

TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE PICENO

63023 Fermo (A.P.) – Via Sisto V, 3 – Tel. 0734225013 - Fax 0734226113
e-mail: tribunale.piceno1@virgilio.it

**Inaugurazione
dell'anno giudiziario
(attività del biennio 2002/2003)**

**L'attività *ex officio* del giudice nel processo di
nullità matrimoniale.
Alcune fattispecie in relazione alla domanda
giudiziale**

Lectio magistralis

di Mons. Gian Paolo Montini

Promotore di giustizia
presso la Corte di Cassazione
dello Stato della Città del Vaticano
Difensore del Vincolo sostituto presso
il Tribunale della Segnatura Apostolica

Fermo (Villa Nazareth), li 21 Aprile 2004

L'attività *ex officio* del giudice nel processo di nullità matrimoniale. Alcune fattispecie in relazione alla domanda giudiziale

«Die Form ist
die geschworene Feindin der Willkür,
die Zwillingschwester der Freiheit»¹

Premessa

Secondo la nota posizione del Card. Roberti «*relatio inter actorem et iudicem constituitur per petitionem iudicalem, ad reum conventum extenditur per citationem, et undequaque perficitur iure nostro litis contestatione*»². Ciò significa che la relazione processuale si perfeziona con la citazione, o forse più propriamente con la *contestatio litis*, ossia nel momento in cui appaiono tutt'e tre i protagonisti del processo, anche nella loro veste formale: la parte attrice, la parte convenuta e il giudice.

La relazione processuale non si presenta sostanzialmente in modo difforme nel processo di nullità matrimoniale, in cui cioè è oggetto di giudizio lo *status personae*, ossia la dichiarazione dello stato personale. Che entrambi i coniugi siano favorevoli alla dichiarazione di nullità del proprio matrimonio, anzi che tutt'e due chiedano la dichiarazione di nullità, non muta sostanzialmente la relazione processuale né la natura del processo: solo porta ad evidenziare l'identificazione complessa della parte convenuta nel caso, potendo essa essere identificata sia nel coniuge contrario alla dichiarazione, come pure nel difensore del vincolo o nella stessa autorità della Chiesa³. In tutt'e tre i casi, quale che sia la loro connessione di principio o di fatto (alternativa, cumulativa o consortile), è chiaro da un lato la indisponibilità del vincolo matrimoniale, così che possa propriamente darsi come oggetto di giudizio (e giudizio contenzioso: cf can. 1552 § 2, 1° CIC17) la dichiarazione di fatti giuridici (cf can. 1400 § 1, 1°; qui: del fatto giuridico della nullità

¹ «La forma è nemica giurata dell'arbitrio e la sorella gemella della libertà»: R. VON JHERING, *Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II/2, Leipzig 1875³, 3B1 § 45, p. 475.

² FR. ROBERTI, *De processibus* I, Romae 1926, n. 33, p. 60.

³ Cf Z. GROCHOLEWSKI, «Quisnam est pars conventa in causis nullitatis matrimonii?», in *Periodica* 79 (1990) 357-391; ID., «Parte convenuta nelle cause di nullità di matrimonio», in *Vitam impendere Magisterio*. Profilo intellettuale e scritti in onore dei Professori Reginaldo M. Pizzorni, o.p. e Giuseppe Di Mattia, o.f.m. conv., a cura di Domingo J. Andrés Gutiérrez, Roma 1993, 41-55.

Il giudice ecclesiastico, infatti, non è portatore *in se et per se* di interessi ecclesiali di parte, neppure della autorità ecclesiastica che tutela l'interesse della indissolubilità del matrimonio. La presenza del difensore del vincolo, l'eventuale presenza del promotore di giustizia e il principio costituzionale del «*nemo iudex sine actore*» confermano la natura terza del giudice. La stessa partecipazione di molteplici attori nel processo canonico, la loro funzione propria e irriducibile, la loro dignità e la loro ufficialità di azione, impediscono al giudice di sostituirsi *simpliciter* agli stessi, come pure di (pretendere di) assumere in sé compiti che gli sono estranei.

La terzietà del giudice non significa però né passività né disinteresse per la giustizia e la verità. La terzietà del giudice non lo pone in un unico e uniforme stato di dipendenza dall'attività altrui, destinato solo ad arbitrare l'attività di altri. La terzietà del giudice non gli impedisce attività proprie, di iniziativa propria.

Per una lettura corretta di questa attività propria del giudice urge, com'è comprensibile, procedere ad alcune distinzioni.

Vi sono tre settori dell'attività autonoma del giudice in cui il mio intervento non vuole entrare, ma che può essere di una qualche utilità che vengano menzionati all'inizio, per sgombrare il campo da malintesi e da impropri ricorsi all'analogia.

Anzitutto il giudice non è passivo, nel momento in cui a lui è affidata la conduzione del processo. E ciò si comprende, non solo se si osserva che il procedere e il procedere celere, «*salva iustitia*», del processo (cf can. 1453) è propiziato dal giudice, che è l'autentico *dominus* del processo. Alcuni istituti mettono in evidenza e accentuano questa dimensione. I termini che il Codice prescrive, entro i quali il giudice deve porre atti o imporre attività alle parti. Si può ricordare, per esempio, la scansione temporale delle attività attinenti all'introduzione della causa di nullità matrimoniale: trascorsi quindici giorni dalla notificazione della citazione, entro dieci giorni il giudice deve stabilire la formulazione del dubbio e dopo dieci giorni dalla notificazione di quest'ultima, il giudice stabilisce l'istruttoria della causa (cf can. 1677)⁴.

E poi l'interesse per la giustizia: il giudice non è autonomo solo nel momento in cui il diritto gli prescrive attività proprie, ma anche nel momento in cui l'interesse per la giustizia lo muove. Mi riferisco al fatto che se Pio XII poté affermare con altissimo insegnamento morale e giuridico il convergere di tutti i protagonisti del processo (anche degli avvocati) al conseguimento della verità⁵, ciò non si può negare valga *a fortiori* per il giudice⁶. Si potrebbero ricordare alcuni istituti o normative:

- «*Curet autem praeses vel ponens ut pars conventa ab absentia recedat*» (art. 138 § 2 NPM⁴);

⁴ Naturalmente questa tempistica imposta al giudice dal diritto è valida *si et quatenus* non intervengano atti o fatti che ne giustificano la modificazione.

⁵ Cf PIUS XII, *Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et ministros Tribunalis S. Romanae Rotae*, 2 ottobre 1944, in AAS 36 (1944) 281-290.

⁶ «Innanzitutto, per ciò che riguarda il giudice, che è come la giustizia animata, l'opera di lui arriva al suo apice nella emanazione della sentenza [...] Ma a tale chiarimento e servizio della verità è ordinato come a suo scopo tutto il processo. Perciò in questo oggettivo ordinamento al fine il giudice trova anche una sicura norma direttiva in ogni personale indagine, giudizio, prescrizione, divieto, che lo svolgimento del processo porta con sé» (*ibidem*, n. 2a, p. 283).

- «Partes, per se vel per advocatos, et defensor vinculi, exhibeant, intra terminum a iudice praestitutum, articulos argumentorum, super quibus petitur partium, testium vel periti interrogatio, salvo art. 71 [= can. 1452]» (art. 164 NPM⁴): viene omessa la *presumptio (iuris ac de iure)* di *desertio* (cf can. 1552 § 2) e si dichiara la possibilità di intervento *ex officio* del giudice, che “salva” un teste per il processo;
- la prescrizione della perizia (cf cann. 1574 e 1680);
- la *retractatio* della sentenza nulla da parte dello stesso giudice che l’ha emessa (can. 1626)⁷.

In terzo luogo si debbono ricordare gli interventi del giudice *ex officio*, in forza della pingue e articolata disposizione del can. 1452:

«§ 1. *In negotio quod privatorum solummodo interest, iudex procedere potest dumtaxat ad instantiam partis. Causa autem legitime introducta, iudex procedere potest et debet etiam ex officio in causis poenalibus aliisque, quae publicum Ecclesiae bonum aut animarum salutem respiciunt.*

§ 2. *Potest autem praeterea iudex partium negligentiam in probationibus afferendis vel in exceptionibus opponendis supplere, quoties id necessarium censeat ad vitandam graviter iniustam sententiam, firmis praescriptis can. 1600.*»

«Se l’introduzione di qualsiasi causa è lasciata alle parti e il giudice non può mai assumere da sé solo una causa (cf can. 1620, 4°), ma deve in ciò dipendere dall’azione (o meglio: petizione) degli interessati e legittimati, il prosieguo della causa, soprattutto nella fase istruttoria, vede il giudice assumere obblighi e facoltà diverse a seconda che le cause siano tra quelle che riguardano il bene pubblico (come quelle matrimoniali e penali) o tra quelle che interessano solo i privati. Nelle prime il giudice è tenuto a procedere e ad agire anche in assenza di richiesta delle parti, in quanto prevale senz’altro il principio inquisitorio e la ricerca della verità e della giustizia. Nelle seconde il giudice può (ma non è tenuto: cf *Communicationes* 10 [1978] 253) procedere d’ufficio solo in regime di supplenza dell’attività delle parti, in quanto prevale in questo caso il principio dispositivo, ossia che il giudice giudica secondo quanto disposto ed apportato dalle parti. Entrambe queste normative sono di delicata applicazione ed affidate alla sensibilità giuridica del giudice stesso. Nella prima normativa questi non potrà comunque procedere fino a rendere, per es., impossibile o incomprensibile un istituto giuridico come quello della perenzione oppure l’assoluta necessità dell’iniziativa di parte. Nell’altra dovrà considerare con cautela la sua azione per non favorire una parte nella distinzione, spesso difficile, tra negligenza o imperizia (del patrocinio o della parte) e rinuncia ad un proprio diritto istruttorio»⁸.

Da solo il prescritto del can. 1452 richiederebbe una intera relazione, tante sono le problematiche che esso solleva. Il nostro intervento però intende concentrarsi su una ulteriore attività autonoma del giudice.

Si tratta, cioè, di quella variegata sezione delle attività del giudice in cui egli viene a contatto con l’iniziativa di parte che è all’origine del processo. È, infatti, norma costituzionale del processo.

⁷ Cf E. ZANETTI, «Il giudice e la ritrattazione o emendazione di una sentenza nulla (can. 1626 § 2)», in *Quaderni di diritto ecclesiale* 17 (2004) di prossima pubblicazione.

⁸ G.P. MONTINI, can. 1452, in *Codice di Diritto Canonico commentato*, a cura della Redazione di *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, Milano 2001, 1148-1149.

canonico, in modo non dissimile alla assolutamente prevalente esperienza processuale civile degli ordinamenti statali moderni, che il processo dipende nella sua origine come pure nella sua consistenza dalla domanda di parte: *nemo iudex sine actore* è un dogma processuale, pur non attingendo alla natura di principio di diritto naturale.

Se, infatti, a determinate condizioni l'attività istruttoria processuale può procedere secondo alcune movenze del principio inquisitivo; il processo dipende *ex se* dal principio dispositivo, nella sua origine e nella sua identità⁹.

Ecco perché può essere più interessante vedere gli interventi del giudice nel cuore del principio dispositivo processuale, ossia in relazione alla domanda di parte, quasi nella sua conflittualità con il dominio del *nemo iudex sine actore*.

Per non disperderci in considerazioni esclusivamente dottrinali, ci concentreremo su cinque fattispecie, riferite ad altrettante prescrizioni canoniche: can. 1677 § 2; can. 1514; can. 1524 § 3; can. 1675 § 2 e 1518; can. 1682 § 2.

I. La determinazione *ex officio* della formula del dubbio

«Trascorso il termine di quindici giorni dalla notificazione [della citazione], il presidente o il ponente, a meno che una delle parti non abbia richiesto l'udienza per la contestazione della lite, entro dieci giorni stabilisca ex officio con suo decreto la formulazione del dubbio o dei dubbi [formulam dubii vel dubiorum decreto suo statuat ex officio] e la notifichi alle parti» (can. 1677 § 2).

Le interpretazioni date all'attività del giudice che *ex officio* stabilisce la formula del dubbio sono riconducibili a due.

La prima vuole riconoscere in questa attività del giudice solo la semplificazione con cui nelle cause di nullità viene determinato ordinariamente il dubbio di causa¹⁰.

Secondo il progetto di istruzione sui processi matrimoniali il giudice è invitato («opportune proponat»: art. 127 § 2 NPM²; NPM⁴) o è tenuto («proponat»: art. 25 § 1 NPM³) a proporre nella citazione la formula del dubbio, la cui notificazione, secondo l'art. 25 § 4 NPM³, ha «effectus citationis iudicialis (can. 1677, § 1) et, nemine excipiente, dubii concordationis (can. 1677, § 2)».

⁹ Ci sono Autori che, in modo forse più preciso, preferiscono definire sia il principio dispositivo sia il principio inquisitivo, prescindendo dall'iniziativa di parte che reggerebbe l'inizio del processo. Entrambi, infatti, atterrebbero esclusivamente alla dinamica istruttoria (cf P.A. BONNET, *can. 1542*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico IV*, Pamplona 1997², 933-935).

¹⁰ Cf M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma 2001⁴, 354-355; A. STANKIEWICZ, *can. 1677*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico IV*, cit., 1886; KL. LÜDICKE, in *MK*, 1677/4-5, che sembra sottolineare soprattutto la condizione del trascorrere del termine di quindici giorni per l'intervento *ex officio*, nonché la relazione con la mancata opposizione, di cui ai canoni 1513 § 3 e 1677 § 3; P.V. PINTO, *I processi nel Codice di Diritto Canonico*. Commento sistematico al Lib. VII, Città del Vaticano 1993, p. 505 nota 751: dopo alcune espressioni non esenti da ambiguità, conclude: «Sicché si danno due possibilità: o il dubbio o i dubbi sono fissati nella sessione [...] o altrimenti i dubbi sono fissati dal giudice *ex officio*»; FR.J. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici: costituzione, organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, Romae 2000, 361, che sembra interpretare *ex officio* come la concordanza che deve avvenire «senza bisogno di aspettare l'istanza di parte». Curiosa la traduzione del canone in S. PANZO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, 396: «determinará por decreto o de oficio la fórmula de duda».

La determinazione, in tal modo, della formula del dubbio, senza che avvenga l'udienza di contestazione della lite, avverrebbe da parte dello stesso giudice e sarebbe perciò denominata *ex officio*, contrapponendola a quella che avverrebbe da parte del giudice «*ex partium petitionibus et responsionibus*» (can. 1513 § 1) in udienza.

In questa interpretazione l'attività *ex officio* del giudice consisterebbe nelle seguenti operazioni:

- 1° enucleare la formula del dubbio «*ex libello*» (cf art. 127 § 2 NPM²);
- 2° proporla alle parti per iscritto chiedendo alle parti una risposta al riguardo;
- 3° valutare il silenzio o le risposte delle parti;
- 4° definire la formula del dubbio;
- 5° notificare la formula determinata alle parti.

A prescindere dall'avvio dato dal giudice, che desume e propone il dubbio, e da una minore interlocuzione e dialogo tra le parti, dovuti alla risposta scritta non comunicata reciprocamente con la possibilità di replica, l'attività del giudice è sostanzialmente identica a quella che avverrebbe in udienza, in cui la discussione tra le parti (coniugi e difensore del vincolo) sarebbe moderata dal giudice, cui spetterebbe di trarre le conclusioni.

La denominazione *ex officio* non assumerebbe in questo caso alcuna valenza conflittuale con il principio della domanda nel processo¹¹. Avrebbe solo il significato di far notare che essa, in quel caso, avviene automaticamente dopo il silenzio delle parti¹² o senza la presenza interlocutiva delle medesime.

Altri Autori hanno inteso, prendendo magari solo a pretesto l'espressione introdotta nel Codice *ex officio*, riconoscere che

«[...] hodie iudicem maiorem facultatem habet, qui ipse, nec solae partes, obiectum definiat controversiae. Nam can. 1513 magis concedit decreto iudicantis illa, quae erat sola supplentia ex absentia alterutriusque vel dissensu in litis contestatione (cf. can. 1729/CIC 1917), ad definiendos controversiae terminos. Inde quod dici possit magis nunc patere principium iam prius a veteri traditione sancitum: "Iura novit Curia" [...]»¹³.

Bisogna però tener presente anzitutto che la facoltà del giudice di determinare *ex officio* il dubbio non si estende oltre il *dare nomen* a ciò che le parti hanno addotto. Non comprende cioè in alcun modo la decurtazione o l'ampliamento delle domande stesse, pena il ricadere nella fattispecie non già della *contestatio litis*, ma dell'esame del libello, che dev'essere già peraltro avvenuta ed ha proprie norme, quali un pingue rimedio di impugnazione e la susseguente facoltà di rinuncia parziale o totale.

Si tratta di una problematica piuttosto complessa; e per la verità resa ancor più complessa dalla comune applicazione alle cause di bene pubblico (cause matrimoniali) e dalla medesima espressione *ex officio*.

¹¹ Conferma significativa si ha nell'art. 135 § 1 NPM², in cui la fissazione *ex officio* del dubbio da parte del giudice è detta «*ex partium petitionibus et responsionibus*», proprio come nel can. 1513.

¹² «*Consultoribus placet longiores terminos statuere, id est quindecim dies ut partes contestationem litis petere possint, quibus vero silentibus decurrit terminus decem dierum ut iudex formulam dubii ex officio statuatur*» (Communicationes 11 [1979] 261; la sottolineatura è nostra).

¹³ Bononien., *Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram SERRANO*, 24 ottobre 1986, in DS IV, 146, n. 5c. Cf pure J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo de nulidad de matrimonio en la disciplina canónica vigente», in *El «consortium totius vitae». Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, VII, Salamanca 1986, 371.

Le domande che possono chiarire la questione posta sono le seguenti: può il giudice nella *litis contestatio*

- espungere un capo di nullità espresso nel libello già ammesso¹⁴
- aggiungere un capo di nullità non previsto nel libello
 - in quanto richiesto formalmente dalla parte convenuta nella stessa *litis contestatio*
 - in quanto compreso nei fatti addotti dalle parti nella stessa *litis contestatio*?
- revocare il decreto di ammissione del libello?

Il problema sta nel fatto che, operando in tal modo nella *litis contestatio*, si "aggirano" le garanzie poste a tutela dell'ammissione/rigetto del libello sia sul versante dei requisiti per l'ammissione sia sul versante dei mezzi di impugnazione contro il rigetto. In altre parole, mentre l'attore per introdurre un capo di nullità ha dovuto soggiacere alla stretta normativa prevista per l'ammissione del libello, la parte convenuta potrebbe in sede di *litis contestatio* vedersi ammettere un capo senza le garanzie di fondatezza richieste per il libello, anche solo per il fatto che tutto si risolve in una sessione. In pari modo mentre l'attore contro il diniego di ammissione del libello poteva ricorrere a norma del can. 1505 § 4, lo stesso attore avrebbe solo la possibilità di ricorrere allo stesso giudice nel caso in cui questi gli espunga nella *litis contestatio* un capo di nullità.

Pur riconoscendo che nella *litis contestatio* si è una situazione diversa da quella dell'esame del libello, non foss'altro perché si è acquisita la posizione della parte convenuta, non sembra che tale diversità di fatto giustifichi una siffatta diversità normativa.

Pare di poter affermare che per se la *litis contestatio* è deputata esclusivamente a chiarificare e a porre «in forma» i capi di nullità relativi ai fatti addotti nel libello. Se per economia processuale la *litis contestatio* invade il campo o cumula le funzioni dell'ammissione/rigetto/modifica del libello si dovrà riconoscere (non già la nullità del decreto di *litis contestatio*, bensì) l'applicabilità a questi fenomeni ulteriori inseritisi nella *litis contestatio* della normativa loro propria.

II. Il mutamento della formula del dubbio concordato: can. 1514¹⁵

«Controversiae termini semel statuti mutari valide nequeunt, nisi novo decreto, ex gravi causa, ad instantiam partis et auditis reliquis partibus earumque rationibus perpensis».

La collocazione e il testo del canone appaiono assolutamente chiari e capaci di giustificare la disposizione normativa.

¹⁴ Cf SSAT, prot. n. 32586/01 VT. Nel caso sottoposto il giudice di primo grado espunge nella *litis contestatio*, a causa dell'opposizione della parte convenuta, uno dei tre capi addotti dall'attore nel libello ammesso: l'esclusione del *bonum fidei*; rimangono i capi *ex can.* 1095, 2° (attore) e 1095, 3° (donna). Il tribunale di appello, investito della querela di nullità a norma del can. 1459 § 1, pronuncerà la nullità della sentenza di primo grado per negazione del diritto di difesa (can. 1620, 7°).

¹⁵ Per questa parte, in modo più approfondito cf G. PAOLO MONTINI, «Alcune questioni in merito al can. 1514», in *Periodica* 92 (2003) 305-358. Oltre alla bibliografia ivi citata cf, recentemente, N. SCHÖCH, *Festlegung, Änderung und Konformität von Klagegründen im kanonischen Eheprozess*, Frankfurt an Main 2003, Kapitel III: *Änderung des Klagegrundes*, pp. 73-135, in particolare pp. 112-126 (3.8 *Argumente für die Zulässigkeit der Einführung eines neuen Klagegrundes von Amts wegen durch den Richter*; 3.9 *Argumente gegen die Zulässigkeit der amtswegigen Klageerweiterung*). L'A. ha annunciato che prossimamente apparirà uno studio sull'argomento nella giurisprudenza rotale in *Quaderni dello Studio Rotale*.

Con l'avvenuta contestazione della lite o concordanza del dubbio la domanda giudiziale è passata ad un duplice vaglio del giudice: l'ammissione del libello introduttorio della lite (can. 1505) e l'acquisizione della posizione dell'altra parte (cann. 1507-1508).

In tal modo la domanda giudiziale cessa di avere la precarietà di una mera richiesta di parte per assumere un'ufficialità (sempre in quanto petizione, ovviamente), che è dovuta al processo cui è stata sottoposta.

È ovvio pertanto che il Codice predisponga uno strumento che garantisca e rassodi il risultato cui si è giunti, e che impedisca o limiti la rimessa in discussione dell'obiettivo raggiunto.

La stessa litispendenza richiede che nulla venga mutato: «*Lite pendente nihil innovetur*» (cf can. 1512, 5°). Un mutamento della formula del dubbio o dei termini della controversia o dell'oggetto del giudizio durante il processo costituisce un attentato (cf can. 1854 CIC17) e pertanto un atto nullo (cf can. 1855 CIC17). La cancellazione della normativa specifica in ordine agli attentati compiuti *lite pendente*, condurrà nel nostro canone all'introduzione esplicita (*expresse*: can. 10) della sanzione di nullità (*valide*: can. 1514) nel caso di mutamento illegittimo dei termini della controversia¹⁶.

Da ciò scaturisce il prescritto della mutabilità dei *controversiae termini* a cinque condizioni:

- *ad instantiam partis*: tale requisito corrisponde al principio dispositivo (o di iniziativa di parte), cui la normativa canonica processuale si ispira e che esige la facoltà della parte di perfezionare il dubbio, cui ha efficacemente contribuito con la domanda¹⁷. L'istanza di parte richiede, per la natura della cosa, il mandato speciale del procuratore, che eventualmente richieda il mutamento della formula del dubbio;
- *ex gravi causa*: incombe sulla parte richiedente la prova della grave causa¹⁸;
- «*auditis reliquis partibus*», compreso il difensore del vincolo;
- «*perpensis earum rationibus*»;
- «*novo decreto*». Il giudice mantiene ed esercita la propria discrezionalità. Poiché la norma non accenna ad alcuna preclusione¹⁹ in merito alla proposta di mutamento dei termini della controversia, spetta al giudice farsi interprete delle esigenze di linearità e celerità del processo, bloccando ogni tentativo ostruzionistico o anche solo dilatorio. Dato infatti il silenzio del testo, il mutamento dei termini della controversia può essere richiesto dalla *contestatio litis* fino alla vigilia della sessione di decisione.

Tutte le condizioni appaiono *sub poena nullitatis*, vista la posizione enfatica dell'avverbio «*valide*» nel testo del canone.

¹⁶ Cf *Communicationes* 11 (1979) 133.

¹⁷ Cf M.J. ARROBA, *El principio dispositivo en el proceso contencioso canónico*, Roma 1989, 121. «Tal inspiración es neta y radical en todo aquello que se refiere a la iniciativa procesal y a la inmutabilidad del objeto de la controversia» (*ibidem*, p. 200). Secondo l'A. il prescritto del can. 1514 verrebbe a attenuare il rischio presente nella brevità dei termini di ricorso previsti dal can. 1513 § 3 avverso il decreto di concordanza del dubbio (*ibidem*, p. 121).

¹⁸ Cf M.J. ARROBA, *El principio dispositivo*, cit., 121. È stata riscontrata l'assenza della grave causa nella richiesta di subordinare nel dubbio il capo dell'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis* al *gravis defectus discretionis iudicii*: cf TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE TRIVENETO, decreto in *una Patavina, coram ZAGGIA*, 30 giugno 1988, in *Giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici italiani*, Città del Vaticano 1989, 413-421.

¹⁹ Il tema delle preclusioni (ossia dei divieti che intervengono nel processo per ordinarne il lineare e regolare svolgimento) è presente anche nel diritto civile, con il continuo oscillare tra posizioni rigoristiche, che impongono una rigida divisione in fasi e stadi processuali, e posizioni lassiste, che permettono ampi ritorni e sovrapposizioni, rendendo

Alcuni interventi recenti della Segnatura Apostolica

Ambito di lingua italiana

Decreti 2 luglio e 19 novembre 2001

Nel caso si tratta di una polemica tra due tribunali regionali italiani: più sentenze matrimoniali affermative, in cui nel tribunale di primo grado si era addivenuti alla mutazione ex officio del dubbio, erano state dichiarate nulle dal tribunale di secondo grado a norma del can. 1620, 4°.

Entrambi i tribunali, indirettamente, puntarono ad ottenere risposta a quesiti astratti e generali, lasciando le cause specifiche e le parti al loro destino²⁰.

Il tribunale di primo grado chiedeva alla Segnatura Apostolica:

«1° – *L'atto posto ex officio, con il quale, è stato aggiunto dal Preside un nuovo capo di nullità alla concordanza del dubbio, avendone dato comunicazione alle parti e al D.V., senza ricevere opposizioni, è atto nullo?*

2° – *Di conseguenza, nella fattispecie, la sentenza emessa dal Tribunale di prima istanza è nulla di nullità insanabile, come previsto dal can. 1620, 4°?».*

Il tribunale di secondo grado, ricevuta la risposta della Segnatura Apostolica, per il tramite di un suo giudice si sarebbe poi rivolto al Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi con un quesito analogo:

«*In una causa di dichiarazione di nullità del matrimonio, prima di emettere la sentenza, può il giudice concordare d'ufficio un nuovo capo d'accusa e notificarlo alle parti private e pubbliche? oppure È sempre necessaria l'istanza di parte perché il giudice possa aggiungere un nuovo capo d'accusa?»²¹.*

flessibile la distinzione di stadi processuali (cf A. PROTO PISANI – G. TOMBARI FABBRINI, «Preclusioni. Diritto processuale civile», in *Enciclopedia giuridica* XXIII, Roma 1995 [agg]).

²⁰ Su richiesta della Segnatura Apostolica venivano inviate al Supremo Tribunale sette sentenze di primo grado con le relative decisioni di nullità emesse dal tribunale d'appello. Le sentenze presentano casi diversi:

- il Giudice istruttore suggerisce l'integrazione del dubbio al Preside che, avvertite le parti, stabilisce il dubbio integrato, e, disposta una perizia, procede alla chiusura dell'istruttoria;
- chiusa l'istruttoria, il Difensore del vincolo chiedeva la riapertura dell'istruttoria e l'introduzione di un nuovo capo di nullità. Il Preside disponeva con decreto il dubbio integrato, completava l'istruttoria e pubblicava gli atti;
- in sede di decisione si decideva per un «dilate et compleantur acta»; disposto un supplemento di istruttoria, sentito il Difensore del vincolo, si disponeva l'integrazione del dubbio; sentite le parti, si procedeva ad un'ulteriore integrazione del dubbio; nuovo interrogatorio delle parti, perizia e pubblicazione degli atti;
- nella sessione di decisione il Collegio decide di sospendere la sessione, integrare d'ufficio il dubbio, procedere all'istruttoria supplementare e pubblicare gli atti;
- nella sessione di decisione si stabiliva di soprassedere: «Si approfondisca la personalità della parte attrice per capire se le condizioni di libertà e maturità erano confacenti alla celebrazione delle nozze»; integrazione d'ufficio del dubbio e supplemento d'istruttoria; nuovo interrogatorio delle parti;
- dopo l'interrogatorio delle parti e dei testi viene integrato il dubbio e si procede poi nell'ulteriore istruttoria.

La Segnatura Apostolica ha preferito non entrare nel merito né delle singole sentenze emesse dal tribunale di primo grado né sindacare la procedura con cui le medesime sentenze erano state dichiarate nulle dal tribunale di appello. L'intervento, infatti, del Supremo Tribunale era stato richiesto in forza del suo compito di vigilanza.

²¹ Il Pontificio Consiglio (prot. n. 7977/2001) trasmetteva per competenza il quesito al Supremo Tribunale, «(p)oiché il quesito posto non riguarda l'interpretazione della legge, bensì la sua retta applicazione».

La risposta della Segnatura Apostolica, o piuttosto la risposta (*votum privatum*) di un perito, che la Segnatura Apostolica ha trasmesso ai due tribunali²², ha preferito seguire un articolato itinerario di distinzioni, piuttosto che rispondere semplicemente e direttamente al quesito posto, che presentava un'impostazione non del tutto coerente.

Per quanto attiene direttamente al nostro tema si deve notare soprattutto la seguente risposta, ottenuta dopo aver prescisso dai casi in cui la violazione del prescritto del can. 1514 configura la nullità insanabile della sentenza per denegato diritto di difesa (cf can. 1620, 7°)²³ e la nullità, parimenti insanabile, della sentenza per ultrapetizione (cf can. 1620, 4°)²⁴:

«[...] *violatio can. 1514 nullitatem tantum sanabilem sententiae N.M. secumfert si et quatenus eadem sententia exinde actu iudiciali nullo innitatur (cf can. 1622, n. 5)*»²⁵.

Nonostante la formulazione diretta del principio, il parere però continua ponendo ulteriori distinzioni, che paiono limitare, **seppur in modo dubitativo**, il principio affermato. Le asserzioni sono tre.

La prima attiene all'applicabilità del can. 1452 per giustificare la mutazione della formula del dubbio *ex officio*:

«*Si iam habetur petitio (saltem implicita) iudicialis et altera pars citata est, causa legitima introducta habenda est, ita ut iudex, intra ambitum illius petitionis iudicialis, ad normam can. 1452 ex officio procedere possit atque partium negligentiam in probationibus afferendis vel in exceptionibus opponendis supplere*».

La seconda attiene alla mutazione «apparente o meramente formale» del(la formula del) dubbio o dei dubbi. L'esempio addotto è assolutamente preciso nella sua formulazione²⁶. Si tratta del caso in cui un matrimonio è impugnato «ex capite simulationis totalis ob exclusa bona sacramenti, fidei et prolis»; il dubbio è concordato «de sola simulatione totali»; l'istruzione e la discussione avviene di fatto «de exclusione illorum trium bonorum». Ebbene in questo caso il giudice potrebbe pervenire alla conclusione «non constare de simulatione totali, sed utique constare

²² Cf lettera 2 luglio 2001, prot. n. 31956/01 VT, e 19 novembre 2001, prot. n. 32812/01 VT.

²³ «In casu mutationis formulae dubii non raro etiam quaestio habetur utrum ius defensionis satis servatum sit quoad "novum" caput, de quo in mutata formula dubii, necne».

²⁴ «Can. 1620, n. 4, non remittit ad cann. 1513-1514 de dubio vel dubiis concordandis, sed ad can. 1501 [...] Ex praedictis iam patet invalidam mutationem terminorum controversiae non necessario implicare iudicium factum esse sine iudiciali petitione, de qua in can. 1501».

²⁵ Il grassetto è nel testo. La risposta continua poi traendo le note conseguenze processuali dall'affermazione compiuta: «Animadvertendum est querela nullitatis sanabilis tantum intra tres menses a notitia publicationis sententiae proponi posse (cf. can. 1623), qua querela intra hunc terminum non proposita, sententia (sanabiliter nulla) iure sanata habenda est. Id iudex tribunalis appellationis sedulo prae oculis habeat, si ex officio (cf. can. 1459 § 1) de nullitate sententiae gradus inferioris videre intendit: nullitate sententiae gradus inferioris sanata, iam exinde sequi nequit nullitas sententiae a tribunali appellationis ferenda».

²⁶ Per un caso simile cf SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, decretum idibus martii 1999 [sic], in *una Baren.-Bituntina, Nullitatis matrimonii, Querelae nullitatis insanabilis adversus decretum Rotale*, prot. n. 29196/98 CG. In questo caso era contestata la nullità della sentenza rotale *ex can. 1620, 7°*. È necessario però accuratamente annotare che la decisione negativa del Supremo Tribunale è stata presa esplicitamente in base al diritto proprio del medesimo, secondo cui «[q]uerela nullitatis contra sententiam rotalem proponi potest [...] dummodo vitia ibidem recensita manifeste appareant. In dubio recursus fundamento destitutus habendus est» (art. 19 *Normae Speciales*): cf p. 3 decreto citato.

de exclusione boni sacramenti». Ma neppure in questo caso la risposta del perito sembrerebbe escludere la nullità sanabile, se afferma solo

«[n]imium formalismum saperet eiusmodi in casu impugatio sententiae ob violatum can. 1514 seu ob mutationem formulae dubii non ad instantiam partis peractam».

La terza attiene all'*escamotage* suggerito «ad praecavendam querelam nullitatis»²⁷ a causa della lettera del can. 1514:

«[...] prudentius videtur ut iudex, si casus ferat, parti suggerat ut ipsa instantiam pro mutatione formulae dubii proponat quam ut ipse iudex ex officio controversiae terminos mutet»²⁸.

Ambito di lingua tedesca

Decreti 11 aprile 1996 e 30 ottobre 1997²⁹

Il vicario generale di una diocesi riceve notificazione di una dichiarazione di nullità di matrimonio avvenuta in una diocesi di lingua tedesca. Nota alcune incongruenze: il matrimonio è dichiarato nullo in primo grado per esclusione della prole, senza che venisse specificato da quale parte fosse avvenuta l'esclusione; l'attore si presenta a richiedere nuove nozze con una traduzione del decreto di ratifica, dal quale risulta che la nullità è dichiarata in secondo grado *ex can. 1095, 2°* e che le pronunce sono ritenute *aequivalenter* conformi.

Cum omnia essent parata ad nuptias, il vicario generale si rivolge alla Segnatura Apostolica. La prima risposta nell'urgenza del frangente è: «Non apparet ratio satis cogens ad novum matrimonium viri actoris ex parte huius Signaturae Apostolicae impediendum». Le ragioni che conducono a questa decisione sono contenute nella fondatezza di alcuni gravi fatti esposti nel decreto: «[A]bsentiam unionis sexualis in matrimonio canonico [...] conventae pertinaciam in recusanda unione sexuali post eius celebrationem [...] aversionem mulieris a viro iam ante eiusdem matrimonii canonici celebrationem». Le perplessità espresse non riguardano l'aspetto processuale, ma sostanziale, ossia la giurisprudenza di quel tribunale sul grave difetto di discrezione di giudizio.

Passata l'urgenza, vengono richiesti gli atti e la causa viene esaminata approfonditamente. Il risultato si ha nel decreto successivo. In esso la Segnatura Apostolica «urget Forum N. ut deinceps praescriptum can. 1682 § 2 ad amussim observet», richiama alla considerazione delle note allocuzioni pontificie in ordine ai capi di nullità provenienti dal can. 1095 e vieta che un laico possa fungere in futuro «in eodem Foro» da presidente del Collegio giudicante.

Per quanto ci riguarda, il decreto spiega nel modo seguente quanto il tribunale aveva compiuto contro il prescritto del can. 1682 § 2: «In casu, praefato "decreto" Tribunal Appellationis de facto negativam tulit sententiam quoad caput de quo in prima instantia, seu quoad exclusionem boni prolis ex parte mulieris conventae, et affirmativam dedit decisionem quoad caput defectus discretionis in eadem muliere conventae» (n. 1).

²⁷ Nel contesto della risposta sembra riferito all'ipotesi del ricorso al can. 1452, ma pare più opportunamente da riferirsi a tutte le fattispecie cui s'intenda ricorrere.

²⁸ E si aggiunge: «Etiam hoc in casu primum requiritur diligentia Patronorum!».

²⁹ Cf il testo di questi decreti in *Periodica* 87 (1998) 613-616 oppure in *De processibus matrimonialibus* 4 (1997) 341-343. Nel prosieguo ci si riferirà al testo integrale e originale dei decreti.

La decisione mite del Supremo Tribunale sulla violazione sia del can. 1514 (che di fatto è stata lasciata dalla Segnatura) sia, molto più grave, del can. 1682 § 2, pare giustificarsi sulla base del già permesso e avvenuto matrimonio dell'attore e forse anche per il fatto che nessuna delle parti aveva provocato alla Segnatura Apostolica, che quindi ha operato nell'ambito della competenza di vigilanza.

Decreto 6 giugno 2002³⁰

Un altro caso significativo è occorso fra i medesimi tribunali alcuni anni dopo. Il tribunale di primo grado di lingua tedesca giudica affermativamente della nullità di un matrimonio per errore dell'attore su una qualità della comparte diréttamente e principalmente intesa. Si trattava della condivisione piena dell'autentica fede cattolica, anche in materia di morale sessuale familiare. La parte convenuta si era convertita dalla confessione evangelica; la parte attrice apparteneva ad un movimento ecclesiale.

Il tribunale d'appello, il medesimo del caso precedente, rinvia ad ordinario esame ed emana poi una sentenza con cui dichiara la nullità del matrimonio per grave difetto di discrezione di giudizio dell'attore e nello stesso tempo dichiara la decisione *aequivalenter* conforme a quella di primo grado.

Il vicario giudiziale del tribunale di primo grado rifiuta l'esecuzione e provoca alla Segnatura Apostolica. L'attore, dal canto suo, impugna il capo di nullità della decisione attraverso una querela di nullità «saltem ob denegatum ius defensionis». Il Supremo Tribunale dichiara che spetta al tribunale che ha emesso la sentenza trattare della querela di nullità. Ritrattata la sentenza da parte del tribunale, esso giudica negativamente per il capo concordato dell'errore. All'attore sarà poi accordata la Commissione Pontificia della causa per il terzo grado di giudizio ad un tribunale tedesco.

Decreto 6 giugno 2002³¹

Un altro caso ancora è occorso fra i medesimi tribunali, quasi contemporaneamente al secondo. Il tribunale di primo grado giudica affermativamente per esclusione della prole da parte dell'attrice. Il medesimo tribunale di appello, senza alcun rinvio a ordinario esame, con semplice decreto dichiara nullo il matrimonio per il can. 1095, 2° sempre da parte dell'attrice e sentenza la conformità equivalente delle pronunce. Il medesimo vicario giudiziale provoca alla Segnatura Apostolica per vari motivi, fra cui la violazione del prescritto del can. 1514.

Il Supremo Tribunale sul presupposto che, da un lato, «haud decet fideles pati conscientiae angustias ob iustitiae ministrorum in Ecclesia praxim et abusum in suo officio adimplendō», dall'altro lato, che «in causa duplex, etsi difformis, iudicialis decisio habetur pro matrimonii nullitate» rescrive: «Ordinario competenti facultatem esse edendi documentum libertatis, adeo ut partes novas, si velint, nuptias quaeque celebrare queant, ceteris de iure servandis servatis».

La dottrina

³⁰ Cf prot. nn. 32428/01 VT e 34227/02 CP.

³¹ Cf prot. n. 32427/01 VT.

La dottrina postcodiciale appare divisa sulla facoltà del giudice di mutare *ex officio* i termini della controversia ed, in specie, il capo di nullità. Le posizioni dei singoli Autori e Commentatori sono a volte sfumate e differenziate nelle motivazioni e nelle distinzioni, quando un singolo Autore non precisa o muta il suo stesso avviso. Esse sono comunque raggruppabili nelle seguenti principali.

Favorevoli

La posizione degli Autori favorevoli alla facoltà del giudice di mutare *ex officio* i termini della controversia è stata senz'altro rafforzata e dilatata da un autorevole intervento, in cui ci si esprime con chiarezza a favore della facoltà in questione:

«Se ad un certo momento del giudizio, una volta che tutti gli atti sono stati esaminati ed una volta che le difese sono state presentate, sembra al giudice che il dubbio non fu formulato correttamente (*i.e.*, il *caput nullitatis* non fu ben formulato) e deve essere aggiunto un altro capo di nullità, che cosa deve fare il giudice, che cosa egli può fare?

Una simile circostanza fu prevista nelle norme speciali concesse ai Tribunali degli Stati Uniti d'America (28 aprile 1970). Quelle norme, non più in vigore dopo il Codice di Diritto Canonico del 1983, concedevano al giudice la facoltà di aggiungere un altro capo di nullità durante il processo [...] anche nella fase della discussione/deliberazione della causa. Ciò obbligava naturalmente il giudice ad emettere un decreto [...]

Ci si potrebbe chiedere se una simile facoltà potrebbe essere congruente con il Codice attuale. Non esito a rispondere: sì. Bisogna prendere in considerazione i canoni seguenti [...] 1677, § 2 [...] 1452, § 1 [...] 1452, § 2 [...] 1513, § 1 (i termini della controversia sono stabiliti con decreto del giudice, basato sulle richieste delle parti come pure sulle loro risposte)³².

Sulla stessa posizione appaiono J.M. Serrano Ruiz³³, A. Mendonça³⁴, Colantonio³⁵ e Wrenn³⁶.

Contrari

M.J. Arroba Conde³⁷, C.A. Cox³⁸, J.J. García Faílde³⁹, M. Hilbert⁴⁰, Kl. Lüdicke⁴¹, P.V. Pinto⁴², Fr.J. Ramos⁴³, A. Stankiewicz⁴⁴, G.D. Yanus⁴⁵.

³² M.FR. POMPEDDA, «Decisione-Sentenza nei processi matrimoniali: del concetto e dei principi per emettere una sentenza ecclesiastica», in ID., *Studi di diritto processuale canonico*, Milano 1995, 172, oppure «Decision-Sentence in Marriage Trials: On the Concept and Principles for Rendering an Ecclesiastical Sentence», in *Quaderni Studio Rotale V* [1990], 84.

³³ J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo», cit., *passim*.

³⁴ Cf A. MENDONÇA, «Practical Aspects of Using Multiple Grounds in Formal Marriage Nullity Cases», *Studia canonica* 30 (1996) 102: «more probable and truly reflective of the spirit of canon law».

³⁵ Cf R. COLANTONIO, «La litis contestatio», in *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994², 491-538, *passim*.

³⁶ Cf L. WRENN, *Procedures*, Washington 1987, 40.

³⁷ Cf *Diritto processuale canonico*, Roma 1996³, 343-345; 2001⁴, 357-359. Mentre la posizione dell'A. è rigida e invariata nel caso di una sentenza che decida «senza riformulare il dubbio emergente», sul caso della riformulazione del dubbio nel corso dell'istruttoria la posizione è più flessibile. Ne è segno l'aggiunta introdotta sull'argomento nella IV edizione del manuale: «La formulazione di un nuovo dubbio "ex officio" contraddice la condizione relativa alla necessaria istanza di parte, stabilita per la validità al can. 1514; orbene, poiché il decreto con il nuovo dubbio deve

Valutazione processuale del mutamento *ex officio* dei termini della controversia

La valutazione processuale del mutamento (illegittimo) dei termini della controversia non è univoca, in quanto può comportare figure processuali diverse⁴⁶. Lasciando da parte fattispecie minori⁴⁷, si procederà dalla più grave alle altre di minor impatto sul processo.

*Nullità insanabile della sentenza per ultrapetizione (cf can. 1620, 4°)*⁴⁸

Il grave effetto della nullità insanabile, per ultrapetizione discende dal noto principio fondamentale⁴⁹ su cui si struttura tutto l'ordinamento giuridico: «Nullus iudex sine actore». Si tratta

essere notificato, permettendo l'impugnazione, l'inattività o il consenso espresso delle parti sul nuovo dubbio supera la condizione riferita» (*ibidem*, 2001⁴, 358).

³⁸ «While enjoying a great deal of autonomy in managing the trial, a judge cannot change the ground without such a request» (*New Commentary on the Code of Canon Law*, New York - Mahwah 2000, 1663).

³⁹ Cf *Nuevo derecho procesal canónico. Estudio sistemático-analítico comparado*, Salamanca 1995³, 383 note 47-48. Nella trattazione sistematica però l'A. sembra richiedere un'applicazione «con sentido de equidad» del «mecanismo excepcional previsto para el cambio sustancial de la misma fórmula de dudas» (*ibidem*, p. 110; il corsivo è nostro). Anche nei formulari proposti nel testo l'A. precisa che essi si usano per il «cambio de los términos de la controversia previamente fijados consistente en el cambio de la acción» (*ibidem*, pp. 383-386; il corsivo è nostro).

⁴⁰ Cf M. HILBERT, «La contestazione della lite (Cann. 1513-1516, 1677)», *Forum* 4/2 (1993) 74.

⁴¹ «Es ist keine Änderung des Streitgegenstandes von Amts wegen vorgesehen, auch nicht in Sachen, die dem Amtermittlungsgrundsatz (Offizialmaxime) unterliegen» (KL. LUDICKE, in MK, cit., 1514, 5). Si prescinde dell'opinione dell'A. in merito all'oggetto del giudizio nel caso di *causae de statu personarum* (cf *ibidem*, 1514, 5, 9; Einführung vor 1513, 15), che renderebbe pressoché inutile il prescritto del can. 1514.

⁴² Cf *I processi*, cit., 253-254. Esplicita che le condizioni di cui al can. 1514 sono *ad validitatem* e che il giudice non può *ex officio* procedere «per la natura del giudizio contenzioso» (p. 254).

⁴³ Cf *I tribunali ecclesiastici*, cit., 358-359.

⁴⁴ Cf *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di P.V. Pinto, Roma 1985, *ad canonem*. Di parere diverso in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico IV/2*, Pamplona 1997², *ad canonem*: «No obstante, en las causas de interés público, como en las de nulidad matrimonial, no se excluye que pueda llevarse a cabo el cambio de los términos, incluso de oficio, por parte del juez (cfr c. 1452 § 1), siempre que se cumplan, evidentemente, las demás condiciones previstas por el c. 1514» (*ibidem*, p. 1241).

⁴⁵ Cf G.D. YANUS, «Change of grounds after joinder of issue», in *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions 1995*, 106-107.

⁴⁶ Non sempre è interesse della giurisprudenza, tesa alla soluzione del singolo caso sottoposto, distinguere adeguatamente fattispecie normative ed effetti. Non è raro il caso in cui le violazioni delle norme processuali sono così gravi, che superano la «raffinata» distinzione codiciale delle *causae nullitatis* del canone 1620. Non è parimenti raro che si sovrappongano motivazioni diverse per fondare la querela di nullità di una decisione giudiziale, come pure che la violazione delle norme processuali inerenti al mutamento dei termini della controversia sia (con)causa della *nova causae propositio* o dell'*admissio ad ordinarium examen* (cf in *una Campifontis in Illinois, Confirmationis sententiae, coram MONIER*, 24 luglio 1996, in *La procedura matrimoniale abbreviata [can. 1682 § 2 e art. 58 § 2 delle norme rotali]*, Città del Vaticano 1998, 121-122) piuttosto che della nullità della decisione. E nell'ambito della *nova causae propositio* o dell'*admissio ad ordinarium examen* non è richiesta tutta l'acribia necessaria invece per la dichiarazione di nullità di una decisione giudiziale.

di un principio talmente radicato che si prevede di ricorrere, nel caso in cui si avverta la necessità di un suo superamento, all'intervento del promotore di giustizia, che funge da attore, là dove l'interesse alla pronuncia giudiziale è (esclusivamente) pubblico (cf can. 1674, 2°).

Il nuovo Codice ha inteso positivizzare questo principio nel can. 1620, 4°, togliendo così la giurisprudenza da qualche imbarazzo⁵⁰:

«Sententia vitio insanabilis nullitatis laborat, si [...] iudicium factum est sine iudiciali petitione, de qua in can. 1501 [...]»⁵¹.

A nessuno sfugge che la sanzione di nullità è legata all'assenza di una precisa petizione o domanda: si tratta della «iudicialis petitio, de qua in can. 1501». Si deve interpretare che cosa sia questa *petitio* e l'interpretazione dovrà essere stretta, trattandosi di una sanzione di nullità, che è cosa indubbiamente odiosa (can. 18).

Il can. 1501 menziona la «petitio, ad normam canonum, proposita [...] ab eo cuius interest, vel a promotore iustitiae». Gli elementi della *petitio* menzionati sono due: la sua proposizione «ad normam canonum» e il soggetto abilitato. Di questi elementi si dovrà tenere conto, seppur in senso stretto, anche per il fatto che il can. 1620, 4° chiama la *petitio* «iudicialis».

Perché si dia nullità insanabile *ex can. 1620, 4°*, sarà pertanto necessario e sufficiente che la domanda

- non sia *iudicialis*: una domanda posta fuori dal giudizio, *de relato*, non è sufficiente a sostenere una decisione giudiziale⁵²;
- non sia «proposita»: una domanda giudiziale, cui la parte abbia solo acceduto o acconsentito, non configura la *propositio* che il prescritto richiede; *a fortiori* se le parti, entrambi i coniugi, si siano espressamente opposti ad un nuovo capo di nullità⁵³;

⁴⁷ Cf *Bonaëren., Nullitatis matrimonii. Rationis prosecutionis appellationis, coram CORSO*, 13 giugno 1990, in DS VIII, 112-114: si tratta del caso in cui in appello, dopo la concordanza del dubbio secondo i due capi di nullità su cui il tribunale di prima istanza aveva pronunciato negativamente, viene richiesta l'introduzione di un nuovo capo di nullità e, senza nulla decidere su questa richiesta, la sentenza conclude affermativamente per tutt'e tre i capi. Il Turno rotale ritiene innanzitutto che siano stati violati e il can. 1683 e il canone 1514, che «sub poena nullitatis» richiedevano l'ammissione e la concordanza. In secondo luogo afferma che la sentenza più che nulla si deve considerare «pro infecta». In tal modo si ammette la causa all'appello ordinario sui due capi di nullità.

⁴⁸ Cf *Quercopolitan., Nullitatis matrimonii. Novas causas propositionis, coram FALTIN*, 10 aprile 1987, in DS V, 71 n. 10; *Petropolitana in Insula Longa, Nullitatis matrimonii. Confirmationis sententiae, coram DORAN*, 15 dicembre 1988, in DS VI, 235-240; *Brunen., Nullitatis matrimonii. Novae causae propositionis, coram FALTIN*, 16 gennaio 1990, in DS VIII, 22-28.

⁴⁹ Non pare comunque che possa essere qualificato come principio di diritto naturale, perciò inderogabile. Si tratta piuttosto di un principio di altissima convenienza giuridica, coerente con le esigenze di tutela dell'imparzialità del giudice.

⁵⁰ Pur nella lucidità del modo di procedere e nella considerazione della concretezza della fattispecie, si avverte la carenza di tipizzate prescrizioni legislative o normative in un decreto in *una Neapolitana. Nullitatis matrimonii. Praeindicialis: nullitatis sententiae et avocationis, coram STANKIEWICZ*, 4 giugno 1980, pubblicata nella parte *in iure* in A. STANKIEWICZ, «De nullitate sententiae 'ultra petita' prolatae», *Periodica* 70 (1981) 221-235.

⁵¹ Non pare si possa dare rilevanza giuridica, pertanto, all'espunzione dal can. 1607 dell'espressione «a litigantibus proposita», che invece figurava nel can. 1868 § 1 CIC17; in forma dubitativa cf J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo», cit., 373.

⁵² Difficilmente «petitio iudicialis» potrebbe essere interpretata come la *petitio* sanzionata nel decreto giudiziale della *contestatio litis*.

⁵³ Cf *una Medellen., Nullitatis matrimonii*: decreto *coram POMPEDDA*, 19 luglio 1982; sentenza *coram POMPEDDA* (SERRANO extensor), 24 gennaio 1984, in *RRTDec.* LXXVI, 34-43. Il matrimonio era stato dichiarato nullo in I istanza per esclusione dell'indissolubilità e *ob condicionem*; in secondo grado il tribunale aveva sentenziato affermativamente *ex defectu consensus*. «[A]mborum coniugum oppositio agendo capiti defectus consensus absque dubio aequat absentiam petitionis iudicialis (sine qua nullum exstare potest iudicium), necnon dicit in casu non exstare partem atricem neque conventam (atque ideo non esse iudiciale contradictorium); utrumque eiusmodi oppositio idem valet ac

- non sia dell'interessato o abilitato: una domanda proposta in giudizio da un soggetto non abilitato non è in grado di sostenere la decisione giudiziale.

È da notare accuratamente, pertanto, che la *iudicialis petitio*, di cui al can. 1620, 4°, non si identifica o, meglio, non si esaurisce con il «*libellus litis introductorius*», né in quanto presentato né in quanto accettato, e neppure con la «*contestatio litis*» o con i dubbi concordati e/o formulati.

La collocazione del can. 1501 fa pensare ad una disposizione generale, per cui ogni e qualsiasi *petitio proposita a legitimo* è sufficiente a garantire legittimità alla pronuncia giudiziale. Così sono sufficienti, per fare alcuni esempi, le *petitiones* presenti nel libello, ma non accolte nella *contestatio litis*⁵⁴; implicite nel libello; nelle «*responsiones*» della *contestatio litis*; il cui fondamento emerge solo dal processo (cf can. 1505 § 2, 4°); presentate formalmente durante il processo; chiamate «*conclusiones*» e formulate perciò dopo la fase istruttoria, prima della definizione della sentenza⁵⁵.

«*Petitio actoris regulariter proponitur in libello [...] et litiscontestatione magis determinatur [...] post litiscontestationem mutari potest, sive explicite [...] sive tacite si partes excipiendo, replicando, probando transeant ad aliam materiam. Sententia autem, quae excedit ultra petita partium formaliter statuta litiscontestatione vel aequivalenter in processu, est nulla. Ultra petita partium excedit [...] non vero sententia, quae pronuntiat de iis, quae virtualiter in petitione contineantur [...]*»⁵⁶.

Una possibile difficoltà potrebbe provenire a queste posizioni dall'inciso del canone 1501 «*ad normam canonum*»: è capace di sostenere la legittimità della sentenza solo una *petitio* presentata *ad normam canonum*, ossia per la quale sono rispettati tutti i singoli prescritti che si riferiscono a quella precisa domanda? Per addurre l'esempio che più da vicino attiene al nostro tema: si può chiedere il mutamento del dubbio e la normativa prevede, anche *ad validitatem*, una serie di condizioni e adempimenti (cf can. 1514).

Quid dicendum se una parte abilitata presenta la *petitio* di mutamento, cui non segue alcun adempimento: tale *petitio* si può ritenere capace *ad normam can. 1620, 4°* di sostenere una decisione giudiziale? A mio modo di vedere non v'è dubbio sulla sufficienza di questa *petitio*, per il profilo del can. 1620, 4°. Depone per questo l'interpretazione stretta, obbligatoria nel caso, e il richiamo del can. 1501, che menziona, a stretto rigore, solo la *petitio proposita*: non si richiede la *petitio recepta* o *accepta*.

causa absque actore; haud igitur exstat causa et proinde vel acta judicialia omnino nulla videntur» (decreto cit., n. 4 e). Il mutamento di capo avviene in II grado sotto il Codice precedente, ma i principi affermati sono assolutamente riferibili alla normativa vigente. Serrano manifesta perplessità sulla decisione rotale di cui fu estensore: «[P]ienso que se podría llegar en la disciplina vigente a defender la validez sustancial del proceder del Tribunal de segundo grado introduciendo y fallando el motivo que estimó cierto en el caso» (J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo», cit., 374).

⁵⁴ «Ratio est, quia nec in libello Actoris neque in concordatione dubii nulla fit mentio de vi et metu aut de exclusione boni prolis» (Brunen., *Nullitatis matrimonii. Novae causae propositionis, coram FALTIN*, 16 gennaio 1990, cit., p. 27, n. 15).

⁵⁵ Si può richiamare qui solamente l'attenzione su questo termine «*conclusiones*», presente nell'accezione che ci interessa, nei cann. 1593 § 1 e 1612 § 2. Per l'origine e la collocazione, nonché per i verosimili paralleli in ambito civile, pare almeno evocare la realtà di una petizione che si sviluppa dinamicamente in qualche forma con lo svolgersi dello stesso processo.

⁵⁶ A. HANSSSEN, «De sanctione nullitatis in processu canonico» [IV], in *Apollinaris* 12 (1939) 230-231; i corsivi sono nostri. Naturalmente l'A. sta considerando la nullità della sentenza.

Quid dicendum se una parte abilitata presenta durante il processo una *petitio* che di fatto muta, integra, corregge, modifica la *petitio* con cui si è aperto il processo? Anche in questo caso pare che, riguardo alla norma del can. 1620, 4°, sia sufficiente la proposizione della domanda, anche perché il prescritto del can. 1514 non pone preclusioni temporali alla proposizione di (mutamenti di) domande giudiziali.

*Nullità insanabile della sentenza per mancata definizione della controversia (cf can. 1620, 8°)*⁵⁷

L'invocazione di questo motivo di nullità insanabile permetterebbe di superare le strettoie del can. 1620, 4° con il suo riferimento alla *petitio*. Non pare però che possa trascurarsi nel nostro caso la locuzione «controversia», che non sembra possa semplicemente identificarsi con i «controversiae termini», di cui nella *contestatio litis* e poi nella *dubiorum formula*.

Nondimeno esistono decisioni rotali che si richiamano a questo prescritto per giungere alla definizione della nullità della sentenza:

«De iustitia naturali est ut obiectum controversiae bene definiatur in contestatione litis, ita ut pars conventa sciat de qua praecisa re agatur. Itidem est de iustitia naturali ut iudex dubio sic concordato respondeat. Illi fas non est, in sententia proferenda, proponere aut respondere alio [!] dubio nec terminos controversiae mutare»⁵⁸.

*Nullità insanabile della sentenza per negato diritto di difesa (cf can. 1620, 7°)*⁵⁹

La negazione del diritto di difesa è motivo per la sentenza di nullità insanabile, che deriva, a mio modo di vedere, direttamente dal diritto naturale. Comporta, come ognuno sa, non tanto l'esercizio concreto del diritto di difesa né, probabilmente, il pieno e integrale riconoscimento dell'esercizio del diritto, che può essere limitato in presenza di altri diritti tutelati ugualmente dall'ordinamento canonico.

Comprende invece la negazione del diritto di difesa, comunque di fatto avvenga: o tramite un'omissione di informazione o tramite la concreta messa in condizione di una parte di non poter esercitare lo stesso diritto.

Il mutamento dei termini della controversia può configurare tale lesione del diritto di difesa, soprattutto quanto al modo, al momento e alle circostanze in cui esso avviene.

Non pare che la negazione del diritto di difesa (almeno relativamente al can. 1620, 7°) consista nella mancata istanza di parte o nella mancata audizione di una parte in merito al mutamento della formula del dubbio⁶⁰: si tratta piuttosto della negazione della facoltà di difesa conseguita al mutamento del dubbio senza istanza di parte (o senza aver ascoltato le parti).

⁵⁷ Cf *Romana, Nullitatis matrimonii. Nullitatis sententiae, coram BURKE*, 4 maggio 1988, in DS VI, 100-102.

⁵⁸ *Romana, Nullitatis matrimonii. Nullitatis sententiae, coram BURKE*, 4 maggio 1988, in DS VI, 101, n. 4. Si trattava di una causa in cui, al dubbio concordato a norma del can. 1095, 2°, il tribunale di primo grado rispose con sentenza affermativa a norma del can. 1095, 3°.

⁵⁹ Cf *Quercopolitan., Nullitatis matrimonii. Novae causae propositionis, coram FALTN*, 10 aprile 1987, in DS V, 71 n. 10. Per un esempio nei tribunali locali, cf Tribunale di Stockton, 14 novembre 2001 (prot. n. 1186/02 SAT).

⁶⁰ Sembra puntare su questo, per esempio, *una Romana, Nullitatis matrimonii. Nullitatis sententiae, coram BURKE*, 4 maggio 1988, in DS VI, 101, n. 4; *una Camden., Nullitatis matrimonii. Nullitatis sententiarum, coram BURKE*, 21 giugno 1990, in DS VIII, 120, n. 9.

Difficilmente potrà essere invocata la negazione del diritto alla difesa qualora, come suggeriscono molti autori, che pure ammettono il mutamento della formula *ex officio*, si verifichi poi la reiterazione della *contestatio litis*⁶¹ o almeno la notificazione del decreto di mutazione, con la facoltà di manifestare la propria opposizione motivata.

Al contrario difficilmente potrà non esserci negazione del diritto alla difesa se il mutamento della formula del dubbio avviene nella stessa sentenza⁶². Anche in questo caso però non è stata riconosciuta la (manifesta) nullità della sentenza se «*ex actis clare patet factum iuridicum in sententia primae instantiae consideratum idem esse ac illud in decretum ratihibitionis perspectum, etsi iudices inter se non consentire videntur quoad nomen iuris eidem facto iuridico tribuendum*»⁶³. Nel caso, alla sentenza di primo grado «Consta della nullità del matrimonio per simulazione totale da parte dell'uomo attore [...] *Iam provisum* per la simulazione dei singula bona da parte del medesimo», aveva fatto seguito un decreto di conferma della medesima sentenza «*quatenus declarantem matrimonii nullitatem ex capite exclusionis boni fidei ex parte viri actoris*».

*Nullità sanabile della sentenza ex can. 1622, 5^o*⁶⁴

Sempre invece, a mio avviso, il mutamento dei termini della controversia che avvenga *ex officio* provoca la nullità sanabile della sentenza, in quanto questa si fonda su un atto nullo non sanato a norma del diritto.

Naturalmente dovrà trattarsi di vero mutamento dei termini della controversia e quindi del capo di nullità, non semplicemente di un mutamento di forma, che lasci inalterato il capo di nullità concordato ed espresso nella formula⁶⁵.

In una *Venetiarum, Nullitatis matrimonii, coram PINTO*, 31 maggio 1985, si è, per esempio, ritenuto che il mutamento *ex officio* del capo di nullità da «*incapacitatis actoris emittendi validum consensus*» a «*defectus consensus ex parte viri*» non configurasse violazione del prescritto del can. 1514: «*[P]raesumendum est minime intendisse illos [i.e., iudices] caput specificum per genericum caput mutare*»⁶⁶.

La querela di nullità dovrà naturalmente essere introdotta da parte di chi è legittimato ad agire⁶⁷. La sanazione della nullità della sentenza nel breve termine di tre mesi ne rende platonica,

⁶¹ J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo», cit., 372-373.

⁶² «Realmente la sentencia, como último eslabón de la cadena procesal, término y remate al que se ordenan cualesquiera otros trámites y todos ellos, parece poco apta para determinar por sí misma, y dentro de su propia estructura como acto judicial autónomo, el objeto de la controversia» (J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo», cit., 373).

⁶³ SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, decretum idibus martii 1999 [sic], in una *Baren-Bituntina, Nullitatis matrimonii, Querelae nullitatis insanabilis adversus decretum Rotale*, prot. n. 29196/98 CG. È necessario però di nuovo accuratamente annotare che questa decisione del Supremo Tribunale è stata presa esplicitamente in base al diritto proprio del medesimo, secondo cui «*[q]uerela nullitatis contra sententiam rotalem proponi potest [...] dummodo vitia ibidem recensita manifeste appareant. In dubio recursus fundamento destitutus habendus est*» (art. 19 *Normae Speciales*): cf p. 3 decreto citato.

⁶⁴ «In the absence of any of these steps, an alteration of the ground is invalid; any subsequent decision is vulnerable to a complaint of remediable nullity under canon 1622, 5^o» (COX C.A., «Ad c. 1514», in *New Commentary on the Code of Canon Law*, cit., 1664).

⁶⁵ Si potrebbe considerare come guida in questa distinzione il prescritto del can. 1731, 1^o CIC17 che enumerava alcuni mutamenti del libello, in forza dei quali «*libellus non censetur mutatus*».

⁶⁶ *RRTDec.*, LXXVII, 279, n. 3. La referenza è data a FR. ROBERTI, «*Quaestiones quaedam de identificatione actionum ob vitia consensus in causis matrimonialibus*», in *Consultationes Juris Canonici* I, Romae 1934, p. 259.

⁶⁷ Cf decreto in una *Kigalen, Nullitatis matrimonii. Praeliminaris ratihibitionis sententiae*, 17 marzo 1981, in cui il difensore del vincolo ha ritenuto di non eccepire la violazione della legge nel mutamento *ex officio* del capo di nullità

ma non impossibile, la rilevabilità d'ufficio⁶⁸. Trascorso il termine per ricorrere e senza che vi siano vizi maggiori, la nullità è sanata, pur rimanendo il fatto oggettivo della irregolarità intervenuta⁶⁹, sanzionabile in via disciplinare.

Valutazione processuale delle ragioni a favore e contro il mutamento *ex officio* dei termini della controversia

A favore

Le ragioni addotte per giustificare tale modo di procedere del giudice ecclesiastico nel processo di nullità non convincono. Esse sono principalmente le seguenti: «Iura novit Curia», spetta perciò al giudice dare il *nomen iuris* alla petizione presentata; nella *contestatio litis* il giudice gode della facoltà di stabilire *ex officio* il dubbio; nelle cause matrimoniali l'oggetto è la nullità del matrimonio; nelle cause matrimoniali vi è molto spesso una convergenza dei capi di nullità; le cause matrimoniali hanno natura pubblica; la necessaria ampiezza della domanda giudiziale; l'ampiezza dei poteri del giudice nell'istruttoria (can. 1452).

Contro

La rigida normativa vigente sul mutamento del capo di nullità matrimoniale, in connessione con la normativa più vasta che attiene alla determinazione del medesimo capo, intende evitare gli ovvi pericoli insiti in una disinvolta gestione dei dubbi e della loro formulazione.

Il diritto alla difesa può risultare anche gravemente menomato (ancorché non «denegato»: cf. can. 1620, 7°) dal fatto che un oggetto giudiziale sia definitivo solo ad istruttoria conclusa o anche solo avanzata: le possibilità di difesa, soprattutto della parte convenuta, possono di fatto essere

per il fatto che la parte attrice si era detta d'accordo col mutamento e la parte convenuta implicitamente era stata informata, avendo risposto alle domande sul nuovo capo nell'istruttoria.

⁶⁸ Anche le parti pubbliche (difensore del vincolo e promotore di giustizia) possono proporre querela di nullità entro i tre mesi dalla notizia della pubblicazione della sentenza. Si tratta ovviamente delle parti pubbliche del tribunale *a quo*, ma potrebbero essere anche le parti pubbliche del tribunale *ad quod* (nel caso che la causa passi al grado superiore). Non vi è alcun problema se queste ultime parti pubbliche sono chiamate a proseguire la querela proposta entro i termini dalle parti pubbliche del tribunale *a quo*. Ma che dire del termine per proporre querela qualora le parti pubbliche del tribunale *a quo* non proponessero querela? Le parti pubbliche del tribunale *ad quod* possono proporre querela solo se la causa perviene loro entro tre mesi dalla pubblicazione della sentenza oppure è sempre proponibile nei tre mesi da quando la sentenza (impugnata) è loro notificata?

Per la rilevazione d'ufficio da parte del giudice si deve distinguere. Per il giudice che ha emanato la sentenza medesima v'è il prescritto, pur oscuro, del can. 1626 § 2, che permette la ritrattazione. Per il giudice *ad quem*, cui sia stata eventualmente trasmessa la causa, non si vedrebbe ragione per impedire la rilevazione *ex officio* della nullità sanabile. Per i termini il problema si pone in modo analogo a quanto detto sopra per le parti pubbliche. Ma la questione meriterebbe maggiore approfondimento.

⁶⁹ Cf, per esempio, le proteste in un decreto di ratifica in una *Matriten.*, *coram* PANIZO ORALLO: «[...] por razones de equidad y hasta de economía procesal, para no perjudicar a las personas que no son culpables de la falta de diligencia y sobre todo de precisión del tribunal y censurando como incorrecta, al menos materialmente, la conducta del tribunal de primera instancia, optamos por considerar que, si no explícitamente, al menos implícitamente ha entrado en este caso el capítulo de la falta de consentimiento por incapacidad de la esposa» (ID., *Temas procesales y nulidad matrimonial*, cit., 978).

intaccate perché non ha potuto su quell'oggetto intervenire proponendo prove diverse o opponendosi adeguatamente nel corso dell'istruttoria⁷⁰.

Risulterà in non pochi casi difficile per lo stesso giudice "leggere" le carte processuali, indirizzate nell'istruttoria alla ricerca di una determinata certezza morale, nell'ottica, in misura maggiore o minore, diversa, determinata dal nuovo capo introdotto *ex officio*⁷¹. Diventerà facilmente necessario un supplemento di istruttoria, riconvocare alcuni testi o le parti, con tutte le conseguenze del caso.

Esiste, inoltre, il reale pericolo che, data la facilità di mutamento (anche *ex officio*) del capo di nullità, si ingeneri una pericolosa leggerezza nello stabilirlo in partenza nella *litis contestatio*⁷². Si è osservato, in qualche tribunale, che, introdotta la prassi del mutamento *ex officio* del capo di nullità, si è avuta poi in breve tempo una radicalizzazione del fenomeno, col moltiplicarsi dei mutamenti e col loro progressivo ritardare verso la fase decisoria.

La funzione medesima dell'avvocato di parte viene mortificata, in quanto proprio fra i suoi compiti professionali si annovera l'attenzione all'evolversi dell'istruzione in relazione ai capi concordati. Per certi aspetti pare che il mutamento *ex officio* del capo di nullità concordato presupponga o prelude ad un processo senza avvocati.

Anche un A. attento alle esigenze che potrebbero richiedere un mutamento *ex officio* del capo di nullità matrimoniale concordato, e sagace nell'indicare le argomentazioni a supporto, non si perita di elencare, seppur telegraficamente, anche le gravi ragioni che militano contro una tale prassi: «la protección legal al matrimonio [...] impide una imprecisa y poco clara impugnación de su validez»⁷³; «la certeza de los derechos pacíficamente poseídos y más aún de los que afectan el estado jurídico de las personas»⁷⁴; «el carácter estricto de la interpretación de las leyes irritantes»⁷⁵; «la inútil prolongación de los pleitos»⁷⁶; «la sensación de que la inconsistencia de una verdadero motivo de nulidad se intenta disimular por la acumulación de varios»⁷⁷.

Non si deve poi trascurare la ragione di cautela che risiede nel *periculum praecavendum* di una nullità insanabile della sentenza⁷⁸, qualora, com'è facile che avvenga, il mutamento *ex officio* sfoci nell'ultrapetizione della sentenza.

⁷⁰ Non si può condividere l'opinione secondo cui l'attuale sistema processuale dia sufficienti mezzi di difesa alle parti senza ricorrere alla necessaria determinazione di un capo di nullità e alla conseguente proibizione di un suo mutamento, se non a determinate condizioni (cf can. 1514) (cf KL. LÜDICKE, in MK, Einführung vor 1513, 18). Lo spettro dell'istruttoria, infatti, sarebbe talmente vasto che per le parti sarebbe un'impresa disperata la difesa. Né vale affermare che la parte potrebbe rispondere adeguatamente a tutti e singoli i fatti e prove addotti nell'istruttoria: i fatti senza la loro qualificazione, ancorché provvisoria, non sono idonei a supportare un'adeguata difesa. Si pensi, per fare un esempio, all'infedeltà. Fatti possono essere addotti dalla parte attrice. La linea di difesa, anche in ordine all'adduzione di prove proprie contrarie, è ben diversa se è contestata l'esclusione della fedeltà o invece l'incapacità alla fedeltà.

⁷¹ «[L]a difuminación de las pruebas con objeto de hacerlas servir en varios campos»: J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo», cit., 377.

⁷² «[L]a falta de profundización en los puntos concretos, ya que cabrá modificarlos» (*ibidem*).

⁷³ *Ibidem*, p. 351.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 377.

⁷⁷ *Ibidem*.

Soluzioni "pratiche"

Una volta esclusa la facoltà del giudice di mutare il dubbio *ex officio*, rimane da dare una soluzione efficace all'*impasse* reale che si rileva in quelle cause di nullità in cui, ad un certo punto del processo, si rileva l'inadeguatezza del capo concordato e l'adeguatezza (probabile o certa) di un altro capo di nullità non concordato.

Le principali soluzioni prospettate dalla dottrina e/o dalla giurisprudenza sono le seguenti.

Intervento sollecitato del difensore del vincolo

Non si vede come il difensore del vincolo possa, compatibilmente con il suo compito e la sua funzione istituzionale, intervenire, su suggerimento e stimolo di chicchessia, nella richiesta di un mutamento dei termini della controversia. Se ciò infatti avviene è certamente *in favorem nullitatis*, verso cui il difensore del vincolo non è abilitato ad agire⁷⁹.

Intervento sollecitato del promotore di giustizia

Potrebbe essere considerato l'intervento più corretto formalmente. Corrisponderebbe senz'altro alla natura di parte che il promotore di giustizia può rivestire nel processo (cf can. 1674, 2°)⁸⁰ e in un certo senso alla stessa funzione del promotore di giustizia sia in ordine al rispetto della legge processuale sia in ordine al rispetto della giustizia sostanziale.

«Dilata»

Qualora la parte sia assistita da un patrono e l'esigenza del mutamento del dubbio venga avvertita solo in sede di decisione, potrebbe avere una qualche utilità stabilire un «dilata», senza indicazione alcuna di motivazione o di supplementi istruttori. Non dovrebbe essere difficile per il patrono intuire quanto la maggioranza dei giudici del collegio, esaminati gli atti, ritiene.

Nell'incertezza, nel caso cioè in cui non fosse chiaro il dubbio diverso su cui i giudici del collegio intenderebbero convergere, il medesimo patrono potrebbe avanzare la richiesta di mutamento del dubbio *ad nutum iudicum*. La formula infatti «ad instantiam partis» del can. 1514 non richiede per sé che sia una parte a suggerire al collegio («Iura novit Curia») quale mutamento del dubbio debba intervenire, bensì a permettere che un mutamento del dubbio possa intervenire. Nulla impedisce che in questa richiesta siano poste condizioni e limiti.

Non parrebbe da escludere neppure che, con il «dilata», gli stessi giudici possano suggerire *si et quatenus* un ampliamento o comunque un mutamento della formula del dubbio e già indicare, subordinatamente, adempimenti istruttori necessari⁸¹.

⁷⁸ In senso conforme cf A. STANKIEWICZ, *can. 1514*, in *Comentario*, cit., 1242.

⁷⁹ «Desta preoccupazione che il difensore del vincolo [...] agisca contro il vincolo come appare, per esempio, dalla sentenza nella medesima causa, nella quale si legge che il sostituto difensore del vincolo "chiedeva la riapertura dell'istruttoria con l'introduzione di un nuovo capo di nullità"» (SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, lettera 2 luglio 2001, prot. n. 31956/01 VT).

⁸⁰ Cf FR. J. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici*, cit., 359.

⁸¹ Cf *Romana, Nullitatis matrimonii, coram BURKE*, 12 dicembre 1996, in *RRTDec. LXXXVIII*, 804, n. 1, in cui risulta che il Tribunale del Vicariato aveva stabilito in sede di sessione: «Dilata et compleantur acta cum nova concordatione dubii iuxta can. 1095, n. 3: una cum nova peritia super actis relate ad novum caput concordatum». La sentenza non disapprova tale prassi.

Suggerimento del Giudice alla parte

È il rimedio più suggerito⁸² e, probabilmente, anche il più praticato. Forse non si può dire *contra ius*, ma solo *praeter ius*. Parrebbe però, nonostante il prescritto del can. 1452, *contra iuris spiritum* o *contra iuris processualis principia generalia*.

La sua attuazione concreta implica, infatti, l'allentamento quando non l'azzeramento di quella distanza del giudice dalle parti che è richiesta dalla sua funzione istituzionale ed è garanzia di imparzialità nel giudizio.

III. La mancata accettazione della rinuncia all'istanza⁸³

«Per essere valida la rinuncia deve essere fatta per scritto e deve essere sottoscritta dalla parte o dal suo procuratore, che sia tuttavia munito di mandato speciale, deve essere comunicata all'altra parte e da essa accettata o almeno non impugnata, e deve essere ammessa dal giudice» (can. 1524 § 3).

L'unico profilo di questo canone complesso, che interessa il nostro oggetto di studio, ossia i provvedimenti *ex officio* del giudice in relazione con la domanda giudiziale, attiene all'ammissione della rinuncia da parte del giudice. Essa infatti è annoverata, anche dalla dottrina, fra i requisiti *ad validitatem* della rinuncia.

L'istanza, nel momento in cui è incominciata e si è costituita, non è più disponibile alla parte che pure le ha dato l'impulso iniziale attraverso la domanda giudiziale. Alla rinuncia della parte attrice può subentrare nell'istanza la parte convenuta, che si fa in tal modo *pars diligentior*.

Secondo alcuni Autori il giudice, ammettendo la rinuncia o, corrispettivamente, non ammettendola, farebbe opera per così dire notarile, dichiarativa⁸⁴: sanzionerebbe la regolarità dell'iter che vede entrambe le parti *dominae* dell'istanza e esprimersi efficacemente sul destino della stessa.

Ma a questo ruolo notarile non si può non aggiungere anche un ruolo ulteriore che la lettera e la *ratio* della norma sembrano chiaramente sottintendere, ossia una indisponibilità dell'istanza anche di fronte all'accordo di entrambe le parti: il giudice può non ammettere la rinuncia all'istanza della parte attrice, anche di fronte all'accordo alla rinuncia della parte convenuta.

Ed ecco allora la questione: chi è, nel caso, parte attrice nel prosieguo dell'istanza? Forse il giudice che ha ritenuto di non ammettere la rinuncia?

⁸² «Der Richter, der aufgrund des Ablaufs der Beweisaufnahme erkennt, daß der Streitgegenstand so festgesetzt ist, daß ein ihm korrespondierendes Urteil weder der vollen Wahrheit noch der Gerechtigkeit dienen kann, ist durch 1514 darauf verwiesen, eine Partei zum Antrag auf Änderung des Streitgegenstandes zu bewegen» (KL. LÜDICKE, in MK, 1514, 5). Secondo il medesimo A. si tratterebbe più precisamente di un sotterfugio, «eine [...] der Wahrheitspflicht des Amtermittlungsverfahrens widersprechende "Lösung"» (*ibidem*). Cf pure S.J. LEDERHILGER, «Theorie und prozeßökonomische Praxis von „subordinate“ angeführten Klagegründen im Ehenichtigkeitsverfahren», in *Justitia in caritate*. Festgabe für Ernst Rößler zum 25jährigen Dienstjubiläum als Offizial der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Frankfurt 1997, 359.

⁸³ Per la rinuncia ad atti del processo, il ruolo *ex officio* del giudice rientrerebbe fra i poteri recensiti nel can. 1452.

⁸⁴ «Il giudice deve dichiararla [= rinuncia] ammessa con suo decreto» (P.V. PINTO, *I processi*, cit., 268).

Non ritengo che il giudice possa non ammettere la rinuncia e proseguire *ex officio* l'istanza. Deve far intervenire una parte pubblica⁸⁵ e, in caso di rifiuto, dichiarare perenta o rinunciata o, comunque, cessata l'istanza.

Molto dubbia è la possibilità di far intervenire il difensore del vincolo, che nel caso si farebbe promotore, contro lo statuto del proprio ufficio, della nullità del matrimonio. Non si escludono casi in cui ciò potrebbe mostrarsi ragionevole: si pensi alla rinuncia presentata dall'attore di fronte all'insuccesso completo dell'istruttoria in primo grado o di fronte alla aggressiva e efficace azione di difesa svolta in secondo grado dalla parte convenuta che ha purgato la sua contumacia. In questi casi il difensore del vincolo proporzionerebbe una pronuncia che si prevede con ampia probabilità negativa.

Più pertinente è l'intervento del promotore di giustizia, che il giudice nel caso potrebbe e dovrebbe chiedere, poiché con l'inizio dell'istanza ben difficilmente potrà darsi che la nullità non sia già stata divulgata (cf can. 1674, 2°).

IV. La pronuncia della sentenza dopo l'interruzione dell'istanza

«Se poi un coniuge muore durante il processo, si osservi il can. 1518» (can. 1675 § 2).

«Se una parte contendente muoia [...] a causa conclusa, il giudice deve procedere oltre, dopo aver citato il procuratore, se vi sia, altrimenti l'erede del defunto o il successore» (can. 1518, 2°).

Nel caso in cui il fatto interruttivo avvenga dopo l'emissione del decreto di conclusione in causa (cf can. 1599 § 3), l'istanza non viene interrotta (né sospesa), ma il giudice deve procedere oltre *ex officio*, ovvero al dibattimento e alla definizione della causa, dopo aver citato il procuratore, l'erede o il successore del defunto.

L'interruzione dell'istanza di cui si sta trattando è menzionata nel can. 1675 § 2⁸⁶, che attiene a peculiarità del processo di nullità matrimoniale: «*Si autem coniux moriatur pendente causa, servetur can. 1518*». Ciò significa che al verificarsi del fatto interruttivo della morte di una parte (coniuge) nel processo matrimoniale, si deve procedere secondo la normativa generale: non si danno pertanto nel caso norme speciali.

Nella prassi però (anche giurisprudenziale) si verificano resistenze alla parificazione richiesta esplicitamente dal prescritto codiciale. E i principali punti controversi riguardano

- **la possibilità che il giudice avrebbe di procedere *ex officio* nella trattazione della causa fino alla sentenza, qualora vi veda una ragione di bene pubblico (can. 1452), anche se la morte del coniuge preceda la conclusione in causa.** In questo caso, pur non escludendo astrattamente l'applicabilità del can. 1452, parrebbe più convincente e corretta l'attivazione del

⁸⁵ «Nelle cause di interesse privato il giudice ammette sempre la rinuncia, mentre in quelle di diritto pubblico può deputare il promotore di giustizia o il difensore del vincolo, se non partecipano ancora al processo, a sostituire l'attore nel proseguire l'istanza» (M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, cit., 366-367).

⁸⁶ Nel can. 1675 § 1 si nega la possibilità di instaurare un processo di nullità matrimoniale dopo la morte di un coniuge, se la nullità del medesimo non fu oggetto di giudizio mentre erano viventi entrambi i coniugi. Tutta quest'ampia problematica non attiene alla tematica della interruzione dell'istanza (cf *pars statica*).

promotore di giustizia, abilitato, per il can. 1674, 2° e per il can. 1518, a chiedere la riassunzione della causa matrimoniale di nullità;

- l'esclusione⁸⁷ o, al limite, la facoltatività⁸⁸ per il giudice di procedere *ex officio* fino alla sentenza definitiva sulla nullità matrimoniale, qualora la morte del coniuge sopravvenga al decreto di conclusione in causa. Anche in questo caso prevale il prescritto esplicito del can. 1675 § 2, che non ammette altra possibilità al giudice che di procedere fino alla sentenza. In pratica però parrebbe bene aspettare un impulso di parte.

V. La prosecuzione dell'istanza dopo il decreto di ammissione ad ordinario esame

«Admitti nequit praxis iuxta quam tribunal appellationis post decretum quo causam ad ordinarium examen novi gradus admittit, ad contestationem litis et ad discussionem decernendam non procedit et, transactis sex mensibus a praefato decreto, peremptionem instantiae decernit ob assertam inertiam partium» (SSAT, *declaratio in una Sanctissimae Conceptionis*, 26 gennaio 1996, prot. n. 26320/95 VT)⁸⁹.

Dopo che il giudice ha ammesso la causa ad ordinario esame secondo il can. 1682 § 2, a chi spetta dare l'ulteriore impulso per la prosecuzione?

Nel caso ordinario di appello, tale impulso è costituito, appunto, dall'interposizione e dalla prosecuzione dell'appello, dopo i quali, spetta al giudice citare le parti per la concordanza del dubbio e, quindi, procedere alla formulazione del dubbio stesso. Si potrebbe ritenere questa prassi anche nel caso in cui, nella procedura abbreviata di cui al can. 1682 § 2, una parte abbia proposto un appello, da trasmettere cogli atti al tribunale d'appello a norma del can. 1682 § 1.

Ma che dire se nessuna parte ha proposto appello e nella procedura abbreviata di cui al can. 1682 § 2 il giudice ammette ad ordinario esame?

Secondo alcuni interventi della Segnatura Apostolica al giudice incomberebbe, dopo il decreto di ammissione ad ordinario esame, di procedere senza impulso di parte alla *litis contestatio*. Anzi, al medesimo giudice incomberebbe anche una qualche interpellanza processuale delle parti, così che la perenzione non potrebbe verificarsi senza una tale interpellanza. La forma di questo intervento non è di interpretazione univoca⁹⁰.

⁸⁷ Nella normativa precedente in questo senso si esprimeva PM 222 § 1: «Si ex authenticis documentis constet, pendente causa et sententia nondum prolata, mortuum esse alterutrum coniugum, acta reponantur in archivio, et ad decisionem ne deveniatur nisi alter coniux aut defuncti heres instent gravibus de causis, ut puta ad prolem forsan ex attentato matrimonio natam legitimandam vel ad hereditatem consequendam (cfr. can. 1972). Hisce in casibus appellationem interponere et prosequi iidem possunt».

⁸⁸ Cf V. PALESTRO, «L'istanza della lite (cann. 1517-1525)», in *Il processo matrimoniale*, cit., 549: «Anche motivi di convenienza possono indurre il giudice a riporre gli atti in archivio in attesa della richiesta degli interessati per non arrecare pregiudizio o danno alla parte superstite od anche agli eredi».

⁸⁹ In modo non dissimile cf SSAT, *epistula in una Salten*, 6 ottobre 1997, pp. 2-3.

⁹⁰ «Si iudex, post dubium concordatum, partibus significaverit instructionem suppletivam necessariam esse [...]» (SSAT, *epistula in una Salten*, 6 ottobre 1997, pp. 3). Si potrebbe chiedersi se non basti la motivazione del decreto di rinvio a ordinario esame. Certo non appare *ad rem* l'invito seguente: «Etiam si iudex censeat in casu procedendum non esse ex officio ad probationes complendas, iuvat (quamvis id a iure expresse non praescribatur) post contestationem litis partibus facultatem concedere ut, si velint, novas probationes ad normam can. 1639 § 2, intra terminum a iudice praefinitum exhibeant» (SSAT, *declaratio in una Sanctissimae Conceptionis*, cit.). In un'altra causa la Segnatura

Questa posizione, senz'altro aderente ad alcune concrete necessità dell'attività processuale, si espone però al rischio di un processo che avanza senza che la parte abbia manifestato alcuna volontà petitoria o richiedendo che la stessa manifesti volontà recessoria per far decadere l'attività processuale che continua officiosamente anche dopo l'ammissione «ad ordinarium examen novi gradus».

Più equilibrato appare l'articolo 58 § 2, secondo capoverso, delle *Normae* vigenti della Rota Romana: «In altero et tertio casu [ossia dopo il decreto di ammissione ad ordinario esame], Ponens, cognita partium voluntate de iudicio proseguendo, causam ulterius curabit, iuxta § 1 huius articuli», ossia darà il decreto «de dubio vel dubiis disceptandis»⁹¹.

Conclusioni

Le norme processuali sono poste a garanzia di valori che non sono disponibili alle parti che intervengono nel processo. Non sono spesso emanazione diretta del diritto naturale; spesso la loro violazione non provoca una nullità insanabile della sentenza; a volte le loro violazioni sono sanate. Non per questo, tuttavia, possono essere considerate *ad nutum*; e ciò neppure per il fatto che vi sia la possibilità di prevedere normative diverse *de iure condendo*.

La forma nel diritto processuale è la sostanza. Dice Pio XII nell'Allocuzione all'allora Sacra Rota Romana:

«Per rendere sicura la oggettività di questa certezza, il diritto processuale stabilisce ben definite regole d'inchieste e di prove. Si richiedono determinate prove o corroboramenti di prove; altre sono invece indicate per insufficienti; si costituiscono speciali uffici e persone, incaricati durante il procedimento di tenere innanzi agli occhi, affermare e difendere determinati diritti o fatti. Che cosa è questo se non un giusto formalismo giuridico [...]?»⁹².

L'alternativa al formalismo è l'arbitrio. Lo dice Paolo VI nell'Allocuzione all'allora Sacra Romana Rota del 28 gennaio 1971: «Nel giudizio canonico v'è certamente un sano formalismo giuridico da seguire: altrimenti regnerebbe l'arbitrio, con danno gravissimo degli interessi delle anime»⁹³.

E Giovanni Paolo II ha confermato nella sua prima allocuzione al medesimo Tribunale, il 17 febbraio 1979: «Il grande rispetto dovuto ai diritti della persona umana, i quali devono essere tutelati con ogni premura e sollecitudine, deve indurre il giudice all'osservanza esatta delle norme procedurali, che costituiscono appunto le garanzie dei diritti della persona»⁹⁴.

Apostolica non ha eccepito alcunché all'ammonizione che il tribunale nel decreto di formulazione del dubbio ha rivolto alle parti, secondo cui, «[i]n assenza di istanze istruttorie sarà applicato il dispositivo previsto dal can. [1520]» (cf prot. n. 33918/02 VT). Non elimina il problema, ma semmai lo rileva, la prassi di alcuni tribunali di conglobare nello stesso decreto di ammissione ad ordinario esame la proposta di formulazione del dubbio, con il termine per la risposta, e la prescrizione di un termine per ulteriori richieste istruttorie.

⁹¹ Tale posizione appare peraltro particolarmente coerente con le due specie di decreto di ammissione ad ordinario esame che l'art. 58 § 2, primo capoverso, menziona, ossia quello che «motiva definite et singillatim exponet quae assertae nullitati statu quo obstant» e quello che «instructionem suppletivam forte perficiendam indicet necessariam».

⁹² AAS 34 (1942) 340-341.

⁹³ AAS 63 (1971) 140.

⁹⁴ *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, II, Città del Vaticano 1979, n. 2, p. 410.