



Data di pubblicazione: 8 gennaio 2016

## **La *Praesumptio mortis* nel diritto canonico: l'eredità della decretalistica e la codificazione.**

di

Alessandro Bucci\*

SOMMARIO: 1. Le decretali *Dominus* di Lucio III e *In praesentia* di Clemente III e il commento della Glossa; 2. La Decretalistica; 3. La riflessione del Concilio di Trento e della canonistica posteriore; 4. La legislazione della Curia Romana e codificazione.

### **1. Le decretali *Dominus* di Lucio III e *In praesentia* di Clemente III ed il commento della decretalistica.**

Nelle *Decretali* di Gregorio IX<sup>1</sup> di fondamentale importanza risultano due passi, il primo di Lucio III e il secondo di Clemente III. La prima decretale, di data ignota, è rivolta “universis christianis in captivitate Saracenorum positis”, nella quale “ad secundas nuptias migret, donec ei firma certitudine constet, quod ab hac vita migraverit coniux sua”<sup>2</sup>. Nella collezione gregoriana si legge:

“Dominus ac redemptor noster (*Et infra:*) Sane, super matrimoniis, quae quidam ex vobis nondum habita obeuntis coniugis certitudine contraxerunt, id vobis *auctoritate apostolica* respondemus, ut nullus *ex vobis* amodo ad secundas nuptias migrare praesumat, donec ei *firma certitudine* constet, quod ab hac vita migraverit coniux eius. Si vero aliquis vel aliqua id hactenus non servavit, et de morte prioris coniugis adhuc sibi existimat dubitandum: ei, quae sibi nupsit, debitum non deneget

---

\* Ricercatore confermato di Diritto Ecclesiastico e Canonico presso il Dipartimento di Economia e Giurisprudenza – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

Il presente studio segue quello comparso e tradotto in lingua spagnola, in *La presumptio mortis en el decretum Gratiani*, in *Utopia y Praxis Latinoamericana*, anno 19 (67), 2014, pp. 71-89.

<sup>1</sup> Per uno studio storico-giuridico, cfr. per tutti, C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, vol. I, Firenze, 1930, p. 284; A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, Milano 1930, pp. 460-461; F. CICCAGLIONE, *Manuale di storia del diritto italiano*, vol. II, Milano 1903, pp. 35-36.

<sup>2</sup> Cfr. *Regesta Pontificum Romanorum*, ed. PH. JAFFÈ, vol. II, Berolini 1888, n° 9685, p. 475.

postulanti, quod a se tamen noverit nullatenus exigendum. Quodsi post hoc de prioris coniugis vita constiterit, relictis adulterinis *illicitisque* complexibus ad priorem *sine dubio* coniugem revertatur”<sup>3</sup>.

Appare interessante notare il fatto che vi si disciplina il caso del coniuge superstite che voglia passare a seconde nozze; si regola la posizione morale e giuridica del coniuge superstite che arbitrariamente abbia contratto nuove nozze; ed infine si cerca una soluzione al secondo matrimonio nel caso in cui l’assente ritorni, ovvero non ci sia dubbio alcuno sulla sua esistenza.

Curiosa invece appare la mutazione avvenuta tra il testo originale “[...] donec *ei constet quod* ab hac vita migraverit coniux sua” e il testo gregoriano “[...] donec *ei firma certitudine* constet, quod ab hac vita migraverit coniux eius”. Dal che se ne deduce che se al tempo di Lucio III si richiedeva una certezza morale quasi assoluta sulla morte dell’altro coniuge scomparso, disciplinando l’istituto con maggiore rigore ed in modo restrittivo, questa norma dovette essere considerata troppo limitante al tempo della compilazione se si ritenne opportuno omettere le parole “firma certitudine”.

Per quanto riguarda la posizione strettamente morale e giuridica del coniuge risposatosi in modo arbitrario senza la dovuta certezza, si afferma il principio che questi non possa pretendere il debito coniugale, dovendo invece permetterlo all’altra parte che si sia sposata in buona fede. In ultima analisi, si riafferma il principio della nullità del secondo matrimonio nel caso in cui il coniuge scomparso ritorni ovvero se ne riesca in qualche modo a provarne l’esistenza<sup>4</sup>.

La seconda decretale è quella di Clemente III dell’anno 1188 inviata al Vescovo di Saragozza perché era in uso che le donne aspettassero fino a sette anni il ritorno del marito prima di risposarsi “come bastante a creare la presunzione di morte”<sup>5</sup>:

“In praesentia nostra positus a nobis quaesivisti, quid agendum tibi sit de quibusdam mulieribus in tua dioecesi constitutis, quae, quum viros suos causa captivitatis vel peregrinationis absentes iam ultra septennium praestolatae

---

<sup>3</sup> *Decretales Gregorii IX*, IV, 21 *De secundis nuptiis*, cap. 2, in *Corpus Iuris Canonici*, ed. E. FRIEDBERG, t. II, Leipzig 1881, col. 730.

<sup>4</sup> Cfr. L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, pp. 32-33.

<sup>5</sup> Cfr. così G. TAMASSIA, *L’assenza nella storia del diritto italiano*, in *Archivio Giuridico*, vol. XXXVI, Pisa 1886, p. 497 per il quale il Burns “non riesce a spiegare l’origine di questo termine settennale, ma la ragione sta nella preferenza data al numero sette dall’antico diritto germanico” (ibidem). Dello stesso avviso anche L. GENUARDI, *Lezioni di Storia del diritto italiano*, vol. IV, Padova 1934, p. 9.

fuerint, nec certificari possunt de vita vel de morte ipsorum, licet super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem, et pro iuuenili aetate seu fragilitate carnis nequeunt continere, petentes aliis matrimonio copulari. Quum autem dicat Apostolus: “Mulier tam diu alligata est viro, quam diu vir eius vivit”. Consultationi ergo tuae taliter respondemus, quod, quantocunque annorum numero ita remaneant, viventibus viris suis non possunt ad aliorum consortium canonicè conuolare, nec tu eas auctoritate ecclesiae permittas contrahere, donec certum nuncium recipiant de morte virorum”<sup>6</sup>.

Il pontefice rispose con le parole di Paolo ai Corinti (I, 7, 39: “mulier tamdiu alligata est viro quam diu vir eius vivit”) proibendo di fatto e condannando la consuetudine delle donne spagnole finché non vi sia la certezza “donec certum nuncium” della morte dei coniugi. Non c’è dubbio che in questo modo si richiamava implicitamente, confermandolo, il divieto già posto in essere con maggior vigore chiedendo la “firma certitudo” di Lucio III. Il nuovo vincolo dura, quindi, finché permane lo stato di incertezza nel senso che l’azione per la nullità del matrimonio rimane sospesa finché dura l’assenza del coniuge. E’ per questo motivo che non si può parlare di “antinomia apparente” come vuole una parte della dottrina<sup>7</sup> per la quale si richiama la distinzione tra impedimenti impedienti e dirimenti ritenendo che nella decretale di Lucio III l’assenza funga da impedimento impediente di modo che violandolo, il secondo matrimonio non è immediatamente nullo, ma comunque non impugnabile finché dura l’assenza. E sempre secondo tale dottrina, si spiega facilmente il fatto che questa ipotesi sia regolata nella decretale *Dominus* perché “mentre la risposta di Lucio III era diretta a privati (universis christianis in captivitate saracenorum positis), quella di Clemente III si risolveva all’autorità ecclesiastica (Cesaraugustensi Episcopo). Infatti, era evidente che quella situazione non poteva aver luogo nei casi in cui il coniuge superstite si fosse rivolto alla

---

<sup>6</sup> *Decretales Gregorii IX*, IV, I *De sponsalibus et matrimoniis*, cap. 19, in *Corpus Iuris Canonici*, ed. E. FRIEDBERG, t. II, Leipzig 1881, col. 730.

<sup>7</sup> Cfr. così P. FEDELE, *Il matrimonio dello scomparso. Progetto di riforma del libro primo del Codice civile: diritto canonico, regime concordatario*, in *Rivista di diritto civile italiano*, 28, 1936, p[p. 162-208] 179: in questo modo resta ancora integro “il principio che l’assenza, comunque prolungata, non dà mai luogo allo scioglimento del vincolo coniugale”. Dello stesso avviso anche B. DONATI, *L’esigenza storica della dissolubilità del vincolo nuziale dell’assente*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XLIX, Torino 1911, p. 21.

competente autorità ecclesiastica per ottenere il permesso di passare a nuove nozze”<sup>8</sup>.

Non c’è dubbio che quanto affermato dai pontefici appare in contrasto con la lettera di papa Leone I destinata al Vescovo di Aquileia e risalente al 458<sup>9</sup> di cui abbiamo fatto cenno prima: “nec tam culpabilis iudicetur et tamquam alieni iuris persuasor habeatur, qui personam eius mariti, qui iam non esse estimabatur, assumpsit”<sup>10</sup>. Ma anche con la *Quoniam frequenter* nella quale si afferma chiaramente che “tam diu alteruter coniugum exspectetur, donec de ipsius obitu verisimiliter praesumatur”<sup>11</sup>. C’è pur tuttavia una parte della dottrina<sup>12</sup> che vuole vedere nelle espressioni “non esse existimabatur” di Leone I e “verisimiliter praesumatur” del Liber Extra, la presenza di quella certezza morale richiesta da Lucio III e Clemente III. Ma ciò che sembra differire, a ben vedere, non è tanto della presenza o meno della certezza, ma del suo *quantum*, della sua intensità, del suo grado di certezza a seconda delle esigenze che si andavano manifestando in questa prima fase evolutiva dell’istituto giuridico.

Un primo commento alla decretale di Lucio III proviene dalla Glossa per la quale il coniuge superstite non può assolutamente esigere il debito coniugale “propter conscientiam dubiam ex probabili causa”<sup>13</sup>; ma va oltre: circa la validità dell’unione coniugale, questa “propter dubium praesumitur pro matrimonio”<sup>14</sup>. E non c’è dubbio che questa presa di posizione, sicuramente in linea con il principio generale tuttora in vigore dell’in dubio pro matrimonio,

---

<sup>8</sup> P. FEDELE, *Il matrimonio dello scomparso. Progetto di riforma del libro primo del Codice civile: diritto canonico, regime concordatario*, in *Rivista di Diritto civile italiano*, XXVIII, 1936, p[p. 162-208] 178.

<sup>9</sup> Che per completezza riportiamo nuovamente: “cum per bellicam cladem, et per grauissimos hostilitatis incursus ita quedam dicatis diuisa esse coniugia, ut, abduci in captiuitatem uiris, feminae eorum remanserint destitutae, que uiros proprios interemptos putarent, aut ab iniqua dominatione numquam crederent liberandos, et in aliorum coniugium sollicitudine cogente transierunt; cumque, statu rerum auxiliante Domino in meliora conuerso, nonnulli eorum, qui putabantur perisse, remearunt: merito karitas tua uidetur ambigere, quid de mulieribus, que aliis sunt iunctae uiris, a nobis debeat ordinari” (Decreti pars secunda, causa XXXIV, q. 1-2, c. 1).

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Cfr. X, II, 6 cap. 5.

<sup>12</sup> Così A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum uniuersum*, Romae 1833, lib. IV, Decretal. tit. XXI, par. 1, n° 8. Ma anche F.X. SCHMALZGUEBER, *Ius ecclesiasticum uniuersum*, Romae 1845, t. IV, pars, IV, tit. XXI, n° 9; T. SANCHEZ, *De matrimonii sacramento disputationes*, Venetiis 1737, lib. II, disp. XLVI, n° 9.

<sup>13</sup> Cfr. Glossa *Nullatenus exigendum*, al c. Dominus (2. X, *De secundis nuptiis*, 4, 21).

<sup>14</sup> Cfr. Glossa *Non denegat*, al c. Dominus (c. 2. X, *De secundiis nuptiis*, 4, 21).

mise in crisi gran parte dei commentatori che ne seguirono<sup>15</sup> e che vedremo più avanti. La Glossa, infine, ribadisce la nullità del secondo matrimonio: “non fuit matrimonio ab initio in veritate; sed nunc primo declaratur matrimonio non fuisse”<sup>16</sup>.

Sempre la Glossa, nel commentare la decretale di Clemente III, tenta di stemperare il rigore della stessa ricordando che “in matrimonio non currit praescriptio” volendo far notare che nemmeno una assenza che si fosse protratta per lungo tempo potesse giustificare le seconde nozze. Di qui, a commento del “donec certum nuncium recipiant de morte virorum”, chiosa “ubi tamen verisimiliter prasumitur de morte, si mulier nubat excusatur”<sup>17</sup>. Sulla verisimilis praesumptio occorre riflettere, come ricorda il Fedele, se considerarla come ex sese sufficiente per la validità del secondo matrimonio, o piuttosto tale da rendere immune la donna dal peccato di contrarre le seconde nozze<sup>18</sup>.

Un dato comunque è certo: la Glossa, nel commentare il “donec certum nuncium”, propone di inviare qualcuno nel luogo ove presumibilmente di pensa che si trovi lo scomparso o comunque nei luoghi vicini<sup>19</sup>.

## 2. La decretalistica

Tra i primi che si interessarono alla problematica de qua troviamo Enrico da Susa, il Cardinale Ostiense, il quale nel suo Commentario riafferma l'indissolubilità del matrimonio rafforzando il “non possunt ad aliorum consortium convolare” del Papa Clemente III, con un “non debent”<sup>20</sup>. Aggiunge inoltre che il nuovo matrimonio dei coniugi superstiti che siano passati a nuove nozze, essendo incerti sulla sorte dei loro consorti, non verrà dichiarato nullo e la parte che l'abbia contratto in mala fede dovrà subire la pena per il mancato permesso da richiedere alla Chiesa. Nel caso contrario, quando cioè i coniugi ritengano deceduti gli scomparsi, allora, “dummodo conscientia tales non remordeat, possunt reddere debitum, non tamen exigere”<sup>21</sup>, con la viva

---

<sup>15</sup> Così P. FEDELE, *Il matrimonio dello scomparso*, in *Rivista di diritto civile*, Maggio-Giugno 1936, p[p.161-208] 169.

<sup>16</sup> Cfr. Glossa *Adulterinis*, al c. Domius (c. 2. X, *De secundis nuptiis* IV, 21).

<sup>17</sup> Cfr. Glossa *Viris*, al c. In praesentia (c. 19, X, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, 1).

<sup>18</sup> P. FEDELE, *Il matrimonio dello scomparso*, in *Rivista di diritto civile*, Maggio-Giugno 1936, p[p.161-208] 168.

<sup>19</sup> Cfr. Glossa *Donec certum nuncium*, al c. In praesentia (c. 19, X, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, 1).

<sup>20</sup> Cfr. così ENRICO DA SUSÀ, (Cardinale Ostiense), commento al c. In praesentia, cap. XIX, *De sponsalibus et matrimoniis*, in *In quintum decretalium librum doctissimorum virorum quampluribus adnotationibus illustrata*, apud Iuntas, Venetiis, 1581, f. 6.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

raccomandazione di procedere alle pubblicazioni solamente dinanzi all'Ordinario del luogo e non già in Chiesa, per evitare lo scandalo, nella remota ipotesi che i coniugi superstiti ritornassero.

Per quanto riguarda poi l'espressione "donec certum nuncium" che prima abbiamo visto commentato anche nella Glossa, l'Ostiense presume la morte dello scomparso quando vi sia stata una persona che dice "ipsum vidisse mortuum, si istud coram episcopo iuramento firmaverit". Certo è che in questo caso non si avrà la plena probatio della morte del coniuge scomparso<sup>22</sup>, bensì quella verisimilis presumptio della decretale di Clemente III che potrebbe essere non tanto una certezza morale tout court come vuole una parte della dottrina<sup>23</sup>, ma una certezza morale che contenga un grado diverso, quasi una certezza maggiore o minore a seconda delle esigenze che si andavano via via prospettando. Non bisogna dimenticare che ci si trova di fronte ad un istituto che andava lentamente prendendo forma e che si era nel pieno della riflessione canonistica.

Limitandosi ad un semplice commento delle decretali gregoriane, Giovanni d'Andrea non si allinea al pensiero dei canonisti precedenti. Nella sua opera<sup>24</sup> ritiene "falsum" la presenza del coniuge scomparso di per se idonea a determinare o meno l'esistenza dell'impedimentum ligaminis; e ciò perché l'assenza potrebbe benissimo essere determinata dalla semplice volontà di non voler più vivere con l'altro coniuge: "hoc puto falsum. Quid enim si vir numquam vellet redire? Et licet illi canones dicant quod redire debat ad virum reversum, non per hoc sequitur, quin eo non reverso, probari possit impedimentum matrimonii dirimens"<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Ricordiamo che la prova testimoniale fornita da una sola persona non costituiva piena prova del fatto. Già Gesù nei suoi λογία, come ci riporta Matteo 18, 15-17, ammoniva severamente: "se un tuo fratello commette una colpa, va a trovarlo, e ammoniscilo tra te e lui solo. Se ti ascolta, avrai recuperato tuo fratello. Se invece non vuole ascoltarti, fatti accompagnare da una o due persone, perché sia fatto come dice la Bibbia: ogni questione sia risolta mediante due o tre testimoni. Se non vuole ascoltare nemmeno loro, va a riferire il fatto alla assemblea. Se poi non ascolterà neppure l'assemblea, consideralo come un pagano o un pubblicano. In verità vi dico: tutto quello che legherete sopra la terra sarà legato anche in cielo, e tutto quello che scioglierete sulla terra sarà sciolto anche in cielo". Cfr. il mio *Diritto della Chiesa e diritto dello Stato nel divenire dell'atto processuale. Un approccio storico giuridico alle attuali prospettive*, [Collana Studia et Documenta –vol. V– Academia Historico-Iuridico-Theologica Petrus Tocănel], Ed. Serafica, Iași 2003, p. 95. Si veda comunque C. 4, X *De testibus et attestationibus*, II, 20.

<sup>23</sup> Cfr. L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, p. 44.

<sup>24</sup> GIOVANNI D'ANDREA, commento al c. In praesentia, cap. XIX, *De sponsalibus et matrimoniis*, in *In quartum decretalium librum commentaria (quae novellas appellavit) acutissima*, apud Vendramenus, Venetiis 1612, f. 8.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

Anche Antonio da Butrio commenta le decretali e distingue due possibilità, nella misura in cui “agimus de possibilitate contrahendi, quantum ad effectum, ut mulier contrahens, vel coniunx contrahens careat peccato; et tunc sufficit quaecumque verisimilis praesumptio de morte viri”<sup>26</sup>. O viceversa, se si tratta della potestà della Chiesa di concedere la licentia contrahendi un secondo matrimonio, allora “haec decretalis dicit quod si ecclesia potest certificari per nuncium, quod licentia est danda”<sup>27</sup>. In questo caso l’autore segue l’idea di Bartolo da Sassoferrato per cui deve essere richiesta una prova tanto più convincente quanto più grande appare il danno che si potrebbe determinare nel caso in cui dovesse prevalere la verità fittizia su quella reale<sup>28</sup>. Ecco spiegato il motivo per cui Antonio da Butrio richiede la plena probatio soprattutto in relazione ad un caso in cui fu egli stesso testimone: “vidi hominem, [...] cui casus de facto contigit, et qui in casum desperationis devenit”. E qui, come suggerisce lo Spinelli, “l’autore ritiene dunque che ai fini della validità di nuove nozze contratte dal coniuge superstite auctoritate propria si indispensabile soltanto una verisimilis praesumptio della morte dell’assente, mentre ritiene che un secondo matrimonio contratto dal coniuge rimasto, in seguito a licentia dell’autorità ecclesiastica, sia valido soltanto se vi sia la plena probatio della morte dello scomparso”<sup>29</sup>.

Altra parte della dottrina invece sostiene che per quanto la soluzione del primo caso si faccia gravitare più sul punto di vista morale e teologico, soprattutto se manca il peccato, che non su quello puramente giuridico, non si può negare che la netta contrapposizione tra il primo caso ed il secondo mostra una distinzione di posizioni giuridiche e non solamente morali. Né tale distinzione d’altra parte trova qualche appoggio nella decretale di Clemente III.

Una riflessione particolare viene fatta dall’autore nel caso in cui il coniuge ritenuto morto ritorni, ovvero si possa comprovare la sua esistenza, o anche nel caso in cui si possa provare che il secondo matrimonio si stato celebrato quando il coniuge scomparso era ancora vivo. Sugli effetti di questo secondo matrimonio che viene contratto dal coniuge superstite, sia a seguito di licenza della Chiesa e sia per auctoritate propria, il nostro fa una duplice distinzione: si deve “statim”, cioè immediatamente, porre fine all’unione coniugale nel caso in cui il coniuge superstite ha prova certa che il coniuge scomparso sia in vita; inoltre, non può essere richiesta l’unione coniugale (debitum iugalis) da parte del coniuge superstite che abbia solamente il dubbio che il coniuge scomparso possa essere in vita. In quest’ultimo caso l’una caro

---

<sup>26</sup> ANTONIO DA BUTRIO, commento al c. *In praesentia*, cap. XIX, *De sponsalibus et matrimoniis*, in *In librum quartum decretalium commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1578, ff. 9 e 10, n° 7.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem: “ut dicit Bartolus, de praeiudicio famae. [...] Magnum enim est mulieri nubenti praeiudicium, et etiam viri, si mulier nubat eo vivo”.

<sup>29</sup> Cfr. L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, p. 46.

non può essere rifiutata nel caso in cui l'altra parte in buona fede lo richieda: "non debet recedere sed debitum non exigere, exacta tamen debet reddere"<sup>30</sup>. Questa distinzione porta inevitabilmente, secondo il nostro autore, ad una precisazione: alla moglie superstite non è concesso intentare una causa di invalidità del proprio matrimonio se ha una "levi praesumptio" che il marito scomparso sia in vita: è necessario che questi sia effettivamente presente e che "appareat"<sup>31</sup>.

Nicolò de' Tedeschi, meglio conosciuto come Abbas Panormitanus, continua ad affermare il principio della indissolubilità del matrimonio anche nel caso di assenza prolungata del coniuge sempre che ovviamente non vi siano circostanze tali da dove ragionevolmente ritenere il decesso. Il principio su cui il Panormitano si basa, è quello già esposto nelle decretali di Clemente III e Lucio III: se lo scomparso avesse superato l'età dei cento anni (limite su cui si pone il termine di un essere umano) allora e solo allora si può ritenere il matrimonio sciolto. Ma non è tutto: richiamandosi a quanto affermava Bartolo da Sassoferrato, per decidere della sufficienza della prova occorre aver presente la gravità del pregiudizio; e ove questa sia particolarmente grave, occorre una plena probatio<sup>32</sup>.

Comunque al Panormitano sembra molto giusta l'opinione di coloro (e tra questi Antonio da Butrio come prima abbiamo visto) che ritengono essere sufficiente la fama della morte del coniuge scomparso, anche se solamente con la limitazione del solo caso in cui l'assente si trovi presumibilmente in regioni lontane. Non c'è dubbio che questa presa di posizione appaia in contrasto con la decretale di Clemente III nella quale si parla indistintamente di un "certum nuncium de morte virorum"; la fama che il Panormitano, sia pure in modo limitato, ritiene sufficiente, è indubbio con non corrisponda al dettato legislativo della decretale. Ferma restando quindi la presa di posizione del Nostro, questi opta per la remissione del caso alla prudente valutazione del giudice, data l'importanza del principio della indissolubilità matrimoniale in cui si tratta "non de modico praeiudicio". Il giudice quindi decide "ut diligenter omnibus ponderatis consideret, utrum de morte sit facta certificatio"<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> ANTONIO DA BUTRIO, commento al c. *In praesentia*, cap. XIX, *De sponsalibus et matrimoniis*, in *In librum quartum decretalium commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1578, ff. 9 e 10, n° 7.

<sup>31</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>32</sup> Cfr. così NICCOLÒ DE TEDESCHI (Panormitano), *Super libros Decretalium*, IV, Pavia, 1481, commento al c. *In praesentia*, cap. XIX, f. 8 recto: "sed Bartolus, ibi plenius materiam examinans dicit, requirendam probationem secundum quantitatem praeiudicii, nam ubi agitur de maximo praeiudicio, puto quia accusatur quas de homicidio debent esse probationem plene, et quod testes viderunt eum mortuum, vel sepeliri".

<sup>33</sup> Cfr. così NICCOLÒ DE TEDESCHI (Panormitano), *Super libros Decretalium*, IV, Pavia, 1481, commento al c. *In praesentia*, cap. XIX, f. 8 verso.



Per quanto riguarda il dubbio che il coniuge superstite potesse avere circa la morte del coniuge scomparso, il Nostro così osservava: “hoc dictum videtur prima fronte contra finem textus ubi coniuguntur illa duo, ut uxor non possit contrahere, nec etiam ecclesia dare licentiam, nisi certum nuncium receperit”<sup>34</sup>. La soluzione sarebbe identica in entrambi i casi: “ratio nam cum mulier hoc casu contrahat lege resistente, non praesumitur esse in bona fide; tamen dolum praesumitur, ex quo contraxit lege prohibente et sic videtur, quod uxor est separanda a secundo viro”<sup>35</sup>.

In definitiva si può concludere affermando che fin dalla fine del XIV secolo la canonistica affido alla prudente valutazione del giudice la determinazione dell’esistenza o meno del decesso del coniuge scomparso. E solo in questo modo la Chiesa poteva precludere qualsiasi via che andasse contro il principio dell’indissolubilità matrimoniale.

### 3. La riflessione del Concilio di Trento e della canonistica posteriore

“Doppio era il compito che aveva il Concilio: mantenere la purezza e l’integrità della fede cattolica, correggere gli abusi che erano invalsi nella Chiesa così quanto agli ordini pubblici che quanto ai costumi degli individui. Fede, dottrina e sollecitudine per le savie istituzioni, erano le tre basi sopra cui doveva posare l’opera del Concilio. Tutti gl’imparziali e buoni estimatori delle cose riconoscono la sapienza dei provvedimenti che di là vennero. Considerato nelle sue grandi proporzioni storiche e religiose, il Concilio si divide in due parti. La prima durante la guerra di Smalkalda, in cui si dichiararono i dommi a fronte delle eresie dei protestanti, e si stabilì la dottrina sopra la giustificazione. La seconda, che si compì tra il 1562 ed il 1563, nella quale si definirono i principii della gerarchia, la legislazione sui matrimonii, e si provvide sopra le riformazioni d’uso più frequenti”. Con queste belle pagine lo Sclopis<sup>36</sup> nel suo *Storia della legislazione italiana*, riassume il periodo del Concilio di Trento, nel quale si tentava di dare un nuovo testo legislativo a tutte le questioni che

---

<sup>34</sup> Cfr. ibidem, f. 8 recto.

<sup>35</sup> Cfr. ibidem.

<sup>36</sup> Abbiamo utilizzato la seconda edizione del 1863, vol. II, Torino, pp. 366-367. L’autore così ricorda la gestazione del Concilio: “il Concilio, come ognuno sa, soffrì varie interruzioni; raccolto da Paolo III tenne la sua prima Sessione nel dicembre 1545; si trasportò nel 1547 da Trento in Bologna; fu poscia sospeso; ripigliato in Trento nel maggio del 1551, sotto Giulio III, vi stette fino all’aprile del 1552, quindi prorogato, e dopo ancora sospeso, non si riunì più che nel gennaio 1562, sotto Pio IV, rimanendovi fino al 4 dicembre 1563, giorno in cui pose termine alle sue operazioni. Così si scorge che il Concilio rimase legalmente convocato per circa diciotto anni, ma non sedette effettivamente che circa quattro anni e mezzo” (ivi, p. 366).

necessitavano di maggiore chiarezza e fluidità, tenuto conto della protesta iniziata da Calvino.

Per ciò che concerne l'istituto matrimoniale ed in particolare al suo momento patologico, si sanzionò il divieto di divorzio nel caso di adulterio<sup>37</sup>, dopo aver esplicitamente condannato le altre cause che invece i protestanti dal canto loro ammettevano<sup>38</sup>; inoltre, per ciò che concerneva l'istituto dell'assenza, veniva ribadita con forza la disposizione contenuta nelle decretali di Lucio III e Clemente III: "si quis dixerit, propter haeresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam a coniuge dissolvi posse matrimonii vinculum: anathema sit"<sup>39</sup>.

Non c'è dubbio quindi che la materia non era stata innovata e per questi motivi la speculazione dei canonisti era incentrata soprattutto su un problema che appariva ancora controverso, ovvero: a) il grado della certezza morale<sup>40</sup> relativamente alla morte presunta dello scomparso, che era da richiedersi nel coniuge superstite desideroso di passare a nuove nozze; b) la prova della morte del coniuge scomparso.

*a) la certezza morale della morte del coniuge scomparso*

Ed infatti i canonisti posteriori non prestarono molta attenzione al testo del Concilio tridentino, ma continuarono a servirsi dei testi del Corpus Iuris Canonici cercando di chiarire i criteri per determinare la certezza della morte.

---

<sup>37</sup> Nella sessione XXIV, can. VII, per cui cfr. F. SCHULTE-L. RICHTER, *Canones et Decreta Concilii Tridentini*, Lipsiae 1853, pp. 215-216: "si quis dixerit, ecclesiam errare, quam docuit et docet iuxtam evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius coniugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel innocentem, qui causa adulterio non dedit, non posse altero coniuge vivente aliud matrimonium contrahere, moecharique eum, qui dimissa adultera aliam duxerit, et eam, quae dimisso adultero alii nupuerit: anathema sit".

<sup>38</sup> Per J.E. Boehmer, fondatore del diritto canonico protestante, le cause di divorzio sono: 1. l'adulterio consumato; 2. l'adulterio presunto, per es. a motivo della fuga del marito con una donna meretrice; 3. la diserzione maliziosa; 4. l'attentato di uno dei coniugi contro la vita dell'altro; 5. l'ostinato rifiuto ai adempiere i doveri matrimoniali; 6. il rifiuto a conformarsi a leggi di natura; 7. la donna per malizia si rende sterile o se ha l'abitudine a procurarsi aborto. Cfr. *Jus ecclesiasticum protestantium usum hodiernum iuris canonici*, I. IV, tit. 17, § 13 e ss, tertia ed., Halae Magdeburgicae 1740, pp. 279 e ss.

<sup>39</sup> Cfr. F. SCHULTE-L. RICHTER, *Canones et Decreta Concilii Tridentini*, Lipsiae 1853, p. 216.

<sup>40</sup> Sulla certezza morale, cfr. il nostro *Diritto della Chiesa e diritto dello Stato nel divenire dell'atto processuale. Un approccio storico giuridico alle attuali prospettive*, [Collana Studia et Documenta –vol. V– Academia Historico-Iuridico-Theologica Petrus Tocănel], Ed. Serafica, Iași 2003, p[p. 1-310] 176 e ss.

Appare subito chiaro che il concetto di certezza morale è “punto centrale di sintesi di tutto il diritto processuale canonico”<sup>41</sup>.

E proprio sulla certezza morale occorre soffermarsi per chiarirne meglio il significato dell’istituto all’interno dell’ordinamento canonico. Appare opportuno ricordare come la locuzione fu concepita per la prima volta dal Sanchez nel *De sancto matrimonii sacramento*, per il quale “quia certitudo metaphysica haberi nequit cum ea quae ab hominum corde pendet, soli Deo nota sint: ergo sufficit *certitudo moralis*: haec autem cum iure definita non sit, nulla certa regula praescribi potest, quam ut sit ea quae virum prudentem, attentis circumstantiis ocurentibus, certum redderent”<sup>42</sup>. Il concetto rimane immutato fino ai giorni nostri tanto che la dottrina canonistica moderna può dire che “in un certo modo, la certezza morale è la via della certezza del diritto, mentre la libera valutazione delle prove è la via della stessa certezza morale”<sup>43</sup>.

Quanto poi alla complessa diversità tra ordinamento canonico e ordinamento civile osserva in proposito il Capograssi, come “la certezza come legalità formale c’è anche qui, perché alla fine quelle, che sembrano eccezioni rispetto agli altri ordinamenti, sono scritte nelle norme, sono norme espresse; e tutte le esigenze, i principi ed i fini generali dell’ordinamento sono scritti e compresi nelle norme o esplicitamente o implicitamente, in quanto determinazioni della norma suprema”; “la certezza è qui qualche cosa di più, di più interno, e sostanziale. Nasce qui la certezza dall’interno e non dall’esterno; dalle leggi intrinseche ai rapporti che la norma suprema tende a instaurare col sistema delle determinazioni e delle norme con cui la vita della società che è il suo oggetto è ordinata. E’ una certezza sostanziale e non formale; non è tanto nella forma esteriore della legge, ma nella sostanza interiore dei principi della legge”. Di qui, “mentre negli ordinamenti positivi degli Stati la certezza è – non può non essere – più formale che sostanziale, perché in quegli ordinamenti diretti alla composizione dei mobili e vari interessi della vita, questi interessi non hanno per sé valori intrinseci di composizione, salvo i principi fondamentali ed i valori costitutivi della esperienza giuridica, che costituiscono come il quadro dentro cui la varietà degli interessi della vita si compone” e “perciò la disciplina legale di questi interessi è una disciplina che dipende, per la particolarità del suo oggetto, dalla volontà della legge, e perciò ivi la garanzia della certezza è proprio nella formula legale, nella legale e formale struttura della legge”, “qui nell’ordinamento canonico tutto sta nella unicità della norma

---

<sup>41</sup> Così E. MCCARTY, *De certitudine morali quae in iudicis animo ad sententiae pronuntiationem requiritur*, Romae, 1948, p. 3.

<sup>42</sup> Cfr. lib. II, disp. 45, n° 4.

<sup>43</sup> L’incisiva espressione è di P.A. BONNET, *De iudicis sententia ac de certitudine morali*, in *Periodica*, 75, 1998, p[p. 61-100] 82: “velut ergo moralis certitudo est in iudiciali regione viae certitudinis iuris, ita quoque libera probationum aestimatio nihil aliud est nisi iter ipsius moralis certitudinis”.

fondamentale e nella unicità determinata e obbiettiva che è l'oggetto di quella norma; non si tratta qui di comporre interessi empirici e vari, tutta la mobile varietà della vita temporale, in un sistema di giusta convenienza: qui si tratta di ordinare la società, la quale riferendo con continui riferimenti la realtà e l'attività della vita temporale alla unione degli uomini per Cristo in Dio, è obbiettività assoluta, nasce dalla volontà di Dio, è animata dallo spirito di Dio, ha le leggi ed i modi e l'organizzazione che Dio ha prescritto"<sup>44</sup>.

Dello stesso tenore è il Magistero della Chiesa che ha sempre mantenuto invariato nei secoli il significato originale. Come ammonì più volte Pio XII, in riferimento al contegno del giudice che deve avere di fronte alla sentenza, lo stesso ricorda come "talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di prove che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio. Per tal modo non si compie in nessuna guisa un passaggio dalla probabilità alla certezza con una semplice somma di probabilità. Ma si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente e base, dalla quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà"<sup>45</sup>.

Ma anche Giovanni Paolo II ha ripreso quanto affermato da Pio XII, ma ribadendo che "finita l'istruttoria inizia per i singoli giudici, che dovranno definire la causa, la fase più impegnativa e delicata del processo. Ognuno deve arrivare, se possibile, alla *certezza morale* circa la verità o esistenza del fatto, poiché questa certezza è requisito indispensabile affinché il giudice possa pronunciare la sentenza: prima, per così dire, in cuor suo, poi dando il suo suffragio nell'adunanza del collegio giudicante". E poco più oltre: "il giudice deve ricavare la certezza *ex actis*, poiché si deve presumere che gli atti siano fonte di verità. Perciò il giudice, seguendo la norma di Innocenzo III, «debet universae rimari» ... cioè deve scrutare accuratamente gli atti, senza che niente gli sfugga. Poi *ex probatis*, perché il giudice non può limitarsi a dar credito alle sole affermazioni"<sup>46</sup>.

Ricordato l'istituto della certezza morale, occorre ritornare al problema *de qua*. Tra i primi che affrontarono la questione troviamo il Sanchez il quale

---

<sup>44</sup> G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F.L. DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, p. 275.

<sup>45</sup> PIO XII, *Allocuzione alla S. R. Rota del 1 ottobre 1942*, in AAS, 34, 1942, p. 340. Anche in BERSINI, *I discorsi del Papa alla Rota*, Città del Vaticano, 1986, nn. 13-20. X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, vol. II, Roma, 1969, coll. 2141-2144.

<sup>46</sup> G.P. II, *Insegnamenti*, III, 1, pp. 312-313. Cfr. P.A. BONNET, *De iudiciis sententia ac de certitudine*, in *Periodica*, 75, 1986, pp. 61-100. E comunque, «grave satis est et indecens, ut in re dubia certe detur sententia», S. GREGORIO MAGNO, c. 74, C. XI, q. III.

sostenne che non occorre cercare una probabile certezza, ma è necessaria una certezza morale<sup>47</sup>. Sui mezzi per raggiungerlo, si accetta la deposizione di un testimone, ma solo se il coniuge è assente e risulti essere in un luogo remoto in modo che non sia stato possibile ottenere altra prova di morte<sup>48</sup>. Allo stesso modo ammette anche la pubblica fama, ma solo quando concorrono ipotesi o congetture molto forti. In riferimento poi al commento delle decretali dei due pontefici, il Sanchez pone una profonda riflessione sia sul dubbio della morte dell'assente; sia la prova della morte del coniuge scomparso. Per quanto riguarda il primo problema, tutto si risolve nella domanda sulla validità o meno del matrimonio del coniuge superstite che abbia il dubbio della morte del coniuge scomparso. Come già abbiamo visto, Lucio III non aveva dato una soluzione, ma aveva chiarito della possibilità di esigere e rendere il debito coniugale. E per la Glossa, in dubio pro matrimonio; non c'è dubbio che tale principio avrebbe risolto molte future incertezze, ma è altrettanto indubbio che questa motivazione non forniva una giustificazione razionale della soluzione adottata.

A questo proposito il Sanchez tenta di dare una soluzione ammettendo che o un coniuge contrae matrimonio "dubia fide", oppure entrambi i coniugi hanno contratto matrimonio nutrendo intimamente un dubbio sulla effettiva morte del coniuge scomparso<sup>49</sup>. Quanto alla prima ipotesi, che in altre parole è quella cui si riferisce la stessa decretale Dominus, il Sanchez accoglie la soluzione data da Lucio III giustificandola con queste parole: "qui cum alter bona fide possideat, non debet iure suo spoliari ob malam alterium fidem, dum non constat matrimonium fuisse nullum. Sicut constat de praescriptione, in qua mala fides prioris possessoris non nocet bona fide possidenti"<sup>50</sup>. D'altra parte sempre nella stessa decretale "Dominus", trae argomento per sostenere la validità delle seconde nozze contratte "dubia fide", perché il coniuge che contrae "in dubia fide" è obbligato a rendere il debito coniugale al coniuge in buona fede. Secondo il Sanchez, infatti, si obbliga il coniuge dubbioso a compiere implicitamente un atto matrimoniale e quindi è presupposta la validità del matrimonio<sup>51</sup>.

Per quanto attiene alla seconda ipotesi, nella quale i coniugi abbiano contratto matrimonio entrambi con il dubbio della morte del coniuge

---

<sup>47</sup> T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationem*, Venetiis, 1737, lib. II, disp. XLVI, n° 12, t. I, p. 150.

<sup>48</sup> Cfr. ibidem.

<sup>49</sup> "Duplicem casum continet disputatio: prior est, quando alter solus coniunx dubia fide contraxit: posterior, quando uterque", apud Nutii et Merusium, Antverpiae, 1614, Lib. II, Disp. XLII, §° 1, p. 194.

<sup>50</sup> Cfr. ibidem, p. 194.

<sup>51</sup> Per il FEDELE, *Il matrimonio dello scomparso*, in *Rivista di diritto civile*, 1936, p. 175, la tesi del Sanchez trova conferma anche nella decretale "In praesentia" di Clemente III.

scomparso, lo stesso ricorda come “certissimus est neutrum posse petere, nec reddere: quia neutri suffragatur possessio mala fide incepta”<sup>52</sup>. Contro questa dottrina, peraltro unanimemente sostenuta dalla maggior parte dei canonisti dell’epoca<sup>53</sup>, si pone “solitario a difesa di tesi affatto singolari”<sup>54</sup>, il Ponce de Leon che sostiene che il coniuge superstite non possa validamente contrarre un nuovo matrimonio, qualora sia in stato di dubbio sulla morte dello scomparso come colui che è inabile a contrarre un nuovo matrimonio “donec certus nuntius afferratur de morte”<sup>55</sup>. Questi sostiene ciò, non tanto perchè neghi che dalla decretale *Dominus* di Lucio III si debba argomentare la validità delle seconde nozze, ma solo perchè ritiene che la decisione di Lucio III sia stata abrogata e corretta dalla decretale *In praesentia* di Clemente III<sup>56</sup>.

Se il Sanchez aveva ripudiato la distinzione di Antonio da Budrio, il Pirhing non è dello stesso parere, dichiarando “valde probabilis” l’opinione secondo la quale è legato al coniuge rimasto a passare a successive nozze “si habeat praesumptionem, et valde probabilem, etsi non omnino certam causam credendi, alterum coniugum esse mortuum”<sup>57</sup>. In questo caso, aggiunge il nostro – dando così una impronta personale rispetto a quella di Antonio da Budrio – il confessore potrà permettere al coniuge superstite le seconde nozze “cum bona fide transeat”, cioè purché in buona fede sia convinto del suo stato libero. Ed il giudice ecclesiastico “si id post nuptias intellegat”, se cioè venga a conoscenza di questo matrimonio contratto sulla base di una semplice “probabilis praesumptio” circa la morte dello scomparso, non potrà affatto separare i nuovi coniugi “donec constiterit priorem coniugem adhuc vivere”. “Ex quo colligitur”, segue ancora il nostro nel passo citato, “satis esse probabilitatem moralem de morte alterius coniugis, ut superates possit propria auctoritate, inire aliud matrimonium in foro conscientiae. [...]. Non tamen potest iudex ecclesiastico in foro externo in tali casu, quando solum adest probabilis praesumptio ex iudiciis, et coniecturis, non autem indubitata certitudo de morte alterius coniugis, concedere licentiam transeundi ad secundas nuptias”<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> T. SANCHEZ, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento*, apud Nutii et Merusium, Antverpiae, 1614, Lib. II, Disp. XLII, n° 1, pp. 194-195.

<sup>53</sup> Dello stesso avviso erano infatti il Pirhing (*Ius canonicum*, Venetiis, 1678, lib. IV, tit. XXI, §1, n° 3), il Reiffenstuel (*Ius canonicum universonum*, Romae, 1831, lib. IV, tit. XXI, § 1, nn° 23-25), e lo Schmalzgrueber (*Ius ecclesiasticum universonum*, Romae, 1845, lib. IV, pars. IV, tit. XXI, n° 21)

<sup>54</sup> Cfr. così P. FEDELE, *Il matrimonio dello scomparso*, in *Rivista di diritto civile*, 1936, p. 176.

<sup>55</sup> Cfr. così in *De sacramento matrimonii tractato*, Bruxeliis, 1627, lib. 7, cap. LIII, n° 5.

<sup>56</sup> *Ibidem*, n° 6: “decisionem Lucii correctam per Clementem III quatenus ex eo capite colligitur valere matrimonium initum cum dubio de morte viri”.

<sup>57</sup> E. PIRHING, *Ius canonicum*, Venetiis, 1678, lib. IV, tit. I, sect. V, § II, n° 135, in folio 38.

<sup>58</sup> Cfr. *ibidem*.

Dunque, mentre per contrarre nuove nozze, “*propria auctoritate*”, “*in foro conscientiae*” basta la cosiddetta “*probabilitas moralis*” della morte del coniuge scomparso, per ottenere invece la *licentia* da parte della competente autorità ecclesiastica, è necessaria una “*omnimoda indubitata certitudo moralis*”. A conferma di questo secondo punto, il Pirhing richiama sia i testi legislativi “*Quum per bellicam*” del *Decretum*, le decretali “*In praesentia*” e “*Dominus*”, sia la “*constans Concistorum Episcopalis praxis*”, nonché la “*communissima doctorum sententia*” dal quale egli osserva non è lecito deflettere in una materia così ardua come quella matrimoniale.

Comunque, mentre il Sanchez giustifica il principio della certezza morale, basandolo soprattutto sul “*periculum peccati*” da evitare come “*periculum animae*”, il Pirhing giustifica invece la necessità della certezza morale innanzi tutto in relazione al grave pregiudizio che deriverebbe al coniuge assente, e successivamente la relazione al pericolo di peccare: “*quia cum hic agatur de gravi praeiudicio coniugis absentis et de periculo multiplicis peccati, merito maior certitudo aliqua requiritur, quam verisimilis praesumptio seu existimatio*”<sup>59</sup>.

Contrariamente al Pirhing, il Reiffenstuel si riallaccia alla dottrina del Sanchez, stabilendo il principio “*ut secundae nuptiae licite contrahantur, non sufficit dubium, aut probabilis opinio de morte coniugis, etiamsi plurimis annis iam absit coniux, sed requiritur et sufficit notitia moraliter saltem certa*”<sup>60</sup>. Dunque il nostro non ammette altra ipotesi per contrarre nuove nozze che quella della certezza morale della morte del coniuge scomparso. Ed il giudizio riguardo alla sufficienza di questa certezza morale verrà rimesso all’arbitrio del giudice ecclesiastico, il quale deciderà o in base alla testimonianza del parroco mediante i libri parrocchiali, oppure in base alla deposizione di due testimoni “*de visu*”; infine, in base a prove indiziarie e congetturali purché congiunte con la deposizione di un testimone “*de visu*” o con la “*fama*” o con più testi “*de auditu*”<sup>61</sup>. Pertanto il parroco, quando avrà la certezza che il coniuge scomparso sia effettivamente morto, potrà senz’altro assistere alle nozze successive del coniuge superstite, senza chiedere alcun permesso all’Ordinario; mentre invece quando sia in stato di dubbio sulla morte dello scomparso, dovrà rimettere la decisione del caso al suo Vescovo<sup>62</sup>.

Un altro canonista del tempo, Francesco Schmalzgrueber, nega invece la possibilità di distinzione tra matrimonio contratto *auctoritate propria*, e matrimonio contratto *auctoritate ecclesiae* agli effetti di un diverso grado di certezza relativa alla morte dello scomparso da richiedersi nel superstite, onde

---

<sup>59</sup> Ibidem, n° 133, in folio 37.

<sup>60</sup> A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Romae 1831, lib. IV, tit. XXI, § 1, n° 7.

<sup>61</sup> Ibidem, §1, nn° 8-18.

<sup>62</sup> Ibidem, nn° 19-21.

contrarre validamente le successive nozze; “utrique causa requiritur certitudo moralis”, ricorda<sup>63</sup>. Confermando quindi la dottrina precedente, il nostro afferma che il coniuge superstite che intenda contrarre nuove nozze con la *licentia* dell’autorità ecclesiastica o senza di essa, deve sempre avere, in entrambi i casi, la certezza almeno morale della morte del coniuge scomparso. Riprende inoltre in esame anche il caso in cui, una volta contratto il secondo matrimonio, il coniuge superstite o entrambi i coniugi vengano a trovarsi in stato di dubbio riguardo alla morte dello scomparso e conseguentemente in stato di incertezza sulla validità delle seconde nozze; lo Schmalzgrueber, semplicemente richiama la dottrina precedente, del Reiffenstuel aggiungendo che tali questioni possono effettivamente sorgere solamente quando e purché si tratti di “dubium probabile, iustum, practicum”, e non già se il dubbio si presenta come “laevis et speculativum”<sup>64</sup>.

Con questa precisazione il canonista intende raggiungere un duplice scopo: tranquillizzare da una parte quelli soggetti ad un eccessivo scrupolo; e dall’altra richiamare l’attenzione di quelli che, al contrario, sono troppo superficiali o “cercano di accomodare le cose nel modo che più loro conviene, tralasciando così il rispetto per ogni precetto che l’etica impone”<sup>65</sup>.

#### *b) la prova della morte del coniuge scomparso*

Il Sanchez si domanda in che senso vada intesa la parola “nuncium” che figura nella decretale di Clemente III; se si deve intenderla, cioè, nel senso di *nuncio* (e quindi testimone), oppure nel senso di *notizia*. Il nostro tenta risolvere la questione osservando che solo nel caso in cui il coniuge assente si sia recato in luoghi tanto remoti da non potersi avere altre prove della sua morte, può intendersi l’espressione “certum nuncium” del significato di nuncio, ammettendo così in tal caso, come sufficiente la deposizione di un solo testimone; ma in ogni altro caso, aderendo così al principio del “vox unius, vox nullius”, è da esigersi, egli dice, la “plena probatio” della morte del coniuge scomparso: “primam tamen admitterem, casu quo coniux obierit in loco ita distanti, ut facile nequeant aliae probationes haberi: tunc enim satis erit nuncius, et ita unus testis, considerata qualitate personae, et ut verisimilia dicat: quod iudicis arbitrio committitur, nam quando probatio integra et plena haberi

---

<sup>63</sup> F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, Romae, 1845, lib. IV, pars. IV, tit. XXI, § 1, n° 23.

<sup>64</sup> Ibidem, nn° 25-29.

<sup>65</sup> L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, p. 65.



nequit, satis est per coniecturas. Extra hunc tamn casum integra et plena probatio desideratur”<sup>66</sup>.

Quanto poi al fatto se basti la pubblica fama del decesso dello scomparso quale mezzo di prova per la declaratoria di morte, il Sanchez fa sua l’opinione di coloro che ritengono essere sufficiente la pubblica fama solo quando essa “aliis adminiculis adiuvatur”, perché in tal caso è solamente sostenuta da una “vehementes coniecturae seu praesumptiones de morte alterius coniugis” potrà effettivamente dirsi e considerarsi come “certa moraliter probatio”<sup>67</sup>. E’ da notare come il Sanchez pone il “periculum peccati” come motivo fondamentale e come giustificazione della necessità della certezza morale circa la morte del coniuge assente per contrarre nuovo matrimonio: “ergo quamdiu non est omnimoda certitudo mortis viri, abstinendum est, ut peccati periculum viterur”<sup>68</sup>. E’ questo il concetto base su cui si fonda tutta la dottrina del Sanchez a proposito della dichiarazione giudiziale di morte del coniuge scomparso. Ogni considerazione di carattere pratico ed ogni altra di interesse privato o sociale cede di fronte al “periculum peccati”. D’altra parte evitare il peccato e con esso il “periculum animae”, ovvero la dannazione eterna, era ed è tuttora per il diritto canonico l’esigenza suprema.

Di qui il nostro, coerente con il principio intransigente assertore della “omnimoda certitudo mortis”, respinge in modo netto la distinzione introdotta da Antonio da Budrio, tra il coniuge superstite che passa a nuove nozze “auctoritate propria”, e quello che contrae nuove nozze con la licentia della competente autorità ecclesiastica; e ricorda: “neque est audiendus Antonius, in quantum hoc limitat, ut requiratur plena et certa probatio, ut iudex contrahendi facultatem concedat: satis autem esse coniecturas, ut propria auctoritate aliud matrimonium ineatur”<sup>69</sup>.

La dottrina del Sanchez fece subito scuola tanto da diventare “un punto fermo e ben definito, che costituisce ancora oggi il canone fondamentale di questo istituto, cioè uno scomparso non può essere dichiarato deceduto, finché non vi sia nel giudice la certezza morale che costui sia morto”<sup>70</sup>.

Oltre al Sanchez, il Pirhing, a proposito della certezza della morte dello scomparso, dichiara come colpevole di adulterio il coniuge superstite che, avendo contratto nuove nozze, e avendo avuto notizie che il coniuge scomparso sia ancora in vita, continui a convivere con il nuovo coniuge: “etsi qui a principio bona fide contraxit matrimonium, postquam tamen certior factus est

---

<sup>66</sup> T. SANCHEZ, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento*, apud Nutii et Merusium, Antverpiae, 1614, Lib. II, Disp. XLVI, n° 12, p. 204.

<sup>67</sup> Ibidem, n° 15, p. 204.

<sup>68</sup> Ibidem, n° 6, p. 203.

<sup>69</sup> Ibidem, n° 12, p. 204.

<sup>70</sup> L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, p. 59.

de vita prioris coniugis, adulterium committit, nisi secundum uxorem statim dimittat, quamvis ab initio in dolo non fuerit”<sup>71</sup>.

Un altro illustre canonista, il Reiffenstuel, si pone sulla linea delimitata dal Sanchez a proposito del dubbio della morte del coniuge assente avvenuto dopo le seconde nozze del coniuge superstite anche se con qualche leggera differenziazione. In tale circostanza, il nostro risponde facendo però una differenziazione distinguendo da una parte che il dubbio sorga in uno solo dei coniugi “tenetur dubitans inquirere de veritate et interea abstinere a petendo debito, quamvis reddere illud possit bona fide petenti”; e dunque il coniuge che viene a trovarsi in stato di dubbio è tenuto ad indagare sulla verità e frattanto da astenersi dal richiedere il debito coniugale, ma tuttavia non deve ricusarlo al coniuge che in buona fede lo richieda. Dall’altra, nel caso in cui entrambi i coniugi vengono presi dal dubbio, il nostro consiglia ad entrambi dall’astenersi di usare il matrimonio; nel caso in cui, dopo un’accurata indagine, il dubbio permanga, ad entrambi è nuovamente lecito l’uso del matrimonio<sup>72</sup>.

A tale interessante conclusione il Reiffenstuel vi giunge sulla base di quella legislazione e di quella dottrina che, ormai concorde, considerava valido il matrimonio fino a quando nonne fosse esaurientemente provata la nullità. Per ciò che concerne poi gli effetti del secondo matrimonio nel caso di provata esistenza del coniuge scomparso, il nostro segue con uniformità il principio che Lucio III aveva stabilito nella decretale “Dominus” e che la dottrina più autorevole aveva ormai ampiamente confermato: il principio cioè della nullità ipso iure del secondo matrimonio, con conseguente ripristino del primo.

Successivamente lo Schmalzgrueber così riflette: “interest tamen, an coniux prioris matrimonii adhuc vivat, an vixerit quidem tempore contracti secundi matrimonii, iam vero vivere desierit. Nam in primo casu ante mortem coniugis primi coniugium secundum convalescere nequit propter impedimentum ligaminis, quod non nisi morte dissolvitur; in secundo casu, ut in matrimonio hoc altero manere possint, cum illud invalide contractum sit, nec per mortem solam coniugis prioris convalescat, opus est, ut consensu per verba de praesenti ab utroque coniuge renovato, ratificetur”<sup>73</sup>. Dunque l’autore, a proposito del matrimonio che ha contratto il coniuge superstite quando lo scomparso era ancora in vita, afferma che se il coniuge del primo matrimonio, sia pure egli assente, ancora è in vita, non possono convalidarsi le seconde nozze poiché osta l’impedimentum ligaminis che verrà meno solamente con la morte. Se poi lo scomparso sia effettivamente venuto meno dopo le seconde nozze, questo secondo matrimonio non si potrà convalidare semplicemente

---

<sup>71</sup> E. PIRHING, *Ius canonicum*, Venetiis, 1678, lib. IV, tit. XXI, n° 4.

<sup>72</sup> A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Romae 1831, lib. IV, tit. XXI, § 1, nn° 22-27.

<sup>73</sup> F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, Romae, 1845, lib. IV, pars. IV, tit. XXI, § 1, n° 31.

dopo la morte dello scomparso (perché in questo modo significherebbe la convalida di un matrimonio nullo), ma sarà necessaria la rinnovazione del consenso da parte di entrambi i nuovi coniugi.

#### 4. La legislazione della Curia Romana e la codificazione

Dopo il Concilio di Trento, la Santa Sede emise un buon numero di regole su come dimostrare la morte dei coniugi, al fine di evitare casi di bigamia o poligamia. Inoltre la Curia Romana, per mezzo della Sacra Congregazione del Sant'Uffizio, rispondeva a casi specifici spesso consultati dalle autorità diocesane. Un primo assetto fu compiuto da Urbano VIII il quale nel 1630 ordinò al Sant'Uffizio di inviare una Istruzione a tutti gli Ordinari affinché investigassero più compiutamente sulla effettiva libertà di stato dei nubendi<sup>74</sup>. Qualche anno più tardi nel 1658 e nel 1665, la stessa Congregazione del Sant'Uffizio pose istruzioni in base alle quali la prova della morte avveniva tramite presentazione di un documento autentico redatto dal rettore di una chiesa o dall'ospedale o, infine, dal comandante del reparto militare, fatte salve le altre prove proprie del diritto comune<sup>75</sup>.

La dottrina fa nascere, da questo momento in poi, l'istituto giuridico della presunzione di morte anche nell'ordinamento canonico<sup>76</sup>. Una prima regolamentazione fu data da Clemente X nel 1670 con la Istruzione *Cum alias* nella quale – in linea con le Istruzioni del Sant'Uffizio – richiedeva un documento autentico della morte dell'assente; in mancanza, occorreva raccogliere tutte quelle prove necessarie per formare una certezza morale sul decesso del coniuge<sup>77</sup>. L'Istruzione contiene anche le modalità con le quali

---

<sup>74</sup> SACRA CONGREGATIO SANCTI OFFICII, 13 iulii 1630, in GIRALDI, U., *Expositio iuris Pontificii*, Romae, 1830, lib. IV, tit. 1, sec. 656, t. II, p. 493.

<sup>75</sup> cfr. *Analecta Juris pontificii*, I, 1885, pp. 832 e ss.

<sup>76</sup> Cfr. così L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, p. 67: "non v'è ragione di dubitare che il complesso di norme che regolano l'istituto della presunzione di morte nel diritto canonico dia vita ad un istituto giuridico vero e proprio".

<sup>77</sup> Cfr. L. CHERUBINI, *Magnum bullarium romanum: a beato Leone Magno ad Benedictum XIV*, Vol 6, H.-A. Gosse, 1742, p. 314: "interrogetur de loco et tempore quo sunt mortui, et quomodo ipse testis sciat fuisse coniuges, et nunc esse mortuos. Et si respondeat mortuos fuisse in aliquo hospitali, vel vidisse sepeliri in certa ecclesia, vel occasione militiae sepultos fuisse a militibus, non detur licentia contrahendi nisi prius recepto testimonio authentico a rectore hospitalis in quo praedicti praedeceperunt, vel a rectore ecclesiae in qua humata fuerunt eorum cadavera, vel, si fieri potest, a duce illius cohortis in qua descriptus erat miles. Si tamen huiusmodi testimonia haberi non possunt, Sacra Congregatio non intendit excludere alias probationes, quae de iure communi possunt admitti, dummodo sint legitimae et sufficientes. Interrogetur, an post mortem dicti coniugis defuncti, aliquis ex praedictis contrahere volentibus transierit secunda vota. Si responderit negative. terrogetur, an esse possit quod aliquis ex illis transierit ad secunda vota absque eo quod

sarebbero dovuti essere interrogati i testimoni precisando anche la tipologia di investigazioni da eseguire nei singoli casi, per ciò che concerne l'età, stato fisico, condotta morale e familiare del coniuge scomparso.

Da questo momento in poi si instaura una prassi costante mantenuta dalle Congregazioni della Curia Romana per far fronte ad eventi bellici e naturali che hanno sconvolto l'evo moderno e contemporaneo. A questo proposito occorre ricordare le pronunce della Congregazione del S. Uffizio, come quella del 1822 che stabilisce la riunione di più dichiarazioni testimoniali le quali possono produrre la certezza morale della morte dello scomparso<sup>78</sup>; o l'Istruzione del 1868, in risposta ai padri Gesuiti del Nanchino, che ricalca il principio della presunzione della validità del vincolo matrimoniale nel caso in cui non sia stata raggiunta la certezza morale della sua nullità<sup>79</sup>. Né deve essere tralasciata l'Istruzione *Matrimonii vinculo*, della medesima Congregazione del 13 maggio del 1868 che risulta essere "la base fondamentale dell'istituto della presunzione di morte"<sup>80</sup> secondo la quale il passaggio a nuove nozze deve essere impedito in modo assoluto finché non si sia accertata in modo certo la morte dello scomparso. Tale certezza morale risulta essere condizione essenziale per decretare la presunzione di morte. Ma non solo: in linea con le disposizioni precedenti, quanto al documento autentico e alle ricerche sulla positiva prova della morte risultate vane, si dispone che potranno bastare a ritenere provata la morte del coniuge scomparso due testimoni *fide dignis*, "qui de facto proprio deponant", e che siano concordi tra loro circa la data e il luogo della morte, oltre a circostanze sostanziali di cui ne siano a conoscenza diretta. Nel caso poi che si trovi un solo testimone "de visu" si potrà ritenere come raggiunta la certezza morale circa la morte dello scomparso, purché il teste sia veramente *fide dignis* e la sua deposizione sia "aliis gravibus adminiculis fulciatur", o quanto meno non sia inficiata da una inverosimiglianza.

La particolarità della Istruzione si rileva anche nelle casistiche in cui manchi il teste *de visu*: in questo caso i testimoni che hanno appreso notizie sul *de cuius*, ma solo in modo indiretto, sono considerati *fide dignis* se circostanze

---

*ipse testis sciat. Si responderit affirmative, supersedeatur in licentia donec producantur testes, per quos negativa coarctetur concludenter. Si vero negative. Interrogetur de causa scientiae, qua perpensa, iudex poterit iudicare, an sit concedenda licentia vel non. Si contrahentes sunt vagi non procedatur ad licentiam contrahendi, nisi doceant per fides Ordinariorum suorum se esse liberos; et in aliis servata forma Concilii Tridentini in cap. Multi, Sess. XXIV". Cfr., inoltre, S.C. DE PROPAGANDA FIDE, *Collectanea*, t. I, n° 192, p. 64.*

<sup>78</sup> Cfr. l'Istruzione *Ingentes bellorum glades* del 22 giugno 1822, così come citata da E. FEIJE, *De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus*, Lovanio 1893, p. 846, emanata a seguito delle stragi causate dalle guerre.

<sup>79</sup> Cfr. l'Istruzione del 13 marzo 1865, in S.C. DE PROPAGANDA FIDE, *Collectanea*, vol. I, n° 1272, p. 701.

<sup>80</sup> Così L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, p. 74.

concorrenti, presunzioni o indizi concomitanti convergono indiscutibilmente sulla *structura personae* dello scomparso; in altre parole sui suoi costumi, se sia affezionata al coniuge e figli, se abbia beni o meno; se sia partita col consenso del coniuge, se vi sia stata una corrispondenza epistolare<sup>81</sup>.

Agli inizi del XX secolo la Curia Romana prese in considerazioni particolari circostanze come la guerra di Adua<sup>82</sup> del 4 marzo 1898, e quella russo-giapponese del 1905<sup>83</sup>; ma anche il terremoto di Messina del 1908<sup>84</sup> e la prima guerra mondiale. In quest'ultimo caso, a seguito dei Patti Lateranensi, pronunciò con una Istruzione di 1 luglio 1929 nella quale stabiliva che "ricorrendo il caso di presunta morte di uno dei coniugi, se trattasi di militari dispersi nella grande guerra vi sia la sentenza del tribunale civile che dichiarò la presunta morte l'Ordinario si atterrà all'istruzione del S. Ufficio del 1868 e, permettendosi un nuovo matrimonio, questo avrà il corso ordinario e sarà con la debita avvertenza denunziato allo stato civile"<sup>85</sup>.

Con la prima codificazione l'istituto non figurava come istituto autonomo<sup>86</sup>, ma faceva ugualmente parte del diritto processuale. Era retto dalla Istruzione *Matrimonii vinculo* del 13 maggio del 1868<sup>87</sup> e risultava, oltre alle decretali di Lucio III e Clemente III, tra le fonti del canone 1069 circa *l'impedimentum ligaminis*,<sup>88</sup> che vietava di contrarre nuove nozze prima che vi fosse stata la certezza della nullità o dello scioglimento di quelle precedenti. Inoltre, ponendo questo canone in combinato disposto con il 1053, per il quale si parla di una probabile "permissio transitus ad alias nuptias ob praesumptam coniugis mortem", sembrerebbe quasi ricalcare il principio classico della declaratoria di morte presunta solamente se si ha una "omnimoda indubitata

---

<sup>81</sup> Questa Istruzione risultò essere la base di partenza per il canone 1791 del Codice del 1917 e anche dopo la promulgazione mantenne il suo valore normativo

<sup>82</sup> Cfr. ASS, 1898-1899, vol. XXXI, p. 252.

<sup>83</sup> Cfr. AAS, 1910, vol. III, p. 26.

<sup>84</sup> Cfr. AAS, 1910, vol. III, p. 196.

<sup>85</sup> Cfr. AAS, 1929, vol. XXI, p. 351.

<sup>86</sup> Per il Ciprotti, "la materia della morte presunta rispetto al matrimonio è regolata nel diritto canonico da canone 1069 che, enunciando un principio di diritto naturale, dichiara che non vi può essere valido matrimonio se chi lo contrae è legato dal vincolo di un precedente matrimonio" (in *Presunzione di morte e matrimonio*, in *Rivista del diritto matrimoniale italiano*, 1936, pp. 201-203). Contra, lo Spinelli per il quale la teoria del Ciprotti "va oltre le intenzioni del legislatore, in quanto che nel can. 1069 si parla solamente dell'*impedimentum ligaminis* e non vi è alcuna disposizione che regoli espressamente l'istituto della presunzione di morte" (in *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, p. 95).

<sup>87</sup> Per cui cfr. X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, I, Roma 1966, n° 304, coll. 341-342.

<sup>88</sup> Cfr. L. LEMBO *La presunzione di morte*, in *Rivista del diritto matrimoniale italiano*, 1936, pp. 11-14. Per un elenco esaustivo delle fonti, cfr. D.J. ANDRÉS, *Leges Ecclesiae*, vol. VII, 1994, n° 5165, col. 9491

certitudo moralis”, cioè una certezza così forte tale da far rimanere il giudice moralmente certo dell’avvenuto decesso<sup>89</sup>. Di qui, resta, nel diritto della Chiesa, come “canone fermissimo per la declaratoria di morte il principio della certezza morale, certezza che è il frutto di un esame di argomentazioni positivi, capaci di suscitare nel giudice la convinzione dell’avvenuto decesso del coniuge scomparso”<sup>90</sup>.

Con la codificazione del 1983, l’istituto trova una sua autonoma collocazione nel canone 1707 incorporando tutto lo *ius vetum* e facendo proprie tutte le osservazioni che la dottrina aveva compiuto. A queste conclusioni era arrivato il gruppo di studio *De processibus* che volle così colmare una lacuna<sup>91</sup> fino ad allora esistente. Il canone 1707 consta di tre paragrafi, nel primo dei quali il legislatore canonico – ricollegandosi alla modalità con cui una persona sposata possa passare a nuove nozze – non considera il precedente matrimonio come sciolto se non sussista una prova della morte certa (dimostrata formalmente da un documento ecclesiastico o civile autentico), o della morte presunta, in cui il decesso non giuridicamente documentabile è considerato come avvenuto solamente dopo “opportune indagini, dalle deposizioni di testi, dalla voce pubblica o da indizi”. E tale dichiarazione viene pronunciata dal Vescovo diocesano *ratione domicilii* del presunto coniuge superstite non appena abbia raggiunto la certezza morale della effettiva morte. Non basta quindi la semplice probabilità, né l’assenza anche se prolungata.

Il processo di morte presunta, che il Vescovo può anche affidare al proprio tribunale diocesano o a un sacerdote idoneo, ha carattere amministrativo ed è necessaria la presenza del notaio così come del promotore di giustizia poiché tali processi riguardano il bene pubblico.

Secondo poi il n° 45 del Decreto CEI del 5 novembre 1990 “nel caso di morte presunta di uno dei due coniugi, il successivo matrimonio del coniuge che ne ha chiesto la dichiarazione può essere trascritto solo se celebrato dopo che la sentenza civile dichiarante la morte presunta è passata in giudicato (cf. art. 65 del codice civile)”. Occorre infine ricordare che il processo di morte presunta viene previsto solamente per gli effetti matrimoniali e non per quelli patrimoniali, per i quali è competente la giurisdizione civile.

---

<sup>89</sup> Cfr. F. CAPPELLO, *Tractatus canonico moralis de sacramentis*, vol. III, *De matrimonio*, Romae 1933, n° 392, p. 460; P. FEDELE, *Il matrimonio dello scomparso*, in *Rivista di diritto civile*, 1936, p. 186; P.A. D’AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Roma 1940, p. 252.

<sup>90</sup> L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma 1943, p. 97.

<sup>91</sup> Adunatio 16 maii 1979, in *Communicationes*, 1979, p. 282.

