



diritto & religioni

Semestrale
Anno XII - n. 2-2017
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

24



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XII - n. 2-2017
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI RESPONSABILI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

G. Bianco, R. Rolli
M. Ferrante, P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Giuseppe D'Angelo - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

Secolarizzazione e matrimonio canonico: risvolti processuali

MARIO FERRANTE

1. *Considerazioni sulla mutua influenza tra giurisprudenza e contesto socio-culturale*

La norma giuridica, sebbene tendenzialmente stabile, non è eterna ma, anzi, tende – con il trascorrere tempo e, soprattutto, con il mutare dell’insieme delle ragioni storiche contingenti (politiche, economiche, sociali) che hanno indotto il legislatore ad emanarla (c.d. *occasio legis*) – ad invecchiare, divenendo obsoleta e, talvolta, persino incostituzionale¹.

Si tratta, a ben vedere, di una conseguenza della “caducità” del diritto di matrice statale/umana che lo contrappone all’universalità senza tempo del diritto naturale o divino².

Tuttavia, posto che la legge vive nel tempo ed è, pertanto, soggetta all’indefettibile variabile cronologica, per sopperire, almeno parzialmente, a detto limite interviene quella che potremmo definire la “diacronia della legge”, ossia la possibilità di interpretare la norma adeguandola al variare delle circostanze, in modo tale da renderla attuale ed efficace.

In altri termini, per studiare analiticamente un qualsiasi ordinamento giuridico non è possibile tralasciare il c.d. “diritto vivente”³.

¹ Sul tema dell’incidenza del tempo sulla norma giuridica, cfr. GERHART HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, in *Civiltà del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998; MARIO BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, in *Collezione storica*, Laterza, Bari, 2004; MAURIZIO D’ORTA, *Diritto e tempo. L’idea di “progresso” del diritto dall’antichità alla modernità*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 15 ss.

² L’interesse per la questione del rapporto tra tempo e diritto è una caratteristica del pensiero di LUCA BAGOLINI, *Visioni della giustizia e senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 91-124; ID, *Significati della parola ‘tempo’ in alcuni discorsi giuridici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, pp. 333-368; ID, *Giustizia e società*, Dino Editori, Roma, 1983, pp. 13 ss.

³ Si tratta dell’analisi di quelle norme e di quei principi giuridici che ricevono un’effettiva applicazione e che regolano i rapporti sociali, rispetto alle norme e ai principi formalmente sanciti nei testi

Il diritto vivente è un sintagma, oggi utilizzato in diversi contesti ed in differenti accezioni, per indicare – in estrema sintesi – la *communis opinio* maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato normativo da attribuire ad una determinata disposizione legislativa⁴. Esso, cioè, aiuta a comprendere come viene, in concreto, interpretato e “vissuto” il diritto in un determinato contesto storico, sociale e culturale⁵.

Con riguardo al sistema giuridico canonico, il diritto vivente appare, ancora più rilevante, ove si tenga conto del peculiare carattere transnazionale ed universale (cattolico in senso proprio) del diritto della Chiesa - strutturato su base personale e non meramente territoriale - il quale detta, come è noto, norme formatesi nel corso di ben duemila anni di storia e destinate a valere *ubicumque terrarum*⁶.

legislativi. Così EUGEN EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, in *Civiltà del diritto*, a cura di A. FEBBRAJO, Giuffrè, Milano, 1976 (l'edizione originale: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, 1913, è stata più volte ristampata). Sul punto si veda anche MASSIMO CAVINO, *Il formale riconoscimento del diritto vivente da parte del legislatore italiano e l'atteggiamento della Corte di Cassazione*, in AA.VV., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Giuffrè, Milano, vol. I, 2008, pp. 5-36.

⁴ Addirittura il diritto vivente può essere utilizzato anche quale parametro di giudizio, dando vita a quelle interpretazioni adeguatrici spesso utilizzate dalla Corte Costituzionale italiana. Tra i moltissimi contributi sul tema, cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, nuova ed., Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 299 ss.; LUIGI MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Digesto civ.*, Torino, 1990; AA.VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Cedam, Padova, 2003; STEFANO EVANGELISTA, GIOVANNI CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, pp. 82 ss.; GUIDO ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, pp. 47 ss.; VINCENZO MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Jovene, Napoli, 2008; CLAUDIUS MESSNER, «Diritto vivente» - Performativo, non discorsivo, in *Politica del diritto*, 2011, pp. 413 ss.

⁵ Uno stesso testo normativo può, infatti, essere interpretato in modi completamente diversi a seconda del tempo e del luogo in cui lo si esamina. Questo perché il diritto cambia (si evolve) con il cambiare della società: la disposizione (il testo normativo) rimane lo stesso, ma si modifica la norma (l'interpretazione) che da esso si ricava. Sul concetto di norma giuridica come concetto sociologico, cfr. VINCENZO FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 2006, pp. 55 ss., il quale ricorda come: “il tema classico della Sociologia del Diritto è quindi il rapporto tra diritto e mutamenti sociali secondo una relazione reciproca bidirezionale, vale dire il modo in cui il diritto modifica le relazioni sociali ed il modo in cui i mutamenti sociali influenzano il diritto e la concezione stessa del diritto”.

⁶ In argomento cfr. PAOLO MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, quarta edizione, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 4 ss. Sul tema dell'interpretazione del diritto canonico si rinvia a LIBERO GEROSA, *L'interpretazione della legge nella Chiesa. Principi, paradigmi, prospettive*, Eupress-TFL, Lugano, 2001; MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *L'interpretazione della legge nella Chiesa*, in *Annuario DiReCom*, 1, 2002, pp. 9-28; JULIO GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali del Codex iuris canonici*, Marcialium Press, Roma, 2006, pp. 34 ss.; JUAN IGNACIO ARRIETA, *Legittimazione e limiti dell'ordinamento canonico nell'interpretazione del diritto*, in AA.VV., *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, a cura di G. L. Falchi - A. Iaccarino, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, pp. 261-275; GAETANO LO CASTRO, *L'interpretazione del diritto e il diritto della Chiesa*, in AA.VV., *Religion, matrimonio y derecho ante el siglo XXI*, a cura di J. Martínez-Torrón - S. Meseguer Velasco - R. Palomino Lozano, Madrid, 2013, pp. 2975-2989.

Si comprende, dunque, agevolmente, come detta caratteristica del diritto canonico attribuisca una notevole rilevanza all'interpretazione giurisprudenziale (cfr. can. 19)⁷, specie della Rota Romana che, in alcuni occasioni, ha avuto una funzione non solo nomofilattica⁸, ma anche nomopoietica (si pensi, a mero titolo di esempio, al caso dell'innovativa interpretazione dell'*error redundans in errorem personae*, poi legislativamente sancito nel nuovo can. 1098 sul dolo)⁹.

L'elemento interpretativo assume una rilevanza ancora maggiore ove si guardi alla giurisprudenza dei tribunali c.d. "inferiori", che risentono più direttamente del clima culturale e giuridico "locale" delle varie nazioni in cui esercitano il loro *munus*¹⁰.

E' di tutta evidenza, infatti, che altro è l'elaborazione giurisprudenziale di

⁷ Sul punto cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Generalia iuris principia (can. 19)*, in AA.VV., *Ius divinum*, a cura di J.I. Arrieta - C.M. Fabris, Marcianum Press, Venezia, 2010, pp. 577-593.

⁸ Tuttavia, come rammenta ZENON GROCHOLEWSKI, *Processi di nullità matrimoniale nella realtà odierna*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico. Nuova edizione aggiornata e ampliata*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1994, pp. 20-21, si assiste ad "un diminuito influsso della giurisprudenza rotale sull'operato dei tribunali inferiori. Diminuito nonostante i numerosi inviti dei Romani Pontefici a considerare le sentenze rotali...come punto 'di orientamento e guida a tutti i tribunali delle Chiese particolari'...Diversi sono in verità i motivi della disattesa della giurisprudenza rotale, fra i quali forse talvolta anche una certa riluttanza verso i Tribunali della Santa Sede, come se l'intervento di questi costituisse un'offesa all'operato dei tribunali locali; la pretesa di elaborare una propria specifica giurisprudenza...; e non ultimo, e forse principalmente, la ignoranza della giurisprudenza rotale, da parte di moltissimi giudici, sia per la mancanza di familiarità con la lingua latina, nella quale vengono redatte le sentenze rotali, sia anche per mancanza di tempo o di spinta a studiarle".

⁹ Cfr. la notissima *Coram Canals* del 21 aprile 1970, in *SRRD*, vol. LIV, p. 372, n. 2, la quale - partendo da un concetto di persona non più limitato alla sola identità fisica ma comprensivo di tutte quelle qualità psicologiche, morali, etiche, sociali e culturali senza le quali la stessa persona fisica risulterebbe completamente diversa - ha introdotto la nuova nozione dell'*error redundans in qualitate personae* nella giurisprudenza rotale.

¹⁰ L'importanza della funzione nomofilattica della Rota Romana risulterà ancora più evidente e significativa, anche in riferimento all'Italia, non appena verrà del tutto attuata la riforma del processo di nullità matrimoniale voluta da Papa Francesco con l'emanazione del *Motu Proprio Mitis Iudex* nel 2015. Tale riforma prevede la creazione di una serie di tribunali su base diocesana che accentuerà, inevitabilmente il decentramento della giustizia canonica e un ulteriore influsso della cultura locale/territoriale sulla giurisprudenza dei nuovi tribunali. Si pensi, ad esempio, all'interpretazione il più possibile univoca che dovrà darsi al disposto dell'articolo 14 delle Regole procedurali con cui si lascia indefinita la serie dei motivi per cui è possibile ammettere il ricorso al *processus brevior*. Come ricorda GIANLUCA BELFIORE, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco*, Grafiser, Troina 2017, pp. 158-159, "Il succedersi di tanti pronunciamenti ha provocato nell'Episcopato italiano, da una parte, un comprensibile disorientamento, dall'altra l'assunzione di decisioni giustamente diversificate in ordine ai tribunali. Se, infatti, alcuni tribunali regionali si sono ridenominati tribunali interdiocesani (ad esempio l'Emiliano, il Flaminio, ecc.), altri hanno inteso mantenere il regionale senza modificarne la denominazione (come il Lombardo, il Ligure e il Sardo), alcuni Vescovi hanno effettuato il recesso dal regionale per conferire la competenza in materia matrimoniale al proprio tribunale diocesano.

un tribunale operante in un'area di *common law*¹¹, altro è quella di un tribunale ricadente in un contesto giuridico di *civil law* (c.d. macro-differenze d'area geografico/giuridica)¹². In merito, basti pensare alla c.d. "incapacità relativa" ampiamente elaborata dai tribunali anglosassoni¹³, ma mai accolta né dai Tribunali ecclesiastici italiani, né, tantomeno, dalla giurisprudenza rotale che ne ha, anzi, disatteso la fondatezza sulla base della stessa antropologia cristiana¹⁴.

Osservando, nello specifico, la realtà italiana, pare possibile affermare che le modifiche del contesto sociale e culturale intervenute negli ultimi decenni hanno certamente influito sugli orientamenti giurisprudenziali dei tribunali ecclesiastici.

¹¹ Per un'analisi della letteratura americana si veda, per il diritto sostanziale, LAWRENCE G. WRENN, *The Invalid Marriage*, CLSA, Washington D.C., 1998; ID., *Judging Invalidity*, CLSA, Washington D.C., 2002; per il diritto processuale: AA.VV., *The Tribunal Handbook. Procedures for Formal Matrimonial Cases*, Edited by LAWRENCE G. PRICE, DANIEL A. SMILANIC, VICTORIA VONDENBERGER, CLSA, Washington D.C., 2005; KLAUS LÜDICKE, REV. MSGR RONNY E. JENKINS, *Dignitas Connubii. Norms and Commentary*, CLSA, Washington D.C., 2006.

¹² Basti pensare alle macroscopiche differenze interpretative sia del diritto sostanziale che – soprattutto – processuale canonico esistenti, ad esempio, negli Stati Uniti, tali da indurre la giurisprudenza della Rota Romana a coniare l'espressione "*mos americanorum*", proprio per indicare il peculiare *modus procedendi* dei Tribunali ecclesiastici statunitensi. Ciò, probabilmente, è stato anche causato dal fatto che negli anni Settanta furono emanate per gli USA disposizioni particolari *ad experimentum* che hanno dato vita ad una prassi a livello locale che è sopravvissuta alla revoca di dette norme, creando una situazione di confusione ed un certo lassismo nell'esercizio dell'attività giudiziale (si pensi al fatto che, spesse volte, le parti non vengono interrogate direttamente ma vengono inviati semplici questionari da riempire). In merito, si veda CONSIGLIO PER GLI AFFARI PUBBLICI DELLA CHIESA, *Novus modus procedendi in causis nullitatis matrimonii approbatur pro Statibus Foederatis Americae Septemtrionalis*, 28 aprile 1970, in IGNACIO GORDON - ZENON GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimoniale et processuale*, vol. 1, Pontificia Università Gregoriana, Romae, 1977, nn. 1380-1428).

¹³ La nozione d'incapacità relativa secondo i criteri dei Tribunali d'America e d'Australia è la seguente: "Incapacità radicale di coniugi psichicamente sani, che, attese cogenti ed inemendabili loro predisposizioni, non possono soddisfare le loro essenziali obbligazioni coniugali per reciproca incompatibilità dell'uno verso l'altro, benché i medesimi con altro partner siano in grado di adempiere i detti obblighi". Cfr. MARION JUSTIN REINHARDT, GERALD J. ARELLA, *Essential Incompatibility as Grounds for Nullity of Marriage*, in *The Catholic Lawyer*, 16, 1970, pp. 173-187.

¹⁴ La giurisprudenza rotale, *sive recentior sive recentissima*, eccezione fatta per qualche singola sentenza (cfr. ad esempio una *coram* Serrano, Stoktonien, 18 novembre 1977, in *RRD*, vol. LXIX, p. 460, n. 9), riconosce rilevanza giuridica alla sola incapacità assoluta (cfr. elenco sentenze nella sentenza *coram* Funghini, S. Jacobi in Chile 25 iulii 1993, in *RRD*, vol. LXXXV, p. 476, n. 8; nella *coram* Burke, Camden., 27 octobris 1994, in *RRD*, vol. LXXXVI, p. 522, n. 22; e *coram* Jarawan, Tarvisina, 4 octobris 1995, in *RRD*, vol. LXXXVII, p. 536, n. 3). In dette sentenze si afferma che, anche ammettendo "*quoddam dubium iuris... exstante difformitate hodiernae doctrinae canonicae*", la giurisprudenza rotale "*communis iam dici debet doctrina denegans sufficientiam incapacitatis relativae*" (così una *coram* Pompedda, Anconitana-Auximana, 15 iulii 1994, in *RRD*, vol. LXXXVI, p. 397, n. 12). Inoltre, la giurisprudenza non manca di sottolineare l'equivocità dell'espressione "incapacità relativa", atteso che, come osserva la già citata *coram* Burke, Peorien, 20 octobris 1994: "*incapacitas pro consensu matrimoniali semper relativa est, cum praeciso respectu essentiae coniugii qua talis (ac exinde respectu concreti matrimonii sub Iudice)*".

In merito, basti pensare al mutamento quasi kafkiano del concetto stesso di famiglia – frutto della “rivoluzione culturale” degli anni Settanta/Ottanta – con cui si è affermato, nell’ambito di una società sempre più secolarizzata, del concetto di famiglia nucleare, di convivenza¹⁵ e di divorzio¹⁶. Siffatto cambiamento epocale ha, giocoforza, influenzato – fosse anche in modo solo subliminale e surrettizio – l’operato dei tribunali ecclesiastici, o, meglio, di tutti coloro che interagiscono con i tribunali ecclesiastici (parti, avvocati, difensori del vincolo e, soprattutto, giudici)¹⁷. Non si deve, infatti, cadere nella tentazione di depersonalizzare l’istituzione, ossia di dimenticare, il dato ovvio, ma, al contempo, sostanziale, che i tribunali ecclesiastici sono composti da persone che fanno parte, a vario titolo, della società civile di riferimento e da essa sono, inevitabilmente, condizionati¹⁸.

Parliamo in tono assertivo perché non riteniamo possa sussistere alcun

¹⁵ In argomento si veda MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *L'uomo “debole” contemporaneo di fronte al matrimonio*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 297-328; JEAN GAUDEMET, *Il matrimonio in occidente*, SEI, Torino, 1987, pp. 334 ss. Si veda anche MARINA BLASI, GIULIA SARNARI, *I matrimoni e le convivenze “internazionali”*, Torino, 2013, pp. 79 ss.

¹⁶ Si tratta di una vera sfida dei tempi alla Chiesa ed alla Sua concezione del matrimonio Sacramento/indissolubile. Tuttavia, come ricorda LUIGI CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, terza edizione a cura di FRANCESCO CATOZZELLA, ARIANNA CATTÀ, CLAUDIA IZZI, LUIGI SABBARESE, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 266, n. 3745, “Oggi, purtroppo, per un complesso di diverse circostanze e fattori, soprattutto di carattere morale e sociale, il divorzio è diffuso universalmente nelle legislazioni civili. Esso resta però condannato dalla legge di Dio, proclamata anche da Cristo e dalla Chiesa. In GS 47 il divorzio è detto *lues*, un termine dai significati molteplici: calamità, flagello, peste, ecc.”. Cfr. anche ROSARIO GIUÈ, *La Chiesa italiana nel solco della storia. Il rapporto chiesa-mondo e l'inculturazione nei documenti della Conferenza Episcopale Italiana 1966-1999*, La Piccola Editrice, Celleno (VT), 2000; ANDREA ZANOTTI, *Laicità e presenza del sacro tra il tempo della secolarizzazione e l'età della tecnica*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 255-267; ID., *La Chiesa e il sociale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.StatoeChiese.it), novembre 2009, pp. 1-13, il quale evidenzia come “Per due millenni la Chiesa si è misurata attraverso la questione sociale con un uomo che possedeva strumenti infinitamente inferiori rispetto ai fini che gli stavano dinanzi: oggi la questione sociale rischia probabilmente di dovere, per la prima volta, fare i conti con un uomo detentore di mezzi molto più potenti dei fini che gli stanno dinanzi, ma che più non riesce ad individuare sull’orizzonte”.

¹⁷ Come ricorda IVO STEFANO GERMANO, *Le sfide della “società liquida” all’istituzione matrimoniale*, in AA.VV., *Matrimonio e famiglia in una società multireligiosa e multiculturale*, a cura di J. KOWAL S.J., M. KOVAČ, Pontificio Istituto Biblico, Roma, 2012, pp. 325 ss., “la società liquida non solo non considera più il matrimonio come dovrebbe essere, unico, destinato a durare in eterno, ma spinge, ormai, a rappresentarlo alla stregua di una esperienza affettiva di breve durata. L’istituzione matrimoniale assume oggi una ‘geometria variabile’ per ogni individuo, anche perché non più legato alla fecondità... Ne scaturisce una visione della famiglia ‘a mosaico’...”. Si vedano anche i contributi contenuti in AA.VV., *Il matrimonio canonico con effetti civili. A trent’anni dall’Accordo di Villa Madama*, a cura di P. Palumbo, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁸ Sul punto, sia pure con riferimento alla giustizia penale, si veda l’interessante contributo contenuto nel volume ad opera di AUGUSTO BALLONI, GIUSEPPE A. MOSCONI, FRANCO PRINA, *Cultura giuridica e attori della giustizia penale*, Milano, 2004, specialmente la parte III, pp. 229 ss.

dubbio sulla stretta correlazione di causa/effetto tra cultura, società, fattore ambientale e giurisprudenza canonica e, di riflesso, anche concordataria¹⁹.

Il vero problema è, semmai, quello di stabilire in che termini si è realizzata in passato e si manifesta oggi tale influenza.

Sul punto, deve ricordarsi che la sentenza (intesa quale fonte di cognizione della giurisprudenza), è soltanto l'ultimo anello di una catena che ha inizio nelle parti, ossia in coloro che decidono, innanzitutto, sull'opportunità morale, giuridica (e, perché no, anche finanziaria, in un contesto ambientale di crisi economica), di iniziare una causa di nullità matrimoniale²⁰.

Si tratta di una catena che ha un suo importante anello di raccordo nell'operato degli avvocati i quali, nel rispetto della verità²¹, sono chiamati a fare da filtro tra la "realtà reale" e la "realtà processuale", tra il vissuto personale, culturale delle parti e le esigenze probatorie connesse al processo²², in modo da consentire agli altri operatori processuali - ed in primo luogo al giudice - di avere una visione chiara e giuridicamente valutabile dei fatti oggetto del giudizio²³.

¹⁹ In argomento si rinvia a CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*, Franco Angeli, Giuffrè Milano, 2006, pp. 31 ss.

²⁰ Il fattore economico si è rivelato, in Italia, di notevole rilievo in quanto si è riscontrato un considerevole incremento delle cause di nullità da quando, dal 1° gennaio 1998, si sono drasticamente ridotti i costi delle cause di nullità a carico dei fedeli grazie al contributo fornito dalla CEI attingendo ai fondi derivanti dall'8 per mille. In argomento, cfr. MASSIMO DEL POZZO, *Statistiche delle cause di nullità matrimoniale 2001-2005: "vecchi" dati e "nuove" tendenze*, in AA.VV., *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, a cura di HECTOR FRANCESCHI - MIGUEL A. ORTIZ, Edusc, Roma 2009, pp. 451-479.

²¹ In altri termini, stante l'esigenza pubblicistica di accertare la verità (c.d. *favor veritatis*), deve giocoforza trovare applicazione limitata il principio "*nemo tenetur edere contra se*", almeno con riferimento alla condotta processuale dei patroni che deve sempre essere ispirata alla deontologia professionale. Si deve, infatti, tenere presente l'obbligo morale degli avvocati di "prestare la propria opera in favore della verità di quel determinato matrimonio, ben sapendo, d'altra parte che solo in tal modo svolgono lealmente la propria professione". Così GERALDINA BONI, *Il diritto del fedele al giudizio (can. 221, § 1): verità e "salus animarum"*, in AA.VV., *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte Prima. I Principi*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2007, p. 144.

²² In argomento si veda ANTONI STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico. Nuova edizione aggiornata e ampliata*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1994, pp. 567-597; JOHN CORSO, *Le prove, ibidem*, pp. 599-623; CARLO GULLO, ALESSIA GULLO, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio. Quarta edizione aggiornata con le facoltà straordinarie concesse da Sua Santità Benedetto XVI a S.E. il Decano della Rota Romana l'11 febbraio 2013*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2014, specialm. pp. 159-182;

²³ Sul ruolo e la funzione dell'avvocato in ambito canonistico si veda SANDRO GHERRO, *Qualche considerazione sulla figura dell'avvocato rotale*, in AA.VV., *Le "Normae" del Tribunale della Rota Romana*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1997, pp. 139-149; CARLO GULLO, *L'assetto della professione forense canonica*, in AA.VV., *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2006, pp. 115 ss. Si vedano anche i contributi contenuti

In quest'opera di mediazione giuridico/culturale gli avvocati sono in parte, ma solo in parte, influenzati dalla già esistente produzione giurisprudenziale alla quale sanno di doversi – almeno in linea di massima – attenere (i c.d. orientamenti giurisprudenziali)²⁴.

Non si deve, infatti, dimenticare che ogni innovazione giurisprudenziale – in un sistema giudiziario essenzialmente fondato sul principio dispositivo della domanda per cui “*nemo iudex sine actore*” – prende le mosse da un'iniziativa della classe forense che, per così dire, “provoca” la decisione giurisprudenziale, proponendo interpretazioni innovative delle norme esistenti, fondate anche sul mutare dei tempi e del contesto culturale di riferimento²⁵.

in AA.VV., *Deontologia degli operatori dei Tribunali ecclesiastici*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2001; inoltre, MANUEL JESUS ARROBA CONDE, *Principi di deontologia forense canonica*, in AA.VV., *Il Diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2006, pp. 129-146; BEATRICE SERRA, *In tema di responsabilità professionale dell'avvocato rotale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.StatoeChiese.it), n. 35, 2012.

²⁴ Il peculiare ruolo, ora delineato, svolto dagli avvocati sembra non essere tenuto in adeguata considerazione con quella parte del *Motu Proprio Mitis Iudex*, che sembrerebbe limitare - o ritenere addirittura superflua - l'opportunità di ricorrere ad un legale per introdurre una causa di nullità matrimoniale, specie ove vi sia l'accordo tra le parti. Infatti, a mente degli artt. 2-5 delle Regole Procedurali annesse al citato *Motu Proprio*, risulta prevista un'indagine pregiudiziale o pastorale, da svolgersi nelle strutture parrocchiali o diocesane (non meglio individuate) nell'ambito della pastorale matrimoniale diocesana unitaria, dove i fedeli separati o divorziati che dubitano della validità del proprio matrimonio o sono convinti della nullità del medesimo, orientata a raccogliere elementi utili per l'eventuale celebrazione del processo giudiziale, ordinario o più breve. Fin qui niente di problematico, non fosse che viene previsto che detta indagine potrà essere “affidata a persone ritenute idonee dall'Ordinario del luogo, dotate di competenze anche se non esclusivamente giuridico-canoniche”, tra cui non solo il parroco ma anche non meglio precisati “altri chierici, consacrati o laici approvati dall'Ordinario del luogo”. Si tratta di un'innovazione che - sebbene comprensibile da un punto di vista pastorale per luoghi in cui non è possibile trovare un avvocato competente in materia canonica - rischia di essere negativa con riferimento a Nazioni quali, ad esempio, la Spagna o l'Italia dove esiste da sempre un adeguato ceto forense. E ciò è tanto più grave ove si consideri che detta indagine non di semplice consulenza pastorale e di orientamento ma è volta a raccogliere “gli elementi utili per l'eventuale introduzione della causa da parte dei coniugi o del loro patrono davanti al tribunale competente”, tanto è vero che “raccolti tutti gli elementi, l'indagine si chiude con il libello, da presentare, se del caso, al competente tribunale”. Sul punto cfr. PAOLO PALUMBO, *La deontologia forense: norme civili e principi canonici a confronto*, in AA.VV., *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo. Il M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus di Papa Francesco*, a cura di P. Palumbo, Giappichelli, Torino, 2016, specialm. pp. 68-70

²⁵ Cfr. EMANUELA COLOMBO, *L'avvocato: diritti e doveri nella fase istruttoria*, in AA.VV., *L'istruttoria nel processo di nullità matrimoniale*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2014, p. 107, la quale opportunamente evidenzia che “L'amministrazione della giustizia per ben funzionare necessita di validi professionisti legali. Uno di questi è senza dubbio l'avvocato, il primo competente in campo legale che avvicina colui che intende tutelare i suoi diritti. Così l'avvocato è il primo filtro che supera l'imperizia e l'ignoranza giuridica, la cattiva informazione dei clienti nonché l'infondata pretesa e l'errata loro convinzione di avere diritti da far valere e da tutelare dinanzi al giudice... È in questa fase che si sviluppa il compito-servizio dell'avvocato: un compito fatto non solo di sapere giuridico, di conoscenza tecnica e di competenza professionale, pure indispensabili. Anzi direi che, soprattutto nel campo del diritto matrimoniale canonico, la competenza professionale non può prescindere

In base a quanto ora esposto, sembra possibile parlare di un rapporto biunivoco, ovvero osmotico, tra giurisprudenza canonica e cultura, nel senso che se è vero che la cultura influenza la giurisprudenza è anche vero il contrario, ossia che la giurisprudenza canonica (a differenza di quella civile) non si limita (e non può farlo) a raccogliere supinamente le istanze culturali provenienti dalla società, adattandosi acriticamente ad esse²⁶.

La giurisprudenza canonica realizza una propria originale elaborazione delle istanze sociali alla luce di quei principi immutabili - in quanto radicati nel diritto divino positivo e naturale - che rappresentano un punto di riferimento sicuro ed inalterabile, un faro che guida nel mare, spesso tempestoso, del diritto vivente, indicando la giusta direzione da seguire²⁷.

In altri termini, non è il dogma che vive nel secolo, ma, semmai, i tribunali ecclesiastici, che quel dogma devono far rispettare ed applicare, a vivere in esso²⁸.

Anche il Legislatore canonico, dal canto suo, - sulla scia della rivoluzione ecclesiologica del Concilio Vaticano II - ha cercato di adeguarsi alla mutata concezione dei tempi e del rapporto di coniugio optando, già nel codice del 1983, per una visione più personalistica del matrimonio - peraltro già ampiamente radicatasi nella cultura occidentale degli anni Sessanta - aggiungendo, tra le altre cose, la nozione giuridica di *bonum coniugum* e rigettando la visione materialistica della relazione coniugale, riassunta nel desueto ed anacronistico concetto di "*ius in corpus*"²⁹.

Pare, però, opportuno precisare che non si tratta di una ricezione quasi

dalla pazienza accogliente e dalla capacità di ascolto della persona, ancor prima che del cliente".

²⁶ Sul punto CARLO CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 404 ss. Il quale ricorda come sia intervenuta "una nuova cesura tra società civile e società religiosa impensabile soltanto un decennio addietro, una cesura etico-antropologica relativa ai temi della famiglia, della sessualità, del rapporto tra scienza e tutela della vita,... sul primo aspetto, alcuni ordinamenti promuovono una parificazione sostanziale della convivenza di persone dello stesso sesso con il matrimonio...". Si veda anche VENERANDO MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, VivereIn, Milano, 2005; ANDREA ZANOTTI, *Nuovo protagonismo delle istanze particolari e necessità di una visione universale. Considerazioni di un canonista*, in AA.VV., *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1142 - 1153

²⁷ Cfr. JAVIER HERVADA, *El derecho natural en el ordenamiento canónico*, in *Persona y Derecho*, 20, 1989, oggi in *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-2004)*, Pamplona, 2004, pp. 606 ss.

²⁸ Così GIORGIO FELICIANI *I diritti fondamentali dei Cristiani e l'esercizio dei "munera docendi et regendi"*, in AA.VV., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 221-240.

²⁹ Cfr. ENRICA MONTAGNA, *Il bonum coniugum: profili storici*, in AA.VV., *Il "bonum coniugum" nel matrimonio canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1996, pp. 33 ss. Si veda anche JAVIER HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 83 ss. che dedica un interessante commento alla "funzione dell'amore nel matrimonio".

automatica e supina dei mutamenti intervenuti nella società, come risulta ampiamente dimostrato dall'esempio dell'incapacità ad assumere gli oneri coniugali per omosessualità che continua ad essere considerata dalla giurisprudenza canonica come motivo di nullità *ex can. 1095, 3°*, cioè per incapacità dovuta a cause di natura psichica, sebbene, ormai da molti anni, l'omosessualità non sia più annoverata tra le parafilie sessuali nel DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), ossia nella "Bibbia" degli psichiatri a livello mondiale³⁰.

Nell'orientamento dei tribunali ecclesiastici italiani, in piena aderenza con le indicazioni giurisprudenziali della Rota Romana, l'omosessualità continua ad essere considerata motivo di incapacità matrimoniale, essendo classificata quale "*incapacità morale*", tale da rendere il soggetto che ne è affetto incapace di assumere, cioè di farsi carico di specifici *bona matrimonii* quali il *bonum fidei* ed il *bonum coniugum*³¹.

In ogni caso, resta imprescindibile il confronto con la mutata realtà della famiglia e del matrimonio ed un'attenta analisi delle loro difficoltà e sfide attuali, come è dimostrato dall'Esortazione apostolica postsinodale *Amoris Laetitia* del 2016 di Papa Francesco dedicata proprio al tema dell'amore nella famiglia e alle sfide imposte dal cambiamento antropologico-culturale in atto³².

³⁰ Nel 1973 la *American Psychiatric Association* (APA) partendo dall'asserzione dell'assenza di prove scientifiche che giustificassero la precedente catalogazione dell'omosessualità come patologia psichiatrica, ha provveduto a cancellarla dal suo elenco delle malattie mentali. Cfr. ANDREA ZANOTTI, *L'incidenza della scienza medica nella giurisprudenza rotale*, in AA.VV., *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2010, pp. 19 - 39.

³¹ Come ricorda PAOLO BIANCHI, *Le "causae naturae psychicae" dell'incapacità*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1998, p. 142 occorre chiedersi "quali siano in concreto il significato e la operatività normativi della espressione *ob causae naturae psychicae*. È infatti del tutto evidente la genericità sia del concetto di 'causa', sia dell'attributo 'psichico' con il quale esso concetto è qualificato. A quest'ultimo proposito, si può ad esempio rilevare come l'aggettivo 'psichico' copra effettivamente un assai ampio spettro di significati, andando per sé ad indicare tutto ciò che ha a che fare con la dimensione spirituale della persona. Così, esso potrebbe anche intendersi come riferibile al dato culturale, educativo, fino addirittura al dato morale e (quindi) volontario". Si veda anche MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Annotazioni circa la "incapacitas adsumendi onera coniugalia"*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 85-114; JOSÉ MARIA SERRANO RUIZ, *La novità normativa e la collocazione sistematica del can. 1095, 3*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2003, p. 105 il quale denuncia "La sconcertante genericità del can. 1095, n. 3".

³² In argomento MAURIZIO GRONCHI, *Amoris Laetitia. Una lettura dell'Esortazione apostolica postsinodale sull'amore nella famiglia*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2016. Per alcune linee guida per istruire fedeli e pastori su questa delicata materia si veda Conferenza Episcopale Siciliana, *Chiese di Sicilia, Orientamenti pastorali. Accompagnare – discernere – integrare la fragilità, secondo le indicazioni del cap. VIII di Amoris laetitia*, Palermo, 2017.

2. Secolarizzazione e giurisprudenza dei Tribunali ecclesiastici

Occorre, adesso, chiedersi in che modo ed in che misura le modificazioni culturali registratesi nella società italiana negli ultimi cinquant'anni si siano riverberate, in concreto, sull'attività dei Tribunali ecclesiastici italiani, influenzandone la relativa giurisprudenza.

Facendo un rapido *excursus* tra i vari motivi di nullità, si nota subito come vi sia stata un'evoluzione (o, forse, dovremmo meglio dire un'involuzione) sociale che ha avuto delle inevitabili ripercussioni sulla giurisprudenza ecclesiastica³³, anche se, per la verità, non su tutti i capi di nullità e ciò sia per l'influsso stabilizzatore del Magistero pontificio, sia per l'opera di armonizzazione interpretativa operata dal Tribunale della Rota Romana *ex art. 126 della Costituzione Apostolica Pastor Bonus*³⁴.

A titolo d'esempio, per ciò che riguarda l'esclusione della prole, al fine di comprendere le ragioni e le modalità del mutamento di giurisprudenza, valga quanto segue: nel caso, frequente, di una coppia giovane che contrae matrimonio prima ancora di avere raggiunto la piena realizzazione lavorativa e finanziaria, l'esclusione *ad tempus* della prole appare *in re ipsa* credibile e di agevole prova applicando il principio dell'*id quod plerumque accidit*³⁵.

³³ Sul punto si rinvia anche ad ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007.

³⁴ In base a quanto stabilito dall'articolo 126 della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* del 28 giugno 1988, viene chiarito il *munus* proprio del Tribunale apostolico della Rota Romana. In tale articolo si legge: "*Hoc tribunal instantiae superioris partes apud Apostolicam Sedem pro more in gradu appellationis agit ad iura in Ecclesia tutanda, unitati iurisprudentiae consulit et, per proprias sententias, tribunalis inferioribus auxilio est*". Nello stesso senso si esprime il Magistero Pontificio come si legge nell'Allocuzione di San Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 24 gennaio 1981, secondo cui: "Alla necessaria tutela della famiglia contribuiscono in misura non piccola l'attenzione e la pronta disponibilità dei tribunali diocesani e regionali a seguire le direttive della Santa Sede, la costante giurisprudenza rotale e l'applicazione fedele delle norme, sia sostanziali sia processuali già codificate, senza ricorrere a presunte o probabili innovazioni, ad interpretazioni che non hanno oggettivo riscontro nella norma canonica e che non sono suffragate da alcuna qualificata giurisprudenza. È infatti temeraria ogni innovazione di diritto, sia sostantivo sia processuale, che non trovi alcun riscontro nella giurisprudenza o prassi dei tribunali e dicasteri della Santa Sede". In argomento si veda CARLO GULLO, *Presentazione*, in AA.VV., *La giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici italiani*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1989, p. 8, il quale ricorda che: "appare chiaro che la giurisprudenza rotale è considerata punto di riferimento costante per i Tribunali Ecclesiastici Italiani. In Italia insomma non esiste una giurisprudenza in contrapposizione o anche solo parallela a quella rotale".

³⁵ Cfr. PAOLO MONETA, *Il bonum proles e la sua esclusione*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2003, pp. 88-89, dove si legge che: "...in questi ultimi decenni, proprio sul tema di cui ci stiamo occupando, quello della generazione della prole, si è verificato un cambiamento epocale, il più profondo che si sia mai avuto nella storia dell'umanità. L'uomo per millenni ha considerato la generazione come un qualcosa di superiore alla sua volontà, un qualcosa che poteva essere contrastato o addirittura soppresso, ma sempre con mezzi eccezionali

Occorre ricordare che molti giudici – i quali sono spesso anche parroci o comunque a contatto diretto con i fedeli - conoscono benissimo, per esperienza personale, quale sia la mentalità oggi diffusa tra i giovani che porta a considerare i figli, piuttosto che come un dono di Dio, una gravosa incombenza da differire *sine die* in attesa di tempi migliori, il tutto all'insegna di una visione spesso meramente narcisistica ed edonistica della vita in genere e del matrimonio in particolare. Vale a dire che si viene a creare, surrettiziamente, una sorta di "*praesumptio moris*"³⁶, non codificata, che giunge quasi ad invertire l'onere della prova ai fini del raggiungimento della necessaria certezza morale (can. 1608, §1)³⁷.

A riprova di quanto sopra riferito, si consideri che, nel corso dei processi di nullità, solo raramente, per non dire eccezionalmente (e spesso solo su istanza di parte), si acquisiscono in Atti i c.d. "processini prematrimoniali". Si tratta dei questionari che (nell'ambito dell'istruttoria prematrimoniale prevista dal decreto generale sul matrimonio della CEI) vengono sottoposti e fatti firmare ai nubendi, poco prima della data delle nozze, e con i quali si dichiara – in modo spesso solo formale – di accettare *in toto* l'insegnamento della Chiesa in materia matrimoniale, inclusa (nel nostro esempio) l'imme-

e normalmente avvertiti come contrari alla dignità della persona... Quest'uomo, grazie a i progressi della scienza ed ai mezzi tecnici che questa ha acconsentito di approntare, è oggi pienamente in grado di controllare la sua fertilità, di decidere come e quando avere un figlio, di esercitare insomma un pieno dominio su quella che sembrava una misteriosa forza della natura... il modo di porsi dinanzi alla generazione è radicalmente cambiato anche nell'ambito dei fedeli, pur rispettosi degli insegnamenti del magistero ecclesiastico". Interessante è, poi, la conclusione cui giunge l'A.: "Ed è difficile pensare che un cambiamento di tale entità non abbia una qualche ricaduta anche nell'esperienza giuridica; che esso non stimoli a ricercare un approccio in qualche modo diverso nel valutare l'atteggiamento assunto dai coniugi in ordine alla procreazione; che non induca ad elaborare categorie giuridiche in qualche misura nuove rispetto a quelle utilizzate in passato..."

³⁶ Si è volutamente fatto ricorso a tale ipotetica categoria di presunzione non potendosi fare ricadere un simile tipo di *praesumptio* nella categoria delle *praesumptiones iuris vel hominis*, posto che, come ricorda ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL, *La presunzione nella vigente normativa canonica: osservazione critiche*, in AA.VV., *L'istruttoria nel processo di nullità matrimoniale*, cit., pp. 151-154, "Segno distintivo primario della presunzione *iuris* (o di diritto, legale) è che viene stabilita dalla legge, vale a dire è contenuta espressamente in una norma scritta di portata generale emanata dal legislatore", mentre "Da parte sua, la presunzione *hominis* (o di uomo, o giudiziale) si caratterizza principalmente per essere formulata - mediante l'espressa inclusione nella sentenza - dal giudice e... si caratterizza anche per la sua concretezza, vale a dire per la sua esclusiva applicazione ad un fatto particolare e determinato, come stabilisce esplicitamente il c. 1586...Di conseguenza, a differenza della presunzione *iuris*, gli elementi della presunzione *hominis* non possono essere determinati in astratto o a priori, ma sempre in concreto e a partire dalle circostanze particolari del caso che si discute, l'unico al quale può essere applicata".

³⁷ Cfr. ANTONI STANKIEWICZ, *La certezza morale e la motivazione della sentenza*, in AA.VV., *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, a cura di HECTOR FRANCESCHI, JOAQUIN LLOBELL, MIGUEL A. ORTIZ, Edusc, Roma, 2005, pp. 177-193.

diata apertura al *bonum prolis*³⁸.

In altri termini, se i giudici che - si ripete - sono spesso gli stessi parroci che curano i suddetti processini prematrimoniali, fossero davvero convinti del valore probatorio dirimente di tali dichiarazioni, le potrebbero - ed anzi - dovrebbero acquisire *ex officio* in Atti, inserendoli nel processo come prove decisive (trattandosi di documento pubblico ecclesiastico, avente valore di *probatio probata*, ex can. 1541) in favore della validità del Sacramento del matrimonio³⁹. Infatti, è di tutta evidenza che una dichiarazione resa nell'imminenza delle nozze con cui si afferma espressamente di accettare, ad esempio, il *bonum prolis* dovrebbe costituire una prova determinante (esattamente una *confessio extraiudicialis pro vinculo*) che ben difficilmente potrebbe essere vinta da una dichiarazione contraria resa in giudizio, cioè in tempo sospetto⁴⁰.

³⁸ In argomento si veda PAOLO BIANCHI, *L'esame dei fidanzati: disciplina e problemi*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 4, 2002, pp. 360 ss.; GENNARO FUSCO, CLAUDIO MARRAS, PAOLO PALUMBO, RAFFAELE SANTORO, *Commento giuridico-pastorale al decreto generale sul matrimonio canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2014, p. 36, dove si legge che: "Il parroco che conduce l'esame deve manifestare un particolare atteggiamento soggettivo, quello della diligenza che richiede che egli non si comporti da mero esecutore di un compito ma senta la responsabilità dell'adempimento e la preoccupazione per il bene delle persone e della santità del vincolo matrimoniale".

³⁹ Sul piano teorico deve, però, rilevarsi che se l'iniziativa di una delle parti dotate di *ius agendi in iudicio* (can. 1501 e art. 114 *Dignitas Connubii*) è indispensabile per dare inizio al processo (*nemo iudex sine actore*), e ciò a pena di nullità insanabile della sentenza (can. 1620, 4° e art. 270, 4° *Dignitas Connubii*), non altrettanto può dirsi con riferimento all'onere della prova. Accanto all'astratta prospettiva di una fattiva e quasi asettica partecipazione delle parti all'accertamento della verità, vi è quella, sulla carta più concreta, del giudice di supplire la negligenza delle parti per evitare una sentenza ingiusta (can. 1452, §2). Detta affermazione codicistica è stata ripresa con un'importante aggiunta nella *Dignitas Connubii*, là dove si afferma che quella di supplire all'inerzia probatoria delle parti non è una semplice facoltà del giudice, bensì un suo preciso dovere: "*Ideo iudex partium neglegentiam in probationibus afferendis vel in exceptionibus opponendis, supplere potest et debet.*" (art. 71, §2). Si tratta d'una significativa precisazione che impone una netta virata del processo matrimoniale canonico verso il principio inquisitorio e ciò a tutela del bene pubblico, deviando, almeno parzialmente, da un altro principio strettamente connesso a quello della domanda: *iudex secundum allegata partium iudicare debet*. Sul punto cfr. MARIO FERRANTE, *Le prove in generale*, in AA.VV., *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas Connubii"*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2008, p. 299-320. In contrario, prima però della promulgazione della *Dignitas Connubii*, cfr. PAOLO MONETA, *Le parti in causa: diritti e limiti*, in AA.VV., *La procedura matrimoniale abbreviata*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1998, pp. 9-10.

⁴⁰ Siffatta considerazione acquista maggiore rilevanza alla luce della recente riforma del processo matrimoniale canonico dove occorre trovare un contrappeso probatorio alla maggiore rilevanza probatoria attribuita dal *M.P. Mitis Iudex* alle dichiarazioni, specie concordanti delle parti. In base alla nuova formulazione del can 1678, § 1, "nelle cause di nullità del matrimonio, la confessione giudiziale e le dichiarazioni delle parti, sostenute da eventuali testi sulla credibilità delle stesse, possono avere valore di prova piena, da valutarsi dal giudice considerati tutti gli indizi e gli amminicoli, se non vi siano altri elementi che le confutino". Si tratta di una notevole modifica rispetto alla previsione normativa previgente che, al contrario, sanciva che nelle cause concernenti il bene pubblico le dichiarazioni delle parti potevano avere, al più, "forza probante" ma non era possibile

Tuttavia, nella prassi ciò non accade perché gli stessi giudici/parroci sanno benissimo che quelle dichiarazioni vengono rese al solo scopo di “accontentare” il parroco di turno, nella consapevolezza che una risposta “sbagliata”, ma conforme a verità, bloccherebbe l'*iter* matrimoniale.

Si tratta, come è evidente, di un influsso della cultura e della mentalità laica corrente che, indirettamente, influenza - in modo surrettizio ma determinante - non solo la prassi processuale, ma anche la giurisprudenza ecclesiastica, sia nella fase di raccolta delle prove, sia nella valutazione delle stesse.

In altri termini, capi di nullità quali l'esclusione della prole e dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale, trovano oggi un *background* sociale e culturale oggettivo tale da quasi rovesciare di fatto, nella prassi processuale, se non la generale presunzione di validità del matrimonio di cui al can. 1060 (che comunque ne resta certamente fiaccata)⁴¹, quantomeno, quella relativa alla simulazione di cui al can. 1101, §1, come già da anni avvertono la dottrina⁴² e la giurisprudenza rotale⁴³.

“attribuire loro forza di prova piena” (can. 1536, §2). Sul valore attribuito alle dichiarazioni delle parti cfr. MIGUEL ANGEL ORTIZ, *The Declarations of the Parties and Moral Certitude*, in AA.VV., *Studies on the Instruction Dignitas Connubii. Proceedings of the Study Day Held at the Pontifical University of the Holy Cross, Rome, January 19, 2006*, ed. by P. M. DUGAN, L. NAVARRO, Wulson & La Fleur, Montréal, 2006, pp. 51-89.

⁴¹ Per un'approfondita analisi della regola morale e giuridica “*standum est pro valore actus nisi contrarium probetur*”, oggi codificata nel can. 124, §2, cfr. ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL, *La presunzione di validità dell'atto giuridico nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 95-170.

⁴² Cfr. PIER ANTONIO BONNET, *La presunzione legale di cui al can. 1101, §1 CIC nell'odierno contesto matrimoniale cristianizzato*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2005, p. 117, il quale ricorda che “nell'attuale contesto occidentale di vita” si è in presenza di “uno scenario istruttorio di efficacia molto ristretta, se non addirittura di sostanziale inoperatività della presunzione di cui al can. 1101, § 1 *cic*... In questa prospettiva, per l'Occidente ‘cristiano’, mentre conserva ancora una sua ragione di essere la presunzione dell'esistenza in via positiva di una volizione conformata da una componente noeticamente sintetica, stabilita nel segno della verità del can. 1060 *cic*, ci sembra invece che sia venuta sostanzialmente *svuotandosi di credibilità generale* (il corsivo è dell'A.) la presunzione di un voluto matrimoniale interiore naturalmente sufficiente, in quanto espressione di un dato conoscitivamente retto in chiave così analitica che sintetica, sancita nel can. 1101, § 1 *cic*”. *Id.*, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale canonico in un'occidente cristianizzato*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 62 dove si legge che non è più possibile: “costruire congetture basate su generalizzazioni fattuali (*l'id quod plerumque accidit*) come quella posta a fondamento della nostra presunzione che, almeno in ambiti come quello occidentale non si darebbero più”.

⁴³ Sul punto si veda anche ROBERTO COLANTONIO, *Valore della presunzione del can. 1101, § 1 del C.I.C.*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1990, pp. 13 ss. il quale già venticinque anni or sono ricordava che “specialmente prima degli anni Cinquanta, le sentenze, riguardanti fattispecie in cui la nullità è proposta per consenso simulato, immediatamente oppongono all'accoglimento della domanda una duplice pregiudiziale: le *praesumptiones* insite nei can 1014 e 1086, § 1, dette, la prima *generalis* e, la seconda, *peculiaris*. Tale fermezza, nel tempo, sembra andare impallidendo ed oggi, dinanzi a sentenze che avvertono ‘*In id genus causis examinandis caute esse procedendum, attentis duabus praesumptionibus*’, non

A tal proposito, basti pensare che - con specifico riferimento al capo di nullità dell'esclusione dell'indissolubilità del vincolo - ha ormai assunto, a motivo della sempre crescente mentalità divorzista, una rilevanza preminente il criterio probatorio della c.d. *causa simulandi remota* (intesa quale "*prava voluntas*") la quale permea di sé, con crescente verosimiglianza, la visione matrimoniale delle parti, impregnandone, di riflesso, l'atto di volontà matrimoniale, dando così spesso luogo alla c.d. "simulazione implicita"⁴⁴, ormai accolta dalla costante giurisprudenza rotale⁴⁵.

Nel corso degli ultimi cinquat'anni (sebbene si tratti di un lasso temporale esiguo alla luce della bimillenaria storia della Chiesa), si è assistito ad un passaggio culturale epocale che - emblematicamente - trova traccia di sé nella filmografia la quale ormai, in quanto settima arte, è divenuta la cartina al tornasole dei mutamenti culturali all'interno della nostra società⁴⁶.

mancano altre in cui è esplicitamente detto che la disposizione normativa, di cui al can. 1101,§1 '*nostra aetate non amplius valida est*' ...".

⁴⁴ Alla luce di quanto esposto nel testo, pare possibile affermare che la famosa affermazione di ORIO GIACCHI contenuta nel volume "*Il consenso nel matrimonio canonico*", Giuffrè, Milano, 1968, pp. 89-114, secondo cui la volontà simulatoria consisterebbe esclusivamente nel "*velle non*", piuttosto che in un "*nolle*" (p. 92), non può ritenersi esaustiva del fenomeno simulatorio in quanto serve, al più, ad evidenziarne solo un aspetto. Di norma, l'errore che si fa, quando si vuole accertare l'esistenza di un atto positivo di volontà contrario ad un fine o ad una proprietà essenziale del matrimonio, è quello di pensare a due distinti atti di volontà: uno con il quale il nubente vuole il matrimonio (ed il consenso è un atto positivo di volontà); e un altro col quale egli vuole il matrimonio privato del bene essenziale. Ciò non pare condivisibile in quanto l'atto positivo di volontà è uno solo e il nubente o vuole il matrimonio oggettivamente vero (anche se egli non lo ritiene tale) o vuole il matrimonio oggettivamente falso (anche se egli lo ritiene vero). Ma se, dunque, l'atto positivo di volontà da prendere in considerazione è uno solo, occorre guardare ed analizzare il processo di formazione di tale specifico unico atto al fine di coglierne la portata invalidante. A tal proposito, occorre ricordare che, per il principio dell'unità dell'uomo e della dipendenza esistente tra le "*facultates superiores hominis*", ogni atto umano consta di due elementi indefettibili: la determinazione dell'oggetto da parte dell'intelletto e la direzione della volontà verso l'oggetto determinato nel caso concreto.

⁴⁵ Tale principio è pacificamente accolto dalla giurisprudenza rotale come è dimostrato da diverse sentenze, tra cui citiamo la *coram* Ewers del 18/05/1968 in *S.R.R.D.*, vol. LXI, p. 691, n. 4 e, più di recente, una *coram* Fiore del 23/07/1981 (in *S.R.R.D.*, vol. LXXIII, p. 372, n. 4) dove chiaramente si afferma: "*voluntas naturaliter movetur ad actum congruentem cum praeconcepta sententia, incarnata quasi in eius constituta persona*". In altri termini, se il matrimonio indissolubile non fa parte del patrimonio ideativo di un soggetto perché da esso è assente la nozione stessa di indissolubilità è correlativamente impossibile attribuirgli il matrimonio indissolubile come facente parte dell'oggetto della sua volontà, perché se egli ha voluto il matrimonio secondo le proprie idee dottrinali, dalle quali era assente l'indissolubilità come nozione e come bene, egli per ciò stesso all'atto del consentire ha escluso la proprietà essenziale dell'indissolubilità dall'oggetto del suo consenso. In argomento si veda anche SONIA REGGI, *Atto positivo di volontà e simulazione* (ca. 1101, §2). *Dottrina e giurisprudenza*, Marcanum Press, Venezia, 2011, pp. 139 ss.

⁴⁶ La modifica avvenuta nel corso dell'ultimo mezzo secolo è tanto più forte ed evidente ove si consideri che essa strida con la tradizione giuridica italiana che, non solo negli ordinamenti degli Stati preunitari, ma neppure nel Codice civile "Pisanelli" del 1865 aveva mai conosciuto l'istituto del divorzio, nonostante i molteplici disegni di legge in tal senso. In argomento, cfr. FABIO FRANCESCHI,

In merito, basti notare come si sia passati da un film quale “*Divorzio all’italiana*” (il capolavoro di Pietro Germi del 1961 con Mastroianni e la Sandrelli)⁴⁷ per arrivare - attraverso la promulgazione della legge sul divorzio del 1970 ed il relativo referendum del 1974⁴⁸ - al ben più recente (2004) “*L’amore è eterno finché dura*” (di Carlo Verdone), segno evidente dei tempi, di una fragilità strutturale dei rapporti di coppia⁴⁹ e, soprattutto, del fatto che si è giunti a ribaltare completamente la prospettiva costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio inteso come atto unico e irrevocabile (art. 29 Cost.)⁵⁰ a quella - edonistica ed individualistica - di famiglia basata sul

I progetti per l’introduzione del divorzio in Italia in epoca post-unitaria, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.Statoechiese.it), n. 34, 2012, il quale ricorda che: “Il divorzio, in quegli anni, rappresentò indubbiamente un problema al tempo stesso politico, sociale, religioso, nonché un problema di diritto internazionale: troppi problemi per uno Stato ancora debole, retto da fragili equilibri interni, timoroso di un ulteriore aggravamento della frattura con il Vaticano, e che, probabilmente, aveva già prodotto il suo massimo sforzo in materia con l’introduzione del matrimonio civile”.

⁴⁷ Alla base della sceneggiatura del film c’era una storia vera - svela Giorgio Battistelli, compositore di fama internazionale - il quale ricorda che Germi ricevette una lettera da un signore siciliano che gli confidava i suoi problemi di cuore, incatenato a una moglie brutta e baffona, innamorato di una fanciulla giovane e bella. Per il regista lo spunto perfetto per un ritratto ironico e feroce di una mentalità arcaica e ipocrita. Il film fu influenzato anche dal noto romanzo *Un delitto d’onore* di Giovanni Arpino del 1960 in cui lo scrittore denuncia i pregiudizi morali e sociali legati al delitto d’onore, si tratta di due letture diverse dello stesso fenomeno: una in chiave drammatica e l’altra in chiave grottesca. Giovanni Arpino ha raccontato nel suo romanzo una storia così folle e crudele che ben pochi lettori avranno immaginato trattarsi di una vicenda vera, accaduta a Lapiro (un paesetto vicino ad Avellino) il 1° aprile 1922, e forse nella realtà ancor più intrisa di ferocia e di follia di quella che risulta dal libro dello scrittore piemontese. Cfr. AA.VV., *Il Morandini 2015 – Dizionario dei film e delle serie televisive*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 423.

⁴⁸ Come ricorda SERGIO ROMANO, *Libera Chiesa. Libero Stato? Il Vaticano e l’Italia da Pio IX a Benedetto XVI*, TEA, Milano, 2005, in occasione del referendum abrogativo “Gli italiani che andarono alle urne rappresentarono l’87,7 per cento del corpo elettorale e i no all’abrogazione furono 19.138.300, pari al 59,3 per cento dei votanti. Tutti atei, anticlericali o agnostici? No. Era nato ormai, dopo il Concilio ed il ’68, un cattolicesimo meno rispettoso del catechismo tradizionale e più sensibile ai problemi della pace, dei diritti umani, dei ‘diversi’, dell’eguaglianza, dell’ecologia e del sottosviluppo” (p. 123). Le cause di questa modifica, sempre a detta dell’A., furono essenzialmente tre: “la grande mobilità sociale degli anni del ‘miracolo’ economico...le agitazioni universitarie e i movimenti sindacali alla fine degli anni Settanta... il Concilio che aveva sconvolto le strutture tradizionali e risvegliato tutti i fermenti modernisti degli inizi del secolo” (pp. 116-117). Si veda anche GIAMBATTISTA SCIRÈ, *Il divorzio in Italia. Partiti, Chiesa, società civile dalla legge al referendum (1965-1974)*, Mondadori Bruno, Milano, 2007.

⁴⁹ Addirittura, un centro di mediazione familiare ha pubblicato uno studio in base al quale si apprende che, solo nel biennio 2006-2008, vi sono stati ben 11 film di successo in cui il tema del divorzio assumeva un ruolo centrale ed era spesso affrontato con una certa superficialità senza tenere conto delle gravi implicazioni sociali, affettive ed emotive che esso comporta. Cfr. www.mediazionefamiliare-cedim.it/letturefilm.php.

⁵⁰ In argomento, cfr. ROBERTO BIN, *Radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10, 2000, pp. 1066 ss; VITTORIO CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell’articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in *Storicamente*, 6, 2010, n. 9, il quale ricorda che la formulazione attuale dell’art.

mero buon andamento del rapporto matrimoniale⁵¹.

Il divorzio è penetrato talmente in profondità nel costume sociale e nella mentalità della popolazione italiana che le polemiche che ne accompagnarono l'introduzione costituiscono oggi uno sbiadito ricordo; con la singolare conseguenza che parlare, oggi, di divorzio è quasi come parlare di un qualcosa che è come se fosse sempre esistito⁵².

Oggi, probabilmente, il buon Alessandro Manzoni, avrebbe un maggiore successo letterario scrivendo i "Promessi divorziati" piuttosto che i "Promessi sposi".

3. *Le conseguenze culturali dell'introduzione del c.d. "divorzio facile" e "breve" nell'ordinamento giuridico italiano*

Il culmine di tale "rivoluzione culturale" è l'ormai nota legge n. 55 del 6 maggio 2015 con cui – con carattere retroattivo - sono state dettate "Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi", comunemente noto come "divorzio breve".

Con tale legge si è inteso ridurre ulteriormente lo *spatium deliberandi* per

29 Cost. fu il frutto di un prudente compromesso tra la Democrazia Cristiana e il Partito Comunista, esito di una "battaglia sull'introduzione della indissolubilità del matrimonio nella Costituzione", al punto che "nella votazione finale fu chiesto di ricorrere allo scrutinio segreto in base ad un vecchio regolamento della Camera dei deputati: non era mai accaduto per nessun articolo della Costituzione, ed in verità non accadeva da oltre 60 anni".

⁵¹ Cfr. GUIDO FORMIGONI, *L'Italia dei cattolici. Dal Risorgimento a oggi*, Il Mulino, Bologna, seconda ediz. 2010, pp. 180-183, il quale ricorda che la "ventata contestativa e anti-istituzionale della fine del decennio Sessanta" aveva determinato l'uscita "dal mito dell'Italia nazione 'naturalmente' cattolica" facendo "considerare l'Italia come una società sottoposta ad un complesso fenomeno di secolarizzazione, in cui doveva essere proposta un'organica prospettiva di evangelizzazione". Si veda anche ARTURO CARLO JEMOLO, *Stato e Chiesa negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1948, p. 443, il quale sottolineava come "È veramente significativo che, nel periodo del contrasto più intenso con la Chiesa, della questione romana e dell'anticlericalismo più acceso, nel quale massoneria, socialismo, repubblicanesimo, radicalismo rappresentavano ideologie profondamente ostili ai cattolici assenti dalla vita pubblica, non si riuscì –nemmeno allora– a forzare la volontà della maggioranza introducendo il divorzio civile, perché anche dall'angolo visuale dello Stato, questo istituto (del matrimonio) è retto da interessi superiori di cui le parti non hanno la disponibilità".

⁵² A tal proposito, si vuole citare un libro, scritto da un avvocato specializzato in diritto di famiglia, che offre un'interessante spaccato dell'odierna realtà culturale e legislativa in materia di matrimonio e famiglia e da cui si evince la radicale trasformazione avvenuta nel nostro paese negli ultimi anni. Cfr. GIAN ETTORE GASSANI, *Vi dichiaro divorziati. Come cambia il matrimonio in Italia*, Imprimitur, Reggio Emilia, 2015, il quale sostiene che già da tempo gli italiani avevano trovato una "via d'uscita" per ovviare alle lungaggini processuali nostrane attraverso il c.d. "turismo divorzile" che ha visto "migliaia di coppie" espatriare, avvalendosi del Regolamento CE 44/2001 (p. 107).

un'eventuale riconciliazione o ripensamento, riducendo drasticamente la durata minima del periodo di separazione ininterrotta dei coniugi che legittima la domanda di divorzio che, nelle separazioni giudiziali passa dai tre anni fissati dalla riforma del 1987 (che li aveva già ridotti dai cinque inizialmente previsti) ad un anno decorrente dalla comparsa dei coniugi di fronte al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale⁵³; termine che, nelle separazioni consensuali (anche in caso di trasformazione da giudiziale in consensuale) si riduce a soli sei mesi e ciò anche a prescindere dalla presenza di figli minori.

Seppure non si è proceduto all'introduzione del c.d. "divorzio diretto", ossia senza l'obbligatorietà di alcun periodo di previa separazione personale dei coniugi, salvaguardandosi il principio del doppio procedimento (separazione prima, divorzio dopo), pare evidente che la riforma consacra la c.d. "famiglia liquida" che certamente non è la famiglia prevista e garantita dalla nostra costituzione⁵⁴, né, tantomeno, quella "Chiesa domestica" (*Lumen Gentium*, n. 11) tutelata dal diritto canonico⁵⁵.

In merito, occorre ricordare che il tempo inizialmente fissato dalla legge prima di potere accedere al divorzio aveva il preciso scopo di favorire ripensamenti e ricomposizioni: la fase della separazione veniva, infatti, con-

⁵³ Si tratta di un *dies a quo* (quello della prima udienza presidenziale) che, nella prassi forense, determina di sovente un significativo allungamento dei tempi (anche di sei/otto mesi) per potere fare decorrere i termini e, dunque, ottenere il divorzio. I sei mesi decorrono inoltre, pur non essendo specificato nel testo di legge, dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da avvocati ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile. In argomento si veda FRANCESCO SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, quinta ediz., Giuffrè, Milano, 2008; AA.VV., *Commentario Al codice civile. L. 1 dicembre 1970, n. 898. Divorzio*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 2009; AA.VV., *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia. Profili sostanziali, processuali, di mediazione, di previdenza, di tutele con riferimento al coniuge debole e ai minori. Le nuove frontiere del risarcimento del danno*, a cura di G. OBERTO, Cedam, Padova, 2012; AA.VV., *La crisi familiare*, a cura di T. AULETTA, Giappichelli, Torino, 2013.

⁵⁴ Cfr. MARIA D'ARIENZO, *Libertà, fedeltà e responsabilità dei coniugi. Il matrimonio canonico nel pluralismo matrimoniale*, in AA.VV., *Le sfide della famiglia tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del processo di nullità matrimoniale nello spirito dell'Amoris Laetitia*, a cura di P. Palumbo, Giappichelli, Torino, 2017. L'A. ricorda come "Le riforme susseguites negli ultimi anni in campo civilistico e canonistico impongono una riflessione più attenta sulle implicazioni inerenti al rapporto fra matrimonio e famiglie. L'uso del plurale utilizzato per il termine famiglia tende a sottolineare icasticamente le trasformazioni antropologiche, prima ancora che giuridiche, le quali pongono nuove sfide e nuove problematiche agli operatori del diritto" e ciò a causa del "costante processo di secolarizzazione che tende ad una omologazione culturale e, dunque anche giuridica, del matrimonio religioso ai modelli di unione coniugale ispirati alla 'diffusa mentalità mondana', usando le parole di papa Francesco" (pp. 17 e 28).

⁵⁵ Cfr. GUSTAVO CAVAGNARI, *La famiglia «chiesa domestica» - Soggetto e oggetto dell'azione evangelizzatrice al servizio del regno di Dio*, LAS Editrice, Roma, 2015.

siderata l'occasione per prendere le distanze da una situazione di difficile convivenza, lasciando aperta la prospettiva di un ritorno alla vita comune (magari poco probabile, ma non certo impossibile), derivante da una congrua esperienza di vita per conto proprio. Il periodo di separazione personale aveva, infatti, nelle originarie intenzioni del legislatore, la funzione di dare alle parti la possibilità di soppesare una decisione tanto grave quanto quella di porre fine ad un matrimonio, specie in presenza di figli minori, al fine di verificare la possibilità di ricostituire l'*affectio maritalis*.

La nuova legge sul divorzio breve avrà certamente un ulteriore impatto sul concetto di indissolubilità del matrimonio, rendendolo, vieppiù socialmente e culturalmente evanescente ed indefinito e, dunque, a sua volta, "liquido"⁵⁶.

È, inoltre, appena il caso di precisare che le nuove norme costituiranno la disciplina anche della cessazione degli effetti civili dei matrimoni concordatari, con inevitabile coinvolgimento dei fedeli cattolici.

Ad accelerare l'affermarsi di una concezione precaria ed instabile del vincolo matrimoniale basata essenzialmente sul costante permanere del consenso delle parti, è intervenuta, di recente, l'introduzione del c.d. "divorzio facile", ormai meglio noto come "divorzio fai da te"⁵⁷.

Con la legge n. 162 del 10 novembre 2014 – volta a deflazionare il contenzioso civile - è stata introdotta in Italia la possibilità di separarsi e divorziare senza neppure entrare in un aula di tribunale, a patto che le parti pervengano, *communi consensu*, alla sottoscrizione di un accordo (c.d. convenzione di negoziazione), visto come uno strumento di *alternative dispute resolution*⁵⁸. Si tratta di un istituto atipico mutuato dall'esperienza francese (dove, però, il divorzio esiste da oltre due secoli, essendo stato previsto per la prima volta nel 1792) e dal c.d. "processo collaborativo" – sia pure con rilevanti differenze – con cui viene attribuita dal legislatore prevalenza all'autonomia negoziale delle parti anche in ambito familiare, conseguente

⁵⁶ Sul punto cfr. ZYGMUNT BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, Laterza, Bari, 2004, p. 51; AA.VV., *Accompagnare l'amore. I percorsi di preparazione al matrimonio nella comunità cristiana*, a cura di P. BOFFI, Edizioni Paoline, Milano, 2006, p. 152.

⁵⁷ Si tratta di una riforma inserita nel più ampio decreto c.d. "sblocca Italia" che potremmo, a questo punto, definire, sarcasticamente, "sblocca divorzi" che - varata dal Consiglio dei ministri nella seduta n. 27 del 29 agosto 2014 ed emanata in forma di Decreto legge il 12 settembre 2014 n. 132 - è stata definitivamente promulgata con modificazioni con la legge 10 novembre 2014, n. 162, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile". In argomento cfr. FILIPPO DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/214: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 10, pp.949 ss.

⁵⁸ In tal senso, GIANFRANCO DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 14.

ad una significativa rimodulazione del principio di preservazione delle aree di indisponibilità dei diritti⁵⁹.

Con la riforma sono state previste due distinte procedure abbreviate con modalità stragiudiziale che si vanno ad aggiungere a quella ordinaria, ossia a quella regolata dalla legge sul divorzio del 1970.

La prima definita “facile” è quella, già citata, della negoziazione assistita (art. 6 del d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014)⁶⁰.

La seconda, definita dai primi commentatori della riforma, come il divorzio “lampo” è disciplinato dall’art. 12 del d.l. n. 132/2014 e prevede la possibilità per i coniugi di concludere dinanzi al sindaco quale ufficiale di stato civile, con l’assistenza facoltativa di un avvocato, un accordo di separazione o di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili o, infine, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio⁶¹.

Elemento in comune ad entrambe le due nuove procedure è che non viene affatto previsto il tentativo obbligatorio di riconciliazione che, invece, rappresenta un momento saliente della procedura ordinaria di separazione/divorzio.

⁵⁹ In argomento cfr. MARINA BLASI, *Divorzio “breve” e “facile”. La riforma della l. 6 maggio 2015, n. 55 coordinata con il d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, Giappichelli, Torino, 2015, la quale ricorda che la procedura collaborativa francese “si basa su una ‘carta di collaborazione’ che obbliga le parti di un litigio e i loro avvocati a compiere ogni sforzo per giungere ad una soluzione consensuale. La sottoscrizione della carta vieta, in caso di fallimento della procedura, di rappresentare poi nel contenzioso una delle parti” (p. 62).

⁶⁰ Tale procedura consiste in un accordo scritto mediante il quale i due coniugi convengono di risolvere in via amichevole la controversia relativa alla separazione tramite l’assistenza dei propri avvocati. Tale accordo – che costituisce titolo esecutivo - deve sempre essere trasmesso al Pubblico ministero competente, il quale in assenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, esercita un controllo formale di regolarità al termine del quale, se del caso, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti successivi. In presenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, il Pubblico ministero controlla la corrispondenza dell’accordo all’interesse dei figli e, in tal caso l’autorizza. Se, al contrario, non riscontra tale interesse, il Procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, il quale, a sua volta, fissa entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. Così MARINA BLASI, *Divorzio “breve” e “facile”. La riforma della l. 6 maggio 2015, n. 55 coordinata con il d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, cit., pp 32-33. Sul nuovo istituto della negoziazione assistita in materia familiare v. tra i primi commenti: ANTONIO CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, 1287; CHIARA CARIGLIA, *Separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, in *Giur. it.*, 2015, 1739.

⁶¹ Così MARINA BLASI, *Divorzio “breve” e “facile”. La riforma della l. 6 maggio 2015, n. 55 coordinata con il d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, cit, p. 33, la quale ricorda altre che “l’accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale ma può contenere statuizioni in merito all’assegno di mantenimento o all’assegno divorzile, statuizioni che l’ufficiale dello stato civile si limiterà a trascrivere, ma sulle quali non potrà esprimersi nel merito, né rifiutare l’iscrizione dell’accordo. La procedura non è possibile in presenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti”.

L'originaria legge sul divorzio stabilisce che il giudice deputato ad incontrare per la prima volta la coppia ai fini della separazione sia il presidente del tribunale, o un suo delegato: quasi a caricare di significato – in virtù della maggiore autorevolezza del magistrato – la verifica della effettiva volontà e della possibilità di mantenere il rapporto matrimoniale, con un *iter* che di per sé richiama alla serietà e alla gravità di quanto accade (così il comma 7 dell'articolo 4 della legge L. 1° dicembre 1970, n. 898, disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio).

D'altro canto la rinuncia a tale tentativo di conciliazione appare un logico corollario dell'introduzione del "divorzio facile". Sembra, infatti, improbabile che in appena sei mesi si possa giungere ad una ponderata valutazione sull'opportunità di ricostituire la comunione personale e materiale tra i coniugi. In forza di tale considerazione, anche il tentativo di conciliazione – ancora previsto per la procedura ordinaria – diverrà una mera formalità, priva del necessario presupposto, ormai solo logico ma non più giuridico, costituito da un congruo periodo di riflessione.

Le modifiche introdotte dall'introduzione del c.d. "divorzio breve" non implicano soltanto un semplice snellimento della procedura - come potrebbe a prima vista apparire - ma hanno delle conseguenze giuridico/culturali molto più gravi e profonde.

Volendo esemplificare, sembra potersi affermare che con questa riforma attuata sul duplice binario della riduzione dei tempi della separazione (c.d. divorzio breve) e della semplificazione e degiurisdizionalizzazione della procedura di divorzio (c.d. divorzio facile o lampo) si è di fatto introdotta nel nostro ordinamento la possibilità giuridica di una sorta di "poligamia verticale" in quanto, nell'arco temporale di circa un anno, è possibile avere in rapida successione ben due coniugi e così via senza alcun limite teorico.

La possibilità di potere pervenire alla separazione o al divorzio senza passare dal giudice, sul piano giuridico implica:

1) privatizzazione del matrimonio. Si ha, infatti, la definitiva caduta del principio di indisponibilità dello *status*, che aveva caratterizzato per lungo tempo la disciplina dei rapporti tra coniugi,

L'avvocato (nel divorzio facile) non è né diventa un pubblico ufficiale, e ancor meno un sostituto del giudice. Escludere l'intervento del giudice – e il giudice formalmente più autorevole: il presidente del tribunale – è la palese conseguenza dell'ablazione della rilevanza pubblicistica del matrimonio;

2) eliminazione del tentativo di comporre le divergenze fra i coniugi. Non si può replicare che se un coniuge arriva a chiedere la separazione non ha nessuna volontà di giungere a una conciliazione perché ciò non è vero in assoluto;

3) dichiarare che il matrimonio diviene, almeno *in parte qua*, un diritto

disponibile e, dunque, si finisce con il compromettere sensibilmente il tradizionale profilo pubblicistico del matrimonio⁶².

In altri termini, con l'introduzione del "divorzio breve e facile" lo scioglimento del vincolo matrimoniale avverrà in tempo reale, determinando il definitivo passaggio dal ricordato "Divorzio all'italiana" ad un nuovo "Matrimonio all'italiana", senza vincoli in uscita, cioè ad un modello matrimoniale quasi del tutto paragonabile ad un contratto privatistico, rescindibile con una velocità persino maggiore rispetto a quella oggi necessaria per ottenere uno sfratto per finita locazione.

4. *La riforma del processo matrimoniale canonico tra esigenze pastorali e tendenze adeguatrici ai "tempi moderni"*

L'ultimo tassello in ordine cronologico (ma il più importante da un punto di vista delle conseguenze culturali ad esso sottese) di questa esigenza di adeguamento "ai tempi moderni" (volendo citare C. Chaplin) è stata la promulgazione del *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* per la Chiesa Latina ed il (sostanzialmente identico) *Motu Proprio Mitis et Misericors Iesus* per le Chiese Orientali, con cui si è realizzata la storica riforma del processo matrimoniale fortemente voluta da Papa Francesco⁶³.

Dopo quasi trecento anni (cioè dai tempi della Costituzione Apostolica *Dei Miseratione* del 3 novembre 1741 di Benedetto XIV)⁶⁴ si è, infatti, dato

⁶² Come ricorda ANTONIO FUCCILLO, *I matrimoni civili e religiosi tra innovazioni normative e tradizioni culturali*, in AA.VV., *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo*, a cura di P. Palumbo, Giappichelli, Torino, 2015, "nell'ambito delle dinamiche familiari, e quindi del matrimonio quale istituto fondante il diritto di famiglia, tutte le innovazioni normative avvicinandosi nel corso degli ultimi anni hanno tentato una aggressione normativa dell'istituto tradizionale, spingendo soprattutto verso una sua interpretazione che si avvia verso il crinale di una pericolosa degiurisdizionalizzazione dell'istituto.. che alimentano il rischio di una banalizzazione dell'istituto matrimoniale sempre più spinto verso la disponibilità delle parti, sottraendolo alla presa del diritto pubblico che è (per sua natura) intriso di 'indisponibilità'... Si tende, cioè, a ridimensionare lo spazio di intervento riservato ad 'apparati pubblici' a vantaggio di un sempre maggiore spazio dell'autonomia privata anche nella fase patologica del rapporto" (pp. 23-24).

⁶³ Cfr. FRANCESCO, M.P. *Mitis iudex Dominus Iesus, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice di Diritto Canonico; M.P. Mitis et misericors Iesus, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, entrambi del 15.VIII.2015, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2015. Per un primo esaustivo commento GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoeChiese.it)*, marzo 2016; ANGELO SPILLA, *La riforma del processo matrimoniale canonico di papa Francesco*, in *Guttadauro, Annali*, voll. 15-16, 2015-2016, pp. 227-259.

⁶⁴ Benedetto XIV (Papa Lambertini), con la Costituzione apostolica *Dei miseratione*, promulgata il

luogo ad una vera e propria rifondazione della procedura canonica per la declaratoria di nullità dei matrimoni contratti con rito cattolico (molto più incisiva di quella occorsa con la promulgazione dei Codici del 1917 e del 1983)⁶⁵.

Si tratta di una riforma che ha dovuto coniugare due distinte esigenze tra loro apparentemente inconciliabili: da un lato quella di salvaguardare il principio dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale considerato, a ragione, come un irrinunciabile *depositum fidei*, baluardo della tradizione e della dogmatica cattolica; dall'altro quello "dell'ansia apostolica" di venire incontro "all'enorme numero di fedeli" dispersi, di "figli che si considerano separati", i quali "pur desiderando provvedere alla propria coscienza, troppo spesso sono distolti dalle strutture giuridiche della Chiesa a causa della distanza fisica o morale".

Scopo della riforma è proprio quello di consentire al maggiore numero possibile di fedeli – che si trovano nella condizione di divorziati civilmente risposati o stabilmente conviventi – di potere tornare in piena comunione con la Chiesa, senza dovere passare attraverso le forche caudine di un processo di nullità matrimoniale troppo spesso considerato, nel sentire comune, molto oneroso, dai tempi lunghissimi e dagli esiti incerti⁶⁶.

3 novembre 1741, stabilì la necessità della doppia sentenza conforme sul medesimo capo di nullità matrimoniale giudicato in prima istanza per poter celebrare un nuovo matrimonio canonico. Ciò venne disposto onde evitare gli abusi commessi da vescovi e tribunali, soprattutto in Polonia, nel dichiarare le nullità di matrimonio con processi frettolosi ed approssimativi.

⁶⁵ Non ci soffermeremo, in questa sede, ad analizzare in dettaglio le singole norme di cui si compone la riforma voluta da Francesco, ovvero a fare delle analisi critiche su di esse, tema che richiederebbe un'autonoma trattazione. Per una prima analisi della riforma del diritto processuale matrimoniale canonico si rinvia a: senso GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoeChiese.it)*, si tratta di tre articoli pubblicati tutti nel marzo 2016; SANTIAGO BUENO SALINAS, *La reforma de los procesos canónicos de declaración de nulidad de matrimonio. La celeridad del proceso*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado*, *www.iustel.com*, XL (2016), p. 16 ss.; OTTAVIO DE BERTOLIS, *Papa Francesco riforma il processo canonico matrimoniale*, in *La civiltà cattolica*, CLXVI (2015), IV, pp. 60 ss.; MASSIMO DEL POZZO, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m. p. "Mitis iudex"*, nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoeChiese.it)*, novembre 2015, pp. 1 ss.; JOAQUÍN LLOBELL, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. "Mitis iudex"*, in corso di pubblicazione su *Ius Ecclesiae*, XXVIII (2016); FRANCIS G. MORRISSEY, *The Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *The simplification of marriage nullity procedures*, Faculty of Canon Law, Saint Paul University, Ottawa, 2015; ADOLFO ZAMBON, *Il motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus. Prima presentazione. Testo aggiornato al 21 ottobre 2015*, pubblicato sul sito dell'Associazione Canonistica Italiana, *www.ascait.org*.

⁶⁶ Sembra possibile affermare che la riforma voluta da Papa Francesco poggi su tre distinti pilastri costituiti rispettivamente dal *M.P. Dominus Mitis Iudex* (che ne rappresenta la cornice generale dal punto di vista strettamente normativo) dal *Rescriptum ex audientia* del 7 dicembre 2015 (che, con riferimento specifico alla Rota Romana, ne precisa i contenuti anche in continuità con le facoltà

Si è inteso, così, superare la percezione della Giustizia della Chiesa da parte del “fedele medio” in situazione matrimoniale irregolare come qualcosa di talmente lontano ed impercorribile da indurlo a rinunciare (spesso senza neanche informarsi sui costi reali e sugli effettivi tempi tecnici di un processo di nullità) ad intraprendere la via giudiziaria per chiarire la propria situazione matrimoniale, permanendo, quasi con sofferente rassegnazione, nel proprio *status*.

Ed è proprio a tale situazione socio-culturale ed ecclesiale che la riforma intende porre rimedio, muovendosi lungo tre principali direttrici di politica ecclesiastico/processuale: la pastoralità, la velocità la gratuità.

Per ciò che attiene alla pastoralità del processo – pur mantenendosi la scelta della via giudiziale al posto della, pur da taluno auspicata, via amministrativa per trattare le cause di nullità matrimoniale – viene posta al centro della riforma la figura del vescovo diocesano i cui storici poteri giudiziari vengono rispolverati e rivalutati, sia pure in un’ottica di collegialità, riprendendo l’ecclesiologia del Concilio Vaticano II. In tal modo si vuole realizzare una maggiore prossimità evangelica delle strutture giudiziali della Chiesa al Popolo di Dio, garantendo il “ripristino della vicinanza tra il giudice e i fedeli” ed una maggiore fiducia verso la Giustizia della Chiesa da considerare come uno strumento autenticamente pastorale e non come un’astratta e farraginoso struttura burocratica.

In detta ottica sembra orientata la previsione (contemplata dall’art. 2 delle Regole procedurali del *Motu proprio*) di un’indagine pregiudiziale o pastorale previa al processo da svolgersi in apposite strutture parrocchiali o diocesane, nell’ambito della pastorale matrimoniale diocesana, al fine di avvicinare i fedeli separati o divorziati verso la possibilità di adire la giustizia ecclesiastica.

Nelle intenzioni del Legislatore si è inteso creare una sorta di servizio di consulenza per “raccolgere gli elementi utili per l’eventuale introduzione della causa”. In questo contesto si deve anche indagare “se le parti sono d’accordo nel chiedere la nullità”.

Si tratta, come pare evidente, di una sorta di servizio di mediazione familiare a carattere pastorale volta a favorire - attraverso un’opera previa di negoziazione assistita del conflitto di coppia - l’introduzione del processo

speciali concesse nel 2013 da Papa Benedetto XVI) e dal Capitolo 8 dell’Esortazione Apostolica *Amoris Laetitia* dell’8 aprile 2016 che ne costituisce un supporto pastorale e fornisce le soluzioni per i casi che non rientrano nell’ambito della praticabilità giuridica del processo matrimoniale. In argomento Cfr. MARIO FERRANTE, *Riforma del processo matrimoniale canonico e delibazione*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, vol. 2, 2016, pp. 313-336.

breve, con i relativi vantaggi procedurali di cui diremo.

In altri termini, sembra assistersi anche nel processo canonico – per evidenti influenze secolari - al ricorso a procedure di mediazione extraprocetuali volte a deflazionare il contenzioso e a far transitare – ove ricorrano le altre condizioni stabilite dalla riforma - la coppia in crisi verso una procedura più rapida e semplificata per l'ottenimento della nullità.

Relativamente allo snellimento delle procedure, viene introdotto accanto al tradizionale processo ordinario il processo c.d. “più breve” (*brevior*); locuzione significativa con la quale si vuole evidentemente fare intendere che anche l'altro tipo di processo (quello ordinario) deve considerarsi breve.

Si tratta tecnicamente di un processo matrimoniale, per così dire, “per direttissima” che - secondo quanto affermato dal Decano della Rota Romana (presidente della commissione che ha prodotto la riforma) - dovrebbe “risolversi in un arco di tempo che può oscillare da due settimane ad un mese”⁶⁷.

Il processo “più breve” - basato sul necessario consenso delle parti e su circostanze e prove che “rendano manifesta la nullità” (can. 1683) - si caratterizza per avere quale giudice unico il vescovo diocesano, sia pure debitamente coadiuvato, e per il fatto che le prove devono – almeno tendenzialmente - essere raccolte in un'unica sessione istruttoria (can. 1686).

L'indispensabile presupposto processuale dell'accordo o del consenso delle parti che deve essere necessariamente espresso e non solo implicito o presunto in quanto desumibile dal silenzio della parte convenuta (in base al noto aforisma secondo cui “*qui tacet neque negat, neque utique fatetur*”) ha determinato la definitiva introduzione anche nel processo matrimoniale canonico, come già in quello civile di separazione e divorzio, di due vie alternative: una consensuale ed una giudiziale⁶⁸.

La prima prevede il processo “più breve” davanti al vescovo e si con-

⁶⁷ Così PIO VITO PINTO, *Speranza e non paure. Intervista al decano della Rota romana sul nuovo processo matrimoniale*, in *L'osservatore romano*, 8 ottobre 2015, p. 7.

⁶⁸ Diciamo definitivamente in quanto già l'art. 102 dell'Istruzione *Dignitas Connubii* del 2005 aveva previsto la possibilità di presentare un libello congiunto anche con l'assistenza di un unico avvocato superando delle storiche resistenze della dottrina e della giurisprudenza canonica. Sul punto PAOLO MONETA, *La procedura consensuale nelle cause di nullità di matrimonio canonico*, in *www.olir.it*, maggio 2005 il quale ricorda come per lungo tempo vi sia stato un vero e proprio “pregiudizio” nei confronti di una procedura consensuale: “quello che l'accordo tra le parti favorisca una connivenza tra di esse”. In merito, si ricorda come l'Istruzione *Provida Mater* del 1936, che in ossequio all'impostazione inquisitoria del processo, addirittura esplicitamente indicasse come *collusionis suspicio* non solo il fatto che entrambi chiedessero la nullità ma, persino, il semplice mancato dissenso della parte convenuta: “*si utraque pars matrimonium accusaverit, aut pars conventa respondeat se nihil opponere accusationi, instructor, etiam ex officio, caute inquirat de rationibus ob quas ambae in accusatione concordent aut non dissentiant... Itidem quum ex coniugum responsione oriatus collusionis suspicio...*” (art. 113, § 2).

cluderà con una sentenza affermativa (che ben difficilmente sarà appellata stante il previo accordo delle parti e la presumibile riluttanza dei difensori del vincolo ad impugnare sentenze vescovili) e mai con una sentenza negativa (se non raggiunge la richiesta certezza morale il vescovo - *ex can. 1687, §1*- rimette la causa ad esame ordinario)⁶⁹.

La seconda via si baserà sul processo ordinario e sarà sostanzialmente simile al vigente processo di nullità matrimoniale, potendosi concludere tanto con una sentenza negativa, quanto con un'affermativa soggette entrambe ad eventuali appelli.

Anche gli appelli, però, sempre nell'ottica di uno snellimento delle lungaggini processuali, sono destinati a subire un radicale ridimensionamento. Viene, infatti, introdotto una sorta di giudizio previo di ammissione dell'appello volto a verificare se questo (qualora rivolto contro una sentenza affermativa) sia "meramente dilatorio"⁷⁰.

Per la verità, non si tratta di per sé di una novità assoluta, in quanto qualcosa di simile era previsto dal vecchio can. 1682, § 2 in base al quale era possibile confermare "sollecitamente" (*continenter*) la decisione affermativa

⁶⁹ Di recente, si è reso necessario un ulteriore intervento di interpretazione autentica da parte del Pontefice che - in occasione dell'udienza ai partecipanti al Corso promosso dal Tribunale della Rota Romana del 25 novembre 2017 - ha precisato come "Quanto alla competenza, nel ricevere l'appello contro la sentenza affermativa nel processo brevior, del Metropolita o del Vescovo indicato nel nuovo can. 1687, si precisa che la nuova legge ha conferito al Decano della Rota una *potestas decidendi* nuova e dunque costitutiva sul rigetto o l'ammissione dell'appello". Precisando, ulteriormente, con chiarezza, che "ciò avviene senza chiedere il permesso o l'autorizzazione ad altra Istituzione oppure alla Segnatura Apostolica". In <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2017/11/25/0831/01790.html>.

⁷⁰ Tra le prime interpretazioni della giurisprudenza rotale volte a chiarire "*Quidnam subtilius significet appellationem mere dilatoriam evidentiter apparere*" si segnala un decreto inedito Coram Jagger del 22 marzo 2017 (prot. 23.154) che fornisce un'interessante interpretazione che sembra confortare quanto sin qui asserito. In effetti, secondo quanto si legge nel citato decreto, "*Utrumque, in iuris canonici ambitu, Tribunalis facultas appellationem non admittendi strictae subicienda videtur interpretationi, sive cum lex eandem statuens 'exceptionem a lege contineat' (cf. can. 18), sive cum 'liberum iurium exercitium coarctet' (cf. ibid.), ideoque caute sit adhibenda*". Una volta stabilita questa, condivisibile, interpretazione restrittiva del filtro posto dalla nuova normativa all'appello, il decreto individua quali possano essere gli eventuali criteri da utilizzare, facendo un riferimento di diritto comparato ai codici di procedura degli ordinamenti statali da cui trarre utili spunti in tal senso, in attesa che "*iurisprudencia, Huius praesertim Apostolici Tribunalis, progrediente tempore ulterius explicare utique sataget*". Adoperando il suddetto criterio, la giurisprudenza rotale richiama il concetto civilistico di lite temeraria ("*appellationis temerariae*"), verificando se l'appello proposto dalla parte soccombente del precedente grado di giudizio "*haud mera alchimia ostativa censeatur*". Il citato decreto prosegue ricordando che "*Ius vero anglicum, haud secus ac alii iuris ordines, qui ex eodem traxerint originem, distinguit inter appellationes ipso iure admittendas et eas pro quarum admissione licentia requiratur Tribunalis; de qua licentia, in Civil Procedure Rules 52.3 (4B) (6), statuitur: 'Permission to appeal may be given only where – (a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard'*".

di primo grado, anche in presenza di appelli⁷¹.

La novità risiede, semmai, nell'inusuale terminologia adottata dal *Motu proprio* che parla di appello "meramente dilatorio" e non di appello "evidentemente infondato" come pure sarebbe stato lecito attendersi⁷².

In altri termini, argomentando dalla terminologia adottata, sembra quasi che il tribunale d'appello debba previamente fare un processo alle intenzioni, guardando non tanto e non solo ai motivi giuridici che possono rendere l'appello più o meno fondato in diritto, bensì a quelli personali o magari (per il caso di eventuale delibazione) economici che possono avere indotto la parte soccombente (che si opponeva alla nullità) a proporre appello, respingendo, così, *in limine litis* appelli fatti per motivazioni non strettamente di coscienza⁷³.

Infine, *last but not least*, viene abrogato il c.d. principio della doppia sentenza conforme (ossia della regola in virtù della quale un matrimonio poteva essere dichiarato nullo solo in seguito ad una duplice pronuncia in favore della nullità matrimoniale da parte di due diversi tribunali ecclesiastici competenti e ciò anche in assenza di appelli di parte) in vigore dalla ricordata riforma di Benedetto XIV del 1741, con l'effetto pratico di ridurre (di circa sei mesi/un anno) l'attuale tempistica per la declaratoria di nullità anche del

⁷¹ Cfr. MANUEL JESUS ARROBA CONDE, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1997, pp. 67 ss.

⁷² In tal senso cfr. NICOLA COLAIANNI, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, dicembre 2015, p. 22; GERALDINA BONI, *Riforma del processo di nullità matrimoniale e questioni emergenti in tema di exequatur delle sentenze canoniche*, in AA.VV., *Le sfide delle famiglie tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del processo di nullità matrimoniale nello spirito dell'Amoris Laetitia*, a cura di P. Palumbo, Torino, 2017, pp. 113 ss.; ID., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, marzo 2016, pp. 58-59, la quale conclude affermando: "Circola, in generale, nel *Motu Proprio* un generale sfavore per l'appello: è vero che esso allunga inevitabilmente i tempi del processo, ma la sua funzione è essenziale al servizio della verità. La possibilità di appellare le sentenze e di riesaminare le valutazioni del primo giudice (tendenzialmente stese per iscritto: da ciò la fissazione del principio della scrittura, all'epoca in funzione altamente garantista) è stata un capitale traguardo di civiltà, cui la Chiesa, nella storia, non è estranea, anzi ha ricoperto un ruolo cruciale. Un'eredità, dunque, che non va sperperata" (p. 63).

⁷³ Condivide l'idea che possa essere questa la possibile ratio della nuova normativa in materia di appello PAOLO MONETA, *La dinamica processuale nel m.p. "Mitis Iudex"*, in corso di pubblicazione su *Ius Ecclesiae*, XXVIII, (2016), consultabile in http://www.consociatio.org/repository/Moneta_Lumsa.pdf, secondo cui si tratta di una "importante innovazione" che "si propone di scongiurare un uso distorto di questo mezzo di impugnazione. Avviene infatti non di rado che la parte convenuta che si era opposta alla richiesta di nullità, rimasta soccombente, si determini a proporre appello non per una sua legittima aspirazione ad ottenere giustizia, ma al solo fine di rivalsa verso il coniuge, con il solo intento di rendere più laboriosa la trattazione della causa e di ritardarne quanto più possibile la conclusione. Per evitare questo uso improprio delle garanzie giudiziarie, è stato previsto un giudizio preliminare di ammissibilità dell'appello".

processo ordinario.

In ordine al terzo ed ultimo punto, viene prospettata una sostanziale “gratuità delle procedure”, in ossequio del principio scritturale: “gratuitamente avete ricevuto, gratuitamente date” (Mt 10, 8).

Si tratta di una parte della riforma che, di fatto, ha avuto solo una parziale attuazione almeno rispetto a quelle che erano le prevedibili aspettative del Popolo di Dio, in quanto, ad oltre due anni dall'introduzione della riforma, nulla è cambiato per quanto riguarda gli oneri economici gravanti sulle parti che adiscono la giustizia ecclesiastica.

Neppure sembra che si vada verso la totale gratuità del processo canonico come si può desumere dalle bozze relative alla proposta di aggiornamento delle “Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali Ecclesiastici italiani” elaborate in seguito ai lavori del Consiglio Permanente della CEI nella sessione del 23-25 gennaio 2017 ma ancora non ufficialmente emanate, in quanto in attesa della necessaria *recognitio* da parte della Congregazione per i Vescovi⁷⁴.

Da esse si evince chiaramente che le parti dovranno ancora contribuire a sostenere sia i costi delle spese processuali, sia quello dei patroni di fiducia, vanificando, di fatto, quanto stabilito dal *Motu Proprio* che parla di gratuità con riferimento alle “procedure”, cioè al contributo richiesto ai fedeli che si rivolgono ai tribunali ecclesiastici, nella misura fissata dalla Conferenza Episcopale Italiana.

⁷⁴ Si legge nell' Art. 6 delle citate norme intitolato: “*Il contributo delle parti; esenzione, riduzione, rateizzazione*” § 1. I Vescovi vigilino perché i fedeli non si scoraggino nell' adire i tribunali della Chiesa o nel prendere parte ai processi a causa delle spese. § 2. Le parti sono tenute a concorrere alle spese giudiziali nella misura e secondo le modalità determinate dal Consiglio Episcopale Permanente, ferma la possibilità di contribuire liberamente alla copertura parziale del costo effettivo di una causa nelle forme previste dall'ordinamento canonico per sovvenire alle necessità della Chiesa. § 3. Le parti che non sono in grado di sostenere il pagamento del contributo di cui al paragrafo precedente possono chiedere al Vicario giudiziale l'esenzione o la riduzione del contributo. Al medesimo spetta stabilire l'eventuale rateizzazione. La riduzione o l'esenzione vengono concesse dallo stesso Vicario giudiziale dopo aver acquisito il parere del parroco della parte e tutti gli altri elementi necessari per la valutazione del caso, in conformità ai criteri stabiliti dal Consiglio Episcopale Permanente. Contro la decisione del Vicario giudiziale le parti possono presentare ricorso al Vescovo Moderatore”.

5. *Brevi considerazioni sull'Esortazione Apostolica Amoris Laetitia*

A completamento della riforma culturale, prima ancora che giuridica del processo matrimoniale, è stata pubblicata, nell'aprile 2016, l'Esortazione Apostolica *Amoris Laetitia*⁷⁵.

Con essa si prende in considerazione la pur frequente ipotesi che la necessaria certezza morale richiesta per la declaratoria di nullità del matrimonio (can. 1608) non sia raggiunta o, addirittura, che non vi siano del tutto i presupposti persino per adire la giustizia canonica per un'evidente validità del matrimonio già desumibile nella stessa fase prodromica e preparatoria del processo.

In questi casi - che non devono essere considerati residuali o, peggio, limite - si è ritenuto di non potere lasciare il fedele senza un'adeguata risposta o una possibile soluzione alla sua esigenza spirituale di risolvere la crisi morale che egli vive per la sua condizione matrimoniale irregolare. Ed è in questo contesto e con questo proposito che è intervenuto il documento conclusivo della riforma di Francesco: il capitolo ottavo dell'Esortazione Apostolica post-sinodale *Amoris Laetitia*.

Punto centrale del capitolo in esame è quello relativo al “discernimento delle situazioni dette irregolari”, ossia di quelle “diverse situazioni di fragilità o di imperfezione” matrimoniale in cui, storicamente, la Chiesa si è trovata ad un cruciale bivio tra “emarginare e reintegrare” (AL n. 296).

L'esortazione conclude affermando la possibilità dell'ammissione ai sacramenti di chi, pur vivendo in situazioni matrimoniali irregolari (i divorziati risposati), chiede con sincerità l'ammissione nella pienezza della vita ecclesiale. Si tratta di un rilevante cambiamento culturale di rotta rispetto al precedente magistero pontificio specie di Giovanni Paolo II che non ha mancato di suscitare notevoli polemiche e contrasti in seno alle stesse gerarchie ecclesiastiche⁷⁶.

⁷⁵ Per un primo commento si rinvia a PAOLO MARTUCCELLI, *Spunti di riflessioni sull'Amoris laetitia: vivere il matrimonio e la famiglia nella gioia*, in AA.VV., *Le sfide della famiglia tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del processo di nullità matrimoniale nello spirito dell'Amoris Laetitia*, a cura di P. Palumbo, cit., pp. 1 ss.; PAOLO PALUMBO, *Questioni di diritto di famiglia: il contributo dell'esortazione apostolica Amoris laetitia*, *ibidem*, pp. 47 ss.

⁷⁶ Le reazioni dottrinali/ecclesiali ad una riforma così rilevante non hanno tardato a giungere, anche se ciò è accaduto in una forma inusitata, almeno secondo la tradizionale prassi curiale. Nel novembre del 2016 è, infatti, stata resa pubblica una lettera aperta (datata 19 settembre 2016) nella quale quattro alti esponenti del Collegio cardinalizio – Walter Brandmüller; Raymond L. Burke; Carlo Caffarra; Joachim Meisner – hanno chiesto a Papa Francesco, in qualità di “supremo Maestro della fede” di “dirimere le incertezze e fare chiarezza”, spiegando meglio il contenuto della parte dell'Istruzione post sinodale relativa al capitolo VIII per fare fronte alla “confusione e smarrimento tra molti fedeli”.

E' stato, infatti, chiesto se sia "ora possibile" ammettere ai sacramenti divorziati, anche se convivono *more uxorio*, senza soddisfare le condizioni previste dagli insegnamenti magisteriali precedenti, in gran parte di Papa San Giovanni Paolo II, come la sua Esortazione apostolica sulla famiglia *Familiaris Consortio* del 1981.

Il riferimento è al tradizionale insegnamento della Chiesa in base al quale un cattolico divorziato e risposato può ricevere la Santa Comunione solo se vive in perfetta continenza: "*tamquam frater et soror*". Questo perché, sulla base dell'insegnamento di Cristo, una persona che si sposa senza avere previamente ottenuto la declaratoria di nullità del primo matrimonio ed intrattiene rapporti sessuali con un'altra persona commette adulterio e si trova in uno stato permanente di peccato mortale.

I cardinali fanno un implicito ma chiaro riferimento anche alla dichiarazione "circa l'ammissibilità alla Santa Comunione dei divorziati risposati" resa dal Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi del 7 luglio 2000 con cui veniva data un'interpretazione ufficiale a quanto stabilito dal can. 915 del Codice di diritto canonico con cui si stabilisce che: "non siano ammessi alla sacra Comunione gli scomunicati e gli interdetti, dopo l'irrogazione o la dichiarazione della pena e gli altri che ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto"⁷⁷.

La risposta a suddetti interrogativi è arrivata con la pubblicazione, avvenuta nel febbraio 2017, di un piccolo volume dal titolo "*Il Capitolo ottavo della esortazione apostolica post sinodale Amoris Laetitia*" scritto dal Cardinale Francesco Coccopalmerio – Presidente del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi – che rappresenta la risposta di Papa Francesco a tutti coloro che

A tal fine i suddetti Cardinali hanno rivolto al Pontefice e, per conoscenza, al Cardinale Gerhard L. Müller, nella sua qualità di Prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede, cinque c.d. "*Dubia*" sui paragrafi 300-305 dell'*Amoris Laetitia*. Pare opportuno evidenziare come i cardinali ripetono per ben tre volte nei suddetti "*dubia*" che l'Esortazione *Veritatis Splendor* di San Giovanni Paolo II è "basata sulla Sacra Scrittura e sulla Tradizione della Chiesa", con le ovvie implicazioni sottese a questo richiamo al diritto divino.

⁷⁷ La citata dichiarazione, dopo avere chiarito la natura giuridica della disposizione contenuta nel can. 915 asserendo che "la proibizione fatta nel citato canone, per sua natura, deriva dalla legge divina e trascende l'ambito delle leggi ecclesiastiche positive"; affermava con chiarezza che: "Nel caso concreto dell'ammissione alla sacra Comunione dei fedeli divorziati risposati, lo scandalo, inteso quale azione che muove gli altri verso il male, riguarda nel contempo il sacramento dell'Eucaristia e l'indissolubilità del matrimonio. Tale scandalo sussiste anche se, purtroppo, siffatto comportamento non destasse più meraviglia: anzi è appunto dinanzi alla deformazione delle coscienze, che si rende più necessaria nei Pastori un'azione, paziente quanto ferma, a tutela della santità dei sacramenti, a difesa della moralità cristiana e per la retta formazione dei fedeli". Sul punto si rinvia a P. MONETA, *L' Amoris laetitia e il diritto canonico*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. II, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2017, pp. 349-360.

hanno espresso perplessità e remore sull'Istruzione post-sinodale *Amoris Laetitia*⁷⁸.

Senza volerci addentrare nel merito della questione che meriterebbe certo un maggiore approfondimento, nella risposta si afferma che l'*Amoris Laetitia* “contiene con assoluta chiarezza tutti gli elementi della dottrina sul matrimonio in piena coerenza e fedeltà all'insegnamento tradizionale della Chiesa” (p. 8). Il porporato chiarisce che, alla luce di quanto chiarito, si può “valutare teologicamente la eventuale ammissione di un fedele ai sacramenti della Penitenza e della Eucaristia” (p. 28). E ciò in quanto “possiamo ritenere, con sicura e tranquilla coscienza che la dottrina, nel caso, è rispettata” (*ibidem*). Infatti, prosegue, “la dottrina dell'indissolubilità del matrimonio è nel caso rispettata” perché non si mette affatto in discussione che “i fedeli nella situazione ipotizzata si trovano in unioni non legittime, anzi, ... che tale condizione è oggettivamente di peccato grave” (*ibidem*). Anche la “dottrina del sincero pentimento... è nel caso rispettata”, in quanto i fedeli che vivono un'unione irregolare “hanno convinzione della situazione di peccato oggettivo nella quale attualmente si trovano e, dall'altra, hanno il proposito di cambiare la loro condizione di vita, anche se, in questo momento, non sono in grado di attuare il loro proposito” (p. 29). Infine, “la dottrina della grazia come necessario requisito per essere ammessi al sacramento dell'Eucaristia è rispettata” perché i fedeli hanno “il proposito di attuare ... un reale cambiamento di vita” (p. 29).

Si tratta, come è evidente, di una posizione innovativa che se viene incontro alle esigenze sempre più pressanti della base dei fedeli che da tempo chiedeva un passo coraggioso in tal senso da parte del magistero pontificio, dall'altro ha scontentato vaste parti delle gerarchie ecclesiastiche in varie parti dell'orbe cattolico⁷⁹.

⁷⁸ FRANCESCO COCCOPALMERIO, *Il Capitolo ottavo della esortazione apostolica post sinodale Amoris Laetitia*, Città del Vaticano, 2017. In argomento si veda anche ROCCO BUTTIGLIONE, *Risposte (amichevoli) ai critici di Amoris laetitia*, con *Saggio introduttivo* del Cardinale G. L. MÜLLER, Edizioni ARES, Milano, 2017, pp. 3 ss.

⁷⁹ Al di là dei ricordati “*dubia*”, non sono mancate, come era prevedibile, tutta una serie di reazioni da parte dell'episcopato mondiale che ha assunto degli atteggiamenti piuttosto variegati e spesso contrastanti. In effetti, si sono registrate, nei mesi successivi all'emanazione dell'Esortazione Apostolica, numerose ed autorevoli prese di posizione alcune delle quali favorevoli a cogliere le innovazioni volute da Papa Francesco ed altre nettamente contrarie. Tra queste ultime ricordiamo, ad esempio, le linee guida pastorali espresse il 7 giugno 2017 dalla Conferenza episcopale polacca in occasione della sua 376ª assemblea generale svoltasi a Zakopane. Secondo quanto ha dichiarato dal portavoce dei vescovi polacchi, Pawel Rytel-Andrianik, i presuli hanno constatato che l'insegnamento della Chiesa per ciò che riguarda le persone che vivono in situazioni di coppie non sacramentali “non è cambiato” dopo la pubblicazione dell'esortazione apostolica *Amoris Laetitia*. Si aggiunge che i cattolici che si trovano in quel tipo di situazioni dovrebbero essere guidati “Verso una vera con-

Resta da chiedersi se la presente riforma debba essere considerata una “resa” della Chiesa alle spinte secolarizzatrici provenienti dalla moderna società laica da cui sono stati travolti un enorme numero di fedeli; oppure se la riforma riuscirà, secondo il condivisibile auspicio del Papa, ad evitare di “mettere a rischio il principio dell’indissolubilità del matrimonio”, consentendo, al contempo, alla “Chiesa come madre” di rendersi “vicina ai figli che si considerano separati”.

Una cosa sembra, però, certa: sono ormai definitivamente tramontati i tempi in cui la Chiesa cattolica era persino disposta a subire uno scisma (quello della Chiesa anglicana del 1534), determinando il sorgere una Chiesa territoriale di Stato, pur di non dichiarare la dubbia nullità di un matrimonio (quello tra Enrico VIII e Caterina d’Aragona), in strenua ma coerente difesa del principio dell’indissolubilità del vincolo matrimoniale.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, sembra opportuno interrogarsi circa i possibili futuri scenari dell’inevitabile rapporto dialettico tra cultura, diritto e giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici.

Sembrano, infatti, ormai definitivamente tramontati i tempi in cui si scriveva che la famiglia è “un’isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto”, in quanto essa sembra ormai travolta dallo tsunami di una legislazione spesso episodica e che tende persino ad anticipare i tempi della società e della famiglia stessa⁸⁰.

Con la sopra descritta riforma dell’istituto del divorzio, il c.d. “divorzio breve e facile”, si assiste ad un epocale cambiamento culturale che sembra riportare in auge i fasti di una mentalità giuridica legata al diritto romano pagano dove il matrimonio era comparabile all’istituto del possesso, in quanto basato sull’elemento psicologico del costante permanere dell’*animus rem*

versione e a una riconciliazione con il loro coniuge e i figli di quell’unione”. I vescovi si riferiscono esplicitamente all’esortazione post-sinodale di Giovanni Paolo II “*Familiaris Consortio*”, che permette di avvicinarsi ai sacramenti solo se i divorziati-risposati civilmente vivono una relazione come fratello e sorella. Quello dei vescovi polacchi è un pronunciamento importante perché la conferenza episcopale polacca è la prima conferenza episcopale a dichiarare unitariamente che continuerà a seguire l’insegnamento tradizionale della Chiesa sul matrimonio e i sacramenti” in <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-amoris-laetitiae-polacchial-contro-strappo-20105.htm>.

⁸⁰ Così ARTURO CARLO JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, ora in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 241, il quale proseguiva ricordando che “La famiglia è la rocca sull’onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agl’istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto”.

sibi habendi (la c.d. *affectio maritalis*) e su quello materiale della convivenza (che aveva inizio con la *deductio in domum maritii*)⁸¹.

D'altro canto, esaminando la riforma del processo matrimoniale canonico, ci si rende conto di come anche il Legislatore canonico sia influenzato dalla mutata cultura, specie occidentale, caratterizzata da parte dei fedeli cattolici da una mentalità rivendicativa nei confronti dei sacramenti e dalla necessità di fornire risposte rapide e quasi immediate alle crisi matrimoniali.

Si può, dunque, evidenziare il rischio che - per venire incontro ad una mutata mentalità secolarizzata ed edonista (cultura del "tutto e presto") - si finisca con l'indebolire ulteriormente l'istituto-sacramento del matrimonio e la sua proprietà dell'indissolubilità. Si rischia, cioè, di dare vita un *trend* legislativo caratterizzato da una pericolosa gara a ridurre, semplificare, agevolare la fine di un matrimonio, come se il tempo di riflessione e di catarsi interiore che un processo (canonico o civile) implica sia un'inutile perdita di tempo o, peggio, una formalità burocratica da espletare al più presto, magari in vista di una nuova unione che, si spera, non sia altrettanto fragile⁸².

Per uno dei famosi "corsi e ricorsi storici" di vichiana memoria, con l'attuale *trend* normativo sembra che si assista ad un ritorno dell'istituto matri-

⁸¹ In argomento si veda BIONDO BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 574-575, il quale ricorda che "L'elemento volontario ha la prevalenza su quello materiale... A differenza del diritto moderno, si richiede una volontà non iniziale ed istantanea, da cui derivano senz'altro conseguenze giuridiche, ma volontà continua e permanente, manifestata tacitamente con il fatto stesso della convivenza; appunto per questo carattere permanente i romani parlano tecnicamente di *affectio* piuttosto che di *voluntas* o *consensus*. *Affectio maritalis* è sinonimo di consenso, e non significa affezione od attaccamento reciproco; non si concreta in un solo atto ma in tutto un comportamento preciso, quale può estrinsecarsi nell'*honor matrimonii*, cioè nel considerare nei rapporti sociali la donna come moglie piuttosto che come concubina".

⁸² Come ricordava PEDRO LOMBARDÍA, *El matrimonio en España, cara al futuro*, in *Instituciones canónicas y reordenación jurídica*, Salamanca 1979, pp. 59-67, "una delle cause principali del travolgimento del sistema è stata la nuova concezione del matrimonio che proviene dalla cosiddetta "visione personalista del matrimonio" che, tante volte malintesa, ha portato a degli atteggiamenti soggettivistici ed incentrati nell'amore inteso come sentimento o affetto: un esempio in più della confusione cui si può arrivare se non si delimitano bene i confini tra le diverse scienze, il modo di affrontare la realtà ed il metodo proprio di ognuna. Una visione fenomenica o esistenziale del vincolo giuridico matrimoniale sposterebbe il centro del vincolo dal giuridico verso il fenomenologico, dalla volontà come capacità di impegnarsi in un vincolo giuridico permanente, agli affetti come fondamento di un rapporto di fatto e quindi variabile". Non esita Lombardia ad affermare che con questa visione si retrocede ad una concezione di matrimonio pre-cristiana, quella propria dei romani. Una delle più grandi conquiste della canonistica, quale è la concezione del matrimonio come vincolo giuridico, come unione dei due, fondata sul consenso matrimoniale, verrebbe meno. La distinzione essenziale tra patto fondante del matrimonio - patto coniugale, matrimonio *in fieri* - e matrimonio come realtà permanente - matrimonio *in facto esse*, vincolo coniugale - non avrebbe più senso". Cfr. H. FRANCESCHI, *L'incapacità relativa esplicita ed implicita*, in AA.VV., *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"* (a cura di H. FRANCESCHI-M.A. ORTIZ-J. LLOBELL), Edusc, Roma, 2005, p. 351-393.

moniale civile al modello romanistico del matrimonio fondato sul principio della “ *affectio maritalis*”, al cessare della quale veniva meno il matrimonio stesso. Vale a dire, all’attribuzione di un valore se non assoluto, almeno preminente alla convivenza, basata su un consenso non irripetibilmente emanato *in actu matrimonii*, ossia su una volontà non solo iniziale, ma permanente, di vivere insieme *more uxorio*, che necessita di una conferma addirittura giornaliera⁸³.

In altri termini, sembra di assistere ad un “*de ja vu*” giuridico - che richiama alla memoria la nota legge di conservazione della massa di A. Lavosier, in base alla quale, non solo in fisica, ma anche in diritto, “*Nulla si crea, nulla si distrugge, ma tutto si trasforma*” - che sembra rendere, oggi, il matrimonio nulla di più di un mero “fidanzamento rinforzato”.

⁸³ Sul punto cfr. BIONDO BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 575, il quale ricorda che nel diritto romano dove l’*affectio maritalis* è sinonimo di consenso, “il divorzio si considera come connaturato con la stessa struttura del matrimonio; se questo in tanto sussiste in quanto ci sia l’*affectio maritalis*, cioè la volontà continua di essere marito e moglie, qualora questa venga meno, il matrimonio non può sussistere. Il divorzio non è un atto giuridico, come lo è il matrimonio, ma è lo stesso venir meno dell’*affectio maritalis*”. Si veda anche PASQUALE VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 514 ss. il quale ricorda come “Il matrimonio, così com’è descritto dai giuristi si fonda sulla sola volontà degli sposi, senza omologazioni statali o suggelli religiosi: nasce dal consenso e finisce se il consenso viene meno anche per volontà di uno solo... Il matrimonio fondato sul consenso (e risolubile col dissenso) è l’espressione di un tempo in cui la vita familiare non ha più i suoi tratti arcaici: gli uomini si sentono individui, liberi e poco legati alla religione domestica”.