribus Commissionis ad Novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1981, e (per il libro "de processibus") in *Communicationes*, 16 (1984), pp. 52-90; PONTIFICIO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI (PCITL), *Acta et documenta PCCICR. Congregatio Plenaria diebus 20-29 octobris 1981 habita*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1991.

¹¹⁷ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Codex Iuris Canonici Schema Novissimum post consultationem S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutum vitae consecratae recognitum, iuxta placita Patrum Commissionis deinde emendatum atque Summo Pontifici praesentatum*, Città del Vaticano, 25 marzo 1982.

"prova piena". Tuttavia, il cambiamento non è stato completamente recepito da parte di qualche autore¹¹⁸ e da un qualificato settore della giurisprudenza rotale¹¹⁹. Detta prevenzione sarebbe dovuta alla possibilità dell'utilizzo abusivo del nuovo impianto normativo e alla non sufficiente differenziazione nei loro ragionamenti fra la "confessione giudiziale" — che può produrre prova piena soltanto nelle cause private (cfr. can. 1536 § 1) — e la valenza probatoria della dichiarazione delle parti nelle cause di nullità del matrimonio la quale è stata lasciata, invece, al libero apprezzamento del giudice. Tale dottrina e giurisprudenza non tengono sufficientemente conto dell'inciso "si fieri potest", introdotto al vigente can. 1679 dallo *Schema 1975*, il quale comporta, dal combinato disposto dei cann. 1679 e 1536, la possibilità che hanno le dichiarazioni delle parti di produrre da sole prova piena, qualora avvenga la rarissima circostanza di non poter contare con altre prove o amminicoli o, almeno, con l'indizio dei testi sulla credibilità della parte.

L'innovazione codiciale è stata accolta, invece, da un altro settore dottrinale¹²⁰ e dalla Congregazione per la dottrina della fede nella sua

¹¹⁸ Cfr. J.L. ACEBAL LUJÁN, *Valoración procesal de las declaraciones de las partes*, in "Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro", vol. 12, Salamanca, 1996, pp. 307-334; R.L. BURKE, *La "confessio extrajudicialis" e le dichiarazioni giudiziali delle parti*, in AA.VV., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Roma, 1995, pp. 15-30; A. GAUTHIER, *La prova testimoniale nell'evoluzione del diritto canonico*, in *ibidem*, pp. 49-69.

¹¹⁹ Ad es.: "Sed ad morem certitudinem assequendam de exclusione efficaciter patrata (cf. can. 1608, § 1), non sufficit simulantis iudicialis confessio, cui in causis boni publici, quae sunt causae matrimoniales, vis plenae probationis tribui nequit, nisi alia accedant elementa, quae eam omnino corroborent (cf. can. 1536, § 2). Agitur sane de aliis elementis probatoriis (cf. can. 1572, n. 4), sicut de simulationis causa proxima et remota atque de circumstantiis, quae assertam exclusionem corroborare valent, non vero de aliis elementis, ad probationem haud pertinentibus, sicut quidem contendunt. Insuper, nisi probationes aliunde plenae habeantur, ad partium depositiones ad normam can. 1536 aestimandas, etiam testes de partium credibilitate adhiberi possunt, praeter alia adiuncta et adminicula (can. 1679). Quodsi tamen dubium remaneat, standum est pro valore matrimonii quod favore iuris gaudet (can. 1060)" (coram Stankiewicz, Reg. Flaminii seu Bononien., Sent. 96/97, 24 luglio 1997, n. 20).

¹²⁰ Cfr. M. MONIER, *La valeur de preuve à accorder aux déclarations des parties dans un procès matrimonial*, in "L'année canonique", 38 (1996), pp. 141-150; M.F. POMPEDDA, *La questione dell'ammissione ai sacramenti dei divorziati civilmente risposati*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano, 1993, pp. 493-508; ID., *Il processo canonico di nullità di matrimonio: legalismo o legge di carità?*, in *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, 1995, pp. 143-144, 145; ID., *Il valore probativo delle dichiarazioni delle parti nella nuova giurisprudenza della Rota Romana*, in *ibidem*, pp. 195-240; ID., *La Lettera della Congregazione per la Dottrina della Fede*

Lettera ai Vescovi della Chiesa Cattolica circa la recezione della comunione eucaristica da parte dei fedeli divorziati risposati, 14 settembre 1994, per offrire una via ragionevole al problema delle cosiddette "nullità di coscienza"¹²¹. Comunque, questo importante documento non può essere interpretato come la rinuncia all'obbligo dei giudici di integrare le dichiarazioni delle parti con altre prove o indizi per accertare la verità¹²², né come una riformulazione 'lassista' del concetto di certezza morale, secondo quanto è stato ribadito da Giovanni Paolo II¹²³. Tuttavia, manifesta che il giudice può, eccezionalmente, fondare il suo libero convincimento sulla sola dichiarazioni delle parti, beninteso che questa sua intima e soggettiva convinzione dovrà essere giustificata nella motivazione della sentenza¹²⁴. Infatti, l'oggettività del concetto di certezza morale nonché il suo intrinseco e inscindibile rapporto con la verità e con il diritto di difesa comportano per il giudice l'obbligo: a) di pubblicare tutti gli atti che sono determinanti ai fini del raggiungimento della certezza morale¹²⁵; b) di dar conto nella motivazione della sentenza dell'*iter* logico che lo ha portato all'acquisizione di tale certezza. La motivazione del provvedimento, unitamente agli atti

circa i fedeli divorziati risposati: Problematiche canonistiche, in "L'Osservatore Romano", 18 novembre 1994, pp. 1 e 4, e in "Anthropotes". Rivista di studi sulla persona e la famiglia, 11 (1995), pp. 65-69.

¹²¹ Cfr. n. 9, in AAS, 86 (1994), pp. 974-979.

¹²² Cfr. can. 1452; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 22 gennaio 1996, nn. 2 e 3, in AAS, 88 (1996), pp. 773-777.

¹²³ "Desidero richiamare la vostra attenzione su un punto di natura processuale: (...) i criteri di valutazione delle affermazioni fatte in giudizio dalle parti. È indubitato che le supreme istanze di una vera giustizia, quali sono la certezza del diritto e l'acquisizione della verità, devono trovare il loro corrispettivo in norme procedurali, che mettano al riparo da arbitri e leggerezze inammissibili in ogni ordinamento giuridico, ed ancora meno in quello canonico. Il fatto tuttavia che la legislazione ecclesiale riponga proprio nella coscienza del giudice, e cioè nel suo libero convincimento, pur dedotto dagli atti e dalle prove (can. 1608 § 3 CIC; can. 1291 § 3 CCEO), il criterio ultimo e il momento conclusivo del giudizio stesso, prova come un ingiustificato formalismo non debba mai sovrapporsi fino a soffocare i chiari dettami del diritto naturale" (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 10 febbraio 1995, n. 7, in AAS, 87 (1995), pp. 1013-1019).

¹²⁴ Cfr. i nostri studi citati a nota 62.

¹²⁵ Cfr. cann. 1598 e 1608 §§ 2 e 4; il nostro *L'efficace tutela dei diritti (can. 221): presupposto della giuridicità dell'ordinamento canonico*, in "Fidelium iura", 8 (1998), pp. 258-261.

della causa, consentirà il controllo giudiziario sull'oggettività della certezza morale, tramite i diversi mezzi d'impugnazione della sentenza¹²⁶.

La Commissione codificatrice del 1983 volle attribuire valore probatorio, assieme agli altri mezzi di prova, alle dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio, rettificando i disposti del CIC 1917 e dell'istr. *Provida Mater Ecclesia*. A tale scopo fu modificata la normativa sulla 'confessione giudiziale'. Questo modo indiretto — ma evidente — di riuscire ad ottenere la finalità prefissata comportava e comporta il pericolo di attribuire alle dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio il valore di prova piena che ha la confessione nelle cause private (cfr. CIC 1917, can. 1751; CIC 1917, can. 1536 § 1). Infatti, la Commissione, consapevole dell'inadeguatezza di tale istituto per le cause matrimoniali, sostituì il termine 'confessione' per quell'altro di 'dichiarazioni delle parti' nella rispettiva rubrica e nei disposti normativi, pur trattandoli insieme (cfr. cann. 1536 § 2 e 1679). In realtà, quantunque la parte (attrice o, formalmente, convenuta) affermi di aver simulato o viziato il consenso matrimoniale, o di essere sottoposta, al momento della celebrazione del matrimonio, ad un impedimento dirimente non dispensato, detta affermazione non può essere considerata 'confessione' perché mancante di un elemento essenziale: "contra se peracta" (CIC 1917, can. 1750; CIC 1983, can. 1535). Perciò è confuso ed erroneo utilizzare il termine 'confessione' nelle cause di nullità del matrimonio, tranne nella fattispecie in cui la relativa dichiarazione abbia immediate e reali conseguenze negative contro il dichiarante, ad es., in ambito penale statale nel caso dell'impedimento di crimine (cfr. can. 1090).

Vi è, invece, la tendenza ad attribuire, aprioristicamente e formalisticamente, valore di prova piena alle dichiarazioni delle parti "pro nullitate vinculi" e a rinunciare a vagliarle seriamente con altre prove (cfr. can. 1452) perché, dicono, colui che si rivolge ai tribunali della Chiesa, avendo a disposizione il divorzio civile, lo fa sempre con retta coscienza e secondo verità. Tale impostazione potrebbe manifestare di conoscere poco la realtà¹²⁷ o di pensare di aver trovato una 'for-

¹²⁶ Cfr. cann. 1611, 3°, 1612 § 3, 1620, 2°, 1634 § 3; Pio XII, *Discorso alla Rota Romana*, 1° ottobre 1942, cit., nn. 2 e 3; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, n. 7, in AAS, 81 (1989), pp. 922-927.

¹²⁷ "Nessuno, non consentendolo il principio di contraddizione, potrà mai affermare che esistano due opposte verità oggettive, una verificabile nel processo canonico (quindi in foro esterno) e l'altra conoscibile dalla retta coscienza. Si dovrebbe anzi

mula magica' per risolvere i problemi pastorali che pongono i divorziati risposati. Invero, detto formalismo aprioristico è contrario alle esigenze della verità, dell'indissolubilità del vincolo e del rispetto della dignità della persona umana (della sua capacità per sposarsi e della sua sincerità al momento della celebrazione del matrimonio), valori tutti compresi nel classico "favor matrimonii" sancito direttamente dal can. 1060 e indirettamente dal can. 1608.

In realtà, la fattispecie della certezza morale fondata sulla libera valutazione della sola dichiarazione delle parti, senza testi sulla loro credibilità, dovrebbe riguardare pochissime cause concernenti solo taluni vizi del consenso in cui non vi siano, o non siano di fatto esperibili, altre prove testimoniali, documentali o, almeno, ammennicolari o indiziarie sul momento dell'*in fieri* del matrimonio (diverse dagli indizi e dagli ammennicoli sulla credibilità della parte nel momento processuale). Qualora non sia possibile produrre altre prove oltre la dichiarazione delle parti, esse possono presentarsi tanto credibili da annullare nel giudice ogni prudente riserva nel considerare attendibile una persona che ha affermato di non esserlo stata, sia pure relativamente al precedente momento della celebrazione del matrimonio (per es. nel caso di matrimonio simulato)¹²⁸. Di conseguenza, qualora il giudice percepisca che i coniugi (o i loro patroni) si rifiutano di adempiere al loro dovere di collaborare alla ricerca della verità (ad istanza del difen-

dire che, ove una simile conflittualità si verificasse (...), con tutto il rispetto per la coscienza individuale, dovrebbe avere prevalenza l'esito raggiunto in foro esterno: e ciò per due ordini di ragioni. Vi è innanzi tutto da ricordare il noto principio giuridico, per cui nessuno può essere giudice in causa propria (...). Ma neppure possiamo dimenticare l'altro ordine di ragioni, e cioè la possibilità estrema, potremmo quasi dire la quasi necessaria evenienza di errore, per situazioni soggettive per sé evidenti, di un giudizio portato sul proprio matrimonio" (M.F. POMPEDDA, *La Lettera della Congregazione per la Dottrina della Fede*, cit., § a). Cfr. P. BIANCHI, *Nullità di matrimonio non dimostrabili? Una questione da approfondire*, in "Vita e pensiero", 78 (1995), p. 41.

¹²⁸ Cfr. P. BIANCHI, *Nullità di matrimonio non dimostrabili? Una questione da approfondire*, cit., pp. 36-37, 42-46; ID., *Nullità di matrimonio non dimostrabili. Equivoco o problema pastorale*, in "Quaderni di diritto ecclesiale", 6 (1993), pp. 280-297; P. ERDO, *La certezza morale nella pronuncia del giudice. Problemi attuali*, in "Periodica de re canonica", 86 (1997), pp. 81-104, in particolare pp. 101-103; Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in "Ius Ecclesiae", 9 (1997), pp. 417-450; M.P. HILBERT, *Le dichiarazioni delle parti nel processo matrimoniale*, in "Periodica de re canonica", 84 (1995), pp. 735-755.

sore del vincolo o *ex officio*)¹²⁹, la ostacolano, o qualora, addirittura, egli scoprisse la falsità di taluna prova proposta a favore della nullità del matrimonio, ciò dovrebbe incidere sulla non attendibilità delle dichiarazioni delle parti.

L'insieme dei vigenti disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti e della certezza morale è riuscito a superare ogni manifestazione di formalismo e ad offrire un sistema in cui è rispecchiato il rispetto della natura delle cose e il buon senso. In questo modo, l'ordinamento ecclesiale dispone dei mezzi atti affinché le cause di nullità del matrimonio possano essere giudicate secondo verità e giustizia, e sia superata la dialettica fra il foro della coscienza e quello giuridico: "veritas liberabit vos" (Gv 8, 32).

¹²⁹ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana, 2 ottobre 1944*, in AAS, 36 (1944), pp. 281-290.