



Nicola Colaianni

(ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Dipartimento di Giurisprudenza)

Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale *

SOMMARIO: La riforma del processo canonico per le nullità matrimoniali – 2. Il matrimonio tra Codex e Concilio: *stop and go* sulla rilevanza della fede – 3. Le presunzioni legali in tempo di secolarizzazione – 4. I rimedi contro il fallimento del matrimonio – 5. La via stretta del riconoscimento dello stato libero causato dal divorzio civile – 6. La via larga della dichiarazione di nullità – 7. Il *processus brevior* come volontaria giurisdizione – 8. I riflessi sul procedimento di delibazione – 9. Nuove dimensioni del diritto di difesa e dell'ordine pubblico – 10. Prospettive del giusto processo di delibazione.

1 - La riforma del processo canonico per le nullità matrimoniali

Acceleramento dei processi di nullità matrimoniale e accompagnamento/discernimento dei divorziati e risposati civilmente (ma credenti): i due sinodi cattolici sulla famiglia hanno così reimpostato l'integrazione dei battezzati reduci da un matrimonio fallito nelle comunità cristiane. Una riforma tutta interna all'ordinamento canonico, senza ripercussioni sui rapporti con quello civile relativamente all'efficacia civile delle sentenze di nullità? Domanda non facile, meritevole di una risposta non disinvolta. Invero, gli effetti civili sono collegati a sentenze: sono tali quelle emanate a conclusione di un *processus brevior*? Non solo, ma si deve trattare di sentenze di nullità dell'atto: è tale quella per un vizio dedotto dallo svolgimento del rapporto o non è, con una sorta di truffa delle etichette, sostanzialmente uno scioglimento del rapporto, così da mettere in crisi il riparto di competenza tra giurisdizione ecclesiastica sull'atto e giurisdizione civile sul rapporto matrimoniale?

Non è la prima volta che il diritto della chiesa s'interessa anche del concreto svolgimento del rapporto coniugale (basta pensare alla dispensa da matrimonio rato e non consumato), ma è la prima volta che dal concreto svolgimento del rapporto esso deduce a livello legislativo (e non

* Il contributo, sottoposto a valutazione, è destinato alla pubblicazione nella *Rivista di diritto privato*.



solo interpretativo) indici sintomatici di nullità dell'atto. Anche, se non soprattutto, perciò la riforma del processo canonico per le cause di nullità matrimoniale¹, introdotta dal papa Francesco, è destinata a diventare una pietra miliare nella storia dell'ordinamento canonico². A ragione è stata indicata l'abrogazione della *duplex sententia conformis*, che certo è importante³. Questa anomalia, dovuta al papa Benedetto XIV ed evidentemente giustificata dall'eccesso di compiacenza dei primi giudici, dal 1741 ha resistito per quasi tre secoli ai tentativi di riconduzione del processo matrimoniale nell'alveo del processo ordinario, in cui vige il principio generale della formazione del giudicato anche per mancanza di impugnazione in termini o per rinuncia alla stessa (can. 1641, ora ribadito *in parte qua* dal can. 1679).

Tuttavia, il m.p. si pone come un *landmark law* non solo per questo ritorno al diritto comune ma anche, e probabilmente più, per l'introduzione di un secondo procedimento sommario a fianco di quello documentale (la cui disciplina, contenuta nei can. 1686-1688 del codice vigente, ora 1688-1690, non è stata toccata dalla riforma). A differenza di questo, basato su documenti incontrovertibili e non abbisognevole perciò di istruzione, il nuovo procedimento sommario si basa anche su aspetti di merito ("circostanze di fatti e di persone") da istruire con "testimonianze o documenti", sol "che non richiedano una inchiesta o una istruzione più accurata e rendano manifesta la nullità". Si giustifica così la seconda condizione, che "la domanda sia proposta da entrambi i coniugi o da uno di essi, col consenso dell'altro" (can. 1683): in assenza di tale accordo, invero, la cognizione del giudice non può non essere piena ed esauriente, quale solo il rito ordinario può garantire.

L'innovazione non è soltanto processuale giacché l'individuazione di alcune delle "circostanze di fatti e di persone" non è stata lasciata all'interpretazione della giurisprudenza ma, come è proprio di un ordinamento che non conosce la distinzione dei poteri, è stata fatta in via

¹ Il motu proprio *Mitis iudex dominus Iesus*, approvato il 15 agosto 2015, è entrato in vigore l'8 dicembre scorso. Qui lo si cita con l'abbreviazione m.p. e nella versione italiana ufficiale, reperibile in www.vatican.va. Scarne norme di dettaglio sono state aggiunte nel *rescritto del santo padre Francesco sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale* del 7 dicembre 2015, *ibid.*

² Una "rivoluzione" secondo il vescovo segretario del Sinodo **B. FORTE**, *Evangelica semplicità*, in *Il sole – 24 ore*, 9 settembre 2015.

³ "La decisione è storica, sia per le evidenti semplificazioni di cui potranno godere i fedeli, sia perché rompe con un passato che va calcolato in secoli" (**A. PARAVICINI BAGLIANI**, *Da tribunale dei santi a giudice delle nozze. Decadenza e rinascita della Sacra Rota*, in *la Repubblica*, 9 settembre 2015).



previa, e sia pure in modo non tassativo, dallo stesso m.p. nella *ratio procedendi* (una sorta di disposizioni di attuazione, si potrebbe dire con il lessico processual-civilistico) che accompagna la riforma codicistica⁴.

Non sorprende, quindi, che il combinato disposto del nuovo *processus brevior* e della relativa *ratio procedendi* sia sembrato nei primi commenti apparsi sulla stampa quotidiana finalizzato a un più agevole ottenimento della dichiarazione di nullità anche per circostanze di fatto, sommariamente accertate, emerse successivamente all'atto di matrimonio, cioè durante il rapporto coniugale, e attinenti quindi non alla fase formativa ma a quella esecutiva del vincolo: una sorta di scioglimento del matrimonio sotto le mentite spoglie della nullità, quindi, giacché circostanze come l'aborto procurato, la persistenza di una relazione extraconiugale o, emblematicamente, la brevità della convivenza attengono all'adempimento concreto degli impegni assunti con il consenso matrimoniale. Sensazionale poi è apparsa l'inclusione tra queste circostanze di fatto, che autorizzano il ricorso al processo breve, addirittura della "mancanza di fede che può generare la simulazione del consenso o l'errore che determina la volontà"⁵. Per quanto indirettamente, quale causa di simulazione o di errore, è invero la prima volta che la fede entra nella disciplina codicistica del matrimonio, ancorché per la "porta di servizio" della *Ratio procedendi*.

Basterebbe questa osservazione per cogliere lo spessore profondo della riforma, pur nell'avvertenza che i casi evidenziati non configurano, singolarmente presi, una rottura netta con la giurisprudenza canonica⁶ e con la dottrina della Chiesa sul matrimonio, formatasi nel secondo millennio e soprattutto con il concilio di Trento. Ma, pur addentellandosi a isolati precedenti, presi nel loro insieme i casi codificati possiedono una notevole forza propulsiva, capace di definire la parte centrale e principale del complesso delle nullità matrimoniali (con caratteristiche la cui

⁴ Dato questo spiccato carattere integrativo sul piano sostanziale si è parlato esattamente (da J. LLOBELL, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. "Mitis iudex"*, registrazione audiovisiva in www.iuscanonicum.it, 2015) di un complesso normativo unitario, comprendente anche la relazione di accompagnamento, la quale costituisce il supporto magisteriale del m.p.

⁵ "Eclatante (...) dirompente" la causa di nullità motivata dalla mancanza di fede per F. GARELLI, *Il papa e le ferite dei fedeli*, in *La stampa*, 9 settembre 2015.

⁶ Tra le tante rassegne ci si limita a citare quelle di M. MINGARDI, *L'esclusione della dignità sacramentale dal consenso matrimoniale nella dottrina e nella giurisprudenza recenti*, Roma, 1997, e del già decano della Rota A. STANKIEWICZ, *La giurisprudenza in tema di esclusione della sacramentalità del matrimonio*, in AA. VV., *Matrimonio e sacramento*, Città del Vaticano, 2004, pp. 93 ss.



compatibilità con l'ordinamento italiano è meritevole di attenzione non disinvolta).

Il classico caso, allora, di “un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche vanno al macero”? Il celebre aforisma di Kirchmann è sicuramente anacronistico in uno Stato costituzionale di diritto, in cui molteplici, e non solo statuali, sono le fonti del diritto. Ma non lo è in un ordinamento come quello canonico, che assomiglia agli ordinamenti ottocenteschi con la loro retorica veteropositivistica del legislatore unico, al cui cospetto esso fu codificato: il papa gode della *plenitudo potestatis*, che nel m.p. ha avuto modo di spingersi fino alla tensione massima. Tuttavia, l'esito non è scontato perché già una volta la dottrina, teologica e canonistica, di impostazione curialistica ha opposto la barriera giuridicistica delle presunzioni legali alla rilevanza della fede, affermata dal Concilio, per la validità del matrimonio. A questa vicenda converrà accennare, pur nella limitatezza di un'ottica mirante alle ripercussioni del nuovo processo sulla delibazione civile delle sentenze, per cogliere la svolta impressa dalla riforma.

2 - Il matrimonio tra Codex e Concilio: *stop and go* sulla rilevanza della fede

Per la verità il tratto di penna capace di mandare al macero intere biblioteche c'era stato ed era stato impresso dal legislatore conciliare con l'affermazione che i sacramenti, e quindi anche il matrimonio, “suppongono la fede (...); perciò vengono chiamati “sacramenti della fede”⁷. Pertanto, secondo il senso proprio fatto palese dalle parole, è sacramento non ogni matrimonio tra battezzati, ma solo quello tra battezzati che non abbiano perso la fede. Avrebbe dovuto conseguirne, a rigore, la messa in soffitta della dottrina tradizionale, ufficializzata da Pio IX nel *Syllabus*⁸ e codificata nel can. 1012 del *codex* pio-benedettino allora vigente, secondo cui “*inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum*”. Questa inscindibilità tra contratto e sacramento, per cui chi – battezzato - vuole il primo si presume voglia

⁷ CONCILIO VATICANO II, cost. *Sacrosanctum Concilium*, 1963, n. 59.

⁸ PIO IX (G.M. MASTAI FERRETTI), enc. *Quanta cura*, 1864, n. 73, ove si colpisce con anatema l'affermazione che “è falso che, o il contratto di matrimonio tra cristiani è sempre sacramento, ovvero che il contratto è nullo se si esclude il sacramento”, nonché quella che “Il Sacramento del matrimonio non è che una cosa accessoria al contratto, e da questo separabile”, su cui subito dopo nel testo.



automaticamente anche il secondo, non attribuisce, infatti, alcuna rilevanza alla fede attuale dei nubendi, cioè alla loro convinzione del valore sacramentale del matrimonio, valorizzata dal Concilio. E infatti l'elemento soggettivo rileva solo rispetto al matrimonio come istituto di diritto naturale, ancorché innalzato dal signore Gesù alla dignità di sacramento quando contratto tra battezzati (can. 1055, § 1): una volta espresso validamente il consenso al matrimonio canonico questo si presume legalmente esteso al matrimonio-sacramento, cioè al progetto cristiano di unione proposto dalla Chiesa.

Questa concezione era coerente con la visione bellarminiana della Chiesa, per cui "la santità del singolo era ininfluenza sull'appartenenza ecclesiale"⁹. Sufficiente, quindi, *belonging without believing*: il matrimonio è un istituto di diritto pubblico da non lasciar cadere nel soggettivismo della coscienza individuale con il rischio – com'è stato evidenziato anche dopo il Sinodo del 2014 - di un indebolimento del matrimonio e della famiglia, della messa in discussione della "validità di molti matrimoni, che pure presentano una loro consistenza sul piano degli impegni umani e sociali"¹⁰.

Senonché la novità del Concilio stava proprio nell'aver rimesso al centro della Chiesa la Parola di Dio e la fede, dando luogo così a una serie di ricadute anche in materia di matrimonio. La generale rimozione del Concilio, attraverso la sua riduzione ad assemblea pastorale che non intaccava il "fondamentalismo teologico plasmato da un pensiero giuridico, che presenta i fondamenti biblici in un modo grossolanamente semplificato"¹¹, consentì di denervare il *dictum* grazie a bizantinismi dottrinali, come quello, autorevolmente formulato nel 1977 dalla Commissione teologica internazionale, secondo cui la fede è "causa dispositiva" della fruttuosità del matrimonio, non della sua validità. Se non c'è fede il matrimonio non sarà fruttuoso, ma valido sì, se c'è stata l'intenzione matrimoniale, di volere cioè il contratto. Certo – non può non riconoscere la Commissione -, una "*intentio vera ultimatim fide viva nascitur*

⁹ G. RUGGIERI, *Ritrovare il Concilio*, Einaudi, Torino, 2012, p. 75, che così continua: "per cui un delinquente che riconosceva la gerarchia cattolica doveva essere considerato membro della chiesa a preferenza di un protestante di vita esemplare, ma che riteneva che la vera chiesa fosse solo quella invisibile, dei santi": agevole la trasposizione dell'esempio nel matrimonio.

¹⁰ P. MONETA, *Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell'attuale dibattito sinodale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 8/2015, p. 7.

¹¹ P. HÜNERMANN, *Matrimonio, sacramento e sessualità. Una discussione lunga 100 anni*, in *Il Regno. Attualità*, 2015, n. 8, p. 553.



et nutritur” ma nondimeno solo *“sine ulla fide personali validitas sacramenti infirmaretur”*. A dispetto della novità conciliare, quindi, la presunzione di validità rimaneva in piedi, anche se *iuris tantum*, perché ammetteva la prova contraria: che cioè mancasse perfino un *“vestigium fidei (in sensu vocis “Gläubigkeit”, “croyance”, “disposición para creer”)*, un sia pur minimo *“desiderium gratiae et salutis”*¹².

Tutto qui? Inevitabile, allora, che a fronte di questo sgonfiamento – contrastato dall’opposizione di altra parte della dottrina teologica, che argomentava diffusamente sulla *“intenzione, come elemento integrante del loro consenso, di contrarre il loro matrimonio ‘nel Signore’”*¹³ per la validità del matrimonio degli sposi – la questione tornasse ai vescovi, sia pure stavolta non come legislatori ma semplici consultori nell’ambito del Sinodo del 1980. Così, sulla spinta del relatore card. Ratzinger¹⁴, poi eletto papa Benedetto XVI, quell’organo affermava che

*“occorre esaminare più profondamente se l’affermazione, secondo cui un matrimonio valido fra battezzati è sempre un sacramento si applichi anche a coloro che hanno perso la fede. Si indichino quindi le conseguenze giuridiche e pastorali, indagando specialmente su quali siano i criteri pastorali per discernere la fede dei nubendi e in qual modo nell’intenzione di fare ciò che fa la chiesa si debba anche avere, in grado più o meno elevato, un’intenzione minima di credere con la chiesa”*¹⁵.

Indicazione delle conseguenze giuridiche, e non solo pastorali, chiedevano i padri sinodali, ma ebbe il sopravvento la paura del salto nel buio, dei *“gravi rischi”* implicati da un’indagine sul grado di fede dei nubendi: *“giudizi infondati e discriminatori, dubbi sulla validità di matrimoni già celebrati, in particolare da parte di battezzati non cattolici”*. Per cui il papa ebbe modo di ribadire senz’altro la presunzione che, in forza del battesimo ricevuto, i nubendi, anche se *“battezzati non credenti”*, *“almeno implicitamente, acconsentono ciò che la Chiesa intende fare*

¹² **COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE**, *Propositiones. Theses de doctrina matrimonii christiani*, in *Documenta-Documenti (1969-1985)*, Città del Vaticano, 1988, n. 2.3, p. 218.

¹³ **W. KASPER**, *Teologia del matrimonio*, Queriniana, Brescia, 1979, p. 78. Analogamente **K. LEHMANN**, *Sacramentalité*, in **AA. VV.**, *Problèmes doctrinaux du mariage chrétien*, Diffusion Centre Cerfaux-Lefort, Louvain-la-Neuve, 1979, p. 193 ss.; **PH. DELHAYE**, *Sacramentalité*, *ibid.*, p. 74.

¹⁴ La relazione è riportata in *Il Sinodo dei Vescovi. Quinta assemblea generale ordinaria (26 settembre-25 ottobre 1980)*, a cura di G. Caprile, La civiltà cattolica, Roma, 1982, p. 739 ss.

¹⁵ Si tratta della *Propositio* 12, n. 3, approvata dal Sinodo dei vescovi il 24 ottobre 1980, in *Enchiridion Vaticanum*, VII, p. 716, n. 681.



quando celebra il matrimonio”, di modo che al fine della validità del matrimonio non l’intenzione minima si deve dimostrare, perché la si presume, bensì l’atto di “rifiutare in modo esplicito e formale ciò che la Chiesa intende”¹⁶. Si spianava così la strada alla riproduzione tal quale nel nuovo *codex iuris canonici* del 1983 (ca. 1055 §2) della presunzione del codice abrogato: “*inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum*”.

Tuttavia, il seme conciliare non cessava di portare qualche frutto nella giurisprudenza rotale, come s’è detto, per cui Giovanni Paolo II sul finire del suo lungo pontificato sentiva il bisogno di bloccare ogni accenno di apertura ai “requisiti intenzionali o di fede che andassero al di là di quello di sposarsi secondo il piano divino del ‘principio’”¹⁷. Perciò

“la Chiesa non rifiuta la celebrazione delle nozze a chi è *bene dispositus*, anche se imperfettamente preparato dal punto di vista soprannaturale, purché abbia la retta intenzione di sposarsi secondo la realtà naturale della coniugalità”¹⁸:

non escluda, vale a dire, uno dei *tria bona matrimonii* (unità, indissolubilità, prole) o il matrimonio stesso sul piano (non sacramentale, ma) “naturale”¹⁹.

La posizione non mutava con il successore Benedetto XVI, pur sulle prime, memore delle posizioni sostenute in passato, possibilista nel senso che il problema del “sacramento senza fede (...) è da approfondire”²⁰. Un obiettivo incoraggiamento dato a quella parte della dottrina che non aveva smesso di ricercare i casi in cui il fallimento del rapporto coniugale era da ascrivere alla mancanza di fede²¹. E non casualmente questi studi

¹⁶ GIOVANNI PAOLO II (K. WOJTYLA), *Familiaris Consortium*, 1981, n. 68, in www.vatican.va.

¹⁷ ID., *Discorso alla Rota romana*, 1 febbraio 2001, *ibid.*

¹⁸ ID., *Discorso alla Rota romana*, 30 gennaio 2003, *ibid.*

¹⁹ Sui modi in cui potrebbe atteggiarsi questa volontà contraria al matrimonio vedi tra gli altri M.A. ORTIZ, *L’esclusione della dignità sacramentale: la retta intenzione e la disposizione per credere*, in *Ius ecclesiae*, 2010, n. 1, pp. 104 ss.

²⁰ BENEDETTO XVI (J. RATZINGER), *Al clero della Valle d’Aosta*, in *L’osservatore romano*, supplemento del 25 luglio 2005, p. 25, in cui aggiungeva: “Se realmente si possa trovare qui un momento di invalidità perché al sacramento mancava una dimensione fondamentale non oso dire”.

²¹ Vedi per esempio già E. CORECCO, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici: osservazioni critiche*, in *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, a cura di S. Gherro, Cedam, Padova, 1988, ora in ID., *Ius et communio. Scritti di diritto canonico*, II, Piemme, Casale Monferrato, 1997, p. 606, e più recentemente gli scritti di P. MONETA, *Mentalità occidentale e diritto matrimoniale canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2003, p. 126 ss., e



riprendevano vigore in chiave di secolarizzazione della società, che non giustifica le presunzioni legali in materia di matrimonio formulate in una società monoreligiosa di tipo cristiano²²: come presumere, in una società che opera come se Dio non ci fosse, che proprio nel caso del matrimonio i fedeli consentirebbero senza riserve a ciò che al riguardo intende e vuole la Chiesa? Peraltro, pur amato dalla parte conservatrice della Chiesa, sul punto Benedetto XVI non veniva recepito dalla dottrina canonistica che vi si riferisce, secondo cui, al contrario, è la fede che – nonostante il *dictum* conciliare, ritenuto evidentemente insufficiente – “deve trovare una sua giustificazione teologica, prima ancora che giuridica, come ogni argomento che chiama in causa la grazia”²³.

3 - Le presunzioni legali in tempo di secolarizzazione

Nonostante le timide aperture iniziali, il pontificato di Benedetto XVI – papa di grande pensiero ma di scarsa azione – si concludeva con la riaffermazione della dottrina preconciliare: “il patto indissolubile tra uomo e donna non richiede, ai fini della sacramentalità, la fede personale dei nubendi”²⁴: solo della *intentio*, quindi, non della fede dei nubendi deve occuparsi il giudice ecclesiastico adito per la dichiarazione di nullità. Tutt’al contrario, per il suo successore Francesco,

“il giudice, nel ponderare la validità del consenso espresso, deve tener conto del contesto di valori e di fede – o della loro carenza o assenza – in cui l’intenzione matrimoniale si è formata. Infatti, la non conoscenza dei contenuti della fede potrebbe portare a quello che il Codice chiama errore determinante la volontà (cfr. can. 1099). Questa

L’esclusione del sacramento e l’autonomia della fattispecie, in *Matrimonio e sacramento*, cit., p. 75 ss., ora in **ID.**, *Communitas vitae et amoris. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 97 ss. e 237 ss.

²² Esempio lo studio di **P.A. BONNET**, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale canonico in un’occidente cristianizzato*, Giuffrè, 2006. Vedi anche **A. ZANOTTI**, *Il matrimonio canonico nell’età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007; **L. MUSSELLI**, *Riflessioni e ipotesi sulle prospettive evolutive in tema di nullità e scioglimento dei matrimoni canonici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit, n. 2/2014.

²³ **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Vita e pensiero, Milano, 2008, p. 156. Con questa citazione attendista si conclude anche un più recente intervento nella “discussione lunga 100 anni” (per citare ancora Hünermann): **A.P. TAVANI**, *Fede e consenso matrimoniale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 233.

²⁴ **BENEDETTO XVI (J. RATZINGER)**, *Discorso alla Rota romana*, 26 gennaio 2013 (in www.vatican.va).



eventualità non va più ritenuta eccezionale come in passato, data appunto la frequente prevalenza del pensiero mondano sul magistero della Chiesa”²⁵.

La discontinuità tra i due atti di magistero non potrebbe essere più evidente. Se la non conoscenza della fede non è più eccezionale, la presunzione non si giustifica più. Al fine della validità del sacramento la fede rileva, non può essere assorbita dalla intenzione, che si presume conforme a quella della Chiesa, perché nel “contesto umano e culturale in cui si forma l’intenzione matrimoniale” ormai non più eccezionalmente “l’abbandono di una prospettiva di fede sfocia inesorabilmente in una falsa conoscenza del matrimonio, che non rimane priva di conseguenze nella maturazione della volontà nuziale”.

A rendere ancora più evidente la svolta militano altri due fattori: senza neppure accennare ai numerosi riferimenti dedicati al tema dai due immediati predecessori, Francesco si riallaccia direttamente – *omissis mediis* - al papa (della continuazione) del Concilio, a Paolo VI, che aveva denunciato il “relativismo sistematico” che sostituisce all’impero della coscienza morale il capriccio della coscienza psicologica»²⁶. L’altro fattore di svolta consiste nella rivalutazione della principale proprietà del matrimonio, messa in luce dal Concilio e oscurata dal *codex* del 1983 dietro i classici *tria bona matrimonii*: «l’amore coniugale come “principio vitale” del consenso, la reciproca donazione per costituire il consorzio di tutta la vita». È (anche e principalmente) questo bene a essere minacciato dall’errore e dalla “riserva mentale circa la stessa permanenza dell’unione, o la sua esclusività, che verrebbero meno qualora la persona amata non realizzasse più le proprie aspettative di benessere affettivo”.

Il breve, quasi lapidario, discorso di Francesco ai giudici rotali non era un fiore nel deserto. A monte della svolta stava in generale la sua fedeltà al Concilio, preso sul serio come novità, ma nell’immediato stavano due proposizioni approvate dal Sinodo del 2014 a maggioranza qualificata: con 143 voti a 35 la prima (n. 48), con 154 a 23 la seconda (n. 49). In entrambe si auspicava lo snellimento del processo matrimoniale, ma nella prima si andava oltre il processo e si entrava nel diritto sostanziale (il che spiega verosimilmente il maggior numero di voti contrari), introducendosi la categoria dei “casi di nullità notoria” e proponendosi la “possibilità di dare rilevanza al ruolo della fede dei

²⁵ FRANCESCO (J.M. BERGOGLIO), *Discorso alla Rota romana*, 23 gennaio 2015, *ibid.*

²⁶ PAOLO VI (G.B. MONTINI), *Discorso alla Rota romana*, 31 gennaio 1974 (in www.vatican.va). Significativamente anche nelle scarse note del m.p., oltre al Concilio, dei predecessori viene citato solo Paolo VI.



nubendi in ordine alla validità del sacramento del matrimonio, tenendo fermo che tra battezzati tutti i matrimoni validi sono sacramento”.

A questa possibilità ha dato ora attuazione il papa, dapprima con istruzioni dirette ai giudici e poi con il m.p., grazie alla cui codificazione un indirizzo giurisprudenziale minoritario, superata la decisa opposizione di papa Wojtila, tornerà a espandersi in direzione dell’innalzamento della soglia minima tradizionale per accedere validamente al matrimonio: dalla mera consapevolezza dell’istituto naturale a quella del sacramento. L’obsoleta presunzione legale, per cui “tra battezzati tutti i matrimoni validi sono sacramento”, formalmente rimane ma è il papa stesso che di fatto la smonta, abbandonando la pregressa *dissimulatio* della realtà secolarizzata e di fatto imponendo (se non proprio la presunzione opposta) l’indagine caso per caso, alla stregua però del contesto di valori e di fede in cui si forma l’intenzione coniugale, cioè della “loro carenza o assenza”: eventualità, questa, che “non va più ritenuta eccezionale come in passato”.

Ne consegue che non solo la presunzione legale, posta dal can. 1055 § 2, ma anche quella contenuta nel can. 1101 § 1, secondo cui “*internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis*”, non trova più fondamento nella società secolarizzata. A causa della prevalenza del pensiero mondano sul magistero ecclesiastico la “riserva mentale”, come nota il papa, non è più un’eccezione, è sempre in agguato e anzi è un tratto caratteristico della generale cultura della simulazione²⁷. L’impressione, alla luce della riforma come autenticamente interpretata dal papa, è che, pur rimaste in piedi e non abrogate²⁸, le presunzioni codicistiche siano ridotte ormai a simulacri o reperti archeologici. La presenza, o non, di una corretta *intentio*, anche sacramentale, la corrispondenza, o non, del consenso all’interno volere non si presumono ma, se contestate, devono essere provate caso per caso.

4 - I rimedi contro il fallimento del matrimonio

La superba architettura dell’istituto del matrimonio cristiano, poggiante sulle fragili fondamenta di mere presunzioni d’altri tempi smascherate ora

²⁷ Per le ricadute di questa cultura sul matrimonio si può vedere, volendo, N. COLAIANNI, *Consenso matrimoniale e simulazione tra realtà e virtualità*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Cedam, Padova, 2000, p.

²⁸ Come coerentemente auspicato da una parte della dottrina: cfr. P.A. BONNET, *Le presunzioni legali*, cit., p. 163.



dallo stesso pontefice, viene così erosa attraverso l'allargamento dello spazio della simulazione per esclusione della sacramentalità e dell'errore determinante circa la dignità sacramentale. Il timore, o in misura minore l'auspicio, che da decenni dividono dottrina e giurisprudenza²⁹, è che così si oltrepassino i ristretti confini delle tradizionali categorie di nullità previste dal codice, finendo per farvi rientrare, *sub specie* di mancanza di fede al momento della celebrazione, patologie e fallimenti manifestatisi nel corso del rapporto, di per sé e direttamente irrilevanti al fine dell'accertamento della validità dell'atto. Invero, la mancata esecuzione del progetto matrimoniale proprio della Chiesa nel corso del rapporto non attiene alla formazione di questo e, quindi, formalmente non incide sulla validità del matrimonio³⁰: attribuirvi, invece, rilevanza significherebbe dare ingresso sostanzialmente a uno scioglimento del vincolo, con una operazione sostanziale di *camouflage*.

Emerge qui il problema del rapporto tra nullità e fallimento del matrimonio, rimasto irrisolto dacché nel primo millennio il consenso *continuo* secondo il diritto romano classico, confermato per l'ultima volta da Giustiniano secondo cui *quidquid ligatur, solubile est*, venne gradualmente sostituito dal consenso *iniziale* della dottrina cristiana, cieca (salvo il privilegio della fede) di fronte al fallimento dei matrimoni. Già, tuttavia, con papa Ratzinger era stata tematizzata la situazione di sofferenza di coloro che "trovandosi in nuovo matrimonio non valido, si convertono, trovano la fede e si sentono esclusi dal Sacramento"³¹. Finora le proposte di soluzione avanzate e discusse nei due consecutivi sinodi episcopali sono state di due tipi: adozione di un "sistema penitenziale" per i divorziati risposati e/o allargamento dei casi di nullità attraverso un'interpretazione estensiva dei canoni.

Le due proposte non sono alternative, come si può dedurre dalla proposizione n. 82 del Sinodo 2015, secondo cui "per tanti fedeli che hanno vissuto un'esperienza matrimoniale infelice, la verifica dell'invalidità del matrimonio rappresenta *una* via da percorrere": non l'unica, quindi. Anzi le due proposte sono capaci di completarsi reciprocamente: nel senso che, esperita negativamente la procedura di nullità, il fallimento del matrimonio verrebbe affrontato sul piano

²⁹ Per un'esauriente sintesi si può vedere il recente contributo di **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 142 ss.

³⁰ Principio pacifico: cfr. *ex multis* nella manualistica **E. VITALI, S. BERLINGÒ**, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 86 s.; **F. FINOCCHIARO**, *Il matrimonio nel diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 86.

³¹ **BENEDETTO XVI**, *Al clero della Valle d'Aosta*, cit.



pastorale, che non esclude quello giuridico *sub specie*, per esempio, di dispensa. Ma evidentemente, mentre la prima proposta di soluzione si muove nel solco canonistico tradizionale e non a caso è stata subito tradotta in legge dal m.p., l'altra è innovativa della tradizione e perciò stenta a trovare un'adeguata traduzione, avendo incontrato il disfavore di una parte rilevante dei padri conciliari: più di un terzo nel primo sinodo, assottigliatosi a poco meno di un terzo nel secondo.

Il che ha qualcosa di paradossale agli occhi di chi prenda sul serio l'imperativo evangelico della misericordia, che si compenetra con la giustizia e la verità³², nonché la valorizzazione della fede, operata dal Concilio in poi e culminata nelle riportate disposizioni del m.p. date, come si precisa nel successivo rescritto citato, "per attuare la giustizia e la misericordia sulla verità del vincolo di quanti hanno sperimentato il fallimento matrimoniale". A tale stregua, infatti, le due proposte appaiono contrapposte: la via larga delle nullità, di massima, ne prescinde e anzi, specie quando si riconosca l'esclusione di una delle proprietà essenziali del matrimonio, sconta la (persistente) assenza di fede e quindi l'autoesclusione del battezzato non più credente; viceversa, la via stretta della penitenza presuppone la (persistente) fede del divorziato risposato, che chiede di essere riammesso all'eucarestia. Insomma, al fine di un recupero pastorale, la via larga delle nullità si presenta spesso impervia, laddove la via stretta della penitenza appare, con opportuno discernimento, assai più promettente di positività: sono fedeli che hanno sbagliato ma che sono disponibili alla reintegrazione ovvero, nel lessico evangelico, pecorelle smarrite che hanno solo bisogno di un pastore che ne vada alla ricerca.

5 - La via stretta del riconoscimento dello stato libero causato dal divorzio civile

La difficoltà nell'intraprendere (anche) quest'ultima via si spiega con il fatto che essa implica, almeno nella versione più radicale e coerente, un duplice impegnativo mutamento di paradigma dei rapporti con gli

³² "Nessuna contrapposizione allora tra misericordia, giustizia e verità perché in Dio, che è il legislatore, la misericordia viene prima della giustizia e quest'ultima non è mai punitiva, mai retributiva, mai meritocratica: è una giustizia non bendata perché guarda il volto di ciascuno e discerne la sofferenza, il desiderio dell'amore e, solo successivamente, il peccato": così E. BIANCHI, *La misericordia viene prima della giustizia*, in *La stampa*, 18 ottobre 2015.



ordinamenti civili: sul piano giuridico interno ed esterno. Innanzitutto, si tratta, infatti, di riprendere – pur senza ammettere i divorziati risposati a un secondo matrimonio-sacramento - una procedura conosciuta nella Chiesa primitiva³³ e tuttora praticata nelle chiese cristiane ortodosse orientali ma abbandonata dalla chiesa cattolica. Tornare sui propri passi e ammettere che un'altra tradizione ecclesiale in materia è pastoralmente più conveniente non è facile per nessuna istituzione, tanto più se millenaria.

In secondo luogo, sul piano dei rapporti con gli stati, "l'apertura" ai divorziati risposati implica un riconoscimento, se non dell'avvenuto divorzio, quanto meno dello stato libero a esso conseguito. Ciò significa consentire implicitamente che "siano giudicate dall'autorità giudiziarie civile" – come si esprimeva l'art. 34 del concordato lateranense del 1929 (quello vigente lo dà per scontato, neppure accennandovi) - non solo le cause di separazione personale ma anche quelle di divorzio. Infatti, il percorso penitenziale, svolgentesi necessariamente in foro interno, ove giudicato soddisfacente, si concluderebbe con una riammissione dei divorziati risposati all'eucarestia e, quindi, con un'implicita presa d'atto dello stato libero riacquistato dai coniugi a seguito del divorzio intervenuto in sede civile. Questo, beninteso, continuerebbe a non essere riconosciuto come atto giuridico, perché altrimenti coerenza vorrebbe che si ammettesse al secondo matrimonio religioso il divorziato. Tuttavia, la Chiesa prenderebbe atto dell'effetto che ne è conseguito, cioè lo stato libero che ha consentito l'instaurarsi di un nuovo rapporto coniugale: rapporto oggettivamente "*in manifesto gravi peccato*" (can. 915 c.i.c.) ma non soggettivamente imputabile in alcuni casi, nei quali sarebbe emendabile, per dir così, attraverso la penitenza.

Un giudizio, pertanto, a due livelli: al primo livello non si riconosce il divorzio - in quanto, pur legalmente costituito secondo l'ordinamento civile, è contrario al diritto della chiesa -, al secondo si riconosce lo stato libero da quello originato e, dopo un fruttuoso cammino penitenziale, l'eventuale nuova unione, sia pure non sacramentale ma non ostativa all'accesso agli altri sacramenti. Si tratterebbe, in sostanza, di un'applicazione della "*zweistufige theorie*", che risponde a una tecnica internazionalprivatistica molto utilizzata nel diritto di famiglia delle società multiculturali in quanto consente di trovare una mediazione tra

³³ Fondamentale lo studio di G. CERETI, *Divorzio nuove nozze e penitenza nella Chiesa primitiva*, nuova edizione con Prefazione di F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, Aracne, Roma, 2013. Adde ora ID., *Matrimonio e misericordia*, EDB, Bologna, 2015.



valori in principio contrastanti³⁴ (come ad esempio il matrimonio poligamico celebrato all'estero, non riconoscibile, e i diritti di successione del figlio nato da quel matrimonio, riconoscibili³⁵). La dottrina della Chiesa sul matrimonio rimarrebbe immutata ma si terrebbe conto di alcune situazioni di fatto originate da una legislazione civile, che pur si continua a non condividere.

Del resto, questa accettazione del male minore *pro bono animarum*, senza mutare la propria dottrina in materia, è una costante del *ius publicum ecclesiasticum externum*: senza andare troppo lontani nel tempo e nello spazio, basterà ricordare che nello stesso Accordo del 1984 la Santa Sede ha concordato una disciplina dell'efficacia civile delle sentenze di nullità notevolmente più restrittiva di quella precedente – e ancor più notevolmente erosa dalla giurisprudenza successiva – e, quindi, della giurisdizione ecclesiastica, benché nient'affatto coerente con il can. 1671 c.i.c., secondo cui "*causae matrimoniales baptizatorum iure proprio ad iudicem ecclesiasticum spectant*". Si tratta di una mediazione al detto secondo livello, che non ha implicato un mutamento di dottrina, come dichiarato nel comma finale dell'art. 8: "Nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale la Santa Sede sente l'esigenza di riaffermare il valore immutato della dottrina cattolica sul matrimonio".

Nonostante le difficoltà il secondo Sinodo, a maggioranza qualificata sia pure striminzita (un solo voto in più dei due terzi richiesti), s'è mosso in questa direzione: molto cautamente riconoscendo, nel solco di un magistero consolidato, che

«in alcune circostanze "l'imputabilità e la responsabilità di un'azione possono essere sminuite o annullate" (CCC, 1735) a causa di diversi condizionamenti. Di conseguenza, il giudizio su una situazione oggettiva non deve portare a un giudizio sulla "imputabilità soggettiva" (Pontificio Consiglio per i testi legislativi, Dichiarazione del 24 giugno 2000, 2a)».

Ha quindi proposto nella "logica dell'integrazione" di "accompagnare le persone interessate sulla via del discernimento delle situazioni" - del resto prescritto nello stesso documento pontificio che ha ufficializzato la dottrina e la normativa preconciliari del matrimonio³⁶ - poiché

³⁴ Vedi anche per ampi richiami bibliografici E. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 301 ss.; di recente L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Famiglia*, 2004, p. 92.

³⁵ Cass. 2 maggio 1999, n. 1739.

³⁶ GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, cit., n. 84: «Sappiano i pastori che, per



“il colloquio col sacerdote, in foro interno, concorre alla formazione di un giudizio corretto su ciò che ostacola la possibilità di una più piena partecipazione alla vita della Chiesa e sui passi che possono favorirla e farla crescere”³⁷.

Naturalmente il giudizio resta sospeso in attesa della concreta articolazione normativa che potranno ricevere queste proposte.

6 - La via larga della dichiarazione di nullità

Il secondo tipo di soluzione si muove tutta all'interno dell'ordinamento canonico ed è subito apparso, già nel sinodo del 2014, più agevolmente praticabile, tanto da aver dato luogo con relativa rapidità al m.p. Esso, infatti, punta a una reinterpretazione delle classiche nullità, che le adegui alla realtà sacramentale del matrimonio, da un lato, e, dall'altro, a situazioni notorie di esclusione di questa realtà fin dal momento della celebrazione del matrimonio.

Sotto il primo profilo, una tesi radicale muove dalla premessa che “la celebrazione non solo esprima la natura sacramentale del patto coniugale, ma la costituisca”, si da integrarsi con la realtà naturale della coniugalità nell'oggetto della *intentio*³⁸. Essa si pone però in netto contrasto con l'apertura sinodale a una rivisitazione delle nullità, condizionata, tuttavia, al mantenere “fermo che tra battezzati tutti i matrimoni validi sono sacramento”. La tesi, in effetti, si riallaccia, apprezzabilmente, piuttosto alla tradizione “lunga” della Chiesa in materia sacramentale. Il suo riferimento più immediato è evidentemente il Vaticano II, ancorché l'autore mostri di assumere come base anche la citata *Familiaris consortio*, n. 68: punto di partenza assai improbabile essendo arduo dare di un documento pacificamente interpretato come restrittivo una lettura “progressista”, che il pensiero teologico ufficiale, come s'è visto, non ha attribuito neanche alla citata costituzione conciliare.

amore della verità, sono obbligati a ben discernere le situazioni. C'è infatti differenza tra quanti sinceramente si sono sforzati di salvare il primo matrimonio e sono stati abbandonati del tutto ingiustamente, e quanti per loro grave colpa hanno distrutto un matrimonio canonicamente valido. Ci sono infine coloro che hanno contratto una seconda unione in vista dell'educazione dei figli, e talvolta sono soggettivamente certi in coscienza che il precedente matrimonio, irrimediabilmente distrutto, non era mai stato valido».

³⁷ Le citazioni sono tratte dalle proposizioni 84, 85, 86 (in www.vatican.va).

³⁸ N. REALI, *Quale fede per sposarsi in chiesa? Riflessioni teologico-pastorali sul sacramento del matrimonio*, EDB, Bologna, 2014, pp. 34 s.



Proficuamente e immediatamente praticabile, siccome sostanzialmente aderente all'auspicio sinodale, era l'individuazione, oltre che dei casi indicati di rilevanza della fede, dei "casi di nullità notoria"³⁹. Alcuni esempi addotti nelle regole procedurali riguardano effettivamente vizi del consenso matrimoniale, come la "violenza fisica inferta per estorcere il consenso" (l'ipotesi sa un po' di scuola, attese le garanzie che assistono la forma della celebrazione), la "mancanza di uso di ragione comprovata da documenti medici" (can. 1095 c.i.c.), la "causa del matrimonio del tutto estranea alla vita coniugale o consistente nella gravidanza imprevista della donna", che integra un consenso viziato da *metus* (can. 1103 c.i.c.), l'errore sulla qualità della persona, che abbia dato causa al matrimonio (can. 1097 § 2 c.i.c.) causato dall'"occultamento doloso della sterilità o di una grave malattia contagiosa o di figli nati da una precedente relazione o di una carcerazione".

Altri casi indicati nelle regole procedurali – e sono quelli che più rilevano ai fini della delibabilità delle relative sentenze - riguardano piuttosto il comportamento dei coniugi nel corso del rapporto, cioè l'adempimento concreto degli impegni matrimoniali. Si tratta in sostanza di casi *borderline* di "sconfinamento della nullità verso lo scioglimento"⁴⁰, in cui la nullità dell'atto istantaneo di celebrazione del matrimonio – l'unico che rilevi per la Chiesa - viene dedotta dalle vicende del rapporto di coniugio (giuridicamente irrilevante per la Chiesa), la serietà ed effettività della volontà dalla sua concreta attuazione nella vita coniugale. Emblematici sono i casi della "brevità della convivenza coniugale" o della "ostinata permanenza in una relazione extraconiugale al tempo delle nozze o in un tempo immediatamente successivo": sono casi evidenti di fallimento del rapporto, assunti tuttavia come indici rivelatori

³⁹ Pertanto (art. 14), "si annoverano per esempio: quella mancanza di fede che può generare la simulazione del consenso o l'errore che determina la volontà, la brevità della convivenza coniugale, l'aborto procurato per impedire la procreazione, l'ostinata permanenza in una relazione extraconiugale al tempo delle nozze o in un tempo immediatamente successivo, l'occultamento doloso della sterilità o di una grave malattia contagiosa o di figli nati da una precedente relazione o di una carcerazione, la causa del matrimonio del tutto estranea alla vita coniugale o consistente nella gravidanza imprevista della donna, la violenza fisica inferta per estorcere il consenso, la mancanza di uso di ragione comprovata da documenti medici, ecc."

⁴⁰ Così P. MONETA, *Nullità e scioglimento del matrimonio*, in ID., *Communitas vitae et amor*, cit., p. 412, cui si devono diverse variazioni sul tema: cfr. ID., *Giudizio di nullità del matrimonio e vita coniugale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2008, p. 93 ss., e *Spunti di riflessione sulla simulazione del consenso matrimoniale*, in *"Iustitia et iudicium". Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, a cura di J. Kowal, J. Llobell, LEV, Città del Vaticano, 2010, II, ora in ID., *Communitas vitae et amor*, cit., pp. 131 ss. e 259 ss.



dell'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, tra cui la stabilità dello stesso, o dell'intenzione simulatoria *contra bonum fidei*. Analogamente "l'aborto procurato per impedire la procreazione" avviene durante il rapporto ma viene assunto come indice rivelatore di una simulazione *contra bonum prolis*.

Si tratta di *presumptions of fact*, già emerse nella giurisprudenza di alcuni tribunali ma sempre ridimensionate dalla Segnatura apostolica ad "*adminicula, indicia vel circumstantiae*", da valutare secondo le usuali regole probatorie, non potendosi dedurre automaticamente la grave mancanza di discrezione di giudizio, oppure l'esclusione o il carattere determinante dell'errore, che provocano il difetto di consenso invalidante il matrimonio. Anzi in taluni casi esse contrastano apertamente con le previsioni codicistiche, come per esempio la presunzione generica che i giovani non hanno la sufficiente discrezione di giudizio (il che è in contraddizione con il can. 1083 § 1), e si reggono piuttosto sul sentire comune divorzistico.

Naturalmente, il m.p. non ritiene che in presenza di tali circostanze il matrimonio, quasi deterministicamente, debba ritenersi nullo, tant'è che il nuovo can. 1683 § 2 fa comunque salva la necessità di "un'inchiesta o una istruzione più accurata", ma il fatto che il m.p. non abbia lasciato alla giurisprudenza il consolidamento di queste nullità manifeste ma le abbia espressamente nominate come tali depone nel senso di una loro elevazione a figure sintomatiche della nullità matrimoniale: manifestazioni tipiche della nullità, dalle quali possa desumersi in via di deduzione logica l'esistenza sia pure potenziale dell'incapacità o del vizio della volontà.

7 - Il *processus brevior* come volontaria giurisdizione

Con il m.p., in conclusione, il legislatore canonico, senza introdurre nuove figure di nullità, ratifica, per dir così, quelle figure sintomatiche che pur emerse nella giurisprudenza non erano assurte a *ius receptum* per l'oggettiva perplessità nascente dal fatto che esse impingono nel campo vietato del rapporto matrimoniale. Compie così una sorta di "operazione verità" poiché non rimuove il problema attuale della diffusione di una fede ormai "priva del suo valore orientativo e normativo" pur se dietro apparenze "persino di amore alla Chiesa"⁴¹, anzi ne rileva esplicitamente

⁴¹ FRANCESCO, *Discorso alla Rota romana*, cit., ove si aggiunge che "L'esperienza pastorale ci insegna che vi è oggi un gran numero di fedeli in situazione irregolare, sulla cui storia ha avuto un forte influsso la diffusa mentalità mondana".



L'incompatibilità con la *recta intentio faciendi quod facit Ecclesia* in modo da riequilibrare la portata delle presunzioni legali. Si potrebbe dire, richiamando due istituti canonistici di origine medievale, che la chiesa di Francesco abbandoni il tradizionale atteggiamento di *dissimulatio* della realtà senza *tolerantia* per i coniugi che abbiano preso atto del fallimento del loro rapporto e adotti un atteggiamento di *tolerantia* senza *dissimulatio* della realtà di ogni giorno. Dal giustizialismo del *dura lex sed lex*, della giustizia retributiva, dalla giustizia cieca si passa alla giustizia "che è a un tempo misericordia, perdono e solidarietà"⁴².

La vera novità sta non tanto nell'aver codificato, e reso così incontrovertibili, orientamenti giurisprudenziali non ancora consolidati, inclini alla considerazione delle vicende concrete del rapporto, quanto nell'aver previsto in questi casi la corsia privilegiata del procedimento speciale direttamente davanti al vescovo, recuperato nella sua funzione di "giudice tra i fedeli a lui affidati", cioè di giudice naturale precostituito, si direbbe, per legge divina o, forse meglio, per carisma, che conseguentemente non lascia – si precisa nella relazione di accompagnamento – "completamente delegata agli uffici della curia la funzione giudiziaria in materia matrimoniale"⁴³. Solo la raccolta delle prove è affidata all'istruttore nominato dal vicario giudiziale (can. 1686) ma la decisione, sia pure dietro consultazione con l'istruttore e l'assessore dopo aver vagliato le osservazioni del difensore del vincolo e delle difese delle parti (se ci sono), è propria del vescovo (can. 1687 § 1) e, se non appellata, diventa esecutiva.

Lo snellimento della procedura, nell'esprimere "prossimità alle famiglie ferite"⁴⁴, è al limite della degiuridicizzazione. Del resto, si tratta di un compromesso tra chi nel Sinodo s'era dichiarato favorevole alla "possibilità di determinare una via amministrativa sotto la responsabilità del vescovo diocesano" e chi s'era dichiarato contrario perché questa e

⁴² Così E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, Giuffrè, Milano, p. 70, nell'ambito di un'acuta esegesi della pregnanza del concetto biblico di *tseḏāqāh*, che – "mentre nel pensiero giuridico occidentale i valori del diritto e dell'amore, per loro natura si escludono reciprocamente" – "può esprimersi nella formula breve: solo chi ha misericordia è veramente giusto" (p. 76).

⁴³ Per una puntuale descrizione, anche delle criticità, del nuovo ordinamento giudiziario e processuale vedi M. DEL POZZO, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m.p. "Mitis iudex"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 36/2015.

⁴⁴ Così il *Rescritto* cit., che dà anche un segnale concreto di questo spirito pastorale, stabilendo che "La Rota Romana giudichi le cause secondo la gratuità evangelica, cioè con patrocinio ex officio, salvo l'obbligo morale per i fedeli abbienti di versare un'oblazione di giustizia a favore delle cause dei poveri".



altre proposte “non garantirebbero un giudizio affidabile” (proposizione n. 48). Come si precisa nella relazione di accompagnamento, infatti, la via giudiziaria è stata preferita “non perché lo imponga la natura della cosa, ma piuttosto lo esiga la necessità di tutelare in massimo grado la verità del sacro vincolo”⁴⁵. Si tratta dello stesso compromesso realizzato nella disciplina dell’altro procedimento speciale già vigente, quello documentale, che pure formalmente giudiziario rivela una “appartenenza, ma solo *sostanziale e non giuridica*, alla funzione *amministrativa*”⁴⁶. A monte di entrambi i procedimenti, accomunabili nello stesso genere, c’è l’evidenza della certezza, che entrambi riallaccia alla tradizionale⁴⁷ procedura canonistica *ex notorio*.

In effetti, l’accertamento in via amministrativa dei “casi di nullità più evidente”, che come s’è detto sono al confine con quelli di scioglimento essendo provati dal comportamento dei coniugi nel corso del rapporto, li avrebbe accostati ai casi di scioglimento in favore della fede, oggetto di provvedimenti amministrativi di dispensa. Ma il fatto che il m.p. conservi, come in effetti conserva, la via giudiziale non esclude senz’altro che la sentenza non abbia, in sostanza, il valore piuttosto di una dispensa: una spia in questo senso può essere costituita dallo svolgimento dell’istruzione probatoria, affidata a un “istruttore” (can. 1685 c.i.c.), cioè a una figura processuale prevista proprio e, finora, solo nel processo per la dispensa da matrimonio rato e non consumato (can. 1704 c.i.c.). D’altronde che, per sua natura, la dichiarazione di nullità non necessita di un procedimento giudiziario è dimostrato dal fatto che il codice di diritto canonico preveda anche una via amministrativa proprio per i casi nullità matrimoniale evidente, concludentesi con un decreto del Tribunale della Segnatura apostolica⁴⁸.

⁴⁵ Stranamente, al cospetto dell’inequivocabile dettato, sostiene invece che la “conservazione della via giudiziaria ben manifesta la consapevolezza dell’insopprimibile rispetto della natura della cosa” **M. DEL POZZO**, *L’organizzazione giudiziaria*, cit., f. 3.

⁴⁶ **P.A. BONNET**, *Brevi note sul processo documentale*, in **AA. VV.**, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 20 luglio 2001*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 73 (i corsivi sono nel testo), che attribuisce la “veste giudiziaria” di questo rito alla “necessità di un controllo maggiormente sicuro e meno facilmente sviabile da distorcimenti inquinamenti di parte, singolarmente gravi quando si deve giudicare della validità di un matrimonio”: sono le stesse ragioni, a un di presso, invocate nel m.p. Già in precedenza vedi **ID.**, *Il processo documentale (can. 1686-1688 cic)*, in **AA. VV.**, *Il processo matrimoniale*, LEV, Città del Vaticano, 1988, p. 389 ss.

⁴⁷ Sempre istruttivo **R. BERTOLINO**, *Il notorio nell’ordinamento giuridico della Chiesa*, Giappichelli, Torino, 1965.

⁴⁸ Si può vedere sinteticamente **E. VITALI, S. BERLINGÒ**, *Il matrimonio canonico*, cit., p. 201 s. e ivi bibliografia.



La giudiziariizzazione del processo, non dipendendo, quindi, dalla “natura della cosa”, risponde a esigenze di tuziorismo sacramentale. Ma per soddisfare queste esigenze anche il processo finalizzato alla dispensa da matrimonio rato e non consumato, pur essendo – come s’è detto - di carattere sostanzialmente amministrativo (è segreto e senza contraddittorio, non sono ammessi avvocati, si conclude con un provvedimento di *gratia*: can. 1697 ss. c.i.c.), è assistito da garanzie giudiziarie “*quatenus fieri possit*” (can. 1702 c.i.c.). Per non parlare dell’altro procedimento speciale, quello documentale⁴⁹, che pur si conclude con sentenza, ma della cui natura – come s’è visto - sostanzialmente amministrativa non si dubita: infatti, il contraddittorio è puramente eventuale: “*praetermissis sollemnitatibus ordinarii processus*” (can. 1686 c.i.c.).

Anche il *processus brevior* non è assistito da tutte le formalità del procedimento contenzioso: infatti, si tratta di un procedimento giudiziale non contenzioso, ma sull’accordo delle parti che possono anche non essere assistite da difensori. Ciò trova giustificazione, evidentemente, nel fatto che non si tratta di accertare la lesione di una situazione soggettiva ma di attuare per ragioni di pubblico interesse (“la verità del sacro vincolo”) la riconducibilità del fallimento matrimoniale a una delle cause di nullità dell’atto. Questa, per vero, è la finalità di ogni procedimento matrimoniale, anche nella forma ordinaria, da praticare in caso di contrasto tra le parti (o, eccezionalmente, nel caso in cui, queste pur essendo d’accordo, la nullità non appaia evidente e se ne rimetta l’esame al procedimento ordinario).

Se già si dubita della natura giurisdizionale anche dello stesso processo ordinario, in cui vi è contrasto tra le parti⁵⁰, a maggior ragione si deve ritenere che la mancanza di conflitto d’interessi tra le parti e la conseguente mancanza di contraddittorio sono tipiche dei processi di volontaria giurisdizione. Questa categoria non dipende dalla natura del processo, che ormai anche nella dottrina dello Stato è individuata come

⁴⁹ Non ne ravvisa, giustamente, differenza “sul piano della rispettiva qualificazione sistematica nel territorio della giurisdizione” F. ZANCHINI, *Processo “documentale”* (can. 1686) e *equo processo: giurisdizione volontaria o contenziosa? Il paradosso derivante da una cognizione documentale ‘incontestabile’*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 177.

⁵⁰ Anche in questo rito, invero, il giudice ecclesiastico appare piuttosto un “giudice privato, sprovvisto di poteri giurisdizionali raccostabili a quelli che sono propri del giudice civile”, cioè di quei “poteri di imperio coercitivamente realizzabili che sono tipici della giurisdizione”: così P. BELLINI, *Divorzio e nullità matrimoniale davanti al giudice costituzionale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1974, p. 93.



giurisdizionale⁵¹ e non semplicemente amministrativa. Dipende dal suo contenuto non contenzioso perché riguardante non la spettanza di diritti o di status bensì l'interesse generale che non venga posta a rischio, con la perpetuazione di un rapporto fallito e originato da un atto nullo, l'interesse generale alla *salus animarum*. Se sul piano delle forme e delle condizioni il *processus brevior* è analogo a quello speciale dinanzi alla Segnatura apostolica, solo trasferendolo dinanzi al Vescovo diocesano, sul piano della finalità esso si accosta alla dispensa per inconsumazione. Come è stato esattamente osservato, "la sua pronuncia quindi, più che una dichiarazione di nullità, avrà la natura di un provvedimento di dispensa, di un atto che sana una situazione, come dicevano gli antichi, *nutritiva peccati*"⁵².

8 - I riflessi sul procedimento di delibazione

Quali riflessi potrà avere la nuova disciplina canonica del processo matrimoniale sulla delibazione delle relative sentenze nell'ordinamento civile? *Prima facie*, era apparso, nessuno, giacché essa non derogava espressamente, come prescritto dal can 20 c.i.c.⁵³, al *motu proprio* speciale⁵⁴ che aveva istituito su base regionale i tribunali ecclesiastici italiani e che perciò impedirebbe, salvo dispensa, l'istituzione dei nuovi tribunali diocesani o interdiocesani da parte dei singoli vescovi. Tanto rumor per nulla, insomma.

In realtà, l'autorevole *Consilium* pontificio, che con il responso⁵⁵ aveva tentato di *quieta non movere* forse al fine di evitare ripercussioni sulle normative concordatarie di delibazione delle sentenze di nullità, aveva gettato il cuore oltre l'ostacolo, costituito – come ha precisato ufficialmente il decano della Rota romana, chiarendo "la *mens* del supremo legislatore della Chiesa"⁵⁶ - dal "diritto nativo e libero" del vescovo diocesano "di

⁵¹ Non se ne dubita più dacché Corte cost. 12 dicembre 1957, n. 129, ha ammesso la possibilità di sollevare questioni di costituzionalità anche nel corso di procedimenti di volontaria giurisdizione.

⁵² P. MONETA, *Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell'attuale dibattito sinodale*, cit.

⁵³ "Lex universalis minime derogat iuri particolari aut speciali, nisi aliud in iure expresse caveatur".

⁵⁴ PIO XI (A. RATTI), *Qua cura*, 8 dicembre 1938, in *Acta apostolicae sedis*, 1938, 30, p. 410 ss.

⁵⁵ PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, 13 ottobre 2015, n. 15157 (in www.delegumtextibus.va).

⁵⁶ La dichiarazione di mons. Pio Vito Pinto in *L'osservatore romano*, 8 novembre 2015, p.



esercitare *personalmente* la funzione di giudice e di erigere il suo tribunale diocesano". In ogni caso la deroga espressa ormai c'è, introdotta dal *Rescritto* citato, che ha fatto riferimento precisamente al "Motu Proprio *Qua cura*, dato dal mio Antecessore Pio XI in tempi ben diversi dai presenti".

Accertata l'applicabilità della nuova disciplina, si potrebbe nondimeno ritenere che il *processus brevior* condotto personalmente dal solo vescovo non abbia conseguenze sulla disciplina neoconcordataria della delibazione delle "sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici" (art. 8.2.), trattandosi pur sempre di sentenze, di accertamento di nullità e di tribunali ecclesiastici, sia pure nella nuova composizione monocratica. Alla luce di quanto sopra evidenziato non può, tuttavia, non prospettarsi una serie di dubbi.

Innanzitutto, come detto, essi riguardano il vescovo come tribunale e *l'audientia episcopalis* come processo. Vero è che per norma generale (can. 1419 §1 c.i.c.) – che in fondo il m.p. (can. 1673, § 1) non fa che estendere anche alle cause matrimoniali, prima escluse – il vescovo nella sua diocesi è il giudice di prima istanza e può esercitare la sua potestà anche personalmente. Ma vero è anche che i tribunali ecclesiastici avuti presenti dalle Alte Parti in sede di Accordo sono quelli, per dir così, "ordinari", costituiti con questa specifica funzione di terzietà dall'ora abrogato m.p. *Qua cura*, di composizione collegiale e presieduti dal vicario giudiziale, il quale non può essere lo stesso vicario generale: decentramento e distinzioni di funzioni, questi, invertiti dal m.p. – apprezzabilmente dal punto di vista ecclesiale ma non indifferentemente alla stregua della clausola *rebus sic stantibus* nei rapporti con lo Stato - in direzione dell'accentramento e della pienezza dell'esercizio della potestà personale del vescovo.

In secondo luogo, il provvedimento episcopale, pur qualificato come sentenza, appare, siccome emesso senza contraddittorio ma sull'accordo delle parti, piuttosto un atto di controllo che si inserisce nel procedimento di formazione della volontà dei coniugi ricorrenti. Il che è tipico – come detto - della *iurisdictio inter volentes* o *pro volentibus*, caratterizzata appunto dalla mancanza di contraddittorio. La questione sarebbe di opinabilità meramente teorica se in materia fosse applicabile la disciplina prevista dalla legge n. 218 del 1965, che all'art. 66 prevede il riconoscimento di provvedimenti stranieri anche di giurisdizione volontaria. Ma così non è, com'è noto, l'art. 8.2 dell'Accordo del 1984, e



l'art. 797 c.p.c., facendo riferimento solo alle sentenze, cioè a provvedimenti che presuppongono un carattere almeno potenzialmente contenzioso e assunti quindi nel contraddittorio delle parti. D'altronde, la possibilità di dare efficacia civile anche alle dispense – cui come s'è visto pare assimilabile la sentenza per "nullità evidente" – è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale (e coerentemente non è stata riprodotta nel nuovo Accordo) pur in un caso in cui le garanzie difensive grosso modo non mancavano e, tuttavia, non sono state ritenute bastevoli ad affermare il carattere giurisdizionale del procedimento⁵⁷.

9 - Nuove dimensioni del diritto di difesa e dell'ordine pubblico

Ma anche a voler ritenere insindacabili la composizione dell'organo giudiziario e la forma del provvedimento rimane che tali sentenze per ottenere efficacia civile devono sottostare alle condizioni previste dall'Accordo: in particolare, che sia stato assicurato il diritto di agire e resistere in giudizio e che le statuizioni non risultino contrarie all'ordine pubblico italiano.

Sotto il primo profilo rileva la mancanza di contraddittorio e finanche di difese, che sono del tutto eventuali (can. 1687 § 1 c.i.c.). La partecipazione delle parti al procedimento non è idonea a integrare il «più pregnante principio del "contraddittorio" processuale e del "giusto processo", che contraddistingue i procedimenti di natura giurisdizionale»⁵⁸. Vero è che se nel corso del nuovo processo emergesse un contrasto tra le parti, venendo meno la condizione del persistente consenso, il vescovo ha sempre la possibilità di rimettere la causa al processo ordinario. Ma perché si crei la possibilità effettiva di emersione di un contrasto, magari latente, specie quando la causa sia stata introdotta da uno solo dei coniugi, sia pure con il consenso dell'altro, occorre che a quest'ultimo sia data tempestiva informazione non soltanto dei contenuti della domanda giudiziale proposta nei suoi confronti, ma anche dei diritti

⁵⁷ Corte cost. 22 gennaio 1982, n. 18, secondo cui, «pur dando atto che il procedimento per ottenere la dispensa super rato è minuziosamente disciplinato da apposite norme, che l'istruttoria viene dall'Ordinario diocesano affidata a un tribunale, con l'intervento del Defensor vinculi e con la possibilità per ambo le parti di farsi assistere da consulenti, che il "voto" viene espresso sulla base delle risultanze istruttorie, non può certo, sulla scorta anche delle testuali precisazioni fornite dalla richiamata normativa, riconoscersi carattere giurisdizionale, né al procedimento né al provvedimento concessivo che lo conclude».

⁵⁸ Così Corte cost. 21 ottobre 2015, n. 247, relativamente al pur garantista "principio di partecipazione procedimentale" secondo modalità compatibili con le ragioni d'urgenza.



di azione e difesa che l'ordinamento gli riconosce. Verrebbe altrimenti a riprodursi la stessa situazione che si verifica nell'altro, preesistente, processo speciale, quello documentale, che pur prevede una possibilità di contraddittorio e nondimeno è stato dichiarato in contrasto con la CEDU appunto perché, il giudice del processo canonico avrebbe dovuto preventivamente informare il convenuto interrogato del suo diritto a valersi dell'assistenza di un difensore tecnico, da lui opportunamente scelto⁵⁹.

Tale interpretazione è da ritenersi successivamente rafforzata dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si applica "agli stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51.1), il quale ora comprende anche i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU (art. 6.3 del trattato di Lisbona). Di conseguenza, il diritto al "processo equo", garantito dall'art. 6 CEDU, va interpretato alla luce dell'art. 47 cit., che prevede il "diritto a un ricorso *effettivo* e a un giudice imparziale": e per essere effettivo il diritto di difesa deve comprendere quello all'informazione preventiva, *ante causam*, non soltanto sui contenuti della domanda giudiziale ma anche sui diritti di azione e difesa che l'ordinamento riconosce al convenuto⁶⁰: una lettura, questa convenzionalmente e quindi costituzionalmente⁶¹ orientata, del diritto di difesa estranea all'ordinamento processuale canonico.

Quale che sia, comunque, il processo azionato, ordinario o *brevior*, sulla riforma allunga la sua ombra minacciosa il penetrante sindacato di non contrasto con l'ordine pubblico. Entra qui in rilievo la considerazione, sopra svolta, che le "nuove" nullità debordano dall'atto al rapporto matrimoniale, sia pure utilizzandolo come cartina di tornasole dell'esistenza di un vizio del consenso all'atto del matrimonio. L'accostamento sostanziale alla categoria dei provvedimenti di scioglimento provocherebbe ovviamente un giudizio di comparazione, che evidenzerebbe una disparità di trattamento quanto all'efficacia: *ex nunc* il divorzio, *ex tunc* la nullità: che nel caso del *processus brevior* sarebbe ottenuta, per giunta, consensualmente come una separazione coniugale (art. 711 c.p.c.) e senza il contraddittorio previsto dall'art. 5 l. n. 898 del 1970.

⁵⁹ Corte europea dei diritti umani, Pellegrini c. Italia, 20 luglio 2001.

⁶⁰ Sul punto vedi **L.P. COMOGLIO**, *Diritto di difesa e condizioni di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche* (in www.olir.it, 2005).

⁶¹ Sulla Convenzione europea come fonte subcostituzionale vedi Corte cost. 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349.



Per un verso vale la considerazione che, a meno di non riconoscere la sopravvenuta difficoltà di interpretazione e applicazione e attivare il conseguenziale procedimento di amichevole soluzione a livello governativo (art. 14 Acc.), al giudice non resta che prendere atto che, pur motivato anche o prevalentemente con elementi di prova dedotti dal rapporto coniugale, tuttavia il dispositivo del provvedimento contiene una dichiarazione di nullità, rientrando nell'art. 8 dell'Accordo.

Ma per altro verso pare assorbente la premessa che la valutazione del rapporto al fine della cessazione della sua efficacia civile – retroattiva o non, è irrilevante - appartiene alla giurisdizione del giudice italiano. L'evoluzione dei rapporti concordatari è andata nel senso di riservare esclusivamente al giudice italiano la giurisdizione sul rapporto matrimoniale: questa, invero, affermata con la legge sul divorzio, nella fase iniziale aveva subito il concorso con quella della Chiesa nel limitato settore del matrimonio rato e non consumato, ma dopo la sentenza n. 18 del 82 della Corte costituzionale era divenuta esclusivamente statale. Residuava la riserva alla giurisdizione ecclesiastica delle sole controversie sull'atto del matrimonio, per cui la deroga alla giurisdizione statale trovava "giustificazione razionale e politica" nel fatto che "il negozio cui si attribuiscono effetti civili nasce nell'ordinamento canonico e da questo è regolato nei suoi requisiti di validità". Caduta anche tale riserva con l'accordo del 1984, è la giurisdizione statale a espandersi, in concorso, anche sull'atto, ferma la sua esclusività sul rapporto.

Ora, il giusto processo di delibazione implica - come ricordato da quella sentenza nella scia della giurisprudenza della Cassazione, ivi richiamata - "il riscontro degli adempimenti corrispondenti alle prime quattro condizioni previste dall'art. 797 del codice di procedura civile": la prima delle quali consiste nell'accertare "che il giudice dello Stato nel quale la sentenza è stata pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano". Nel caso di sentenze di nullità dell'atto per vizi non intrinseci ma indiretti, dedotti sostanzialmente da circostanze attinenti alle vicende del rapporto, il giudice della delibazione dovrebbe opporre la violazione del principio di esclusività della giurisdizione sul rapporto. Si tratta di un corollario della sovranità dello Stato, che costituisce, pertanto, un motivo di ordine pubblico, ostativo al riconoscimento di efficacia civile a sentenze in contrasto.

10 - Prospettive del giusto processo di delibazione



Il *processus brevior* e le “nuove” nullità pongono, pertanto, le premesse per un’ulteriore caratterizzazione dell’ormai speciale (dopo la legge n. 264 del 1995) procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche come “giusto processo”. Il recente riconoscimento della convivenza ultratriennale come motivo di ordine pubblico ostativo ma disponibile dalle parti, rilevabile perciò solo su “tempestiva eccezione” delle stesse, ha implicato l’ammissibilità di una istruzione probatoria sulla sua “complessità fattuale” nell’ambito di un procedimento di delibazione⁶². La riforma canonica induce ora a dare rilievo, sulla via di un processo di delibazione sempre più giusto, a un accertamento, come quello previsto dall’art. 797 n. 1 c.p.c., dato finora per scontato.

Una via sempre più accidentata dopo il superamento, a opera della Corte costituzionale con la sentenza n. 18 del 82, della

“preclusione di qualsiasi sindacato che esorbiti dall'accertamento della propria competenza e dalla semplice constatazione che la sentenza di nullità sia anche accompagnata dal decreto del tribunale della Segnatura apostolica e sia stata pronunciata nei confronti di matrimonio canonico trascritto agli effetti civili”.

Può darsi che le prevedibili incertezze della giurisprudenza spingano le parti (anche per gli interessi professionali degli avvocati abilitati a difendere dinanzi ai tribunali ecclesiastici, benché ridotti per il tendenziale ricorso al patrocinio d’ufficio, già stabilito dal papa, come s’è visto, per la Rota romana) a non avvalersi della novità del *processus brevior* ricorrendo al più sicuro e collaudato processo ordinario. Ancorché lasciando le cose come stanno – paradossalmente – verrebbe decretato nella prassi l’insuccesso della riforma, che non solo non avrebbe effetti immediati ma sarebbe privata anche della possibilità di “fare scuola” nell’ordinamento canonico: di creare cioè, attraverso un processo breve, gratuito, celebrato vicino ai fedeli dal vescovo della diocesi, una cultura pastorale più autenticamente evangelica⁶³.

⁶² Cass. Sez. Un., 17 luglio 2014, n. 16379 e 16380, peraltro opinabile nella sua ricerca di compromesso a ogni costo, come ho cercato di argomentare in *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26/2014, nonché con il titolo *Convivenza “come coniugi” e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, I, c. 2111 ss.

⁶³ Ancorché questa via breve rischi, “se nel frattempo non si provvederà ad articolare adeguatamente una pastorale matrimoniale che si occupi delle famiglie ferite, (...) di persuadere l’intero corpo ecclesiale che un matrimonio difficile è un matrimonio



Anche, comunque, ad azionare il processo ordinario, si evita Scilla ma si rischia di andare a sbattere contro Cariddi: cioè il test di non contrasto delle “nuove” nullità con l’ordine pubblico. *Cui prodest* questa agonia dello speciale procedimento di delibazione? Speculare all’efficacia civile dei matrimoni canonici, esso risente anche della crisi dell’istituto del matrimonio in sé, civile o religioso che sia. La stretta connessione tra matrimonio e famiglia - esemplarmente risultante dall’art. 29 della Costituzione, secondo cui la famiglia è “una società naturale fondata sul matrimonio” - è venuta meno nel comune sentire. La secolarizzazione avanza inesorabile e secondo le ultime statistiche, relative al 2014, diminuisce la propensione a sposarsi non solo religiosamente (il 57% del totale, ma al Nord (55%) e al Centro (51%) i matrimoni civili superano quelli religiosi) bensì a sposarsi *tout court*: 421 primi matrimoni per 1.000 uomini e 463 per 1.000 donne, valori inferiori rispettivamente del 18,7% e del 20,2% rispetto al 2008⁶⁴. Al contrario, le convivenze *more uxorio* sono più che raddoppiate dal 2008, superando il milione nel 2013-2014 (e oltre un nato su quattro nel 2014 ha genitori non coniugati).

Non sorprende, quindi, che anche sul piano giuridico il sintagma “diritto di sposarsi e di formare una famiglia”, di cui all’art. 10 CEDU, sia stato gradualmente interpretato non come un diritto unitario ma come due diritti distinti, e non necessariamente connessi: vale a dire, “il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia”, come definitivamente interpretato e sancito dalla Carta di Nizza⁶⁵. E di questi due diritti la legislazione e la giurisprudenza degli stati europei, Italia compresa anche se ancora priva di una legislazione sulle unioni civili, ha finito per privilegiare il secondo: cioè il rapporto anziché l’atto, anche quando il rapporto nasceva dall’atto, come dimostra in Italia la preoccupazione dell’ordinamento per le conseguenze della fine della “comunione spirituale e materiale tra i coniugi”, quale che sia l’atto matrimoniale, civile o religioso (rispettivamente art. 1 e 2 l. n. 898 del 1970).

Una conquista non solo civile ma anche religiosa, questa riscoperta della ineliminabile dimensione personalistica del matrimonio. Dalle ceneri

semplicemente nullo: **A. GRILLO**, *Semplicemente nullo: riforma del processo canonico e riforma della Chiesa* (in www.cittadellaeditrice.com, 10 settembre 2015).

⁶⁴ Fonte Istat (<http://www.istat.it/it/archivio/173316>).

⁶⁵ Sul contributo della Carta all’interpretazione evolutiva della CEDU, con ricadute sulla giurisprudenza italiana (basta pensare a Cass. 15 marzo 2012, n. 4184 sull’intrascrivibilità dei matrimoni omosessuali), vedi di recente **C. CAMPIGLIO**, *L’applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in materia familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, n. 2, p. 292 ss.



della funzione pubblicistica dell'istituzione, finalizzata primariamente alla generazione della prole, riemergeva infatti anche nel pensiero teologico, come s'è visto, la soggettività del fedele, che doveva essere oggetto di discernimento al fine di valutarne l'effettiva adesione, sia pure in un grado minimo, alla fede della Chiesa. Singolare la coincidenza, anche temporale, tra l'affermazione conciliare della "*intima communitas vitae et amoris coniugalis*"⁶⁶ e quella civilistica (un po' paradossalmente, se si vuole, nella legge sul divorzio) della "comunione spirituale e materiale tra i coniugi". Né la prima era contenuta nel codice di diritto canonico né la seconda nel codice civile: le definizioni vecchie di secoli di entrambe le codificazioni venivano così superate *d'emblée*, accedendosi appunto a una dimensione, un po' sprezzantemente definita, privatistica del matrimonio.

L'accostamento tra matrimonio civile e religioso si va confermando, peraltro, anche sul versante della secolarizzazione, perché, come ora rilevato anche dal magistero pontificio, esiste ormai

«una sorta di mondanità spirituale, che si nasconde dietro apparenze di religiosità e persino di amore alla Chiesa» (esort. ap. *Evangelii gaudium*, 93), (...) lasciando campo aperto ai compromessi con il proprio egoismo e con le pressioni della mentalità corrente, diventata dominante attraverso i mass media»⁶⁷.

A fronte del riconoscimento della spinta all'omologazione del matrimonio religioso allo spirito mondano e alla mentalità corrente appare sempre meno giustificata la preoccupazione dello Stato per l'atto matrimoniale religioso piuttosto che per il rapporto che ne è conseguito: cioè per la delibazione di una sentenza di nullità, che lascia il coniuge economicamente più debole senza la tutela accordatagli in sede di scioglimento del rapporto.

Ma a fronte del detto riconoscimento l'interesse per la delibazione appare ingiustificato anche per la Chiesa, ormai consapevole che proprio per il "campo aperto ai compromessi con il proprio egoismo", il ricorso ai tribunali ecclesiastici è frequentemente volto da parte del coniuge economicamente più forte proprio allo scopo di sottrarsi alle conseguenze patrimoniali dello scioglimento del rapporto. D'altro canto, il m.p. ha perso l'occasione di modificare il can. 1689 (ora 1691) c.i.c., che stabilisce bensì che la sentenza ammonisca sull'adempimento delle obbligazioni civili reciproche ma genericamente: il che nell'ordinamento italiano significa sottostare alle obbligazioni previste per il matrimonio putativo

⁶⁶ CONCILIO VATICANO II, cost. *Gaudium et spes*, 1965, n. 48.

⁶⁷ FRANCESCO, *Discorso alla Rota romana*, cit.



(artt. 128-129 c.c.) e non a quelle previste per il divorzio.

Si situa qui, sul trattamento di fine rapporto coniugale, l'effettivo punto di crisi di quella sorta di "convergenze parallele" tra matrimonio civile e religioso, finora descritta, che non ha trovato soluzione a opera né del legislatore ecclesiastico con il m.p. attuale né di quello statuale, pur espressamente evocato sul punto dal giudice delle leggi⁶⁸. Ma non è da escludere che, come è auspicabile, con l'opera dell'interprete, che nell'ambito dell'odierno procedimento legislativo concorre con quella del legislatore⁶⁹, la spinta sempre più forte verso un giusto processo di delibazione valorizzi la capacità espansiva che anche nel m.p., come in tutte le riforme che smuovono le acque stagnanti, è maggiore della sua lettera.

ABSTRACT

Pope Francis recently enacted a new trial according to abbreviated proceedings on the subject of the nullity of marriage cases. Yet this overhaul raises a variety of questions about the possibility of continuing to give civil force to judgements of new kind under the Concordat between the Holy See and Italy. Indeed they seem a sort of proceedings of voluntary jurisdiction, roughly alike e.g. to dispensation from valid but non consummated marriage. This paper analyses this new canonic law by the same standards as the ECHR and the Italian Constitution and emphasizes its criticalities in order to guarantee the right to a fair trial from the point of view of the right to act and resist in the proceedings.

⁶⁸ Corte cost. 24 settembre 2001, n. 329.

⁶⁹ Sull'espansione della giurisdizione in correlazione con quella dello stato di diritto vedi **L. FERRAJOLI**, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 236 ss.