

EPHEMERIDES IURIS CANONICI

– Nuova Serie –

51 (2011) n. 2



MARCIANUM PRESS

Ephemerides Iuris Canonici

Nuova Serie

51 (2011) n. 2

<i>Direttore Scientifico</i>	Brian Edwin Ferme
<i>Direttore Responsabile</i>	Fabio Poles
<i>Segretario</i>	Giuliano Brugnotto
<i>Segretario aggiunto</i>	Benedict Ndubueze Ejeh
<i>Comitato di Redazione</i>	Giuliano Brugnotto Arturo Cattaneo Benedict Ndubueze Ejeh Brian Edwin Ferme Bruno Fabio Pighin
<i>Redazione</i>	<i>Marcianum Press S.r.l.</i> Dorsoduro 1 – 30123 Venezia Tel. +39 041 29 60 608 – Fax +39 041 24 19 658 e-mail: ephic@marcianum.it sito: www.marcianumpress.it
<i>Ufficio Abbonamenti</i>	Tel. +39 041 29 60 608 e-mail: abbonamenti@marcianum.it

La rivista è semestrale – condizioni per il 2011

Abbonamento annuale Italia:	€ 52,00
Resto del mondo:	€ 82,00
Prezzo del fascicolo:	€ 30,00
Annata arretrata Italia:	€ 80,00
Annata arretrata estero:	€ 120,00

Imprimatur: Venezia, 17 novembre 2011, + Beniamino Pizziol, ordinario patriarcale

Per richiedere la pubblicazione di articoli spedire richiesta a: Redazione Ephemerides Iuris Canonici, Dorsoduro, 1 – 30123 Venezia, oppure via e-mail: ephic@marcianum.it

Per la riproduzione anche parziale degli scritti è necessaria l'autorizzazione esplicita della Direzione

Iscrizione al R.O.C. n. 1515 del 09.08.2005

Indice

Editoriale	253
SVIATOSLAV SHEVCHUK	
<i>Le Chiese orientali cattoliche e il loro ruolo nel dialogo ecumenico con gli ortodossi</i>	257
LORENZO LORUSSO	
<i>Il rapporto giuridico-canonico della Chiesa di rito latino con le Chiese sui iuris</i>	271
HELMUTH PREE	
<i>Le assemblee dei Gerarchi delle diverse Chiese sui iuris in riferimento al can. 322 del CCEO</i>	303
ANDRIY TANASIYCHUK	
<i>Il fedele cristiano e il suo stato canonico nella propria Chiesa sui iuris. Questione dell'ascrizione e del passaggio ecclesiastico</i>	321
JUAN IGNACIO ARRIETA	
<i>Le circoscrizioni personali. Caratteristiche comuni e singolarità tipologiche</i>	345
ALESSANDRO ASTE	
<i>Rilievi canonistici sulle intese tra Chiesa e Comunità politica a livello locale in Italia</i>	373
PIETRO AMENTA	
<i>L'origine della normativa vigente sull'adorazione eucaristica dal Concilio di Trento al Concilio Vaticano II: una prospettiva giuridica dei documenti della S. Sede.</i>	399
MIGUEL DELGADO GALINDO	
<i>Gli statuti delle associazioni di fedeli</i>	429

G. PAOLO MONTINI	
<i>La funzione processuale del capo di nullità matrimoniale</i>	445

Nota bibliografica a tema

ANDREA FAVARO	
<i>Filosofia del diritto</i>	471

Recensioni

HUGO CAVALCANTE, <i>Introdução ao estudo do Código de Cânones das Igrejas Orientais</i> (Andriy Tanasychuk)	483
---	-----

CLAUDIO DURIGHETTO, <i>I monasteri di monache associati agli ordini mendicanti (can. 614)</i> (Francesco Panizzolo)	487
---	-----

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., <i>I membri associati agli istituti secolari. Studio del can. 725 CIC</i> (Tiziano Vanzetto)	491
---	-----

GAETANO LO CASTRO, <i>Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa</i> (Costantino-M. Fabris)	495
---	-----

PHILIPPE HALLEIN, <i>Le défenseur du lien dans le cause du nullité du mariage. Étude synoptique entre le code et l'Instruction "Dignitas connubii", fondée sur les travaux des commissions préparatoires de l'Instruction</i> (Pierantonio Pavanello)	501
---	-----

BRUNO FABIO PIGHIN, <i>Chiesa e stato in Cina. Dalle imprese di Costantini alle svolte attuali</i> (Manlio Miele)	504
---	-----

JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ, <i>Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)</i> (Andrea Pin)	510
---	-----

SEBASTIÁN TERRÁNEO, <i>La Recepción de la Tradición Conciliar Limense en los Decretos del III Concilio Provincial Mexicano</i> (Simona Paolini)	515
---	-----

Libri ricevuti	523
-----------------------------	-----

La funzione processuale del capo di nullità matrimoniale*

G. Paolo Montini

Sommario

1. *Premessa.* – 2. *Lo status quaestionis sul capo di nullità.* - 2.1 L'obiezione della sua recente instaurazione. - 2.2 L'aperta contestazione. - 2.3 Le distorsioni. - 2.4 L'art. 291 DC. – 3. *I vantaggi del capo di nullità.* - 3.1 Certezza del diritto. - 3.2 Certezza nell'investigazione. - 3.3 "Certezza morale". – 4. *La scelta oculata del capo di nullità.* – 5. *La subordinazione dei capi di nullità: necessità o inutile complicazione?* - 5.1 La subordinazione ignorata. - 5.2 Valore delle formule «*Iam provisum*», «*Non proponi*». – 6. *Costante vigilanza sul capo di nullità.* – 7. *Conclusione.*

«[E]s una aberración jurídica considerar como factor integrante – sine quo non, además – de la conformidad de resoluciones judiciales declarativas de la nulidad de un matrimonio el motivo (o causal) por el que se declara la nulidad.

Sería tan absurdo el caso como el de dos tribunales médicos que no coincidiesen en las causas del óbito de un ser humano.

Lo cierto es que éste no tiene vida; y se despliegan los efectos legales todos que dimanán del fallecimiento»¹

* Il testo della Relazione, letta alla giornata di studio del Tribunale Ecclesiastico Regionale Triveneto a Zelarino (Venezia) il 27 settembre 2011 è stato integrato tenendo conto delle domande ed osservazioni proposte poi nel dibattito da don Fabio Franchetto, avv. Piero Luigi Frattin, dott. Federica Grego, don Tiziano Vanzetto, don Aldo Andreotti, prof. Giuseppe Comotti, mons. Giampietro Mazzoni e prof. don Benedict Ejeh.

¹ TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, «decreto 29 novembre 2003, ponente M. Calvo Tojo», n. 16.5, *Estudios eclesiásticos* 79 (2004) 724. È evidente l'aporia contenuta nel ragionamento, ossia la confusione tra il piano di fatto e il piano di diritto. Infatti, per accettare l'esempio addotto, se i medici dovessero decidere il riconoscimento di responsabilità nella morte di un individuo, a nulla rilevarebbe la constatazione (ovvia) della morte, perché rilevante sarebbe al riguardo *solo* la causa della stessa. E ciò è evidente nel matrimonio quale vincolo giuridico (*matrimonium in fieri*) e nella richiesta di un duplice accertamento giudiziario conforme. Cf. anche *infra*.

1. Premessa

Non è da credere quanto sia scarsa la produzione bibliografica sul capo di nullità², che pure è fra gli istituti più comuni e frequentemente usati di diritto processuale canonico; si può dire senza tema di smentita che vi è un rapporto proporzionale inverso: quanto è istituito di uso quotidiano, tanto più è ignorato dalla dottrina.

Questo non si può ritenere da sé solo un dato negativo: forse significa che vi sono cose che semplicemente funzionano senza quindi bi-

² Cf. CHR. DAWSON, «The compatibility of consensual incapacity and exclusion of marriage», *Canon Law Society of Great Britain & Ireland Newsletter* n. 161 (2010) 76-87; GRZ. ERLEBACH, «Il “capo di nullità” secondo la giurisprudenza della Rota Romana», *Quaderni dello Studio Rotale* 19 (2009) 131-162; ID., «Il “caput” nelle cause di nullità matrimoniale. Abbozzo degli aspetti normativi e dottrinali», in «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, Città del Vaticano 2010, 1753-1772; S. LEDERHILGER, «Theorie und prozeßökonomische Praxis von “subordinate” angeführten Klagegründen in Ehenichtigkeitsverfahren», in *Iustitia in caritate. Festgabe für Ernst Rößler zum 25jährigen Dienstjubiläum als Offizial der Diözese Rottenburg-Stuttgart*, Frankfurt am Main 1997, 353-369; J. LLOBELL, «I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l'incidenza sul medesimo del concetto di “conformitas aequipollens” fra i capi di “accusa” nelle cause di nullità matrimoniale», *Ius Ecclesiae* 15 (2003) 615-656; ID., «Incidencia de los conceptos de “caput nullitatis”, “causa petendi”, “facta matrimonium irritantia et probationes” y “ratio iuris et facti” en la conformidad de Sentencias de nulidad del matrimonio», *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro. XIX*, Salamanca 2008, 175-218; L. MADERO, «Incidencias y orden procesal en la pluralidad de “capita nullitatis”», *Ius Canonicum* 23/46 (1983) 149-165; G. MARAGNOLI, «Alcune note su: cumulo dei capi di domanda, “assorbimento” di un capo in un altro e concordanza del dubbio nel secondo grado di giudizio delle cause di nullità del matrimonio», *Ius Ecclesiae* 19 (2007) 191-202; A. MENDONÇA, «Practical Aspects of Using Multiple Grounds in Formal Marriage Nullity Cases», *Studia Canonica* 30 (1996) 87-116; U. NAVARRETE, «“Incapacitas assumendi onera” uti caput autonomum nullitatis matrimonii», *Periodica* 61 (1972) 47-80; ID., «Capita nullitatis matrimonii in Codice I.C. 1983: Gressus historicus versus perfectiorem ordinem systematicum», in *Iustus Iudex. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern*, Essen 1990, 259-277; H. PREE, «Kompatibilität von Klagegründen im kirchlichen Ehenichtigkeitsprozess», *De processibus matrimonialibus* 6 (1999) 71-91; N. SCHÖCH, «I limiti del potere discrezionale del giudice al momento della concordanza del dubbio nel processo di nullità matrimoniale», *Quaderni dello Studio Rotale* 13 (2003) 55-82; E. SUÁREZ, «De pluralitate capitum nullitatis matrimonii», *Ephemerides Iuris Canonici* 2 (1946) 84-88; M. THÉRIAULT, «Les chefs “subordonnés” dans le contexte des causes à chefs multiples: une amélioration de la procédure?», *Studia Canonica* 28 (1994) 435-486; ID., «“Subordinate” grounds in the context of cases with multiple grounds: an improvement of the procedure?», *Monitor Ecclesiasticus* 120 (1995) 249-288; H. TRAMMA, «Doctorum et iudicum diversa habitudo relate ad incompatibilitatem capitum nullitatis», *Monitor Ecclesiasticus* 111 (1986) 183-188; E. ZANETTI, «Individuazione, definizione, modifiche e decisioni sui capi di nullità di una causa matrimoniale», *Quaderni di Diritto Ecclesiale* 23 (2010) 327-340.

sogno di studio e di peculiare giustificazione. E non saremo certo noi che vorremo suscitare problemi là dove non esistono e dove il sistema funziona.

Si deve però riconoscere ugualmente una certa utilità nell'affrontare anche temi pacifici nella prassi. E ciò per la bella abitudine (non troppo frequente per la verità tra gli studiosi di professione) di approfondire le ragioni di un istituto normativo e funzionante prima di contestarlo e di pensare se non può essere diversamente. Fa parte, infatti, della scienza in senso proprio rendersi conto delle ragioni profonde che persuadono della bontà di un istituto che esiste: ciò rassoda l'istituto giuridico e la prassi che ne consegue.

È con questo spirito che s'intende affrontare la tematica circa la funzione processuale del capo di nullità, uno spirito alieno da ogni strumentalizzazione. Non si ignora, infatti, che l'incandescente problema pastorale costituito dai cc.dd. divorziati risposati nella Chiesa assedi oggi particolarmente il diritto processuale, dopo aver ottenuto pressoché tutto quanto era possibile ottenere nell'ambito del diritto sostanziale, fermo restando il principio consensuale. Le dispute, pertanto, che attengono alla semplificazione o amministrativizzazione del processo canonico di nullità matrimoniale devono essere guardate con realismo, per discernere quanto è realmente fattibile entro un quadro del processo quale ricerca della verità attraverso il contraddittorio, e quanto invece è solo funzionale a concedere più facilmente quanto è chiesto a viva voce da molti fedeli e preteso nel più breve tempo possibile e senza impegno³. Il tradimento della indissolubilità del matrimonio non passa, infatti, solo attraverso gli errori che attengono alla interpretazione del dettato normativo sostanziale (giurisprudenza), ma anche attraverso lo svuotamento delle necessarie garanzie processuali deputate a sorreggere una corretta ricerca della verità nel matrimonio sottoposto al giudizio della Chiesa.

³ Cf. G. P. MONTINI, «È necessario assicurare il carattere pastorale dei tribunali ecclesiastici» (Benedetto XVI, es. ap. postsinodale "Sacramentum caritatis", 29b)», *Periodica* 98 (2009) 321-364; 485-515.

2. Lo *status quaestionis* sul capo di nullità

Le principali insidie che subisce oggi nel diritto processuale e nella prassi forense il capo di nullità sono quattro.

2.1 *L'obiezione della sua recente instaurazione*

È il canone 1677 § 3, posto nella normativa processuale speciale, che impone la determinazione del capo di nullità nel processo canonico di nullità matrimoniale: «Formula dubii non tantum quaerat an constet de nullitate matrimonii in casu, sed determinare etiam debet quo capite vel quibus capitibus nuptiarum validitas impugnetur».

L'indagine sulle fonti è però piuttosto deludente, almeno per coloro che ritengono che l'antichità di un istituto sia l'unico o almeno il principale criterio della sua solidità: si tratta dell'art. 88 dell'istruzione *Provida Mater*: «Contestatio fit per dubii concordationem coram praeside et semper discutiendum erit dubium: *an constet de matrimonii nullitate, ob caput vel capita recensita, in casu*».

Si può correttamente affermare che l'avvento del capo di nullità, così come oggi è conosciuto nel diritto processuale canonico per le cause di nullità matrimoniale, data dal 1936, dall'istruzione *Provida Mater* che lo prevede per tutta l'estensione del processo, ed ha perfezionato la sua affermazione nel 1994, quando ha fatto il suo ingresso nelle *Normae Romanae Rotae Tribunalis*: «In causis nullitatis matrimonii formula dubii est: *An constet de matrimonii nullitate in casu, additis capite vel capitibus*» (art. 62, § 1).

2.2 *L'aperta contestazione*

Vi sono Autori, come vi furono Organi consultati sullo Schema del Codice⁴, che apertamente contestano la opportunità della fissazione del capo di nullità *in limine processus* con tutte le conseguenze poi nel suo prosieguo: «[...] l'oggetto del giudizio nel caso di cause sullo stato delle persone andrebbe definito diversamente: "L'oggetto del giudizio nelle cause sullo stato delle persone è la pretesa fatta valere giudizialmente alla chiarificazione dello stato della persona"»⁵.

⁴ Cf. *Communicationes* 11 (1979) 261.

⁵ KL. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici* [= MK], Essen dal 1988, *Einführung* vor 1513, 15.

La ragione di questa posizione riposa sulla (asserita) natura non contenziosa del processo di nullità matrimoniale:

L'obbligo di verità [tipico dei processi di bene pubblico, in cui vige il principio della istruttoria d'ufficio] non permette in questi processi di limitarsi alla domanda, se la nullità del matrimonio affermata dall'attore [...] realmente esista in base ai motivi dallo stesso attore addotti. Se una persona nella Chiesa chiede di ottenere il chiarimento del suo stato giuridico personale, in ragione del motivo di nullità a lei noto le è riconosciuta giuridicamente la pretesa di ricevere una sentenza per un motivo di nullità a lei ignoto virtualmente contenuto nel libello. [...] Un coniuge, che chiede la nullità del matrimonio per mancanza di consenso, non può essere respinto dal giudice perché questa causa non è provata, se il giudice stesso dagli atti constata la presenza di un impedimento di parentela. Questo modo di fare contrasterebbe con l'obbligo di verità del processo di bene pubblico [...] Ritengo, pertanto, che il giudice per il suo dovere di verità nella decisione a norma del can. 1608 deve fare tutto quanto può permettere all'attore il suo diritto, ossia che un matrimonio nullo sia dichiarato nullo⁶.

2.3 Le distorsioni

Una seria difficoltà avverso il capo di nullità consiste nel suo uso distorto, che in realtà consiste nell'aggirare il disposto del can. 1677 § 3 senza negarlo, di contraddirlo senza trasgredirlo.

Le distorsioni del capo di nullità dicono ovviamente riferimento alla normativa canonica sul capo di nullità, che non è però di origine legislativa, ma deve far riferimento alla *prevalente prassi rotale*: non si ravvisa, infatti, nella legislazione e neppure nella normativa applicativa una regolamentazione della materia⁷.

Le principali distorsioni avvengono attraverso la statuizione di capi di nullità con richiamo:

⁶ KL. LÜDICKE, in MK, *Einführung vor 1513*, 15.

⁷ Ciò significa che la *normativa* sul capo di nullità riposa per la maggior parte sulla prassi forense, della Rota Romana e dei tribunali locali, gerarchicamente connessi. Questo comporta un'apertura all'evoluzione della normativa ad opera di coloro che operano nei tribunali, nella complessa relazione tra Tribunale della Rota Romana e tribunali locali (cf., da ultimo, G. P. MONTINI, «La Rota Romana e i tribunali locali», in *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, Città del Vaticano 2010, 41-61).

- a canoni al di fuori della parte sul matrimonio (cann. 125, 126, 219) o ai canoni introduttivi della parte sul matrimonio (cann. 1055, 1056, 1057); la Segnatura Apostolica ha più volte riprovato questa prassi, anche quando i canoni generici o generali sono associati a quelli specifici (cf., per esempio, 1056 e 1101 § 2)⁸. Ritengo che questa prassi sia deleteria in quanto sottintende la possibilità per il giudice di superare le richieste specifiche che il Legislatore ha prescritto nel momento in cui ha inteso applicare i principi generali al matrimonio nei canoni appositamente formulati⁹;
- a formulazioni generiche: difetto di consenso¹⁰; simulazione; errore; *error iuris* (can. 1099)¹¹;

⁸ La Segnatura Apostolica è intervenuta più volte a censurare formulazioni di dubbi e dispositivi di decisioni giudiziali che facevano riferimento a canoni di carattere generale: «Ab hac communi rotali iurisprudentia discessio, adeo ut Iudex formulam dubii statuatur invocatis praescriptis generalibus iuris matrimonialis, immo iurium omnium christifidelium, res est tantae gravitatis ut Iudex ad eandem vix ne vix quidem devenire possit. Summus Legislator etenim, Codice Iuris Canonici promulgato, generalia iuris principia articulatis et specificis normis in cann. 1095-1107 de consensu matrimoniali expressit» (Lettera, 11 novembre 2006, prot. n. 38909/06 EC).

⁹ A volte il richiamo ai canoni generali, tramite i concetti quali «consortium totius vitae» o «bonum coniugum» espressi nel capo di nullità, portano a confondere elementi essenziali del matrimonio con il matrimonio stesso.

Esiste comunque almeno un caso in cui si potrebbe ritenere non improprio il richiamo nel capo di nullità ad un canone generale: si tratta della nullità di un matrimonio canonico celebrato tra due persone del medesimo sesso, avverso il quale si potrebbe appunto invocare forse più propriamente il prescritto del can. 1055.

¹⁰ Cf. Z. GROCHOLEWSKI, «De periodo initiali seu introductoria processus in causis nullitatis matrimonii», *Periodica* 85 (1996) 352-353.

¹¹ «Nella formulazione del dubbio (cf. can. 1677, § 3; art. 135, § 3 DC) il giudice dovrà indicare anche l'oggetto dell'asserito errore determinante la volontà, nel modo che, per esempio, segue: *An constet de nullitate matrimonii ob errorem determinantem voluntatem circa indissolubilitatem [ad normam can. 1099] ex parte actoris*. L'uso di formulazioni di capi di nullità generici, come per esempio *error iuris*, senza un'ulteriore specificazione circa l'oggetto di un tale errore, non è corretto sotto il profilo della prassi giudiziaria e non giova affatto a raggiungere la certezza morale circa la nullità del matrimonio in questione. Nella redazione, pertanto, della *Relatio de statu et activitate Tribunalis* da inviare a questa Segnatura Apostolica nel mese di gennaio di ogni anno (cf. l'art. 110, § 1 della *Legge propria* della Segnatura Apostolica), venga annotato lo *specifico* capo di nullità sull'*error iuris voluntatem determinans*, non diversamente da quanto è richiesto per la simulazione» (SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL [=SSAT], lettera approvata dalla Sessione Plenaria del 3-4 febbraio 2011 e inviata ai tribunali ecclesiastici secondo l'opportunità).

- a formulazioni ambigue: consenso inadeguato¹², invalida convalidazione¹³;
- a singole fattispecie o patologie: *ob immaturitatem*¹⁴;
- a specificazioni ulteriori: *ob incapacitatem assumendi obligationem boni coniugum*¹⁵.

2.4 L'art. 291 DC

È veramente strano il destino di questo articolo dell'istruzione *Dignitas connubii*. Anzitutto esso è inserito come corpo estraneo in una istruzione che ha come suo principale fine, derivatole dall'esplicito mandato pontificio, di «meglio tutelare l'indissolubilità del matrimonio»¹⁶. In secondo luogo pare non avere avuto quell'applicazione nella prassi giudiziaria che l'attenzione della dottrina potrebbe far pensare.

Nell'ambito del capo di nullità pare, però, svolgere una funzione critica di notevole spessore. La critica ha, infatti, evidenziato la ca-

¹² Cf. sull'*inadequate consent* e *inadequate consent amounting to simulation* la presa di posizione della Segnatura Apostolica in riferimento ad un caso emblematico (prot. n. 38861/06 CP); il caso è descritto in G. P. MONTINI, «La Rota Romana e i tribunali locali», 41-43.

¹³ Cf. la lettera che la Segnatura Apostolica ha inviato ai tribunali con un numero significativo di decisioni sulla c.d. invalida convalidazione: cf., per esempio, prot. nn. 1014/07 SAT; 175/07 ES, 19 dicembre 2007, *Studies in Church Law* 5 (2009) 475-477; prot. nn. 1034/07 SAT; 185/07 ES, 19 dicembre 2007, in *Roman Replies* 2008, 54-56.

¹⁴ Cf. N. SCHÖCH, «I limiti del potere discrezionale del giudice», 71-72.

¹⁵ Allo stesso modo il capo di nullità della simulazione totale non è ulteriormente specificato dall'esclusione del *consortium totius vitae* o del *bonum coniugum*, specificazioni che possono utilmente entrare a far parte dell'argomentazione o degli argomenti. Fa eccezione l'esclusione della sacramentalità del matrimonio che, pur essendo dalla prevalente giurisprudenza rotale strettamente connessa se non identificata di fatto con l'esclusione del matrimonio stesso, ha un capo di nullità autonomo, verosimilmente a causa di una qualche menzione esplicita nel dettato codiciale (cf. can. 1099).

¹⁶ «Ha sorpreso [...] per il fatto che un'istruzione nata – così recita il mandato del Sommo Pontefice – «al fine di meglio tutelare l'indissolubilità del matrimonio» [cf. FR. DANEELS, «Una introduzione generale all'Istruzione "Dignitas connubii"», *Ius Ecclesiae* 18 (2006) 318], abbia scelto di introdurre per la prima volta in un testo normativo un istituto giuridico (la conformità equivalente) che incide (o può incidere) profondamente sulla doppia decisione conforme, usbergo per una migliore difesa dell'indissolubilità del matrimonio. È significativo, al riguardo, che il III Schema dell'istruzione (*Schema novissimum*) nulla prevedesse al riguardo della conformità equivalente (cf. art. 44), per il fatto che già contemplava alcuni casi in cui l'obbligo della doppia decisione conforme era rilassato. Ed è oggettivamente arduo rispondere all'obiezione che l'art. 291 si pone contro il fine principale dell'istruzione» (G. P. MONTINI, «La richiesta di nuovo esame della medesima causa dopo una doppia decisione conforme (artt. 290-294)», in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas connubii"*. Parte terza: la parte dinamica del processo, Città del Vaticano 2008, 685).

rica eversiva dell'art. 291, § 1 laddove definisce la conformità delle decisioni giudiziali superando il criterio del capo di nullità: «*Duae sententiae seu decisiones dicuntur formaliter conformes si intercesserint inter easdem partes, de nullitate eiusdem matrimonii et ex eodem capite nullitatis, eademque iuris et facti ratione* (cf. can. 1641, n. 1)».

Il confronto con il can. 1641, n. 1, secondo il quale si ha *res iudicata* «si duplex intercesserit inter easdem partes sententia conformis de eodem petito et ex eadem causa petendi», evidenzia che l'art. 291, § 1 DC ha declinato in ambito processuale di nullità matrimoniale la *causa petendi* non già, come si era soliti fare, con il *caput nullitatis*, bensì congiuntamente con *caput nullitatis* e *ratio iuris et facti*.

Rimandando per l'intera dimostrazione sul punto ad un mio studio sulla *nova causae propositio* recentemente pubblicato, si può ritenere che l'art. 291, § 1 DC sopporti tre interpretazioni:

- si è inteso aggiungere positivamente un nuovo elemento per la conformità delle decisioni giudiziali, così che d'ora in poi sia necessario verificare, per l'esecuzione di una duplice decisione di nullità matrimoniale, *caput nullitatis* e *ratio iuris et facti*, così che non si darà conformità se entrambi (*caput* e *ratio iuris et facti*) non risulteranno identici¹⁷. In questa interpretazione il processo di nullità matrimoniale si sposterebbe verso un processo sul fatto giuridico, molto vicino al processo contenzioso puro; ritengo, in base alle ragioni fornite nell'articolo già menzionato, che questa interpretazione non sia accettabile;
- si è inteso spiegare didatticamente con l'espressione aggiunta «*ratio iuris et facti*» il significato fondamentale del *caput nullitatis*, riducendo così ad una tautologia le due espressioni;
- si è inteso – piuttosto – fornire con l'aggiunta dell'espressione «*ratio iuris et facti*» un *ponte logico* alla conformità equivalente, definita nell'art. 291, § 2 DC, che la slegasse da una concezione equitativa per ricondurla ad una deduzione logica di principi generali validi per ogni conformità. Per tale ragione ritengo che l'art. 291, § 1 DC ab-

¹⁷ Cf., per esempio, J. LLOBELL, «Il concetto di “conformitas sententiarum” nell’istruzione “Dignitas connubii” e i suoi riflessi sulla dinamica del processo», in *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della “Dignitas Connubii”*. Il Corso di aggiornamento per operatori del diritto presso i tribunali ecclesiastici. Roma 13-18 settembre 2004, Roma 2005, 213-214.

bia esclusivamente funzione logica non fattuale¹⁸. Ciò permette di leggere l'art. 291, § 1 DC senza riflessi sulla nozione e sulla funzione processuale del *caput nullitatis* nelle cause matrimoniali. Ciò che d'altronde è confermato nella medesima istruzione nell'art. 289, §§ 2-3.

3. I vantaggi del capo di nullità

L'obbligatoria e razionale determinazione e formulazione del capo di nullità secondo la comune giurisprudenza rotale offre una serie considerevole di vantaggi nell'ambito processuale.

3.1 Certezza del diritto

Secondo un'opinione suggestiva la denominazione *caput nullitatis* deriverebbe dalla necessità di riferirsi ad un testo legislativo per giustificare la nullità (accusata e definita) di un matrimonio. Se, com'era prima del Codice piano-benedettino, il testo legislativo era costituito dal *Corpus Iuris Canonici*, l'unità di riferimento non poteva che essere il *caput* all'interno del *titulus* di un determinato libro del *Corpus*¹⁹. In tal modo il *caput nullitatis* ancor oggi dovrebbe necessariamente far riferimento al canone del Codice in cui si prevede uno specifico motivo di nullità, una specifica causa di nullità del negozio matrimoniale.

In questo si nota una inestricabile commistione nella nozione del *caput nullitatis* dell'aspetto sostantivo e dell'aspetto processuale²⁰.

¹⁸ «Il paragrafo primo dell'art. 291 ha carattere esclusivamente nominale, ossia è previsto al solo fine di introdurre il paragrafo secondo (e terzo), ossia la conformità equivalente. Ha un carattere che si potrebbe definire propedeutico; non ha effettivo vigore. Ha il compito di rendere plausibile e intelligibile la conformità equivalente. L'invenzione della conformità *formale* è un espediente dialettico per collocare meglio dal punto di vista sistematico la conformità *equivalente*, che, in caso contrario, sarebbe apparsa l'unica *species* del *genus* conformità. La funzione, pertanto, più autentica del paragrafo primo è interpretativa della conformità equivalente del paragrafo secondo, su cui cade tutto l'accento della previsione dell'art. 291» (G. P. MONTINI, «La richiesta del nuovo esame della medesima causa dopo una doppia decisione conforme», 688).

¹⁹ Cf. L. MADERO, «Incidencias y orden procesal», 154.

²⁰ «[...] *caput nullitatis* indicat non solum aliquam figuram seu rationem nullitatis, sed singula capita nullitatis secumferunt etiam quosdam aspectus ordinis probativi, praesertim schema probatorium, partialiter saltem proprium. Hanc ob rem determinatio capituli nullitatis collocanda est potius in ambitu praxis processualis, quam in agro iuris strictae substantivi» (decreto

La necessità di riferire un matrimonio, che si assume viziato per un errore di cui è stato vittima un coniuge, ad un prescritto del diritto (errore sostanziale, errore pervicace, errore sulla persona, errore sulla qualità, dolo), conduce all'inquadramento della fattispecie entro un quadro giuridico determinato, destinato per sua natura a prevenire equivoci, errori, incertezze, dottrinali prima ancora che istruttorie.

3.2 *Certezza nell'investigazione*

Anche canonisti come Lawrence G. Wrenn e Juan José García Faílde (non certo teneri con il capo di nullità quale elemento indispensabile del processo di nullità matrimoniale) riconoscono schiettamente la sua funzione positiva nell'istruzione della causa: «Spesso un matrimonio può essere provato nullo per più capi. Parlando in generale, tuttavia, è di aiuto stabilire un solo determinato capo di nullità dal punto di vista dell'investigazione dei fatti e della stesura della sentenza [...]»²¹; «Non nego che la precisazione del capo sia conveniente soprattutto affinché l'istruttoria della causa sia fin dall'inizio maggiormente centrata»²².

La ragione, inoltre, che risultò determinante nella Commissione per la revisione del Codice per la statuizione obbligatoria del capo di nullità, è la medesima: «Necessaria videtur determinatio praevia capitulis impugnationis, ut instructio causae apte fieri possit»²³.

A ciò si aggiunga che

il diritto alla difesa può risultare anche gravemente menomato 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 intaccate perché non ha potuto su quell'oggetto intervenire proponendo prove diverse o opponendosi adeguatamente nel corso dell'istruttoria. Risulterà in non pochi casi difficile per il giudice "leggere" le carte processuali, indirizzate nell'i-

in una *Panormitana, nullitatis matrimonii, praeliminaris: exceptionis litis finitae, coram* ERLEBACH, 14 dicembre 2006, n. 3, *Ius Ecclesiae* 19 [2007] 630).

²¹ L. G. WRENN, *Procedures*, Washington 1987², 40.

²² J. J. GARCÍA FAÍLDE, *Nuevo derecho procesal canónico. Estudio sistemático-analítico comparado*, Salamanca 1995³, 110.

²³ *Communicationes* 11 (1979) 261-262.

istruttoria alla ricerca di una determinata certezza morale, nell'ottica, in misura maggiore o minore, diversa, determinata dal nuovo capo introdotto *ex officio*. Diventerà facilmente necessario un supplemento di istruttoria, riconvocare alcuni testi o le parti, con tutte le conseguenze del caso²⁴.

Non c'è bisogno di insistere su questo punto perché l'esperienza del foro ha sicuramente fornito esempi di quanto sia perniciosa per il dispendio di energie e per il pericolo di una mancata certezza morale un'istruttoria sprovvista della bussola del capo di nullità.

3.3 “Certezza morale”

C'è poi un'altra ragione che dovrebbe deporre favorevolmente per il capo di nullità: il dubbio, *almeno*, che il capo di nullità sia l'ennesima dimostrazione che il Codice è sensibile alla specialità del processo matrimoniale in relazione al processo giudiziale contenzioso ordinario²⁵. Che cosa significa, infatti, declinare nel diritto processuale matrimoniale la terza condizione della *res iudicata* per doppia conforme (l'identità della *causa petendi*) con l'identità del *caput nullitatis*, e quindi più semplicemente identificare la *causa petendi* nel processo di nullità matrimoniale con il *caput nullitatis*, se non proprio riconoscere una specialità al processo di nullità matrimoniale (cf. can. 1691)? Certo questa affermazione non è politicamente corretta, perché non fa apparire sufficientemente cieco il Legislatore sulle peculiarità del processo matrimoniale. Nondimeno pare un'ipotesi suggestiva e degna di considerazione.

In altre parole: il processo matrimoniale non si fonderebbe sulla *causa petendi* come sul fatto giuridico²⁶ (come in genere i processi contenziosi), ma sul *caput nullitatis*, che *latius patet* rispetto alla *causa petendi*.

Ci si accorge di questo quando si è chiamati a verificare (punto importante per l'attuale sistema canonico) la doppia conforme: per que-

²⁴ G. P. MONTINI, «Alcune questioni in merito al can. 1514», *Periodica* 92 (2003) 350-351.

²⁵ Cf. le suggestioni di GRZ. ERLBACH, «Il “capo di nullità”», 153-161.

²⁶ Cf. N. SCHÖCH, «I limiti del potere discrezionale del giudice», 62-65.

sta l'ordinamento canonico non chiede più della conformità dei capi di nullità, prescindendo perciò da leggeri spostamenti o scostamenti nei fatti giuridici che hanno determinato le singole decisioni.

Si pensi al capo di grave difetto di discrezione di giudizio: *iure quo utimur* una diversa valutazione nosografica della anomalia psicologica, una diversa valutazione della sua configurazione e, probabilmente, anche una sua diversa identificazione da parte dei giudici di appello non impedisce la conformità delle decisioni.

Si pensi, per addurre un altro esempio, al fatto che la normativa vigente sul capo di nullità non richiede, anzi non permette, che la *formulazione* dei capi di nullità per errore su una qualità direttamente e principalmente intesa, e per condizione, espliciti *quale* sia la qualità direttamente o principalmente intesa e *quale* sia l'oggetto della condizione²⁷.

Ciò è vero – ritengo – per ragioni non molto dissimili da quelle che portarono Pio XII a definire la certezza morale, come quella certezza che è compatibile con una giustizia canonica conforme a canoni pratici di speditezza²⁸.

4. La scelta oculata del capo di nullità

Perché la scelta del Legislatore di rendere il capo di nullità centrale nella dinamica processuale sia coerentemente sviluppata e anzi ottimizzata sono richieste alcune condizioni di carattere pratico da parte dei ministri dei tribunali ecclesiastici.

La prima condizione attiene alla scelta oculata del capo di nullità. E il protagonista di questa fase è indubbiamente l'avvocato. È lui, infatti, che dall'incontro con l'attore (e possibilmente con altri), dall'ascolto attento di tutto il racconto della vicenda matrimoniale dalla

²⁷ Ciò non significa l'irrelevanza della indicazione pertinente della qualità direttamente e principalmente intesa e dell'oggetto della condizione; significa piuttosto che tale indicazione opera (*et quidem severamente*) nell'esame (per l'ammissione o per il rigetto) del libello, senza che entri poi nella *formulazione* del capo di nullità.

²⁸ Cf., per esempio, G. P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. Pars dynamica. Ad usum Auditorum*, Romae 2009², 374.

bocca dell'attore e dalla lettura di tutte le carte disponibili può prevedere o preconizzare il capo di nullità più confacente al raggiungimento della certezza morale circa la nullità del matrimonio.

Una leggerezza, una negligenza o, peggio, un errore in questa fase ed in questa operazione può condurre al naufragio della causa di nullità.

La proposta di un numero elevato di capi di nullità ordinariamente è segno di leggerezza e comporta ordinariamente una istruttoria defaticante, a volte superficiale. Un esame diligente della vicenda ordinariamente dovrebbe portare alla proposta di uno o due capi di nullità. Nell'incertezza parrebbe bene un libello o un memoriale annesso al libello molto completo e diffuso, con una proposta limitata di capi di nullità.

La proposta di capi di nullità problematici in giurisprudenza dovrebbe essere evitata per non indispettire in partenza il collegio giudicante. Dovrebbero essere piuttosto, se del caso, introdotti quando l'istruttoria è già a buon punto e se ne rileva l'assoluta necessità per il buon esito della causa.

La proposta di capi di nullità deve tener conto anche delle sensibilità delle parti, ossia dell'attore e della parte convenuta.

Il giudice nella fase di determinazione della formula del dubbio è chiamato principalmente a verificare l'impatto della presa di posizione della parte convenuta sulla richiesta dell'attore già vagliata in sé con l'ammissione del libello.

5. La subordinazione dei capi di nullità: necessità o inutile complicazione?

Una prassi non rara nella scelta dei capi di nullità consiste nella subordinazione dei capi. Deve essere chiaro che cosa si intende qui (e in senso proprio) per subordinazione, espressa ordinariamente con varie formule: «subordinate», «et quatenus negative», «et quatenus negative, subordinate quidem», «sin minus»²⁹.

²⁹ «Formula [...] dubii "Incapacidad de ambos cónyuges, especialmente de la esposa [...]" est ambigua, nam duplicem significationem habere potest: a) petitur utrum, necne, constet de gravi defectu discretionis iudicii ex parte mulieris [...], et tantummodo, *si et quatenus* non con-

Per capo subordinato si intende il capo aggiunto, che diverrà oggetto del processo e, quindi, sarà trattato e deciso nel processo *se e soltanto se* il capo principale sarà dimesso negativamente o in qualsiasi altra forma cadrà.

La giurisprudenza rotale conosce la subordinazione dei capi di nullità, anche se non si può affermare che sia una prassi diffusa nella Rota Romana³⁰; ha dovuto piuttosto trattarne in molti casi in dipendenza dall'utilizzazione che di questa tecnica era stata fatta nei gradi inferiori.

La richiesta (da parte degli avvocati) e la decisione (da parte del giudice) della subordinazione dei capi di nullità risponde a più esigenze.

La prima è un'esigenza dogmatica, se così è consentito esprimersi, ossia dipendente dal principio secondo cui la domanda dell'attore ha una portata costituzionale nel processo canonico, espressa dalla formula classica *nemo iudex sine actore*, ma molto di più confermata dalla normativa processuale (cf. can. 1620, n. 4). Ciò significa che l'attore ha la possibilità di proporre al giudice una subordinazione dei capi funzionale (esclusivamente) ai proprio legittimi e razionali interessi³¹. La subordinazione *an constet de nullitate matrimonii ob exclusum bonum proliis ex parte viri conventi, et quatenus negative ob impotentiam coeundi ex parte eiusdem viri*, può essere proposta dalla parte attrice e accolta dal

stet de eius gravi defectu discretionis iudicii, utrum constet de eodem defectu in altera parte; b) petitur utrum, necne, constet de gravi defectu discretionis iudicii ex utraque parte. In primo casu, si morali cum certitudine constet de defectu discretionis iudicii in muliere [...] sententia quoad defectum discretionis iudicii [...] ex altera parte, simpliciter statuat: "non proponi"; in altero vero casu, sententia *clare et definite* declarare debet utrum, necne, cum morali certitudine constet de gravi defectu discretionis iudicii, primum in muliere [...], dein in altera parte. [...] Quo ultimo in casu, nullum sensum habet declarare quod de gravi defectu [discretionis] iudicii *praesertim* ("especialmente") constat in una parte» (SSAT, Lettera 2 giugno 1998, prot. n. 1583/98 SAT).

³⁰ Da ultimo, per un esempio, cf. una *Venetiarum, coram DEFILIPPI*, 27 luglio 2002, nella quale il capo è concordato nel modo seguente: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob consensus simulationem totalem ex parte viri actoris tamquam in secunda instantia; et quatenus negative, saltem ob exclusionem indissolubilitatis vinculi ex parte eiusdem viri tamquam in prima instantia» (RRDec. XCIV, n. 2, 469). Nello stesso anno cf. una *coram SCIACCA*, 10 marzo 2002, ove la simulazione totale è subordinata al difetto di libertà interna.

³¹ Cf. pure, per esempio, E. ZANETTI, «Individuazione, definizione, modifiche e decisioni sui capi di nullità», 334 nota 1.

giudice nella prospettiva di ferire il meno possibile la parte convenuta, disposta a collaborare nel processo. Un'altra prospettazione di subordinazione (*an constet de nullitate matrimonii ob gravem defectum discretionis iudicii ex parte viri conventi, et quatenus negative ob exclusum bonum fidei ex parte eiusdem viri*) può essere giustificata da esigenze di riconoscimento civile di pronunce canoniche, soprattutto se *ex iure concordatario*.

Questa esigenza, che si è denominata dogmatica, è poco menzionata, ma di grande importanza³², anche in quanto permette di superare alcune incertezze circa la compatibilità dei capi di nullità, lasciando alla parte, per esempio, di affermare una subordinazione che essa ritiene necessaria e alla quale il giudice potrebbe dare acquiescenza per il noto principio *Scienti et consentienti non fit iniuria*.

La seconda è un'esigenza di sistematica canonica o di buon ordine. Esiste una logica giuridica in base alla quale (gli elementi sostanziali e/o processuali di) un capo di nullità è contraddittorio ad un altro capo, ossia provato un capo non può sussistere la prova dell'altro, «per la contraddizione che nol consente». Tale logica giuridica può essere più o meno stringente. Secondo il can. 1493 «actor pluribus simul actionibus, quae tamen inter se non confligant [...] aliquem convenire potest [...]»: ciò comporterebbe di conseguenza la necessità di formulare la domanda in forma subordinata per i capi incompatibili.

La prassi però è più flessibile. La subordinazione – afferma una giurisprudenza sufficientemente vasta – non opera in principio, ossia nella domanda e nella formulazione del dubbio; *deve*, però, piuttosto e

³² Tale ragione, denominata dogmatica, permette di risolvere anche il caso non raro in cui l'avvocato si senta opporre un rifiuto da parte dell'attore ad accusare di nullità il matrimonio per un determinato e fondato capo di nullità, preferendo optare per un altro capo. In questo caso, dopo che l'avvocato – secondo il suo mandato ecclesiale – ha approfondito le ragioni del rifiuto, ammonito la parte attrice delle possibili conseguenze del suo rifiuto ed esortato motivatamente la parte a ritornare sui suoi passi, l'avvocato può dare acquiescenza alla parte attrice, omettendo nel libello il capo rifiutato, sempre che il capo superstito sia comunque vero e fondato: non è prevista l'accusa *ex officio* della nullità del matrimonio nell'ordinamento canonico, eccetto nella ristretta fattispecie del can. 1974, n. 2. Rimane comunque ovvio che l'avvocato potrebbe nel caso preferire rinunciare al mandato a motivo di questo atteggiamento della parte.

certamente operare nella decisione³³. Solo nella decisione, infatti, si hanno a disposizione tutti gli elementi per determinare conclusivamente se di fatto si pone il problema (la negativa su entrambi i capi, per esempio, non pone problema di subordinazione) o se è certa (di certezza morale: can. 1608) la contraddizione tra i capi di nullità pronti per le decisioni affermative. Secondo questa teorica, pertanto, non parrebbe necessario esigere la domanda subordinata nel libello (anche solo per il principio *Iura novit curia*); non sarebbe neppure necessario contemplarla nella formulazione del dubbio – se non a scopo didattico. Necessaria e, finalmente, possibile, è nella decisione definitiva.

Una questione particolare si sta facendo largo in dottrina e in giurisprudenza in merito alla inferenza della (possibile) dichiarazione di conformità equivalente sulla formula del dubbio, quasi che non potrebbero essere concordati, e ciò neppure subordinatamente, capi per i quali è prevedibile la dichiarazione di conformità equivalente. Si può concordare la *condicio de futuro* con la esclusione dell'indissolubilità? L'identità dei fatti giuridici impedirebbe di concordare nello stesso processo i due capi, anche subordinatamente, in quanto si tratterebbe in realtà della stessa causa: un *bis in idem*³⁴. Credo che si sia nel caso di fronte ad un'esagerazione, che pretende di trarre da una disposizione *singolare* (l'art. 291, § 2 DC) una sistematica giuridica³⁵.

La terza è un'esigenza di economia processuale. La subordinazione può favorire la snellezza nella *discussione* della causa, nella *decisione* e nella *stesura* della sentenza. Un'esigenza da non sottovalutare nella tempe-rie attuale dei tribunali ecclesiastici e delle cause di nullità in specie.

³³ I capi incompatibili «dum simul accusari et reici possunt, dumtaxat alternativo modo nullitatem matrimonii declarandam sinunt» (una *coram* FUNGHINI, 24 maggio 1995, n. 2, *RRDec.* LXXXVII, 312). Così in una *Adrien.-Rhodigien.*, *coram* ERLEBACH, 15 luglio 2002, concordato il dubbio sull'esclusione della prole e sull'*incapacitas* di cui al can. 1095, nn. 2-3, nella parte in fatto «ob rationes logicas, incipimus a capitibus discretionis et assumptionis» (*RRDec.* XCIV, 429). Cf. pure TRIBUNAL DE LA ARCHIDIÓCESIS DE MÉRIDA-BADAJÓZ, «Querella de nulidad (incompatibilidad entre dos capítulos de nulidad matrimonial), ante et Ilmo. Sr. Adrián González Martín, Decreto de 31 de enero de 1999», n. 4.1-2, *Revista Española de Derecho Canónico* 59 (2002) 933-934.

³⁴ Cf. il decreto in una *Romana*, *coram* DE AGAR, 16 aprile 2002, trattata presso il Tribunale Ecclesiastico Regionale d'Appello del Lazio, *Il Diritto Ecclesiastico* 116 (2005) II, 3-9.

³⁵ In questo senso il decreto in una *Panormitana*, *coram* ERLEBACH, 14 dicembre 2006, nn. 1-3, 628-630.

I vantaggi economici della subordinazione possono essere i seguenti. A fronte di un dubbio formulato in forma subordinata:

- l'avvocato può proporre ed ottenere dal giudice più facilmente un mutamento della formula del dubbio, attraverso la cancellazione di un capo che era entrato come principale o come subordinato nella formula. È noto, infatti, che i mutamenti della formula del dubbio possono riservare delle sorprese nella resistenza del giudice, che può vedervi il tentativo di ampliare l'oggetto del giudizio a seguito di una ricerca un po' cieca di colpire (comunque)³⁶ nel segno l'obiettivo, la dichiarazione di nullità del matrimonio. La concordanza subordinata dei dubbi da un lato rende certo il giudice che fin dall'inizio c'è stata diligenza al riguardo e che già si era prevista la prospettiva ora confermata (d'altronde il giudice che ha ammesso il libello già aveva constatato il *fumus boni iuris* di tutti e singoli i capi, anche di quelli subordinati); dall'altro l'operazione di cambiamento sarà più sul versante (facilitato) della rinuncia ad un capo (cf. can. 1520);
- l'avvocato può omettere (senza che ciò implichi rinuncia) nel *restrictus* la trattazione del capo subordinato;
- il giudice può omettere nella sentenza (parte *in iure*, parte *in facto* e parte dispositiva) la trattazione del capo subordinato. Nella parte dispositiva a volte figurano espressioni che indicano la presenza di un capo subordinato omissivo: *Provisum in I°*, *Iam provisum* oppure *Non proponi*. Nella giurisprudenza si rilevano, a mero titolo esemplificativo, le omissioni per subordinazione
 - del capo di errore su una qualità direttamente e principalmente intesa (can. 1097 § 2), rispetto al dolo (can. 1098)³⁷;
 - dei capi di cui al can. 1095, nn. 2-3, rispetto al capo di cui al can. 1095, n. 1³⁸;

³⁶ Cf. le significative espressioni usate dagli AA.: «somehow» (A. MENDONÇA, «Practical Aspects of Using Multiple Grounds», 116); «probar suerte» (L. MADERO, «Incidencias y orden procesal», 115).

³⁷ Cf. la sentenza di primo grado citata in una *Int. Beneventani seu Cerretana-Thelesina-Sanctae Agathae Gotorum, nullitatis matrimonii*, 22 novembre 2002, *coram* TURNATURI, videntibus quinque.

³⁸ Cf. decreto in una *Romana, nullitatis matrimonii, nullitatis decreti confirmatorii, coram* BRUNO, 23 aprile 1993, in *Decreta Selecta* [= DS] XI, 64-70, oppure *Il Diritto Ecclesiastico* 106 (1995) II, 405-410. «Iudices appellationis [...] in applicatione can. 1682, § 2, nequeunt terminos controversiae mutare aut sententiam primi gradus subvertere, secus decretum ratihabitionis insanabili nullitate laboraret, cum, consequenter, addendum esset denegatum ius defensionis,

- del capo o dei capi di esclusione parziale, rispetto alla simulazione totale³⁹;
- del capo di timore (can. 1103), rispetto alla simulazione;
- della simulazione, rispetto al capo di cui al can. 1095, n. 1⁴⁰;
- del capo di cui al can. 1095, n. 3, rispetto al capo di cui al can. 1095, n. 2⁴¹; si tratta di un caso molto controverso, seppur limpidissimo in astratto⁴²;

quod in primo gradu rite haud exercitum fuisset. Haec autem subversio invocari nequit si tribunal primae instantiae, iuxta contestationem litis, integram causam vidit ac iudicavit ex uno can. 1095, quatenus omnes tres hypotheses complectente, et sententiam affirmativam dumtaxat ex can. 1095, n. 1, pronuntiavit, dum appellationis Tribunal suo decreto sententiam confirmavit ex nn. 2-3 eiusdem canonis, eo vel magis si quoad haec ultima capita sententia responderat: "Provisum in primo". Nam [...] insufficiens usus rationis (cf. can. 1095, n. 1), necessario secumfert defectum discretionis iudicii (cf. can. 1095, n. 2), necnon incapacitatem assumendi essentialia obligationes matrimonii (cf. can. 1095, n. 3)» (*ibid.*, n. 6, 67).

³⁹ Cf. decreto in una *Romana, nullitatis matrimonii, conformitatis sententiarum*, 23 dicembre 1980, *coram* FERRARO, in *Verità e definitività della sentenza canonica*, Città del Vaticano 1997, 189-191. La controversia riguarda una causa definita in primo grado affermativamente *ob simulationem totalem ex parte mulieris* e con un «provisum in I» circa l'esclusione del *bonum fidei* da parte della medesima, mentre la Rota in secondo grado aveva giudicato affermativamente *ob exclusum bonum fidei ex parte mulieris* (23 maggio 1980).

La Segnatura Apostolica ha rigettato la querela di nullità insanabile ex can. 1620, 7° avverso un decreto rotale di conferma che aveva pronunciato: «Affirmative, seu sententiam Tribunalis A. diei 12 februarii 1997 confirmandam esse et ad mentem: Mens autem est sententiam primi gradus ratam esse habendam quatenus declarantem matrimonii nullitatem ex capite exclusionis boni fidei ex parte viri actoris», a fronte di una sentenza di primo grado che aveva deciso: «Consta della nullità del matrimonio per simulazione totale da parte dell'uomo attore [...] lam provisum per la simulazione dei sing[u]la bona da parte del medesimo».

⁴⁰ Cf. una *coram* STANKIEWICZ, 24 luglio 1997, che distingue invece per i capi di cui al can. 1095, nn. 2 e 3: «[...] vigente nova lege matrimoniali, quae incapacitatem psychicam pressius determinat (can. 1095, nn. 1-3), sustineri potest non omnem speciem incapacitatis eliciendi consensus matrimoniale secumferre incapacitatem simulandi [...] sive gravis defectus discretionis iudicii (can. 1095, n. 2), sive incapacitas assumendi essentialia matrimonii obligationes (can. 1095, n. 3), sufficientem usum rationis in subiecto plerumque praesupponunt, seu capacitatem ponendi actum humanum, ideoque haec capita etiam aequo principaliter cum simulatione pertractari ac definiri possunt» (*RRDec.* LXXXIX, n. 16, 644). Ciò implica, naturalmente, che il giudice nella sentenza argomenti la compatibilità o meno dei capi (ossia del can. 1095, 2 o 3 e del can. 1101 § 2) e, di conseguenza, si esprima nella parte dispositiva della sentenza.

⁴¹ Dopo una sentenza affermativa in primo grado *ob exclusum bonum sacramenti ex parte viri actoris*, in Rota il Turno *coram* STANKIEWICZ dopo un supplemento istruttorio aveva pronunciato *negative ad omnia*, ossia al capo dell'esclusione e ai capi ex can. 1095, nn. 2-3 trattati *tamquam in prima instantia*. Il Turno *coram* SERRANO, 15 giugno 2001, dopo aver giudicato affermativamente ex can. 1095, n. 2, «non proponi» quanto al capo ex can. 1095, n. 3, in quanto contenuto implicitamente nel primo, e negativamente quanto all'esclusione, aveva preteso di pronunciare la conformità equivalente.

⁴² Insolitamente duro è FUNGHINI in una *Patavina* del 23 aprile 1997: «Cui requisito [can. 1677, § 3] satisfacere non videtur summaria indicatio "incapacità di emettere un valido con-

- del capo di *error iuris* (can. 1099) rispetto alla simulazione totale⁴³.

L'economia processuale dei capi posti in forma subordinata non si esplica nell'istruzione, che *ovviamente* deve avere ad oggetto tutti i capi concordati senza considerazione della subordinazione⁴⁴, ma nella stesura della decisione che, nel caso del capo principale definito affermativamente, può omettere *tutto* quanto attiene al capo subordinato.

Il prescritto del can. 1611, n. 1 prevede che la sentenza debba «definire controversiam coram tribunali agitatam, data singulis dubiis congrua responsione» e ciò significa che il tribunale *non è libero* di dimettere un capo di nullità fatto oggetto di dubbio per il solo fatto che un altro capo è stato risolto affermativamente e, quindi, la parte avrebbe raggiunto il suo scopo, ossia la dichiarazione di nullità del suo matrimonio, e non avrebbe interesse ad altre pronunce (negative o affermative) sul secondo o terzo dubbio concordato. E ciò è vero anche se la censura più efficace di questa prassi, ossia la nullità insanabile della sentenza perché «controversia ne ex parte quidem definita est» (can. 1620, n. 8), non è in grado, comunque, di incidere e porre nel nulla la parte della sentenza che ha risposto ad uno solo dei dubbi concordati,

senso ex can. 1095, 2, 3», quam adhibuit Tribunal primae instantiae. Cum insuper qui defectu discretionis iudicii laborat certo incapax est ad assumendas essentielles obligationes matrimonii, duo capita pertractanda sunt non pari titulo, sed subordinato modo [...] Nam si affirmatur constare de nullitate matrimonii ob defectum discretionis iudicii, ad incapacitatem assumendi essentielles obligationes matrimonii quod spectat respondendum est: "Provisum in I°"» (RRDec. LXXXIX, n. 12, 360). Allo stesso modo il Card. Francesco Pompedda in un appunto per una *causa Neapolitana* che aveva sentenziato affermativamente per entrambi i capi: «Data occasione, quaestio jam ponenda ac definienda est – haud quidem in casu – utrum nullitas m[atrimon]ii una simul agnosci et declarari possit ex n. 2 et n. 3 can. 1095» (prot. n. 30673/99 EC). L'autonomia dei capi è stata da ultimo riaffermata in una *coram* STANKIEWICZ, 14 dicembre 2007, *Ius Ecclesiae* 22 (2010) 107-134.

La questione ha costituito, com'è noto, un cavallo di battaglia del compianto mons. Zaggia: cf., per esempio, TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE TRIVENETO, decreto in una *Patavina*, *coram* ZAGGIA, 30 giugno 1988, in *La giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici italiani*, Città del Vaticano 1989, 413-421.

⁴³ Cf. la vicenda processuale in una *Romana*, *nullitatis matrimonii, conformitatis sententiarum*, 24 febbraio 1989, *coram* BRUNO, in DS VII, 29-36 oppure in *Verità e definitività*, 211-218.

⁴⁴ Forse potrebbe avere riguardo ad un prima e un poi nella istruzione, nel senso che adempimenti onerosi in merito al capo subordinato (per esempio, perizie) potrebbero legittimamente essere posti alla fine dell'istruttoria, in attesa di una decisione della parte su un'eventuale rinuncia al capo subordinato.

e ciò a motivo della divisibilità della pronuncia giudiziale (*tot capita tot sententiae*).

Nel caso, invece, di dubbi concordati in modo subordinato e di pronuncia affermativa sul capo principale, la decisione *può* ignorare il dubbio subordinato nella parte motiva e *deve* ignorarlo nella parte dispositiva⁴⁵. Non si è detto che *deve* ignorare il dubbio subordinato nella parte motiva, ma che lo *può*. La dottrina, infatti, ricorda che la trattazione del capo subordinato è legittima ed è lasciata alla discrezione del giudice⁴⁶. Tale discrezione oggi è particolarmente sollecitata dalla (prima) previsione normativa della conformità equivalente. Benché non esista una sola nozione di conformità equivalente, nonostante la istruzione *Dignitas connubii* appaia aver compiuto una scelta determinata nel panorama delle opzioni presenti nella giurisprudenza rotale⁴⁷, un campo comune della conformità equivalente è il reperimento di elementi nei capi dimessi perché subordinati.

[...] si può affermare che la conformità equivalente che l'art. 291, § 2 ammette nelle cause di nullità matrimoniale si dà tra pronunce giudiziali ogni volta che nelle motivazioni delle due pronunce si trovano legittimamente discussi e provati tutti e singoli gli elementi di fatto dello schema di prova di un capo di nullità, quali che siano i capi di nullità formalmente concordati e decisi.

La conclusione cui si è giunti intende [...] rilevare come la conformità equivalente è adeguatamente preparata e resa possibile da una motivazione della pronuncia che si estenda con generosità a tutto l'addotto (petizione giudiziale, formula del dubbio statuita e modificata, conclusioni). Una sentenza, per esempio, che tralasci di motivare un capo risolto con la formula *iam provisum*, ancorché formalmente ineccepibile, non si renderà potenzialmente abile a contribuire alla costituzione di una conformità equivalente. Al contrario, una sentenza che si diffonderà su un capo subordinato o su quanto sovrabbondantemente pubblicato, costituirà materia potenzialmente capace di coincidere nel

⁴⁵ Eccetto ovviamente per l'opportunità nella parte dispositiva di segnalare o dichiarare *Non proponi* o *Iam provisum*.

⁴⁶ In realtà è lasciata alla discrezione del ponente o relatore se e soltanto se il collegio non abbia dato indicazioni al riguardo (cf., *saltem ex analogia*, can. 1610 § 2).

⁴⁷ Per un'efficace e ponderata sintesi cf. A. STANKIEWICZ, «La conformità delle sentenze nella giurisprudenza», in *La doppia conforme nel processo matrimoniale. Problemi e prospettive*, Città del Vaticano 2003, 159-166.

provato con una decisione successiva trattata per un capo diverso. In altre parole, l'introduzione della previsione della conformità equivalente rende i giudici più attenti allo sviluppo completo delle motivazioni. "Ogni cosa piacevole – recita un proverbio tedesco – ha un uncinò": la conformità equivalente, con il risparmio di una (terza) istanza, richiede più diligenza nelle prime due istanze⁴⁸.

Si potrebbe rispondere efficacemente e correttamente ora (con l'introduzione dell'art. 295, § 2 DC) alla proposta che da parte di alcuni Autori veniva avanzata, ossia di rispondere a tutti i dubbi avanzati nel libello «quidquid sit de problematibus stricte doctrinalibus»⁴⁹.

Alcune questioni processuali peculiari meritano di essere almeno menzionate circa la prassi della subordinazione dei capi di nullità.

5.1 La subordinazione ignorata

Ci si potrebbe chiedere che cosa accade se la subordinazione dei capi di nullità è ignorata dal giudice nel momento della decisione e definisca i capi subordinati affermativamente dopo aver definito in forma parimenti affermativa il capo principale.

Si dovrebbe, anzitutto, distinguere tra il caso della subordinazione intrinseca o implicita dei capi e della subordinazione esplicitamente formulata nel dubbio.

Nel primo caso non pare condivisibile la posizione espressa in una sentenza di un tribunale ecclesiastico spagnolo che propone la nullità della sentenza:

⁴⁸ G. P. MONTINI, «La richiesta del nuovo esame della medesima causa dopo una doppia decisione conforme», 697-698.

⁴⁹ H. TRAMMA, «Doctorum et iudicum diversa habitudo», 188. L'articolo offre più stimoli per riflettere sulla questione: si accenna alla distinzione tra aspetto oggettivo e aspetto soggettivo, ritenendo quest'ultimo quello in cui opera la distinzione dei capi e la ricerca del motivo di nullità nelle cause giudiziali; si fa menzione pure della distinzione tra scienza speculativa e scienza pratica, ritenendo che in quest'ultima operi il giudice. La sottolineatura, anzi l'insistenza del magistero nella ricerca della verità oggettiva sul matrimonio operata dai tribunali ecclesiastici, non depone certo a favore di queste distinzioni che l'A. propone. Nondimeno vi è forse spazio per riflettere sulla pertinenza della identificazione tra verità oggettiva sul matrimonio e il percorso logico che conduce alla pronuncia esecutiva su un determinato capo di nullità. È significativo, forse, a questo riguardo il rigetto per mancanza di interesse della domanda di nuovo esame della causa (cf. can. 1644) da parte di un coniuge che non contesti la nullità del matrimonio dichiarata con doppia conforme, bensì solo il capo di nullità per il quale essa è stata formulata (cf. SSAT, prot. nn. 33391/02 CG, 33849/02 EC, 35571/04 VT).

Es inválida con nulidad insanable aquella sentencia, que, sin establecer la necesaria disyunción, subordinación o subsidiariedad, formalmente afirma darse a la vez en una misma persona varias causas de nulidad incompatibles entre sí por figurar, entre los supuestos de una, elementos cuya ausencia es parte de los supuestos de la otra⁵⁰.

Le ragioni addotte dai giudici spagnoli non paiono convincenti. Non pare, infatti, che si possa nel caso sussumere la nullità:

- ex can. 1620, n. 8 («Controversia ne ex parte quidem definita est»): non pare che la giurisprudenza rotale ritenga verificato questo motivo di nullità «respondiendo con una declaración absurda o contraria a las leyes de la lógica, que es otra manera de no responder»⁵¹;
- ex can. 1622, n. 2 («motiva seu rationes decidendi non continet»): anche qui però la giurisprudenza rotale non pare equiparare la motivazione carente, difettosa o monca con l'assenza di motivazione, causa sanabile di nullità della decisione.

Non si conoscono d'altronde decisioni rotali che condividano questa posizione. Si può affermare che una decisione, nella quale si dà risposta affermativa a capi incompatibili, è inaccurata, passibile di nuovo esame⁵², forse anche ingiusta⁵³, ma non si può affermare che sia nulla.

Nel secondo caso, in cui cioè vi è stata la subordinazione nella formula del dubbio, sarei più cauto. In via astratta non escluderei la nullità della sentenza per un «giudizio fatto senza la domanda giudiziale di cui nel can. 1501» (can. 1620, n. 4). Ma anche in questo caso si deve tener conto della interpretazione stretta dei motivi di nullità ed inoltre della *ratio legis* sotto la quale la sentenza *ultra petita* viene trattata, ossia la negazione del diritto di difesa, che però nel caso che ci occupa non sarebbe avvenuta, perché il capo subordinato è stato concordato, oggetto di istruzione e discusso.

⁵⁰ TRIBUNAL DE LA ARCHIDIÓCESIS DE MÉRIDA-BADAJOS, «Querrela de nulidad (incompatibilidad entre dos capítulos de nulidad matrimonial)», 934.

⁵¹ Cf. *ibidem*, 935.

⁵² Cf. G. P. MONTINI, «La richiesta del nuovo esame della medesima causa dopo una doppia decisione conforme», 677.

⁵³ È necessario ricordare, però, che non è previsto nelle cause *de statu personarum* il *remedium* della *restitutio in integrum*: cf. SSAT, *Responsio*, 22 giugno 2006, prot. n. 38517/06 VAR, *Periodica* 95 (2006) 553-554; FR. DANEELS, «Commentarius», *ib.*, 555-565.

5.2 Valore delle formule «*Iam provisum*», «*Non proponi*»

Si tratta di statuizioni che *non equivalgono ad una decisione negativa né ad una decisione affermativa*:

Sed formula usu forensi comprobata, videlicet “*iam provisum in primo*”, iuxta probatam iurisprudentiam N.F. nihil aliud significat nisi absorptionem capitis nullitatis in responsione affirmativa quoad caput principale seu praecedens, cui alterum caput subordinatum est in formula dubiorum. Quapropter “*declaratio absorptionis eiusdem capitis in capite praecedenti non possit aequiparari negativae sententiae circa illud*”, eoque minus sententiae affirmativae, sed “*merae abstinentiae a iudicio ferendo, a logica necessitate inductae*” (*coram* Sabattani, sent. diei 24 martii 1961, RRDec., vol. LIII, 163, n. 9)⁵⁴.

Qualche problema potrebbe nascere in sede di appello⁵⁵. Sia perché un'eventuale decisione in appello su quel capo non deciso in primo grado sarebbe da considerare come data *tamquam in prima instantia* sia perché si potrebbe sollevare la questione stessa se quel capo possa essere trattato in appello.

Quest'ultima questione merita attenzione perché, rinviata la causa ad ordinario esame e in sede di successiva concordanza del dubbio, il giudice potrebbe rifiutare la (ri)proposizione di quel capo perché mancherebbe una decisione in primo grado avverso la quale appellare o decidere in appello.

⁵⁴ Decreto in una *Teramen.-Atrien.*, *nullitatis matrimonii, conformitatis sententiarum, coram* STANKIEWICZ, 22 marzo 1994, n. 14, in *DS XII*, 40-41 (il decreto è pubblicato pure in *Monitor Ecclesiasticus* 119 [1994] 341-351; *Ius Ecclesiae* 7 [1995] 645-656; in *Verità e definitività*, 219-226). Il caso riguardava una sentenza che in primo grado aveva giudicato affermativamente per simulazione totale e dimesso con «*provisum in primo*» il capo di esclusione dell'indissolubilità.

Una asserzione solo apparentemente divergente in una *coram* BRUNO: “*Iam provisum in primo*”: quae decisio rationabiliter haud accipienda est ut decisio negativa, verum autem ut decisio affirmativa contenta in n. 1 canonis 1095 [...]» (*Romana, nullitatis matrimonii, conformitatis sententiarum*, 24 febbraio 1989, *coram* BRUNO, n. 9, 68). Probabilmente si tratta di una brachilogia in riferimento all'esito della conformità equivalente. Non mi pare, infatti, si possa condividere la *continentia* di un capo in un altro (cf. invece G. MARAGNOLI, «*Alcune note*», 196-197), così che il capo subordinato riceverebbe risposta affermativa.

⁵⁵ Cf. G. MARAGNOLI, «*Alcune note*», esclusivamente e leziosamente dedicato a questa problematica.

Ritengo, invece, che il giudice su istanza di parte (cf. can. 1637 § 4; cf. art. 58, § 2, secondo capoverso *Normae Tribunalis Rotae Romanae*)⁵⁶ sia tenuto ad ammettere in appello nella formula del dubbio il capo dimesso senza decisione perché subordinato⁵⁷, sulla base di due ragioni:

- il can. 1639 § 1 afferma che in appello «*litis contestatio in eo tantum versari potest ut prior sententia vel confirmetur vel reformetur sive ex toto sive ex parte*»: l'impostazione chiara della sentenza di appello come confermativa o meno della decisione precedente permette di procedere sulla sentenza precedente così come giace⁵⁸;
- nel grado di appello non v'è la possibilità del rigetto dell'appello *in limine* per carenza di *fumus boni iuris* (dell'appello), come invece avviene in primo grado con il rigetto del libello⁵⁹.

6. Costante vigilanza sul capo di nullità

Sulla proposta di consentire al giudice il mutamento del dubbio *ex officio* o, addirittura, di concordare in forma generica il dubbio sullo stato della persona, già annotavo in altra circostanza:

A prescindere dai problemi attinenti soprattutto all'esercizio del diritto alla difesa (che pure sarebbero risolvibili forse in altre parti del processo), ciò che appare in questo processo è soprattutto l'assenza dei patroni: se al giudice appare chiaro un altro motivo di nullità rispetto a quello definito nella *litis contestatio*, la stessa chiarezza non sarà dell'avvocato che assiste la parte? Non potrà questo attivare *sine gravi in-*

⁵⁶ La peculiarità della trasmissione d'ufficio della causa affermativa in grado di appello (cf. can. 1682 § 2) comporta inevitabilmente, a mio giudizio, alcune peculiarità poi nel passaggio all'ordinario esame; peculiarità che rendono almeno opportuna (a livello anche solo dichiarativo) un'istanza di parte.

⁵⁷ Conforme decreto in una *Teramen.-Atrien.*, *nullitatis matrimonii, conformitatis sententiarum, coram STANKIEWICZ*, 22 marzo 1994, n. 15, 41.

⁵⁸ Non è forse una (parte della) decisione giudiziale anche la decretazione dell'assorbimento e, come tale, passibile di (essere compresa nell')appello, al modo, per esempio, in cui sono comprese le decisioni sulle spese, sul *vetitum* e sulla conformità equivalente?

⁵⁹ Cf. diffusamente G. P. MONTINI, «Alcune questioni in merito al can. 1631», *Periodica* 99 (2010) 320-330.

commodo la procedura di cui al can. 1514? O forse non si pensa a un processo senza avvocati?⁶⁰.

La determinazione del capo di nullità all'inizio del processo ha quindi, a mio avviso, due presupposti.

Il primo è di diritto: è il prescritto del can. 1514 sulla normativa del mutamento della formula del dubbio. Ha senso stabilire all'inizio il capo se esso è (in modo relativamente semplice) modificabile. Non a caso la Commissione per la revisione del Codice *ha subordinato* (*rectius*: condizionato) l'obbligo della fissazione del capo di nullità *in limine processus* alla modificabilità dello stesso:

De sententia aliorum Consultorum, sufficiens videtur provisio can. 156 [= 1514], quo controversiae termini mutari possunt “novo decreto, ex gravi causa, ad instantiam partis et auditis partibus earumque rationibus perpensis”, quare in praesenti can. 341 [= 1677] nihil mutandum consultores censent ad § 2 quod attinet⁶¹.

Il secondo presupposto è di fatto: la presenza di un avvocato. Laddove in una causa vi sia un avvocato, sarà lui il primo ad accorgersi del *revirement* dell'istruttoria rispetto al capo concordato e sarà lui il primo a considerare prima e a proporre poi il corrispondente mutamento della formula del dubbio. Vedere ostacoli nella fissazione preliminare del capo di nullità, sponsorizzare la facoltà di mutamento *ex officio* della formula del dubbio⁶² e ricercare soluzioni alternative al mutamento *ex officio*⁶³ significa avallare la prassi (per sé non illegittima) di un pro-

⁶⁰ G. P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus*, 72.

⁶¹ *Communicationes* 11 (1979) 262.

⁶² Cf. G. P. MONTINI, «Alcune questioni in merito al can. 1514», 336-350. Cf. pure ID., «L'attività “ex officio” del giudice nel processo di nullità matrimoniale. Alcune fattispecie in relazione alla domanda giudiziale», in TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE PICENO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario (attività del biennio 2002-2003)*, Fermo, 21 aprile 2004, Fermo 2004, 27-55.

⁶³ Cf. G. P. MONTINI, «Alcune questioni in merito al can. 1514», 353-356. Tra le alternative al mutamento *ex officio* del dubbio è proposto dagli AA. l'intervento del giudice che suggerisce alle parti di richiedere il mutamento. Lo sfavore per questa proposta non muta se si adduce per analogia il prescritto dell'art. 7 della *Lettera circolare* dell'allora Congregazione per i Sacramenti sul processo *super rato* del 20 dicembre 1986, nel quale si prescrive che «tribunal [...] rem cum partibus communicat» (*Communicationes* 20 [1988] 80). La citata saggia disposizione (che non si rinviene nel can. 1681 e neppure nell'art. 153, § 1 DC) ha ben pochi agganci analogici con il suggerimento del giudice di mutare il capo di nullità; infatti, mentre quella è re-

cesso senza avvocati o – *quod Deus avertat* – la tesi (per sé offensiva) della passività degli avvocati. Se il giudice si accorge che una causa sta indirizzandosi al di fuori del binario prefissato del capo di nullità concordato, allo stesso modo l'avvocato ha a disposizione tutti gli elementi di conoscenza e di fatto se non per prevenire, almeno per sovrapporsi alla convinzione che sta maturando nel giudice.

7. Conclusione

I risultati della breve investigazione non hanno bisogno di essere riassunti, semmai potrebbero utilmente essere oggetto di ulteriori riflessioni e determinazioni da parte di coloro che, operando ogni giorno nei tribunali, ne possono apprezzare l'utilità e ne conoscono i limiti.

Può, invece, essere suggestiva una prospettiva a volte oggi un po' negletta. Ci si è soffermati sul diritto processuale, uno strumento destinato alla ricerca della verità circa lo stato personale di chi si rivolge al tribunale. Innumerevoli sono gli stimoli che provengono dal magistero e dalla dottrina sul fine del processo, il raggiungimento della verità. Pochi, ancora troppo pochi, i contributi sullo strumentario per raggiungerla.

E questo è necessario sottolinearlo, per il fatto che il fine non è avulso dai mezzi. Non è una buona metodologia – a mio modo di vedere – contemplare il fine in sé e poi constatare mestamente l'inadeguatezza dei mezzi: tale insistita divaricazione, se può talvolta portare alla severa critica dei mezzi in vista di una loro evoluzione e per un loro ulteriore affinamento, può a volte portare a giustificare lo scavalco o lo stravolgimento dei mezzi.

○ Gesù ha detto invano: Io sono la *via*, la verità e la vita?

lativa alla proposta di abbandono del processo giudiziale (la sospensione dell'istanza, alla quale [tutte] le parti *devono* consentire: «de consensu partium») per l'instaurazione di un procedimento amministrativo, nel quale la decisione definitiva non compete al giudice che «rem cum partibus communicat», questa è tutta interna al processo giudiziale, che continua sotto la giurisdizione del medesimo giudice, al quale spetta accettare la richiesta suggerita e fatta propria anche solo da una parte e con l'opposizione dell'altra, e che emetterà poi la decisione definitiva sul capo suggerito.