

JOAQUÍN 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 DEL MATRIMONIO (*)

1. Premessa e delimitazione del tema. — 2. Il matrimonio nell'ecosistema umano e cristiano: il bene del singolo e il bene comune. Il «favor matrimonii», la sensibilità pastorale e l'«aequitas canonica». — 3. L'attività di consulenza previa alla formalizzazione della causa di nullità del matrimonio: uffici pastorali, patroni stabili e avvocati di fiducia. — 4. I tentativi processuali di conciliazione e l'organo giudiziale adatto. — 5. Gli elementi sostanziali del libello di domanda: a) La natura invalidante della «causa petendi»; b) Il fondamento della «causa petendi» e le prove richieste; c) Il concetto di «fumus boni iuris». — 6. Sull'obbligo di sentire l'altro coniuge prima dell'accettazione del libello di domanda e sull'opposizione della parte convenuta all'ammissione del libello di domanda. — 7. L'incidenza del concetto di «conformitas aequipollens» della sentenza sull'ammissibilità del libello di domanda: il principio «ne bis in idem», la «exceptio iudicati» e la conformità della sentenza riguardante un capo giudicato «tamquam in prima instantia» *ex can. 1683*.

1. *Premessa e delimitazione del tema.*

I promotori del Convegno hanno previsto che lo studio degli elementi essenziali del libello di domanda avvenisse in una conversazione rivolta, *in primis*, agli avvocati, con un taglio prevalentemente pratico. La lettura del Discorso del Papa alla Rota Romana del 2003 e di un saggio del Prof. Villeggiante⁽¹⁾, inedito al momento di pre-

(*) Relazione tenuta al VII *Incontro di aggiornamento* organizzato dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo, Erice, 2-6 giugno 2003.

(¹) Cfr. S. VILLEGGIANTE, *Ammissione del libello e contestuale citazione nelle cause di nullità matrimoniale: rilievi, critiche e proposte*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 657-690.

parare queste riflessioni, mi hanno portato a considerare preliminarmente l'obbligo dei tentativi di conciliazione e di convalidazione del matrimonio in crisi, dovere che, nell'ambito giuridico, spetta in primo luogo agli avvocati, qualora questi siano presenti prima di adire il giudice, come di fatto avviene spesso in Italia.

Nel tentativo di adeguamento a tale indicazione, è da premettere l'utilità dei principi: non vi è nulla di più pratico che i saldi e chiari principi. Infatti, sono questi che permettono di risolvere la molteplicità, spesso imprevedibile, dei problemi con cui l'operatore del diritto si deve confrontare. Viceversa, l'attenzione alla mera soluzione di un puntuale problema, dimenticandone il fine ultimo e le questioni assiologiche, rischia di lasciare perplessi quando i dati della questione sperimentano una pur minima variazione, cosa che avviene frequentemente. In altre occasioni, non avere presente i principi, può condurre lo stesso avvocato ad assumere impostazioni pratiche completamente diverse, a seconda che il patrocinio sia a favore della parte attrice o di quella convenuta (quella cioè che si oppone attivamente, non formalmente soltanto, alla dichiarazione di nullità), a scapito del fine oggettivo del processo canonico, ovverosia della verità. Perciò il paragrafo secondo è dedicato a taluni cenni teleologici sulle cause di nullità del matrimonio e sui compiti dell'avvocato nelle medesime. Servono ad inquadrare, seppur brevemente, l'attività del patrono sin dal primo incontro con il suo cliente, essendo bene inteso che tale cliente è in realtà un altro fedele e, quindi, un fratello che si vuole aiutare a vivere *in veritate*, secondo la legge di Dio, unico cammino per raggiungere la salvezza eterna.

Il tentativo di conciliazione obbliga anche il giudice sin dal sorgere della vertenza giudiziaria e, quindi, prima dell'ammissione del libello; ne deriverebbe la necessità (imposta inoltre, secondo Villeggiante, dalla tutela del diritto di difesa) di ascoltare la parte convenuta prima della decisione sull'accettazione della domanda e della formale citazione della controparte. Infine, l'uso sempre più diffuso del concetto di *conformitas aequipollens* delle sentenze da parte dei tribunali periferici, alla stregua della giurisprudenza della Rota Romana e della Segnatura Apostolica, nonché le notizie circa l'incorporazione di questa innovazione nella futura normativa sul processo di nullità del matrimonio⁽²⁾, suggeriscono l'opportunità di accennare

(2) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 22 gennaio 1996, n. 4,

agli effetti che la conformità sostanziale di capi di nullità del matrimonio, quantunque formalmente diversi, può avere in sede di ammissione del libello di domanda, come hanno messo in rilievo alcune sentenze dei tribunali regionali italiani. Si tratta di tentare di trarre le conseguenze che la *conformitas aequipollens* ha sull'intero processo canonico, evitando un utilizzo di comodo, cioè l'applicazione di tale concetto al solo momento finale della causa di nullità del matrimonio (quello esecutivo). È ovvio che questi argomenti sono molto vasti e coinvolgono molteplici questioni connesse, ancora da approfondire. In questa sede molti problemi saranno soltanto tratteggiati e altri semplicemente omissi.

2. *Il matrimonio nell'ecosistema umano e cristiano: il bene del singolo e il bene comune. Il «favor matrimonii», la sensibilità pastorale e l'«aequitas canonica».*

L'importanza essenziale, per la società civile e per quella ecclesiale, del matrimonio, così com'è stato *ideato* dal Creatore nella legge naturale (matrimonio eterosessuale, uno, indissolubile e aperto alla vita, senza particolari manipolazioni biologiche), e della famiglia che ne deriva, è talmente evidente che non bisogna dimostrarla in questa sede, né illustrarla con autorevoli citazioni. Detta importanza ha una dimensione *terrena*, in quanto necessaria per la sussistenza e lo sviluppo armonico di entrambe le società e dei loro membri, e un'altra *trascendente* o *escatologica*. Infatti, il matrimonio e la famiglia costituiscono uno fra i primi mezzi offerti da Dio per giungere alla felicità eterna, un fondamentale aiuto divino (*grazia, lato sensu*) che consente la salvezza dopo la morte. In quanto dono divino (naturale e soprannaturale nel contempo), il matrimonio è considerato, analogicamente, *sacramentum salutis* ⁽³⁾.

in AAS, 88 (1996), pp. 773-777; Id., *Discorso alla Rota Romana*, 17 gennaio 1998, n. 5, in AAS, 90 (1998), pp. 781-785; M. CALVO TOJO, *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca, 1999, pp. 355-374; M.F. POMPEDDA, *Verità e giustizia nella doppia sentenza conforme*, in *La doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale: problemi e prospettive*, Città del Vaticano, 2003, pp. 9-10; A. STANKIEWICZ, *La conformità delle sentenze nella giurisprudenza*, in *ibidem*, pp. 147-166.

⁽³⁾ Cfr., per tutti, GIOVANNI PAOLO II, *Uomo e donna lo creò. Catechesi sull'amore umano*, 2 ed. ampliata, Roma, 1987, pp. 362-365, 373-382; M.A. ORTIZ, *Sacra-*

A questo *ecosistema*, simultaneamente naturale e soprannaturale, sociale, umano ed ecclesiale, si oppone l'impostazione secondo cui l'indissolubilità è condizionata dal successo della vita coniugale, esito la cui valutazione competerebbe, innanzitutto, ai coniugi, per cui, in ultima analisi, la sussistenza del vincolo matrimoniale dipenderebbe dalla persistenza della libera volontà di entrambi gli sposi. In tale ottica, il patto coniugale non implica la libera e nel contempo irrevocabile adesione ad una realtà (il vincolo) che, una volta messa in atto dal mutuo consenso, trascende la volontà degli sposi, avendo una propria esistenza autonoma (la quale potrà essere *ignorata*, ma non *eliminata*), bensì comporterebbe un mero rapporto, tendenzialmente stabile e di durata indefinita, ma sempre dipendente dalla volontà degli sposi i quali lo manterrebbero in essere e potrebbero scioglierlo con la loro libertà (adempiendo le clausole rescissorie, come se di un mero contratto sinallagmatico si trattasse), per cui, senza il loro mutuo permanente consenso, esso semplicemente non esisterebbe più, quantunque ciò non possa implicare l'*eliminazione* del vincolo di natura spirituale. La Chiesa è, per volontà divina, custode non soltanto della rivelazione soprannaturale ma anche dell'*ecosistema* naturale e dei parametri oggettivi della giustizia umana, come, di fatto, viene riconosciuto da un consenso planetario il magistero pontificio, quantunque vi siano forti resistenze ideologiche. La Chiesa (il magistero di Giovanni Paolo II ne offre innumerevoli testimonianze), pur con le dovute sfumature, non dubita di considerare come esigenze della medesima giustizia naturale, fra le altre, la tutela della vita umana (dal concepimento al suo fine naturale, a prescindere dalle malattie anche gravi che vi possano essere, senza manipolazioni di alcuna sorta), l'equitativa distribuzione dei beni fra ogni persona umana e la protezione dell'indissolubilità del matrimonio, anche se segnato da forti disfunzioni e avversità. Ne è in palio la felicità terrena ed eterna della persona e il bene della società civile e della Chiesa stessa.

Al riguardo, anche se ben conosciuti, vale la pena, ricordare, fra le molteplici citazioni possibili, alcuni brani magisteriali. Il primo è della cost. past. *Gaudium et spes* del Vaticano II: «La salvezza della persona e della società umana e cristiana è strettamente connessa con

mento y forma del matrimonio. El matrimonio canónico celebrado en forma no ordinaria, Pamplona, 1995, pp. 19-55.

una felice situazione della comunità coniugale e familiare. (...) Però non dappertutto la dignità di questa istituzione brilla con identica chiarezza poiché è oscurata [fra l'altro] dalla *piaga del divorzio* (...). Perciò il Concilio, mettendo in chiara luce alcuni punti capitali della dottrina della Chiesa, si propone di illuminare e rafforzare i cristiani e tutti gli uomini che si sforzano di salvaguardare e promuovere la dignità naturale e l'altissimo valore sacro dello stato matrimoniale» (n. 47).

Sull'indissolubilità naturale del matrimonio Giovanni Paolo II ha parlato molto. Particolarmente pressante è, fra gli altri, questo suo richiamo: «Desidero attirare la vostra attenzione sulla *piaga del divorzio*, purtroppo così diffusa. Essa (rappresenta) una delle grandi *sconfitte* dell'umana civiltà. La Chiesa sa di andare "controcorrente", quando enuncia il principio dell'*indissolubilità del vincolo matrimoniale*. (...) So bene che questo aspetto dell'etica del matrimonio è tra i più *esigenti*, e talvolta si verificano situazioni matrimoniali veramente difficili, quando non addirittura drammatiche. (...) Gesù (...) non esitò a riproporre in tutto il suo vigore il disegno originario di Dio, indicato nel libro della Genesi (...), aggiungendo: "Non sono più due, ma una carne sola. Quello dunque che Dio ha congiunto, *l'uomo non lo separi*" (Mt 19, 6). Qualcuno potrebbe obiettare che un simile discorso è comprensibile e valido solo all'interno di un orizzonte di fede. Non è così! (...) questo "grande mistero" (cfr. Ef 5, 32) non esclude, anzi suppone l'istanza etica dell'*indissolubilità* anche sul piano della *legge naturale*. È purtroppo la "durezza del cuore", denunciata da Gesù, che continua a rendere difficile la percezione universale di questa verità, o a determinare casi in cui essa appare quasi impossibile da vivere» (4).

Noi canonisti — oltre agli obblighi che ci competono come genitori, sposi, cittadini o pastori della Chiesa — abbiamo una specifica responsabilità nella tutela dell'indissolubilità: quella di evitare di confondere le «situazioni matrimoniali veramente difficili, quando non addirittura drammatiche», utilizzando le parole del Papa appena citate, con un matrimonio *nullo*. Infatti, l'equiparazione fra matrimonio *fallito* e *nullo*, implica l'introduzione del *divorzio* nella Chiesa, sotto il nome, fasullo, di *dichiarazione di nullità*, come se-

(4) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'«Angelus»*, 10 luglio 1994, nn. 1-2, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 17, 2 (1994), pp. 32-34.

gnalò Giovanni Paolo II nel 1980⁽⁵⁾. Un anno dopo il Papa ritornò sul medesimo argomento, indicando quanto la concessione canonica di *facili* dichiarazioni di nullità contribuisca a fomentare la mentalità divorzista e, persino, a celebrare matrimoni veramente nulli: «La stabilità del vincolo coniugale ed il felice perdurare della comunità familiare dipendono infatti non poco dalla preparazione che i fidanzati hanno premessa alle loro nozze. Ma è altresì vero che la stessa preparazione al matrimonio risulterebbe negativamente influenzata dalle pronunce o sentenze di nullità matrimoniale, quando queste fossero ottenute con troppa facilità»⁽⁶⁾.

Il *favor matrimonii* (cfr. can. 1060) appare confacente all'ottimistica impostazione della dignità della persona umana manifestata nei semplici requisiti richiesti dall'ordinamento canonico per sposarsi (cfr., ad es., il can. 1096), impostazione che non può essere rovesciata da una lettura esasperata del can. 1095⁽⁷⁾. Invece, è riscontrabile un diffuso *pessimismo antropologico* alla stregua del quale la libertà umana — non essendo ritenuta capace di un consenso perpetuo, al quale, invece, la natura è capace di tendere, malgrado i forti condizionamenti sociali — viene svuotata di contenuto (della responsabilità che ne scaturisce) e delineata come una *libertà affievolita*, bisognosa della possibilità (permanente) di essere esercitata senza tener conto dell'impegno irrevocabile precedentemente assunto. Così, il *favor matrimonii* viene rovesciato nel *favor nullitatis*, eufemisticamente presentato come *favor libertatis*. Al riguardo, Giovanni Paolo II ha segnalato: «Talvolta, in questi anni, si è avvertito il tradizionale “*favor matrimonii*”, in nome di un “*favor libertatis*” o “*favor personae*”. In questa dialettica è ovvio che il tema di fondo è quello dell'indissolubilità, ma *l'antitesi è ancor più radicale in quanto concerne la stessa verità sul matrimonio*, più o meno apertamente re-

⁽⁵⁾ Una tale equiparazione «ha in sé una dinamica impellente: “*cui, si mos geratur, divortio, alio nomine tecto, in Ecclesia tolerando via sternitur*”» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 4 febbraio 1980, n. 6, in *AAS*, 72 (1980), pp. 172-178). Cfr. ANONIMO, *Incipit lamentatio vinculi*, in *Apollinaris*, 12 (1939), pp. 348-389; W. O'CONNELL, *Prosequitur lamentatio vinculi*, in Z. GROCHOLEWSKI-V. CÁRCEL ORTÍ (a cura di), «*Dilexit iustitiam*». *Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Città del Vaticano, 1984, pp. 377-387.

⁽⁶⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 24 gennaio 1981, n. 4c, in *AAS*, 73 (1981), pp. 228-234.

⁽⁷⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, nn. 5 e 7, in *AAS*, 79 (1987), pp. 1453-1459.

lativizzata. Contro la verità di un vincolo coniugale non è corretto invocare la libertà dei contraenti che, nell'assumerlo liberamente, si sono impegnati a rispettare le esigenze oggettive della realtà matrimoniale, la quale non può essere alterata dalla libertà umana. L'attività giudiziaria deve dunque ispirarsi ad un "*favor indissolubilitatis*", il quale ovviamente non significa pregiudizio contro le giuste dichiarazioni di nullità, ma la convinzione operativa sul bene in gioco nei processi, unitamente all'ottimismo sempre rinnovato che proviene dall'indole naturale del matrimonio e dal sostegno del Signore agli sposi»⁽⁸⁾.

In questa genesi impoverente della dignità della persona umana e della sua libertà un particolare ruolo è assegnato, distortamente, ai concetti di *misericordia*, di *sensibilità pastorale* e di *aequitas canonica*. Infatti, dinanzi alla drammaticità molto dolorosa di numerose situazioni matrimoniali, si considera che la misericordia materna della Chiesa, invocata sotto la veste giuridica dell'*aequitas canonica*, deve riuscire a trovare, necessariamente, l'unica soluzione considerata possibile per risolvere il problema: la dichiarazione di nullità del matrimonio, anche se ciò comporta forzare la verità delle cose e l'indissolubilità del vincolo⁽⁹⁾.

Paolo VI, nel 1973, si riferiva alla classica definizione dell'Ostiense sull'*aequitas canonica*, «*iustitia dulcore misericordiae temperata*», ma la completava con l'intera citazione del brano della *Summa aurea* di Enrico di Susa: «*aequitas est iustitia, est motus rationabilis regens sententiam et rigorem. Haec est enim aequitas quam iudex, qui minister est, semper debet habere prae oculis, scilicet sciat bonos*

(8) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2002, n. 7, in *AAS*, 94 (2002), pp. 340-346. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 2000, in *AAS*, 92 (2000), pp. 350-355.

(9) «Al di là di tutti gli effimeri mutamenti culturali, ci sono realtà essenziali che non cambiano, ma trovano il loro ultimo fondamento in Cristo, che è sempre lo stesso, ieri, oggi e nei secoli: "È lui 'il Principio' che, avendo assunto la natura umana, la illumina definitivamente nei suoi elementi costitutivi e nel suo dinamismo di carità verso Dio e il prossimo" (lett. enc. *Veritatis splendor*, n. 53). Il riferimento fontale della morale cristiana, pertanto, non è la cultura dell'uomo, ma il progetto di Dio nella creazione e nella redenzione. Nel mistero pasquale e nel mistero della nostra adozione filiale emerge, infatti, in tutto il suo splendore la dignità originaria dell'umanità» (GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio al Prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede in occasione del Simposio su «L'antropologia della teologia morale secondo l'Enciclica "Veritatis splendor"»*, 24 settembre 2003, n. 2).

remunerare, malos punire. Via regia incedens et se rationabiliter regens, non declinans ad dexteram vel sinistram»⁽¹⁰⁾.

Su questa scia, Giovanni Paolo II ha messo in guardia dall'applicazione sentimentale, contrastante con la verità oggettiva, invocata da una diffusa, ma distorta, mentalità *pastorale misericordiosa*: «È opportuno soffermarci a riflettere su di un equivoco, forse comprensibile ma non per questo meno dannoso, che purtroppo condiziona non di rado la visione della pastoraltà del diritto ecclesiale. Tale distorsione consiste nell'attribuire portata ed intenti pastorali unicamente a quegli aspetti di moderazione e di umanità che sono immediatamente collegabili con l'*aequitas canonica*; ritenere cioè che solo le eccezioni alle leggi, l'eventuale non ricorso ai processi e alle sanzioni canoniche, lo snellimento delle formalità giuridiche abbiano vera rilevanza pastorale. Si dimentica così che anche la giustizia e lo stretto diritto (...) sono richiesti dalla Chiesa per il bene delle anime e sono pertanto realtà intrinsecamente pastorali. (...) Vanno, sì, tenute presenti ed applicate le tante manifestazioni di quella flessibilità che, proprio per ragioni pastorali, ha sempre contraddistinto il diritto canonico. Ma vanno altresì rispettate le esigenze della giustizia, che da quella flessibilità possono venir superate, ma mai negate. La vera giustizia nella Chiesa, animata dalla carità e temperata dall'equità, merita sempre l'attributo qualificativo di pastorale. Non può esserci un esercizio di autentica carità pastorale che non tenga conto anzitutto della giustizia pastorale. Occorre, pertanto, cercare di comprendere meglio l'armonia fra giustizia e misericordia, tema tanto caro alla tradizione sia teologica che canonica. (...) Convinta di ciò, l'Autorità ecclesiastica si studia di conformare la propria azione, anche nella trattazione delle cause sulla validità del vincolo matrimoniale, ai principi della giustizia e della misericordia. Essa perciò prende atto, da una parte, delle grandi difficoltà in cui si muovono persone e famiglie coinvolte in situazioni di infelice convivenza coniugale, e riconosce il loro diritto ad essere oggetto di una particolare sollecitudine pastorale. Non dimentica però, dall'altra, il diritto, che pure esse hanno, di non essere ingannate con una sentenza di nullità che sia in contrasto con l'esistenza di un vero matri-

⁽¹⁰⁾ HENRICUS DE SEGUSIO, CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa*, l. 5, *de dispensationibus*, Lugduni, 1537, ristampa Aalen, 1962, fol. 289rb. Cfr. PAOLO VI, *Discorso alla Rota Romana*, 8 febbraio 1973, in *AAS*, 65 (1973), pp. 95-103.

monio. Tale ingiusta dichiarazione di nullità matrimoniale non troverebbe alcun legittimo avallo nel ricorso alla carità o alla misericordia. Queste, infatti, non possono prescindere dalle esigenze della verità. Un matrimonio valido, anche se segnato da gravi difficoltà, non potrebbe essere considerato invalido, se non facendo violenza alla verità e minando, in tal modo, l'unico fondamento saldo su cui può reggersi la vita personale, coniugale e sociale. Il giudice pertanto deve sempre guardarsi dal rischio di una malintesa compassione che scadrebbe in sentimentalismo, solo apparentemente pastorale. Le vie che si discostano dalla giustizia e dalla verità finiscono col contribuire ad allontanare le persone da Dio, ottenendo il risultato opposto a quello che in buona fede si cercava. L'opera invece di difesa di un valido connubio rappresenta la tutela di un dono irrevocabile di Dio ai coniugi, ai loro figli, alla Chiesa e alla società civile. Soltanto nel rispetto di questo dono è possibile trovare la felicità eterna e quella sua anticipazione nel tempo, concessa a coloro che, con la grazia di Dio, s'identificano con la sua Volontà, sempre benigna malgrado possa apparire talvolta esigente»⁽¹¹⁾.

Perciò, in sede accademica è stato saggiamente notato che «in senso stretto, l'equità non è qualcosa di diverso dalla giustizia né dal diritto, né, pertanto, va considerata come un limite al *rigor iuris*, bensì al *rigor legis*, il che è assai diverso. Giova ricordare d'altronde come l'epicheia aristotelica sia l'eccezione fatta alla legge, in considerazione della imperfezione essenziale della legge umana, per raggiungere cioè un risultato più giusto di quello che si sarebbe ottenuto mediante l'applicazione della norma generale al caso singolo, il quale presentava delle esigenze particolari; il risultato dell'epicheia sarebbe perciò contrario al testo legale, ma non alla giustizia. (...) È fondamentale chiarire che anche quando l'equità viene intesa come qualcosa che va *oltre* alle esigenze della giustizia (del resto tanto auspicabile), essa non può essere mai *contro* la giustizia. (...) Emerge (...) quanto sia importante che i Pastori, affinché possano esercitare la prudenza che viene loro richiesta, siano dotati di una buona sensibilità pastorale e giuridica. Un punto fermo che può fungere da riferimento sicuro è la semplice, ma non perciò meno vera, idea che ciò che è ingiusto non può essere né equo né pastorale. In definitiva,

⁽¹¹⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, nn. 3-6, in *AAS*, 82 (1990), pp. 872-877.

non v'è ragione alcuna che giustifichi la confusione dell'equità canonica con un superficiale "pastoralismo"»⁽¹²⁾.

D'altra parte, invocare la *salus animarum* per relativizzare la legge divina dell'indissolubilità appare intrinsecamente contraddittorio perché la «*salus animarum* è un concetto essenzialmente escatologico: ossia esso concerne più il destino eterno della persona che la sua situazione storica di *viator*. O, meglio, riguarda quest'ultima in quanto prepara la condizione definitiva, cui quel concetto propriamente si riferisce. Orbene, occorre guardarsi dal rischio di una riduzione terrenistica della *salus animarum*, nel senso di una sua trasformazione nella mera "tranquillità di coscienza" anche in presenza di scelte oggettivamente contrarie ai valori evangelici. Volendo ragionare per analogia sul Figlio di Dio in quanto uomo: non pare che la *salus animae* di Gesù sia stata una scelta di benessere, di tranquillità di coscienza, una opzione indolore. Alla salvezza escatologica il Signore ci insegna che si accede anche per cammini dolorosi e misteriosi, che comportano la realtà della croce. In questo senso mi pare che occorra fare molta attenzione a non ridurre la *salus animarum* in chiave immanentistica, senza prospettiva e, per così dire, senza responsabilità escatologica, neutralizzandola su di un piano di mondanico equilibrio di desideri e di bisogni del soggetto»⁽¹³⁾. Da questa prospettiva, lo scioglimento *in favorem fidei* — nella sua formulazione posteriore al CIC 1917⁽¹⁴⁾, in cui è stato profondamente mo-

⁽¹²⁾ E. BAURA, *Pastorale e diritto nella Chiesa*, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, «*Vent'anni di esperienza canonica: 1983-2003*». *Atti della Giornata Accademica tenutasi nel XX anniversario della promulgazione del Codice di Diritto Canonico, Città del Vaticano, 24 gennaio 2003*, Città del Vaticano, 2003, pp. 178-180. Cfr. G. GHIRLANDA, *Il diritto canonico nel magistero di Giovanni Paolo II*, in *ibidem*, pp. 63-73; N. SCHÖCH, *Il diritto canonico nell'ambito del matrimonio e della famiglia*, in *ibidem*, pp. 181-206.

⁽¹³⁾ P. BIANCHI, *Quale futuro per la doppia sentenza conforme?*, in *La doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale*, cit., p. 174.

⁽¹⁴⁾ Cfr. S.S.C. SANCTI OFFICII, *Normae pro conficiendo processu in casibus solutionis vinculi matrimonialis in favorem fidei per supremam S. Pontificis auctoritatem*, 1° maggio 1934, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, vol. 1, n. 1220; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Instr. «Ut notum est» pro solutione matrimonii in favorem fidei*, 6 dicembre 1973, in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 4, nn. 2730-2734; cost. ap. *Pastor bonus*, art. 53; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Normae de conficiendo processu pro solutione vinculi matrimonialis in favorem fidei*, 30 aprile 2001, pubblicate, ad es., in *Il Diritto Ecclesiastico*, 113/1 (2002), pp. 1139-1144 e in *Periodica de re canonica*, 91 (2002), pp. 502-506.

dificato il classico *privilegio petrino* ⁽¹⁵⁾ — pone gravi interrogativi da approfondire ⁽¹⁶⁾, anche se potrebbe essere ritenuto che essi siano già stati definitivamente risolti dalla vigente normativa ⁽¹⁷⁾.

Giovanni Paolo II, richiamando il suo citato discorso alla Rota del 1990, ha voluto insistere sull'autentico senso cristiano della misericordia e del perdono, che passa necessariamente per la via del pentimento, del sacrificio e della croce: «La verità tuttavia non è sempre facile: la sua affermazione risulta a volte assai esigente. Ciò non toglie che essa debba essere sempre rispettata nella comunicazione e nelle relazioni fra gli uomini. (...) È a voi ben nota la tentazione di ridurre, in nome di una concezione non retta della compassione e della misericordia, le esigenze pesanti poste dall'osservanza della legge. (...) Doverosa è pure la messa in guardia nei confronti della tentazione di strumentalizzare le prove e le norme processuali, per raggiungere un fine "pratico" che forse viene considerato "pastorale", con detrimento però della verità e della giustizia» ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. U. NAVARRETE, *De termino «Privilegium Petrinum» non adhibendo*, in *Periodica*, 53 (1964), pp. 323-373.

⁽¹⁶⁾ Cfr. il nostro *L'unitarietà dell'istituto matrimoniale e la rilevanza giuridica dell'«ordinatio fidei»: sul carattere sussidiario dello «scioglimento» pontificio del vincolo*, in *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 2001, pp. 1397-1412.

⁽¹⁷⁾ Cfr. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941, n. 3, in *AAS*, 33 (1941), pp. 421-426; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 2000, cit. n. 7; J. KOWAL, *Nuove «Norme per lo scioglimento del matrimonio "in favorem fidei"»*, in *Periodica de re canonica*, 91 (2002), pp. 459-506.

⁽¹⁸⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 1994, n. 5, in *AAS*, 86 (1994), pp. 947-952. «Riduzionismo anche più pericoloso è quello che pretende di interpretare ed applicare le leggi ecclesiastiche distaccandole dalla dottrina del Magistero. Secondo tale visione, i pronunciamenti dottrinali non avrebbero alcun valore disciplinare, valore che sarebbe da riconoscere soltanto agli atti formalmente legislativi. (...) Tutti gli strumenti tipici attraverso cui si esercita la *potestas regiminis* — leggi, atti amministrativi, processi, sanzioni canoniche — acquistano così il loro vero senso, quello di un autentico *servizio pastorale* in favore delle persone e delle comunità che compongono la Chiesa. Talvolta tale servizio può essere frainteso e contestato: proprio allora esso si rivela più necessario per evitare che, in nome di pretese esigenze pastorali, si prendano decisioni che possono causare e addirittura favorire inconsiamente delle vere ingiustizie» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti alla Giornata Accademica promossa dal Pontificio Consiglio per i testi legislativi*, 24 gennaio 2003, nn. 3-4, in *AAS*, 95 (2003), pp. 333-336).

3. *L'attività di consulenza previa alla formalizzazione della causa di nullità del matrimonio: uffici pastorali, patroni stabili e avvocati di fiducia.*

Dinanzi a un'eventuale richiesta di nullità del matrimonio, il CIC 1917 (can. 1965), la istr. *Provida Mater Ecclesia* ⁽¹⁹⁾, il can. 1676 del vigente codice e diversi interventi pontifici ⁽²⁰⁾ prevedono il tentativo di sanare l'ipotetica nullità. In realtà, sarebbe più confacente al *favor matrimonii* e alla natura delle cose, affermare che ciò che deve essere espletato in primo luogo è lo sforzo per *conciliare* i coniugi in crisi, il cui matrimonio si presume valido (cfr. can. 1060), come è stato indicato dal Pontefice nel suo Discorso alla Rota Romana del 2003 ⁽²¹⁾. Soltanto qualora detta crisi possa essere dovuta ad una vera nullità, si dovrebbe procurare, per il bene delle parti e dei loro figli, la sanazione del matrimonio. Perciò, il can. 1676 potrebbe essere così riformulato, incorporando nella norma sulle cause di nullità elementi del disposto per le cause di separazione (cfr. can. 1695): «*Iudex, antequam causam acceptet et quotiescumque spem boni exitus perspicit, pastoralia media adhibeat, ut coniuges, si fieri potest, "ad conciliationem et ad coniugalem convictum restaurandum moveantur; dein, si opus sit," ad matrimonium forte convalidandum inducantur*», anche se potrebbe essere sufficiente la mera inversione dei termini («*ut coniuges, si fieri potest, ad coniugalem convictum restaurandum et ad matrimonium forte convalidandum inducantur*») poiché la ripresa della vita comune significherebbe la riconciliazione dei coniugi.

Una tale impostazione è richiesta dal *favor veritatis*, caratterizzante sia la natura *dichiarativa* delle cause di nullità del matrimonio, sia l'intero impianto processuale canonico. Per mostrare la genuinità ecclesiale di una tale essenziale organizzazione di base del sistema

⁽¹⁹⁾ Cfr. S.C. PER I SACRAMENTI, istr. *Provida Mater Ecclesia*, 15 agosto 1936, art. 65, in *AAS*, 28 (1936), pp. 313-361.

⁽²⁰⁾ Cfr. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941, cit., n. 2; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 24 gennaio 1981, cit., n. 4; ID., *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, cit., n. 6; ID., *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2002, cit., n. 6.

⁽²¹⁾ «Occorre (...) prendere molto sul serio l'obbligo formalmente imposto al giudice dal can. 1676 di favorire e cercare attivamente la possibile convalidazione del matrimonio e la riconciliazione. Naturalmente lo stesso atteggiamento di sostegno al matrimonio ed alla famiglia deve regnare prima del ricorso ai tribunali» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 2003, n. 7, in *AAS*, 95 (2003), pp. 393-397).

giudiziario, e che non si tratta di atteggiamenti «di scuola», vale la pena richiamare il noto Discorso alla Rota Romana di Pio XII nel 1944⁽²²⁾. Papa Pacelli rievocava il concetto di certezza morale giudiziale da lui autorevolmente sancito nel 1942, che è stato riproposto nella sua sostanza da Giovanni Paolo II nel 1980⁽²³⁾. Diceva Pio XII nel '44: presupposto il *favor matrimonii*, perché il tribunale possa dichiarare nullo un matrimonio «rilevammo [nel discorso del 1942] essere sufficiente la certezza morale, vale a dire quella che esclude ogni ragionevole dubbio circa la verità del fatto, ricordando altresì che essa deve avere un carattere oggettivo e non essere fondata solamente sulla opinione o sul sentimento meramente soggettivo del giudice».

Questa esigenza di oggettività, di confrontare l'aderenza della propria decisione alla verità, non riguarda soltanto il giudice; infatti, il *favor veritatis* ha un corrispettivo nell'animo dell'avvocato al quale si rivolge un coniuge per raccontare le sue vicende matrimoniali problematiche e prospettarvi una soluzione giuridica, che, spesso, sarà quella della richiesta della dichiarazione di nullità del suo matrimonio. Il *favor matrimonii* dovrebbe portare il patrono a prospettarsi in primo luogo la possibilità che nel caso ascoltato si manifesti una mera crisi coniugale, sicuramente grave, ma che, di per sé, non intacca la validità del vincolo celebrato, malgrado l'eventuale convincimento iniziale del cliente sulla nullità. Non sarebbe giusto invece l'atteggiamento del patrono che — dinanzi alla crisi, al fallimento del matrimonio, ad ogni costo e senza essere arrivato, dopo attenta indagine, al convincimento personale dell'esistenza del *fumus nullitatis* — cercasse di trovare un motivo *credibile* per sollecitare all'organo giurisdizionale la dichiarazione di nullità di detto matrimonio. Ciò implicherebbe una impostazione *burocratica, meccanicistica* e di rinuncia ad imperniare il proprio operato di patrono sulla verità dei fatti e sulla presunzione della capacità e della sincerità dei nubenti (cioè del *favor matrimonii* e del *favor indissolubilitatis*), come, invece, il vi-

(22) Cfr. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 2 ottobre 1944, in AAS, 36 (1944), pp. 281-290; il nostro *Il patrocinio forense e la «concezione istituzionale» del processo canonico*, in P.A. BONNET-C. GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, Città del Vaticano, 1994, pp. 439-478.

(23) Cfr. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 1° ottobre 1942, in AAS, 34 (1942), pp. 338-343; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 4 febbraio 1980; cit., nn. 4-6.

gente ordinamento canonico, alla stregua dell'insegnamento di Pio XII, esige dagli avvocati⁽²⁴⁾. Infatti, il Pontefice insisteva nel '44: «nel processo matrimoniale il *fine unico* è un giudizio conforme alla verità e al diritto, concernente nel processo di nullità la asserita non esistenza del vincolo coniugale (...). L'*indirizzo personale* si ha mediante la volontà dei singoli che hanno parte nella trattazione della causa [quindi, anche gli avvocati], in quanto essi dirigono e subordinano ogni loro pensiero, volere e atto nelle cose del processo al raggiungimento di quel fine». Nel processo matrimoniale, aggiungeva il Papa, vi è «l'*obbligo giuridico-morale* di mantenere tale indirizzo», obbligo che «deriva dal diritto divino. Infatti il [matrimonio] è, per la sua propria natura, (...) ordinato e determinato non dal volere umano, ma da Dio. (...) L'alta gravità di quest'obbligo, originato come da fonte suprema e inestinguibile dal diritto divino, a servizio della verità nel processo matrimoniale, deve essere sempre fortemente affermata e inculcata. Mai non avvenga che nelle cause matrimoniali dinanzi ai tribunali ecclesiastici abbiano a verificarsi inganni, spergiuri, subornazioni o frodi di qualsiasi specie! Perciò tutti coloro, che vi hanno qualche parte, debbono serbare vigile la coscienza, e al bisogno risvegliarla e ravvivarla, per rammentare che (...) i relativi giudizi, se qualche frode, che concerna la sostanza, li falsi, non hanno valore davanti a Dio e nel campo della coscienza».

Dopo aver esaminato l'obbligo di conformare il proprio operato alla verità da parte del giudice, del difensore del vincolo e del promotore di giustizia, Pio XII si trattenne sulle conseguenze, giuridiche e morali, di tale obbligo per gli avvocati: «L'unità del fine, l'indirizzo verso il fine e l'obbligo della subordinazione al fine nel processo matrimoniale debbono considerarsi e ponderarsi con particolare attenzione a riguardo del consulente legale o *avvocato* (...) perché nessuno è più esposto al pericolo di perderli di vista. (...) [Nella sua] molte-

(24) La recente modifica del piano degli studi per ottenere i gradi accademici in diritto canonico, in cui è prevista una notevole formazione teologica per i laici prima dell'accesso al ciclo della licenza, sicuramente tenta di garantire che gli avvocati agiscano secondo questi principi deontologici cristiani (cfr. CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Decretum quo ordo studiorum Facultatibus Iuris Canonici innovatur*, 2 settembre 2002, in *AAS*, 95 (2003), pp. 281-285; C.J. ERRÁZURIZ M., *Circa la conoscenza del diritto ecclesiale e il suo insegnamento universitario*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 562-573; G. GHIRLANDA, *Riforma degli studi nelle Facoltà di diritto canonico*, in *Periodica de re canonica*, 92 (2003), pp. 193-222.

plice attività l'avvocato può ben porre ogni studio per ottenere la vittoria alla causa del suo cliente; ma in tutta la sua azione non deve sottrarsi all'unico e comune scopo finale: lo scoprimento, l'accertamento, l'affermazione legale della verità, del fatto oggettivo. (...) la consapevolezza di tale subordinazione deve guidare l'avvocato nelle sue riflessioni, nei suoi consigli, nelle sue asserzioni e nelle sue prove, (...) [detta subordinazione] non solo lo premunisce dal costruire artificiosamente e dal prendere a patrocinare cause prive di qualsiasi serio fondamento, dal valersi di frodi o d'inganni, dall'indurre le parti e i testimoni a deporre il falso, dal ricorrere a qualsiasi altra arte disonesta, ma lo porta anche positivamente ad agire in tutta la serie degli atti del processo secondo i dettami della coscienza. (...) Da qui apparisce che cosa si debba pensare del principio purtroppo non di rado affermato o in fatto seguito. "L'avvocato — si dice — ha il diritto e il dovere di produrre tutto ciò che giova alla sua tesi, non meno che il Difensore del vincolo fa rispetto alla tesi opposta; per nessuno dei due vale la norma: *pro rei veritate!* L'apprezzamento della verità è ufficio esclusivamente del giudice; gravare l'avvocato con tale cura significherebbe impedirne od anche paralizzarne del tutto l'attività". Tale osservazione si basa sopra un errore teorico e pratico: essa disconosce l'intima natura e l'essenziale scopo finale della controversia giuridica. (...) Qui non si tratta di creare un fatto con la eloquenza e la dialettica, ma di mettere in evidenza e far valere un fatto già esistente. Il summenzionato principio cerca di scindere l'attività dell'avvocato dal servizio della verità oggettiva».

I pressanti richiami di Pio XII agli avvocati potevano far supporre che l'Autorità ecclesiastica considerasse che ci fosse una generalizzata trascuratezza da parte dei patroni dei loro obblighi. Tale considerazione negativa può essere riscontrata nell'istituzione della figura del *patrono stabile*, la quale era stata prospettata e quasi sancita nel 1938⁽²⁵⁾, e che diventerà universale nel CIC 1983 (cfr. can.

(25) «*In causis di nullitate matrimonii patrocinium coniugum exercebitur ab advocatis a tribunali ex officio singulis vicibus designandis et remunerandis, qui plenam iudicibus securitatem offerant, se non de exitu causae sed unice de veritate factorum sincere illustrandis, sollicitos fore*» (SACRA CONGREGATIO DE SACRAMENTIS, progetto di *Decretum de peculiaribus normis quoad causas matrimoniales servandas*, 1939, n. 4, in V. BARTOCETTI, *Codicis J. C. emendatio a S. P. Pio XI circa leges et causas matrimoniales disposita anno 1938*, in *Revue de Droit Canonique*, 10-11 (1960-1061), p. 18). «*quia (...) facilis aperitur aditus fraudibus et improbitati (...) eorum qui lucrum tantum inbiantes, ipsos co-*

1490) e nel CCEO (cfr. can. 1148). Certamente, fra i motivi che hanno portato il legislatore ad introdurre questo istituto sono da annoverare quello di fornire al coniuge in difficoltà che si rivolge a un ufficio legale una consulenza finalizzata non immediatamente né necessariamente alla richiesta della nullità del matrimonio, cioè di tentare la composizione di una vertenza che propriamente riguarda la separazione coniugale e gli obblighi morali e giuridici connessi (primo quello della fedeltà), e, in secondo luogo (ma forse come principale finalità), quello di evitare che le cause di nullità del matrimonio presso i tribunali della Chiesa siano fondate su prove non rispecchianti la verità. Un altro motivo a favore dell'introduzione dei patroni stabili è stato quello economico riguardante gli onorari degli avvocati di fiducia; talvolta si è data a tale questione un'importanza eccessiva, non distinguendo sufficientemente alcuni evidenti abusi dalla libertà delle parti (consapie di poter affidare la propria vicenda matrimoniale ad altri avvocati, fra cui i patroni stabili, con una spesa molto minore) di rivolgersi a prestigiosi e seri professionisti, i quali si sono preparati con molti anni di studio (spesso laurea in Giurisprudenza, dottorato in Diritto Canonico, i tre anni dello Studio rotale...) e si dedicano per intero a questo lavoro, dovendo sostenere dignitosamente una famiglia, magari numerosa, ecc. ⁽²⁶⁾.

niuges edocent de modo quo causam instaurare debent, atque de exitu causae solliciti, non de veritate factorum, testes comparant et instruunt, ut ea deponant et confirment quae optatis conspirent» (S.C. PERI SACRAMENTI, Istr. *De competentia iudicis in causis matrimonialibus ratione quasi-domicilii*, 23 dicembre 1929, *prooemium*, in *AAS*, 22 (1930), pp. 168-171; fu pubblicata di nuovo come allegato 2° all'istr. *Provida Mater Ecclesia*, in *AAS*, 28 (1936), pp. 365-367).

«*Codex non solummodo proponit sed imponit "quatenus fieri possit" huiusmodi patronos publicos constituere in unoquoque tribunali (can. 1490). Haec dispositio legis proinde serio consideranda est in ordine ad perfectiorem reddendam administrationem iustitiae hodiernis in condicionibus vitae Ecclesiae*» (Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium in Ecclesia ratione quoque habita iustitiae administrativae*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 48 (1992), pp. 58-59). Sulla storia dell'istituto dei patroni stabili, cfr. G. LAGOMARSINO, *Avvocatura dei poveri, gratuito patrocinio e patrono stabile negli ordinamenti statuale e canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 111/1 (2000), pp. 1104-1132; Id., *Avvocato e Avvocatura dei poveri in Italia nel diritto romano-cristiano e civile-canonico*, in *Apollinaris*, 73 (2000), pp. 701-724; J. OCHOA, *La figura del procurador y abogado público*, in «*Dilexit iustitiam*». cit. pp. 249-284.

⁽²⁶⁾ Cfr. i nostri *Il patrocinio forense e la «concezione istituzionale» del processo canonico*, cit., pp. 456-458; *I patroni stabili e i diritti-doveri degli avvocati*, in *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), pp. 71-91.

D'altra parte, la normativa particolare italiana afferma chiaramente che tanto i patroni stabili come quelli di fiducia sono tenuti a prestare la consulenza pre-processuale (atta a comporre la crisi coniugale e ad accertare l'esistenza del *fumus nullitatis*) e che, qualora il cliente voglia ad ogni costo introdurre la richiesta della nullità del matrimonio (quantunque l'avvocato non abbia riscontrato alcun motivo sufficiente), sono liberi di non accettare l'incarico o di rinunciarvi⁽²⁷⁾. La condizione di essere *catholicus*, richiesta dal can. 1483 per l'avvocato (non per il procuratore), manifesta la necessità di quella coerenza di vita cristiana che porta ad accettare sul serio il principio dell'indissolubilità del matrimonio e che, quindi, tranne in casi particolari, vieta il patrocinio per ottenere il divorzio civile⁽²⁸⁾.

(27) «Il patrono stabile svolge attività di consulenza, previa all'introduzione delle cause, per un tempo determinato e assume il patrocinio delle cause introdotte. Tale attività di consulenza e di patrocinio [è] configurata come impegno professionale a tempo pieno» (CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Determinazioni circa i patroni stabili nei tribunali ecclesiastici regionali italiani*, n. 1, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 1/1998, pp. 26-27); «gli onorari degli avvocati coprono l'attività di consulenza preliminare» (ID., *Determinazioni circa gli onorari degli avvocati e dei procuratori nelle cause di nullità matrimoniale presso i tribunali ecclesiastici regionali italiani*, in *ibidem*, pp. 31-32); «§ 2. A tali *patroni stabili* i fedeli possono rivolgersi per ottenere consulenza canonica circa la loro situazione matrimoniale e per avvalersi del loro patrocinio avanti il Tribunale regionale presso il quale prestano il loro servizio. (...) § 4. Il patrono stabile può non accettare l'incarico per una determinata causa ovvero rinunciare in corso di causa all'incarico assunto, se legittimamente impedito o se ritenga, in scienza e coscienza, di non poter continuare a svolgerlo» (ID., *Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi* (nuova versione), 19 ottobre 1998, art. 6, in *ibidem*, 9/1998, pp. 303-312). Cfr. ID., COMMISSIONE EPISCOPALE PER I PROBLEMI GIURIDICI, *Schema di «Regolamento» dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, 11 dicembre 1997, art. 12, in *Quaderni della Segreteria Generale CEI*, 4 (1999), pp. 95-106.

(28) «Gli operatori del diritto in campo civile devono evitare di essere personalmente coinvolti in quanto possa implicare una cooperazione al divorzio. Per i giudici ciò può risultare difficile, poiché gli ordinamenti non riconoscono un'obiezione di coscienza per esimerli dal sentenziare. Per gravi e proporzionati motivi essi possono pertanto agire secondo i principi tradizionali della cooperazione materiale al male. Ma anch'essi devono trovare mezzi efficaci per favorire le unioni matrimoniali, soprattutto mediante un'opera di conciliazione saggiamente condotta. Gli avvocati, come liberi professionisti, devono sempre declinare l'uso della loro professione per una finalità contraria alla giustizia com'è il divorzio; soltanto possono collaborare ad un'azione in tal senso quando essa, nell'intenzione del cliente, non sia indirizzata alla rottura del matrimonio, bensì ad altri effetti legittimi che solo mediante tale via giudiziaria si possono ottenere in

Infine, mentre i patroni (stabili e di fiducia) sono tenuti all'opera *pre-processuale* di consulenza (che include i tentativi di raggiungere la conciliazione o la sanazione della nullità del matrimonio), i giudici non possono prestare detta assistenza perché, qualora (falliti gli sforzi concilianti e sananti) vi fosse il consiglio d'iniziare il processo di nullità del matrimonio, tale giudice dovrebbe astenersi (o potrebbe essere ricusato) perché verrebbe a mancare la sua condizione d'indipendenza e imparzialità, requisiti essenziali della mansione giudiziaria (cfr. cann. 1447-1449, 1456, 1717 § 3). Profondamente diversa è la situazione conciliatrice e sanatoria che deve essere espletata dal giudice in seguito all'introduzione del libello di domanda ed in ogni fase del processo.

4. *I tentativi processuali di conciliazione e l'organo giudiziale adatto.*

Il can. 1446 § 1 sancisce: «*Christifideles omnes, in primis autem Episcopi, sedulo annitantur ut, salva iustitia, lites in populo Dei, quantum fieri possit, vitentur et pacifice quam primum componantur*». Abbiamo appena accennato all'adempimento *pre-processuale* di detto obbligo nelle cause di nullità del matrimonio (*vide supra* §§ 2 e 3). In seguito alla presentazione del libello di domanda — quindi, quando il processo è già cominciato, anche se il can. 1517 afferma «*instantiae initium fit citatione*»⁽²⁹⁾ —, il can. 1676 insiste sull'adempimento di tale obbligo da parte del giudice («*iudex, antequam causam acceptet ...*»), come Giovanni Paolo II ha voluto ribadire nel citato Discorso alla Rota Romana del 2003.

Villeggiante, oltre a ritenere che da tale obbligo deriva il diritto della parte convenuta di essere ascoltata dal giudice prima dell'accettazione del libello di domanda (al riguardo *vide infra* § 6), considera che «la convocazione [delle parti], come un invito, deve essere fatta dal Vicario Giudiziale prima del decreto di costituzione del

un determinato ordinamento (cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 2383). In questo modo, con la loro opera di aiuto e pacificazione delle persone che attraversano crisi matrimoniali, gli avvocati servono davvero ai diritti delle persone, ed evitano di diventare dei meri tecnici al servizio di qualunque interesse» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2002, cit., n. 9).

⁽²⁹⁾ Cfr. J. CARRERAS, «*De litis instantia*» y comentario a los cann. 1517-1525, in A. MARZOJA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (a cura di), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1996, vol. 4, pp. 1247-1268.

tribunale e certamente prima del decreto di ammissione del libello»⁽³⁰⁾. Indubbiamente il can. 1676 dice «*iudex, antequam causam acceptet*» e, quindi, indica che il tentativo conciliatorio deve essere espletato prima dell'ammissione del libello. Però, il testo codiciale sembrerebbe far riferimento al giudice (o al presidente del turno) al quale il vicario giudiziale ha già affidato la causa. Infatti, presso la Rota Romana, il Decano (che ricopre le mansioni proprie del vicario giudiziale, essendo moderatore del tribunale il Pontefice), dopo l'esame preliminare sulla competenza del tribunale apostolico, provvede a stabilire il turno giudicante che dovrà esaminare la causa⁽³¹⁾. Il collegio dovrà considerare preliminarmente la propria competenza (cfr. can. 1505 § 1), già esaminata dapprima dal vicario giudiziale. Difatti, i decreti del Decano di reiezione del libello di domanda riguardano abitualmente l'incompetenza manifesta della Rota Romana⁽³²⁾.

Quantunque non possa essere considerato *vietato* al vicario giudiziale di portare a termine l'opera di conciliazione processuale (presso il Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo il vicario giudiziale ha riscontrato un buon successo in detto tentativo⁽³³⁾) — opera che, come sostiene Villeggiante, è sicuramente di natura giudiziale, e non amministrativa —, vi sono numerose ragioni per sostenere che i tentativi di conciliazione previ all'accettazione del libello di domanda dovrebbero spettare al presidente del turno (o al ponente) anziché al vicario giudiziale, e, tanto meno, all'istruttore che non faccia parte del collegio giudicante (cfr. can. 1428). In primo luogo, per una ragione di natura negativa: il vicario giudiziale, che normalmente è già sovraccarico di lavoro, dovrebbe seguire molte «pratiche conciliatrici», che possono comportare molto impegno; e presso alcuni tribunali ecclesiastici sono introdotte ogni anno diverse centinaia di cause. In secondo luogo, per diverse ragioni di natura positiva: a) Il presidente o il ponente, membri del turno giudicante, verranno

⁽³⁰⁾ S. VILLEGGIANTE, *Ammissione del libello e contestuale citazione*, cit., pp. 685-687.

⁽³¹⁾ Cfr. ROTA ROMANA, *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, artt. 17 e 51, in *AAS*, 86 (1994), pp. 508-540; can. 1425 § 3.

⁽³²⁾ Cfr. ROTA ROMANA, *Decreti del Decano 2000*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 12 (2002), pp. 167-172.

⁽³³⁾ Cfr. S. VILLEGGIANTE, *Ammissione del libello e contestuale citazione*, cit., p. 686, nota 26.

a conoscenza, e di ciò risulterà il relativo atto giudiziale, di fatti importanti per decidere la causa; quindi, ne trarrebbe beneficio il *principio d'immediatezza*, e con questo quello del *favor veritatis*. b) L'immediatezza giova direttamente alla realizzazione del principio di *economia processuale*: trarre il maggiore profitto possibile da ogni intervento giudiziale per decidere la causa secondo verità e giustizia. c) L'accettazione e la reiezione del libello di domanda competono normalmente al presidente o al turno (cfr. 1505), quantunque, come abbiamo segnalato, anche il vicario giudiziale possa respingere il libello per evidente incompetenza del tribunale o per palese mancanza dei requisiti (sostanziali e formali) prescritti dalla legge (cfr. can. 1504); considerata l'incidenza dei tentativi di conciliazione sull'ammissione o reiezione del libello, appare opportuno affidare detti tentativi a chi dovrà pronunciarsi sull'accettazione della domanda: un giudice del collegio giudicante.

5. *Gli elementi sostanziali del libello di domanda.*

Il diritto *fondamentale* alla tutela giudiziaria — come condizione essenziale di ogni vero diritto — implica il diritto di adire il tribunale competente e di vedere accolto il legittimo libello di domanda (cfr. cann. 1457 § 1 inizio, 1491, 1501, 1502)⁽³⁴⁾. Per tale motivo, consi-

⁽³⁴⁾ Cfr. can. 221. Questo canone non sancisce in modo univoco il diritto alla tutela giudiziale, includendo la via amministrativa come modo talvolta sufficiente per garantire i diritti, malgrado la classica affermazione del can. 1491: «*quodlibet ius actione munitur*». Perciò, il processo giudiziario contenzioso-amministrativo (e il relativo diritto al doppio grado di giurisdizione nelle decisioni sul merito) ha un valore assiologico decisivo (cfr. i nostri *Il «petitum» e la «causa petendi» nel contenzioso-amministrativo canonico. Profili sostanziali ricostruttivi alla luce della cost. ap. «Pastor bonus»*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 119-150; *Note sull'impugnabilità delle decisioni della Segnatura Apostolica*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 675-698; *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano, 1997, pp. 47-84; *L'efficace tutela dei diritti (can. 221): presupposto della giurisdizione dell'ordinamento canonico*, in *Fidelium iura*, 8 (1998), pp. 227-264; *Il sistema giudiziario canonico di tutela dei diritti. Riflessioni sull'attuazione dei principi 6° e 7° approvati dal Sinodo del 1967*, in J. CANOSA (a cura di), *I Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano, 2000, pp. 501-546; *Fondamenti teologici del diritto processuale canonico. Sul ruolo del processo per la comprensione dell'essenziale dimensione giuridica della Chiesa*, in C.J. ERRÁZURIZ M.-L. NAVARRO (a cura di), *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, Milano, 2000, pp. 267-300).

derato che in molti paesi non vi sono avvocati presso il foro canonico, il can. 1503 § 1 consente la petizione orale che potrà essere, inoltre, *informe*, cioè senza che la parte attrice indichi un capo preciso per cui ritiene che il suo matrimonio sia nullo, fattispecie in cui spetterà al giudice di dare il *nomen iuris* alla generica richiesta di nullità del matrimonio (cfr. can. 1677 §§ 2 e 3).

Comunque, ciò che l'ordinamento protegge è la tutela dei *diritti*, non delle illusioni o dei desideri infondati, quale sarebbe, ad es., l'aspirazione di veder dichiarato nullo il proprio matrimonio semplicemente perché lo si ritiene irrimediabilmente fallito, a prescindere dall'esistenza di un possibile motivo di nullità. Tale necessità di condizioni *sostanziali* del libello di domanda (ve ne sono altre *formali* di cui non ci occupiamo) vengono indicate dal can. 1504, 2°: «*Libellus, quo lis introducitur, debet (...) indicare quo iure innitatur actor et generatim saltem quibus factis et probationibus ad evincenda ea quae asseruntur*». In assenza delle medesime il libello dovrà essere respinto: «*Libellus reici potest tantum (...) si certo pateat ex ipso libello petitionem quolibet carere fundamento, neque fieri posse, ut aliquod ex processu fundamentum appareat*» (can. 1505 § 2, 4°). Queste prescrizioni del codice, nelle cause di nullità del matrimonio, implicano la presenza (quantunque *informe*) nel libello *a*) di una *causa petendi* invalidante, *b*) di un almeno minimo fondamento probatorio della medesima e, quindi, *c*) di quello che la tradizione processuale designa col nome di *fumus boni iuris* ⁽³⁵⁾.

a) *La natura invalidante della «causa petendi».*

La necessità di indicare nel libello di domanda l'esistenza di una *causa petendi* di natura invalidante era indicata dall'istr. *Provida Mater Ecclesia*: «*Libellus indicetur petitio; nempe ut matrimonium decla-*

(35) Sul libello di domanda, cfr. L. DEL AMO, *La demanda judicial en las causas matrimoniales*, Pamplona, 1976; P. GEFAELL, *Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), pp. 130-134; il nostro «*Quaestiones disputatae*» sulla scelta della procedura giudiziaria nelle cause di nullità del matrimonio, sui titoli di competenza, sul libello introduttorio e sulla contestazione della lite, in *Apollinaris*, 70 (1997), pp. 581-622; L. MATTIOLI, *La fase introduttoria del processo e la non comparsa della parte convenuta*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 479-490; H. PREE, *Kompatibilität von Klagegründen im kirchlichen Ebenichtigkeitsprozess*, in *De processibus matrimonialibus*, 6 (1999), pp. 71-91; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *La demanda judicial canónica*, Pamplona, 2002.

retur nullum, et quidem ob hoc vel illud caput, ex gr. ob impotentiam, ob metum etc., vel ob plura, si plura sint nullitatis capita» (art. 57, 2°). Considerato che il CIC 1917 consentiva che il libello fosse presentato da chi non sapeva scrivere, quindi senza alcun patrono (cfr. can. 1707 § 1; PME, art. 56), è evidente che la legge non poteva esigere l'invocazione tecnica di un preciso capo di nullità, ma permetteva che detta richiesta potesse essere *informe*: un racconto dal quale emerga la possibilità dell'esistenza di uno dei capi invalidanti il matrimonio previsti dal diritto. Comunque, ciò che è indispensabile è che, in modo formale o informale, sia invocato un vero capo di nullità. Infatti, perché il libello di una causa di nullità del matrimonio sia legittimo, non basta allegare una generica crisi matrimoniale che potrebbe essere sufficiente, ad es., per una causa di mera separazione dei coniugi. Perciò, l'istr. *Provida Mater Ecclesia* sanciva: «*Si factum, quo accusatio nititur, licet undequaque verum, matrimonio tamen irritando impar omnino foret, vel, quamvis factum matrimonium foret quidem irritaturum, assertionis vero falsitas sit in aperto, libellus decreto tribunalis collegialis reiiciatur»* (art. 64).

Quindi, da una parte, il fatto giuridico invocato a proprio favore non potrà costituire la sufficiente *causa petendi* di natura invalidante — necessaria perché il libello di domanda possa dar un luogo ad un processo di nullità del matrimonio — quando non sia espressione (da dimostrare) di un capo capace d'irritare il connubio («*matrimonio irritando impar omnino foret»*). Ciò avverrebbe, ad es., qualora fosse richiesta la nullità del matrimonio perché, dopo la celebrazione del matrimonio, l'uomo è diventato tetraplegico in seguito ad un incidente, o perché l'uomo si è innamorato di un'altra donna molti anni dopo la celebrazione del matrimonio. Una simile fattispecie è riscontrabile, ad es., in un decreto rotale in cui l'attore chiedeva la nullità perché la suocera s'immischiava nella vita quotidiana della coppia, rendendo insopportabile la convivenza coniugale. Secondo il turno, una tale situazione — riguardante lo svolgimento della vita matrimoniale, non un vizio del vincolo — potrebbe costituire causa di separazione dei coniugi, ma non la nullità del vincolo: «*Haec autem mera factorum enarratio vitae coniugalis erat, necessario iuridico fundamento pro causa nullitatis matrimonii agenda destituta fumoque boni iuris carens. (...) huiusmodi assertiones pro inchoanda quadam causa separationis coniugum forte adduci potuissent, nequaquam pro introducenda causa nullitatis vinculi. Defuit igitur petitum, seu factum iu-*

ridicum idoneum, et defuit causa petendi, nempe ius quo factum inniti potuisset ad declarandam matrimonii nullitatem» ⁽³⁶⁾.

Dall'altra parte, il fatto che manchi il «*necessarium iuridicum fundamentum pro causa nullitatis matrimonii agenda*» appare concettualmente diverso dall'assenza di *fumus boni iuris*. Questo presuppone quello: senza la *causa petendi* invalidante non si può porre il problema della presenza o della mancanza di *fumus boni iuris*. Come vedremo di seguito, vi potrà essere assenza del sufficiente *fumus boni iuris* quando la *causa petendi* invocata appaia completamente priva di fondamento probatorio, ad es., qualora fosse richiesta la nullità per esclusione del *bonum prolis* e risultasse la nascita di diversi figli dopo le nozze, senza l'invocazione dell'adulterio della donna. Si tratterebbe della seconda fattispecie prevista dall'art. 64 della PME: «*quamvis factum matrimonium foret quidem irritaturum, assertionis vero falsitas sit in aperto*».

b) *Il fondamento della «causa petendi» e le prove richieste.*

Presupposta l'indicazione della *causa petendi* invalidante, appena considerata, la PME richiedeva che con il libello di domanda: «*exponatur, generatim saltem, quo iure innititur actor ad comprobanda ea quae allegantur et asseruntur. Non est necesse, nec expedit, ut conficiatur accurata et longa argumentorum enucleatio, nam haec pertinent ad probationis et defensionis periodos; sufficit ut appareat haud temere fuisse petitionem exhibitam*» (art. 57, 3°). L'art. 59 esplicitava il fondamento sufficiente dei fatti da indicare nel libello: «*Si proponatur probatio per instrumenta seu documenta, haec una cum libello tradantur, quantum fieri potest; si per testes, eorum nomina et domicilium indicentur (...), et si per praesumptiones, indicentur saltem in genere facta seu indicia, unde illae eruuntur. Nihil tamen impedit quominus actor ulteriores probationes in iudicii cursu afferat*».

Da tali disposti si evince che la richiesta legale del fondamento della *causa petendi* (del *fumus boni iuris*) è di facile adempimento perché basta segnalare che il capo di nullità invocato potrà essere provato durante la fase istruttoria del processo con alcuni dei mezzi probatori stabiliti: documenti, testimonianze, indizi, perizie, ecc., senza dover però produrre tali prove. Soltanto per quanto riguarda

⁽³⁶⁾ ROTA ROMANA, *coram* Funghini, decreto, 24 maggio 1989, *Campinae Grandis, Nullitatis matrimonii; Nullitatis sententiarum*, n. 9, in *RRDecr.*, 7 (1989), pp. 104-105.

i documenti è richiesta la loro presentazione assieme al libello, *quantum fieri potest*. Ne deriva la non necessità di tentare di presentare dette prove col libello; la produzione delle prove avverrà durante la fase istruttoria, la quale è sottoposta al principio del contraddittorio (possibilità di proporre controprove); infatti, per ammettere la domanda dell'attore da parte del giudice competente non è previsto alcun dibattimento.

Diversi problemi possono sorgere per quanto riguarda il fondamento del libello di domanda nella fattispecie della nullità del matrimonio *ex can.* 1095, in particolare per i nn. 2 e 3. È evidente la sufficienza della richiesta avallata da cartelle cliniche dalle quali risulta una malattia psichica da parte di uno dei nubenti. Tali cartelle possono essere esibite *motu proprio* dalla parte attrice, come risulta dall'art. 59 della PME, che è in vigore a norma del can. 6 § 2, non avendo il vigente codice modificato la normativa al riguardo del CIC 1917. Inoltre, il tribunale può *chiedere* tali cartelle qualora non risulti da altri mezzi il fondamento della petizione dell'attore, ma non può *condizionare* l'ammissione del libello alla presentazione di detti documenti. Infatti, la Rota Romana — considerando vigente al riguardo la PME —, da una parte, ha dichiarato legittima la richiesta delle cartelle cliniche, senza che ciò implichi la violazione del divieto imposto dal can. 1529: «*Iudex ad probationes colligendas ne procedat ante litis contestationem nisi ob gravem causam*»⁽³⁷⁾. D'altra

⁽³⁷⁾ «*Quoad praecipuam in primis accusatam violationem de acquisitione chartulae clynicae petitae a Praeside Tribunalis Regionalis, antequam actor exhibuerit libellum introductorium litis (...) ad rem fas est adhuc memorari Art. 59 Instructionis "Provida Mater" (...), cum ex tali praescripto statuta quaedam est adquisitio documentorum ante vel post exhibitum libellum introductorium ad exclusivum finem fumi boni iuris acclarandi quoad admissionem vel minus ipsius petitionis. (...) Verumtamen, olim dato re vera usu et abusu can. 1095, nn. 2 et 3 non semel adhibitis a partibus et earum Advocatis, cum ad acceptandum libellum indispensabile sit certitudinem haberi de existentia fumi boni iuris, adquisitio documenti bene fundati atque tempore non suspecto confecti, sicuti exhibetur chartula clynica, absque dubio peropportunum videtur atque speciatim quando petitiones ineptae proponuntur quae modica quadam investigatione indigent ut tribunal eas admittere vel reicere valeat, quia tunc tantum libellus proprie dictus potest exhiberi et termini possunt decurrere (cf. G. Sheeby, *Introducing a case of nullity of marriage*, in "Dilexit Iustitiam", Città del Vaticano, 1984, pag. 347); dum clarum exstat quod iudex ita faciens minime violationem perpetrat, sed reapse adstante gravi causa praevisa a can. 1529, suam exercet facultatem a iure sibi concreditam» (ROTA ROMANA, *coram Ragni*, decreto, 11 maggio 1994, *Reg. Aprutini seu Piscarien.* — *Pinnen.*, *Null. matr.; Incid.: null. sent.*, n. 11, in B. Bis 24/94).*

parte, il Tribunale Apostolico ha considerato illegittimo *esigere* la *produzione* della prova della nullità *ex can. 1095, 2° o 3°* nella fase di ammissione del libello di domanda, *imponendo* la presentazione delle cartelle, l'attuazione delle perizie, l'interrogatorio delle parti o dei testimoni⁽³⁸⁾. Comunque, il libello di domanda *ex can. 1095, 2° o 3°*, potrà essere legittimamente respinto dinanzi alla generica affermazione dell'incapacità, allegata dopo molti anni di serena convivenza matrimoniale, allietata dalla nascita di diversi figli, con il solo motivo di poter ricuperare la libertà di celebrare un nuovo matrimonio, come ha fatto la Rota Romana in un matrimonio durato ventinove anni⁽³⁹⁾.

c) *Il concetto di «fumus boni iuris».*

Il can. 1505 § 2, 4° indica: «*Libellus reici potest si certo pateat ex ipso libello petitionem quolibet carere fundamento, neque fieri posse, ut aliquod ex processu fundamentum appareat*». La norma è formalmente innovativa nei confronti del CIC 1917, can. 1709, e rende più esplicito il combinato disposto dei citati artt. 57, 3° e 59 della PME (cfr. art. 61). Il *fondamento* segnalato dal vigente codice, seguendo la linea interpretativa tracciata dalla PME, non risiede tanto nell'allegazione di una *causa petendi* invalidante il matrimonio, quanto, presupposta questa, nell'invocazione, credibile ma da dimostrare, di fatti (prove) atti a verificare l'asserita nullità.

Un settore rilevante della giurisprudenza rotale forse non distingue sufficientemente, come invece sembra opportuno tentare di fare, tra l'esistenza, da una parte, della *causa petendi* invalidante (del fatto giuridico atto all'esercizio di una determinata azione, ad es., un vizio del consenso come giustificazione dell'azione di nullità del matrimonio), che è il presupposto dell'azione legittima, e, d'altra parte, la possibilità che l'invocazione di tale azione (il libello di domanda) sia priva di un minimo fondamento probatorio, non offra, cioè, il sufficiente *fumus boni iuris*. Infatti, la giurisprudenza del tribunale apostolico riconduce al concetto di assenza di *fumus boni iuris* la mancanza di *causa petendi* invalidante: «*Ex Rotalis iurisprudencia, fu-*

⁽³⁸⁾ Cfr. ROTA ROMANA, *coram* Ragni, decreto, 12 dicembre 1989, *Dublinen., Nullitatis matrimonii, Admissionis libelli*, in *RRDecr.*, 7 (1989), pp. 192-196.

⁽³⁹⁾ Cfr. ROTA ROMANA, *coram* Doran, decreto, 29 novembre 1990, *Litoris Palmen. (USA), Nullitatis matrimonii, Nullitatis sententiarum*, nn. 1-5, in *RRDecr.*, 8 (1990), pp. 187-188.

mus boni iuris deficit, quando libellus continet "factum quo accusatio nititur", omnino impar ad matrimonium irritandum, aut factum super falsis asseverationibus fundatum modo aperto ac inaequivoco, iuxta art. 57, § 3, supra cit. Instr. "Provida Mater". "Unde patet — docet decretum coram Pinna diei 26 ianuarii 1967 — non sufficere obreptionem circa aliquam circumstantiam — de cetero decursu instructoriae apte explorandam —, sed requiri manifestam falsitatem 'ipsius facti' quod contenditur irritasse matrimonium, puta ipsius asserti metus gravis, ipsius simulationis consensus, ipsius exclusionis finis primarii, etc. Nec admissioni libelli obstat quod pars metum passa resumpserit cohabitationem; nec facile eidem tribuenda est cognitio nullitatis matrimonii quando vitam communem instauravit vel in eadem perseveravit; nec praesumenda a limine sanatio ficti consensus: haec enim omnia exploranda, pervestiganda sunt in instructione causae atque aestimanda in iudicio de merito" (Meliten.). Atque adnotat opportune decretum coram Serrano diei 21 iunii 1985: "cum libellus nihil aliud sit nisi solius actoris manifestatio ut quod sibi praesumit debitum ius, ipse obtineat: ex solis actoris verbis, nisi cogentia adversus ipsius intentum sint — quod facile non eveniet, cum nemo pro domo sua adlaborans, suos parietes evertet — exclusionis aliqualis species, illa nempe quae in limine disceptationis sufficit, vix haberetur reiectioni obnoxia" »⁽⁴⁰⁾.

Comunque, la Rota, presupposto il fatto giuridico atto all'esercizio di una determinata azione, appare molto possibilista riguardo alla successiva sussistenza del *fumus boni iuris* probatorio, per evitare l'affievolimento del diritto alla tutela giudiziale insito nella reiezione del libello di domanda. La considerazione della reale capacità dei fatti probatori suggeriti nel libello per giungere ad una sentenza favorevole alla richiesta della parte attrice corrisponde alla fase decisoria del processo, in seguito all'istruttoria espletata in contraddittorio. L'oggetto della certezza morale del giudice nella fase di ammissione del libello è la mera possibilità dell'attore di riuscire a provare l'azione da lui invocata con la realizzazione delle prove appena suggerite nel libello. Non si tratta, quindi, di una quasi-certezza morale

⁽⁴⁰⁾ ROTA ROMANA, *coram* Ragni, decreto, 12 dicembre 1989, *Dublinen.*, cit., n. 6. Per la decisione *coram* Serrano, *Vindobonen.*, *Nullitatis matrimonii; admissionis libelli*, 21 giugno 1985, cfr. *RRDecr.*, 3 (1985), pp. 176-177, n. 4. Nello stesso senso del citato decreto *coram* Ragni, anche con i medesimi argomenti e citazioni, cfr. ROTA ROMANA, *coram* Civili, decreto, 31 ottobre 1990, *Vratislavien.*, *Nullitatis matrimonii, Admissionis libelli*, n. 2, in *RRDecr.*, 8 (1990), pp. 165-166.

sulla decisione sul merito della causa a favore dell'attore, come, invece, talvolta, sembra richiedere il Congresso della Segnatura Apostolica per ammettere la causa contenzioso-amministrativa alla *disceptatio* della causa dinanzi al collegio dei giudici del Supremo Tribunale⁽⁴¹⁾: «*Legi potest in una coram Canestri: "Nec tamen a priori huiusmodi causas fas est reicere, ne cum zizania evellatur et triticum; atque ne incurratur periculum expoliandi christianum naturali et divino iure quo pollet obtinendi ab Ecclesia definitionem certam circa incertum suum statum"* (decisio diei 12 novembris 1940, RRDec., vol. XXXII, p. 770, n. 4; cf. etiam coram Felici, decisio diei 16 ianuarii 1952, *ibid.*, vol. XLIV, p. 25, n. 2). Neque, ultimo, ad aptius problema adhuc explanandum, praetermittenda non est recta verborum ethimologica significatio cum speciatim in agro scientiae iuridicae unumquodque vocabulum specificum habeat pondus ac strictum teneat sensum. Ita "fumus" est vestigium seu signum quod relationem dicat cum "igne" atque ipsis carbonibus vivis superstat, seu ex illis extollitur quamvis illa visibilia non dum pandantur incolarum oculis; quo, contra, per futuram seu insequentem investigationem — Nostro in exemplo "processualem" appellatam, seu decursu processus factam — ad detegendum (i.e. probandum) utrum sub fumi imagine existat concretus focus an tantum lucinium (nempe an habeatur bonum ius an fictum ius)»⁽⁴²⁾.

Particolarmente interessante è, nelle cause di nullità del matrimonio, l'apprezzamento del *fumus boni iuris* nelle cause in cui la prova principale allegata dall'attore è costituita dalla propria dichiarazione, che la Rota qualifica come *confessione* ancorché questa dichiarazione non possa avere tale valenza giuridica mancandone il presupposto di essere «*contra se peracta*» (can. 1535): «*simulantis confessio, quamvis non sit apta per seipsam ad probationem contra va-*

(41) Cfr. SEGNAURA APOSTOLICA, *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae*, 25 marzo 1968, art. 116, in *Enchiridion Vaticanum*, Bologna, 1984, vol. 8, pp. 522-587. Nelle *causae iurium* la Rota Romana considera che le diverse manifestazioni litigiose che precedono la presentazione del libello di domanda non manifestano che la parte attrice abbia ragione, ma invece che esiste il sufficiente *fumus boni iuris* per accettare il libello: cfr., ad es., ROTA ROMANA, *coram Huot*, decreto, 29 gennaio 1987, *Brixien., Iurium; exceptionis rei iudicatae*, nn. 1-2, in *RRDecr.*, 5 (1987), p. 10.

(42) ROTA ROMANA, *coram Ragni*, decreto, 12 dicembre 1989, *Dublinen.*, cit., n. 6.

lorem celebrati matrimonii constituendam, certe est fundamentum inquisitionis ad verum cognoscendum in casu concreto, certe dicendum est non defuisse sic dictum fumum boni iuris ad praesentem causam nullitatis proponendam immo non deesse ad ipsam iterum examinandam» (43).

6. *Sull'obbligo di sentire l'altro coniuge prima dell'accettazione del libello di domanda e sull'opposizione della parte convenuta all'ammissione del libello di domanda.*

Nel sopraccitato articolo, Villeggiante sostiene: «Tre cose oggi risultano dannose per i diritti dell'altra parte: 1) che il giudice, a seguito della presentazione del libello, prenda un primo contatto con i fatti e le prove come addotte dalla parte attrice (v. can. 1504, 2°), e ne valuti l'importanza, *inscia altera parte*; 2) che l'ammissione del libello avvenga totalmente ad insaputa dell'altra parte (v. can. 1505, 4°); 3) che l'espressione del Codice "*libellus rei ci potest tantum*" (v. can. 1505 § 2), in una con il fatto che esso può essere rigettato soltanto quando risulti certo che non ci sia alcuna speranza che "*ex processu (aliquod) fundamentum appareat*", crea la deleteria convinzione che la *reiectio libelli* non esista più e che un libello privo di qualsiasi fondamento possa essere ammesso purché esista la speranza che "*ex processu*" qualche cosa venga fuori (v. can. 1505 § 2, 4°). Una volta era necessario che il libello avesse almeno il *fumus* ma oggi neppure quello perché sembra che basti la possibilità che esso appaia "*ex processu*". E tutto questo, insisto, all'insaputa dell'altra parte» (44). L'illustre Professore e Avvocato rotale conclude illustrando la sua affermazione e proposta *de iure condendo* secondo

(43) ROTA ROMANA, *coram* Corso, decreto, 14 ottobre 1987, *Romana, Nullitatis matrimonii; Confirmationis sententiae*, n. 5, in *RRDecr.*, 5 (1987), pp. 110-111. Sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti, cfr. i nostri *La certezza morale nel processo canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 109/1 (1998), pp. 758-802, e *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti: il raggiungimento del principio della libera valutazione delle prove*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale*, Padova, 2003, pp. 99-145, e la bibliografia ivi citata.

(44) S. VILLEGGIANTE, *Ammissione del libello e contestuale citazione*, cit., pp. 678-681. Non è la prima occasione in cui l'A. studia la questione: cfr. S. VILLEGGIANTE, *Ammissione del libello e concordanza del dubbio*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 34 (1978), pp. 291-330; ID., *Il principio del contraddittorio nella fase di costituzione del processo or-*

cui la tutela del diritto di difesa richiederebbe di comunicare il libello all'altra parte prima della sua ammissione, necessità che sarebbe confermata dall'obbligo del giudice di ascoltare entrambi i coniugi per svolgere il tentativo di conciliazione *antequam causam acceptet*, dovere che richiederà di far conoscere il libello di domanda alla parte convenuta prima della citazione⁽⁴⁵⁾.

Ancora una volta sono i principi ad aiutare a risolvere il problema. L'ordinamento canonico non può non rispettare il diritto al contraddittorio e alla tutela del diritto di difesa, così come non può non cercare che la decisione rispecchi la verità dei fatti (essendoci in gioco la *salus animarum*), verità che il giudice potrà conoscere con certezza morale soltanto dopo l'espletamento dell'istruttoria, avvenuta in contraddittorio o, forse meglio (tentando di superare nel processo di nullità del matrimonio una impostazione litigiosa che, spesso, non risponde alla realtà), con la *collaborazione* di tutti quanti possano contribuire a far emergere la verità. Inoltre, il processo canonico di nullità del matrimonio vuole evitare di rimanere *intrappolato* nelle forme processuali, tentando di schivare che il diritto di difesa diventi fine a se stesso e possa comportare un ostacolo per il tempestivo raggiungimento della verità⁽⁴⁶⁾. A tale scopo, il sistema canonico, pur garantendo sostanzialmente il diritto di difesa e il principio del contraddittorio (cfr. cann. 1598 § 1, 1620, 7°)⁽⁴⁷⁾,

dinario per la dichiarazione di nullità del matrimonio, in «*Dilexit iustitiam*», cit., pp. 349-361.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. S. VILLEGIANTE, *Ammissione del libello e contestuale citazione*, cit., pp. 681-687.

⁽⁴⁶⁾ Sull'inappellabilità delle decisioni emesse nelle cause incidentali, cfr. ROTA ROMANA, *coram* Caberletti, decreto, 11 luglio 2002, *Reg. Siculi seu Catanen.*, *Nullitatis matrimonii; Prael.: competentiae R. R. T.*, in B. Bis 61/02. Cfr. F. DANEELS, *Osservazioni sul processo per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 14 (2001), pp. 85-87; F. D'OSTILIO, *I processi canonici. Loro giusta durata*, Roma, 1989; R. ROMÁN SÁNCHEZ, *La duración de los procesos canónicos de nulidad matrimonial*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales*, vol. 15, Salamanca, 2000, pp. 235-263; J.M^a SERRANO RUIZ, *Abuso del diritto di difesa*, in *Quaderni Studio Rotale*, 6 (1991), pp. 45-56; A. ZIRKEL, «*Quam primum, salva iustitia*». *Müssen kirchliche Eheprozesse Jahre dauern?*, St. Ottilien, 2003.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. il nostro *Il diritto al contraddittorio nella giurisprudenza canonica. Postille alle decisioni della Rota Romana (1991-2001)*, in S. GHERRO (a cura di), *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, 2003, pp. 21-140.

vuole limitare le questioni incidentali⁽⁴⁸⁾, le quali vengono utilizzate non di rado con finalità ostruzionistiche⁽⁴⁹⁾.

In questo complesso quadro di obiettivi da raggiungere è importante l'equilibrio e la prudenza. Mentre appaiono assoluti sia il diritto al provvedimento giudiziale sul merito quando siano riscontrabili i requisiti del libello di domanda (con il concetto, ampio, di *fumus boni iuris* coniato dalla giurisprudenza rotale, di cui sopra al § 5, c), sia i tentativi processuali di conciliazione, non sarebbe assoluto l'obbligo di ascoltare il coniuge parte convenuta per accertare l'impossibilità della composizione, potendo detta impossibilità essere desunta dal solo libello, dal quale, ad es., risulti il divorzio e il matrimonio civile della parte convenuta, dal quale siano nati più figli e nel quale i « coniugi » vivano pacificamente. Il giudice ha quindi un notevole ambito di discrezionalità sul *modo* di assolvere l'obbligo di tentare l'anzidetta conciliazione, senza che possa essere affermata la necessità assoluta di dover ascoltare la parte convenuta.

È frequente che gli ordinamenti statali stabiliscano il *principio del contraddittorio* mediante la partecipazione del convenuto al processo fin dal suo inizio, prima ancora dell'intervento del giudice (così dispone, ad es., l'art. 101 del *Codice di procedura civile* italiano). Comunque, le medesime norme civili riconoscono che il contraddittorio sostanziale avverrà in seguito alla citazione: « L'atto di citazione deve contenere: (...) 4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni; 5) l'in-

(48) Sulle quali Villeggiante è riconosciuto maestro: cfr. S. VILLEGGIANTE, *Le questioni incidentali*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 633-676; ID., *Le questioni incidentali presso il Tribunale della Rota Romana*, in *Le «Normae» del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano, 1997, pp. 241-247.

(49) Cfr. G. ERLEBACH, *Le questioni incidentali ed il sistema delle impugnative*, negli atti del VII *Incontro di aggiornamento* organizzato dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo, Erice, 2-6 giugno 2003, in corso di stampa; E. FIORE, «*Legis plenitudo amor*». *Conversazione a Palermo*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 117 (1992), pp. 295-307; C. GULLO, *Ostruzionismo processuale e diritto di difesa*, in K. LÜDICKE-H. MUSSINGHOFF-H. SCHWENDENWEIN (a cura di), «*Iustus Iudex*». *Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern*, Essen, 1990, pp. 491-506; A. SABBATTANI, *Le impugnative delle decisioni incidentali*, in *Cause incidentali e processo contenzioso sommario ossia orale*, Roma, 1988, pp. 89-101; A. STANKIEWICZ, *De nullitate sententiae ob vitium substantiale in actorum publicatione deque propositione querelae nullitatis incidenter in gradu appellationis (motiva «in iure» et excerpta ex motivis «in facto» ex decreto rotali, 28 iulii 1994, Arundellien. Brichtelmestunen.)*, in *Periodica*, 84 (1995), pp. 553-570.

dicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione...» (c.p.c., art. 163). L'ordinamento canonico, volendo semplificare la procedura, ha preferito lasciare alla discrezionalità del giudice l'ammissione del libello, senza imporre l'obbligo di aver ascoltato prima il convenuto, non antepoendo cioè il contraddittorio formale a quello sostanziale dello stabilimento dell'oggetto della controversia (cfr. cann. 1513, 1514) e dell'inizio della fase istruttoria (cfr. cann. 1533, 1554, 1598, ecc.), in seguito alla citazione. Ma la Segnatura Apostolica ha indicato che, negli atti delle decisioni giudiziali inviate al Supremo Tribunale per ottenere il decreto di esecutività civile, dovrà «constare che la parte convenuta è stata adeguatamente informata, all'inizio del processo [nella citazione], del diritto di avvalersi dell'assistenza di un avvocato abilitato o di richiedere al tribunale un avvocato d'ufficio che la assista; di questo requisito si richiede, oltre alla menzione nel testo della pronuncia, documentazione apposita (cf, per esempio, esemplare della citazione)»⁽⁵⁰⁾. Ugualmente collegato con l'impostazione sostanziale del contraddittorio e del diritto di difesa appare il fatto che la citazione, quantunque eccezionalmente possa non contenere il libello di domanda (cfr. can. 1508 § 2), indichi necessariamente l'oggetto del contendere e, nelle cause di nullità del matrimonio, il capo o i capi richiesti. Dette garanzie, di natura sostanziale, devono essere adempiute anche in grado di appello, a prescindere dalla circostanza che la causa sia arrivata alla seconda istanza soltanto per opera dell'invio *ex officio* di cui al can. 1682 § 1 (cfr. can. 1640).

Villeggiante critica «l'impossibilità voluta dalla legge di appellare al giudice superiore contro il decreto di ammissione del libello», e, inoltre, afferma la «nullità o rescindibilità *ex* cann. 124 § 1 e 1504, 2°» del libello di domanda qualora non contenga le prove sufficienti «atte a dimostrare la fondatezza dei fatti esposti»⁽⁵¹⁾. Al contrario, da una parte, il citato divieto di appello appare utile ad evitare le menzionate questioni incidentali ostruzionistiche. Dall'altra, la valutazione del *fumus boni iuris* probatorio (sarebbe meglio dire *indizia-*

⁽⁵⁰⁾ SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Lettera Circolare*, Prot. n. 33840/02 VT, 14 novembre 2002, n. 4, a), in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 869-871.

⁽⁵¹⁾ Cfr. S. VILLEGGIANTE, *Ammissione del libello e contestuale citazione*, cit., pp. 680-681, 687-690.

rio, interpretando il disposto del can. 1504, 2° in armonia con l'intero impianto normativo canonico e con la prassi consolidata dei tribunali) che deve essere contenuto nel libello, appare affidata all'intera discrezionalità del giudice, per cui difficilmente l'accettazione del libello, e lo stesso libello, potrebbero essere impugnati dalla parte convenuta con l'azione di nullità o di rescindibilità di cui ai cann. 124 e 126 *ex* can. 1504, 2°⁽⁵²⁾.

Diversa appare la situazione in cui dallo stesso libello risulti l'inesistenza dell'azione invocata, con la conseguente nullità insanabile della sentenza sul merito perché, secondo la Rota Romana, verrebbe a mancare una vera parte attrice (cfr. can. 1620, 4°). Infatti, in una causa presso la Rota (in cui Villeggiante era il patrono della parte convenuta) è stata accolta la richiesta di revocare l'accettazione del libello e, quindi, di porre fine all'istanza « *ob manifestum defectum iuris, quo actio rei vindicationis inniti debet, ne iudicium contentiosum absque ullo fundamento cursum suum inutiliter inaniterque prosequeretur* »⁽⁵³⁾. Infatti, nella fattispecie era richiesta la restituzione di un bene dato come *dote* al momento della professione religiosa quando, *ex* libello, risultava che tale bene era stato *venduto* dal legittimo proprietario alla parte convenuta. Il turno rotale *coram* Stankiewicz considerò che un tale caso costituiva sia una eccezione perentoria (cfr. can. 1462), sia un motivo di nullità della sentenza, per cui poteva essere rilevato *ex officio* o ad istanza di parte (cfr. 1459 § 1)⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Cfr. G. ERLEBACH, *La nullità dell'atto giuridico processuale ed i mezzi d'impugnazione*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 12 (2002), p. 100, nota 63.

⁽⁵³⁾ ROTA ROMANA, *coram* Stankiewicz, decreto, 26 luglio 1996, *Mexicana, Iurium; Incid.: revocationis decr. admissionis libelli*, n. 2, in B. Bis 55/96.

⁽⁵⁴⁾ Considerato il carattere inedito della decisione, offriamo un ampio brano della medesima: « N. 3. — *Quoniam causa actionis realis, in facto iuridico innixa, v. gr. in proprietate, independenter quidem a titulo acquisitionis dominii, cum ipso iure substantivo intime connectitur (can. 1491), quod in iudicio prosequi ipsa lex permittit per libellum litis introductorium (cf. can. 1504 n. 2; A. Stankiewicz, "De relatione inter libellum litis introductorium et actionem in iure canonico", in "Periodica" 76 (1987) p. 510), eius defectus, quotiens detegitur, locum dat oppositioni seu exceptioni peremptoriae excludenti vel impediendi processum. Exceptiones enim seu oppositiones peremptoriae (cf. can. 1462), ipsum processum excludentes, eae dicuntur, "quae, ob defectum actionis, prohibent ne processus fiat". "Actio autem deficere potest sive quia exhausta est, sive quia in casu non conceditur. Cum actio exhausta est, respectiva exceptio dicitur 'litis finitae'. Cum vero actio omnino deest, ipsa carentia actionis processum impedit"* (F. Roberti, "De processibus", vol. I, "De actione, de praesuppositis processus et sententiae de merito", Città del Vaticano 1956⁴, p. 445). *Litem autem impediendes eae habentur oppositiones seu exceptio-*

7. *L'incidenza del concetto di «conformitas aequipollens» della sentenza sull'ammissibilità del libello di domanda: il principio «ne bis in idem», la «exceptio iudicati» e la conformità della sentenza riguardante un capo giudicato «tamquam in prima instantia» ex can. 1683.*

Il concetto di *conformitas aequipollens* della sentenza ormai è diventato giurisprudenza rotale consolidata, la quale ha valore nomopoietico a norma del can. 19 (anche, se in realtà non vi sia alcuna «lacuna di legge» da riempire) e costituisce una legittima consuetudo *praeter legem*, riconosciuta dalla Segnatura Apostolica⁽⁵⁵⁾, alla quale dovrebbe adeguarsi la prassi dei tribunali periferici (cfr. cann. 23, 27; cost. ap. *Pastor bonus*, art. 126)⁽⁵⁶⁾. Inoltre, a quanto sembra,

nes "quibus contenditur actionem in casu absolute non dari, aut saltem non concedi certis personis" (ibid., p. 446). N. 4. — Sed "carentiam actionis, si evidenter appareat, Iudex ipse debet initio litis ex officio relevare; pars autem debet excipere ante litis contestationem". Quin immo "quandocumque relevata vel proposita, debet semper admitti, ne sententia exponatur vitio insanabilis nullitatis" (ibid., p. 446), hoc est propter defectum legitimationis activae ad causam agendam (ibid., pp. 446, 588), cum, tali in casu, iudicis ministerium expostulanti (cf. can. 1502) agere ius non esse iam certo constet. Hisce consideratis, in iudicio canonico proponi possunt oppositiones seu exceptiones "illegitimi libelli vel illegitimae citationis", etiamsi "nullitas libelli processum perimit", dum "nullitas citationis processum solummodo differt" (ibid., p. 443). (...) N. 6. — Qui autem per stipulatum contractum emptionis-ventitionis ius proprietatis rei emptori tradidit, actionis causa non amplius pollet, quia ius substantivum amisit ad quod tuendum actio in foro canonico datur (cf. can. 1491), ideoque titulus legitimationis activae ad causam in iudicio agendam ei non competit. Quotiens igitur initio litis defectus ipsius actionis parti actrici in iudicio opponitur ac probatur, decretum admissionis libelli revocari potest, cum defectu huiusmodi prosecutio causae haud dubie impediatur. Iamvero decretum ordinatorium admissionis libelli cum nec vim sententiae definitivae (cf. can. 1618) habeat neque effectum substantialem producat, revocari potest, sicut de cetero quodlibet decretum in causis incidentibus emissum, videlicet ad partis instantiam, vel ex officio, auditis tamen partibus et requisito voto Promotoris Iustitiae (cf. can. 1591; art. 114 § 2 Norm. 1934; art. 120 Norm. 1994)».

⁽⁵⁵⁾ La Segnatura Apostolica, dopo essersi opposta al concetto di *conformitas aequipollens* (cfr. decisione del Congresso, 10 febbraio 1971, in *Periodica*, 60 (1971), pp. 315-319), lo ha accettato (cfr. *Declaratio circa decretum quo sententia affirmativa primi gradus confirmatur, decisione «aequivalenter conformis»* (c. 1682 § 2), 11 aprile 1996, in *Periodica de re canonica*, 87 (1998), pp. 613-616; *Reiezione della querela di nullità, per violazione del diritto di difesa, contro un decreto della Rota Romana che, ex can. 1682 § 2, dichiara la nullità del matrimonio per un capo e la conformità «aequipollens» della decisione rotale con la sentenza di prima istanza*, 15 marzo 1999, Prot. N. 29196/98 CG).

⁽⁵⁶⁾ La bibliografia sulla conformità delle sentenze è molto ampia, ultimamente cfr. il volume *La doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale: problemi e prospet-*

tale conformità sarà colta nella futura norma sul processo di nullità del matrimonio nella Chiesa latina⁽⁵⁷⁾.

Questa innovazione appare equa⁽⁵⁸⁾. Comunque bisogna prendere atto che non viene modificato soltanto il momento di esecuzione della sentenza, bensì diversi istituti processuali, a cominciare, per quanto riguarda l'oggetto della nostra analisi, dall'ammissione del libello di domanda e dal concetto di tribunale competente. In definitiva, diventa necessario tentare di ridisegnare l'impianto processuale delle cause di nullità del matrimonio in modo coerente, evitando atteggiamenti formalistici e cercando di impostare il nuovo processo, che ne scaturisce, nel rispetto della verità e del *favor matrimonii*. Al riguardo vi sono due interessanti decisioni dei tribunali ecclesiastici regionali italiani.

La prima fattispecie, del Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo⁽⁵⁹⁾, concerne una causa in cui questo tribunale aveva dichiarato in prima istanza «*non constare de nullitate matrimonii in casu*». Il Tribunale Ecclesiastico Regionale Ligure, in appello, dichiarò invece «*constare de nullitate matrimonii in casu*». La causa arrivò alla Rota Romana a norma del can. 1682 § 1. La sentenza rotale di terzo grado confermò la prima lombarda. La parte attrice ha presentato presso il tribunale lombardo una domanda basata su un nuovo capo di nullità in prima istanza. Il difensore del vincolo ha sollevato l'*exceptio iudicati* contro il libello di domanda. Il collegio ha accolto l'eccezione considerando che il nuovo capo, quantunque appaia formalmente diverso da quello deciso nelle prima causa da tre tribunali, è in realtà *sostanzialmente conforme* ad esso. Le massime della sentenza del Tribunale di Milano indicano che «dopo che la domanda di dichiarazione di nullità del matrimonio, fondata su una determi-

tive, cit.,; J.L. LÓPEZ ZUBILLAGA, *La conformidad de decisiones en el Código de 1983*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 59 (2002), pp. 649-703.

⁽⁵⁷⁾ Vide *supra* nota 2.

⁽⁵⁸⁾ Da tempo abbiamo modificato la resistenza ad accettare la *conformitas aequipollens* manifestata in *Note sulla congruenza e la conformità delle sentenze di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), pp. 543-564. Ultimamente, cfr. *La doppia conforme e la definitività della sentenza alla luce della «teologia del diritto»*, in *La doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale: problemi e prospettive*, cit., pp. 115-116.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE LOMBARDO, *coram* Maragnoli, sentenza interlocutoria con funzione di sentenza definitiva, 17 dicembre 1998, *Nullitatis matrimonii; incidentis: de exceptione rei iudicatae*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 114/2 (2003), pp. 201-210.

nata “*causa petendi*”, sia stata definitivamente rigettata, se una delle parti, a processo concluso, intende riproporre *ex novo* in un processo diverso la questione della nullità dello stesso matrimonio, il giudice del nuovo processo ha il compito di accertare preliminarmente se la domanda sia fondata su una causa petendi diversa da quella anteriormente giudicata, così da non impingere contro il precedente giudicato: e tale accertamento può, a volte, richiedere la presa in esame degli atti del processo precedente». Ne deriverebbe la necessità di statuire nella nuova futura normativa sul processo di nullità del matrimonio l’obbligo di allegare al libello di domanda di prima istanza per un nuovo capo tutte le decisioni precedenti sul medesimo matrimonio, anche se si tratta di capi formalmente diversi.

Il tribunale milanese ha ritenuto provato che il *thema decidendum* della nuova causa era stato già deciso sostanzialmente nella prima, con una doppia sentenza conforme in cui era stato dichiarato «*non constare de nullitate matrimonii in casu*». Di conseguenza, il libello di domanda della seconda causa non può essere considerato di prima istanza, malgrado la difformità formale dei capi di nullità allegati nei rispettivi libelli; la richiesta attorea deve essere considerata, in realtà, una *nova causae propositio* contro la doppia sentenza conforme *pro validitate matrimonii*, per la quale è competente, nella fattispecie, un tribunale di quarta istanza, cioè un nuovo turno della Rota Romana, secondo «quanto già si leggeva nell’art. 218 dell’Istruzione *Provida Mater Ecclesia*, là dove, in conformità a un precedente rescritto della Commissione interprete (per il quale v. AAS XXIII, p. 353), e al fine di dirimere una divergenza di opinioni che si era manifestata dopo l’entrata in vigore del Codice pio-benedettino, si disponeva che “*causa matrimonialis ab uno Tribunali iudicata, ab alio Tribunali eiusdem gradus iterum iudicari numquam potest, etiamsi praesto sint nova argumenta vel documenta, sed de ea videre potest iterum tantummodo Tribunal superioris instantiae, praevia appellatione*”». Perciò la sentenza *coram* Maragnoli conclude: «Tanto meno poi la medesima causa potrebbe, nella logica tuttora perfettamente attuale di questa regola, essere nuovamente promossa davanti al medesimo Tribunale che già una prima volta si sia pronunciato su di essa. Più recentemente si è occupata dello stesso argomento la Dichiarazione 3 giugno 1989 della Segnatura Apostolica [*Declaratio de foro competenti in causa nullitatis matrimonii, post sententiam negativam in prima instantia latam*, 3 giugno 1989, in AAS, 81 (1989), pp. 988-990], la quale, nel confermare questa disciplina, ha espresso

l'avviso che, allorché dopo una sentenza emessa “*in causa nullitatis matrimonii*” una delle parti si attenti a “*eandem litem iterum coram eodem vel coram alio Tribunali primi iurisdictionis gradus introducere*”, ciò impingerebbe contro la norma del can. 1440, ossia contro l'incompetenza assoluta *ratione gradus* del Giudice adito. Vi è da osservare che questo modo di vedere, malgrado l'autorevolezza della fonte da cui proviene, non sembra interamente condivisibile, giacché il disposto del can. 1440 — norma che com'è noto fa parte delle regole che servono a individuare il Giudice competente in grado d'appello — male si accorda al caso di un processo che chi agisce pretende, invece, di introdurre daccapo nel primo grado di giudizio. Sembra pertanto dogmaticamente più corretto ricondurre tale caso al disposto del can. 1642 par. 2, così come appunto ha inteso fare il Difensore del Vincolo nell'atto in cui ha sollevato la sua eccezione. Sia in un modo che nell'altro, comunque, è bene inteso che il divieto assoluto, che la Segnatura Apostolica ha confermato, di ricominciare *ex novo* una causa già decisa una prima volta nel merito, è da tenersi per fermo senza alcuna possibilità di contestazione». Il tribunale lombardo, quindi, non ha dichiarato la propria incompetenza assoluta funzionale, bensì ha accolto l'*exceptio iudicati* presentata dal difensore del vincolo del proprio tribunale.

Pur condividendo sostanzialmente il ragionamento del tribunale milanese, il richiamo del decreto della Segnatura Apostolica all'incompetenza assoluta non sembra impreciso perché il can. 1440, a prescindere dal rinvio ai cann. 1438 et 1439, afferma un principio dogmaticamente consolidato: «*si competentia ratione gradus non servetur, incompetentia iudicis est absoluta*», dal quale scaturisce immediatamente il classico divieto, non codificato in modo esplicito, *ne bis in idem* che comporta una delle diverse fattispecie della nullità insanabile sancita dal can. 1620, 1°⁽⁶⁰⁾.

La seconda fattispecie, romana, è diversa⁽⁶¹⁾. Il Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio dichiarò in prima istanza: «*Affirmative, seu constare di matrimonii nullitate in casu ex capite defectus matrimonialis consensus ob exclusionem boni sacramenti ex parte viri,*

(60) Cfr. il nostro *De foro competenti*» (cann. 1404-1416). *Introducción*, in *Comentario exegetico*, cit., vol. 4, pp. 684-690.

(61) TRIBUNALE DI APPELLO DEL VICARIATO DI ROMA, *coram* Martín de Agar, decreto, 16 aprile 2002, *Romana, Nullitatis Matrimonii; Praeliminar. de querela nullitatis*, Prot. N. 9070. La decisione è inedita, essendo stata appellata presso la Rota Romana.

can. 1101 par. 2». La causa fu inviata alla seconda istanza ex can. 1682 § 1. Il Tribunale di Appello del Vicariato di Roma rinviò la causa alla via ordinaria (cfr. can. 1682 § 2) e emise sentenza definitiva di secondo grado riformando quella di prima istanza. La sentenza di secondo grado non fu appellata né in nessun altro modo impugnata. Posteriormente, l'attore ha introdotto in prima istanza, sempre presso il Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio, una nuova causa di nullità del suo matrimonio. Il dubbio formulato è stato: «*An constet de matrimonii nullitate in casu ex capite defectus matrimonialis consensus ob condicionem de futuro habendi prolem e coniugio ab actore appositam*». In questa seconda causa sono stati acquisiti, sin dal suo inizio, gli atti processuali del processo precedente. Il tribunale di prima istanza ha risposto: «*Affirmative, seu constare de nullitate matrimonii in casu*». Arrivata la causa al Tribunale di Appello del Vicariato di Roma ex can. 1682 § 1, senza specifico appello, il difensore del vincolo ha messo in questione la validità della sentenza di primo grado per violazione del principio *ne bis in idem*, ritenendo che la presente causa fosse identica a quella definitivamente giudicata in precedenza. Il difensore del vincolo, adducendo argomenti dottrinali e giurisprudenziali, ha sostenuto l'identità tra la nuova causa e quella precedente, avente per oggetto la nullità del matrimonio a motivo dell'esclusione dell'indissolubilità del vincolo da parte dell'attore. Si è soffermato particolarmente sulla sostanziale coincidenza della *ratio petendi* in entrambi i processi, e cioè l'equivalenza tra esclusione della perpetuità del vincolo e la condizione risolutiva de futuro: in entrambi i casi la motivazione del *petitum* sarebbe la intenzionale riserva contro l'indissolubilità del matrimonio. Pertanto, ha concluso il difensore del vincolo, il tribunale di primo grado avrebbe agito illegittimamente perché assolutamente incompetente a giudicare di nuovo sulla stessa causa; e il tribunale di appello sarebbe incorso nello stesso vizio qualora avesse deciso in qualsiasi modo sul merito della medesima (decisione *coram* Martín de Agar, nn. 6-16).

La decisione del 16 aprile 2002 afferma che l'eccezione di nullità della sentenza di prima istanza per incompetenza assoluta è stata proposta in maniera necessariamente connessa con quella di *res iudicata*, perché il tribunale di appello ha considerato che il giudicato comporta l'incompetenza assoluta (n. 23). Questa tesi, di per sé condivisibile (il giudicato, oltre a costituire il fondamento di un'eccezione *rei finitae*, comporta, infatti, l'incompetenza funzionale di un

tribunale di prima istanza), pone un problema: la prima causa non era diventata giudicata, essendoci due sentenze difformi ed essendo passibile la seconda decisione dell'« appello » presso la Rota Romana in terza istanza. Infatti, in questa fattispecie non è possibile la *nova causae propositio*, in assenza del presupposto di questa impugnazione: la doppia sentenza conforme (cfr. can. 1644), tranne nel processo documentale, in cui la sentenza di prima istanza non appellata entro il termine (perentorio *stricto sensu*, in questo caso) di quindici giorni utili può essere impugnata nel merito soltanto con la *nova causae propositio*.

La *quaestio iuris* sostanziale concerne l'identità della *causa petendi* di entrambe le cause: l'effettiva equivalenza tra l'esclusione dell'indissolubilità *ex parte viri* invocata nel primo processo (conclusosi in secondo grado con un *non constare*), e la condizione *ab actore apposita de prole habenda* addotta nella seconda causa intentata. Dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza rotale, il tribunale di appello del Vicariato conclude che la condizione *de futuro* contro la sostanza del matrimonio è essenzialmente coincidente con l'esclusione, quando meno, dell'indissolubilità « *cum implicet intentionem adversus matrimonii indissolubilitatem* »⁽⁶²⁾. Anzi, per quanto riguarda la *condicio de prole habenda*, invocata nella seconda causa, il tribunale di appello cita una sentenza *coram* Stankiewicz in cui è affermato: « *resolutoria ut dicitur condicio de prole habenda tamquam vera condicio aestimari non debet, sed potius tamquam condicionata solutio vinculi matrimonialis, quam contrahens sibi proponit in nuptiis ineundis, si proles non nascatur. Nam in tali hypothesis agitur de vera exclusionem indissolubilitatis matrimonii* »⁽⁶³⁾ (nn. 32-37).

Infine (nn. 46-53), la decisione del 16 aprile 2002 considera applicabile all'ammissione del libello di domanda la dottrina sulla *conformitas aequipollens*, fondandosi la sentenza sulla condizione risolutiva sugli stessi *fatti giuridici*, in aderenza non soltanto alla giurisprudenza rotale⁽⁶⁴⁾, ma anche al disposto della Segnatura Apostolica: « *factum iuridicum in sententia primae instantiae consideratum idem*

⁽⁶²⁾ ROTA ROMANA, *coram* Di Felice, sentenza, 19 giugno 1984, *Theatina*, *Nullitatis matrimonii*, n. 3, in *RRD*, 76 (1984), p. 348.

⁽⁶³⁾ ROTA ROMANA, *coram* Stankiewicz, sentenza, 24 maggio 1984, *Firmana*, *Nullitatis matrimonii*, n. 5, in *RRD*, 76 (1984), pp. 288-289.

⁽⁶⁴⁾ « *Agi tamen debet de factis iuridicis, factis nempe quae matrimonium in concreto invalidum reddere valent, quin sufficiat concordantia circa facta simplicia* » (*coram*

esse ac illud in decreto ratihabitionis perspectum, etsi iudices inter se non consentire videntur quoad nomen iuris eidem facto iuridico tribuendo»⁽⁶⁵⁾. Perciò la decisione *coram* Martín de Agar sostiene che «a *contrario sensu* si deve intendere che una volta definitivamente decise l'esistenza e la portata invalidante di un certo fatto giuridico, quelle non possono essere riesaminate neanche se presentate sotto un *nomen iuris* diverso» (n. 46), e conclude che la seconda sentenza del Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio «non soltanto ha accolto un capo di nullità che solo nominalmente è diverso dal primo (essendo in realtà sostanzialmente coincidente con esso), ma ha anche giudicato nuovamente sull'esistenza e portata degli stessi fatti giuridici ormai vagliati e definitivamente ammessi o respinti nel primo processo. Così facendo il Tribunale di prima istanza ha violato il principio *ne bis in idem* e quindi ha agito in assoluta sua incompetenza» (n. 53).

In realtà, come abbiamo segnalato, nella fattispecie non vi era stato alcun giudicato, essendo la sentenza del Tribunale di Appello del Vicariato di Roma nella prima causa appellabile presso la Rota, fuori dal termine legale che, nelle cause di nullità del matrimonio, non è mai perentorio. Appare convincente invece che la seconda sentenza di prima istanza del Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio abbia violato il principio *ne bis in idem* e, quindi, sia incorsa nella nullità insanabile per incompetenza assoluta, come conseguenza dell'operatività del concetto di *conformitas aequipollens* nella fase introduttoria del processo e non solo al momento di decretare l'eseguibilità della seconda decisione⁽⁶⁶⁾.

Pinto Gómez, sentenza, 6 maggio 1974, *Romana, Nullitatis matrimonii*, n. 2, in *SRRD*, 66 (1974), p. 341).

⁽⁶⁵⁾ SEGNAURA APOSTOLICA, *Reiezione della querela di nullità, per violazione del diritto di difesa, contro un decreto della Rota Romana che, ex can. 1682 § 2, dichiara la nullità del matrimonio per un capo e la conformità «aequipollens» della decisione rotale con la sentenza di prima istanza*, 15 marzo 1999, Prot. N. 29196/98 CG.

⁽⁶⁶⁾ In senso analogo, in una causa in cui in prima istanza (Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano) era stata data una sentenza negativa per esclusione del *bonum prolis ex parte mulieris conventae*, l'attore aveva lasciato perimere il termine per l'appello e, in seguito, aveva introdotto una nuova causa in prima istanza *ex condicione viri actoris* presso il Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio. La parte convenuta (patrocinata da Villeggiante), eccepì l'incompetenza assoluta del tribunale laziale in applicazione del principio *ne bis in idem* perché «*eadem facta iuridica adducens, mutato tantum nomine capitis nullitatis*». L'eccezione fu respinta dal tribunale. La parte convenuta ap-

Per concludere queste riflessioni a proposito dell'incidenza del concetto di *conformitas aequipollens* sulla natura del nuovo capo soltanto formalmente distinto da quello iniziale deciso in prima istanza, prendiamo in considerazione un'altra tesi di Villeggiante. Egli ha segnalato che la dichiarazione della conformità sostanziale non sarebbe possibile qualora il nuovo capo fosse stato introdotto *tamquam in prima instantia* ex can. 1683, e perché sarebbe tolto alla parte convenuta il diritto di appello, e perché il tribunale deve adempiere l'obbligo dell'invio *ex officio* al tribunale superiore ex can. 1682 § 1⁽⁶⁷⁾. Invece, giacché la *ratio legis* dell'istituto della *conformitas aequipollens* è quella di snellire le cause di nullità del matrimonio, rispettando l'obbligo della sostanziale doppia sentenza conforme *pro nullitate matrimonii*, apparirebbe più armonica con il nuovo sistema l'inapplicabilità a questo caso dell'obbligo di cui al can. 1682 § 1. In questo modo il tribunale che ha giudicato il nuovo capo « *tamquam in prima instantia* » avrebbe la possibilità di dichiarare la *conformitas aequipollens*, quantunque questa avvenga fra due sentenze che formalmente sono entrambe di prima istanza. Anzi, qualora fosse approvata la *conformitas aequipollens* da parte della citata futura nuova norma sulle cause di nullità del matrimonio, sarebbe necessario prenderne atto, tentando di rendere coerente la nuova impostazione sulla conformità con l'intero sistema processuale. Infatti, la *conformitas aequipollens* potrebbe avere luogo non di rado fra un capo dichiarato *pro nullitate matrimonii* dal tribunale di prima istanza e un secondo nuovo capo introdotto « *tamquam in prima instantia* » ex can. 1683, presso il tribunale di appello (o superiore)⁽⁶⁸⁾. Il concetto di *conformitas aequi-*

pellò la decisione presso la Rota Romana, la quale in via preliminare ha affermato lo *ius appellandi* della parte convenuta (cfr. ROTA ROMANA, *coram* Defilippi, decreto, 12 ottobre 2000, *Reg. Latii seu Romana, Nullitatis matrimonii; Prael.: de iure appellandi*, n. 7, in B. Bis 86/00). La parte attrice ha chiesto la *restitutio in integrum* contro la decisione rotale presso la Segnatura Apostolica (cfr. SEG NATURA APOSTOLICA, *Neapolitana-Romana, Nullitatis matrimonii, Restitutio in integrum adversus decretum Rotale*, Prot. n. 31947/01 CG).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. S. VILLEGGIANTE, *La conformità equivalente delle sentenze affermative nel processo canonico di nullità matrimoniale*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 123 (1998), pp. 376-377.

⁽⁶⁸⁾ Altre volte la *conformitas aequipollens* è dichiarata dal tribunale di appello (mai può essere dichiarata da un tribunale di prima istanza) fra un capo deciso *pro nullitate matrimonii* in prima istanza e un altro sul quale il tribunale di primo grado ha dichiarato « *non constare de nullitate matrimonii in casu* », quando il tribunale di appello

pollens farebbe diventare il nuovo capo, che formalmente è giudicato in prima istanza, come se fosse già stato giudicato sostanzialmente (ma con un altro *nomen iuris*) da parte del tribunale di prima istanza e, quindi, la sentenza sul nuovo capo diventerebbe sostanzialmente una decisione di secondo grado che conferma quella di prima istanza.

Dalla dichiarazione della *conformitas aequipollens* deriverebbe, quindi, sia la non applicazione al nuovo capo dell'obbligo dell'invio *ex officio* di cui al can. 1682 § 1, sia l'impossibilità dell'appello immediato contro il medesimo. La doppia sentenza conforme « sostanziale », come quella « formale », dovrebbe poter essere impugnata soltanto con la *nova causae propositio* (cfr. can. 1644). Anche se contro questa nostra proposta potrebbe essere obiettato che in questo modo, formalmente, viene conculcato il diritto al doppio grado di giurisdizione sul nuovo capo (e, quindi, il diritto di difesa), a tale osservazione si potrebbe rispondere che siffatta impostazione è stata superata perché è eccessivamente formalistica, e che il nuovo istituto della *conformitas aequipollens* garantisce nel contempo il diritto di difesa e il diritto alla tempestiva dichiarazione efficace sullo stato delle persone. Comunque, la dichiarazione di « equivalenza conforme », pur facendo parte del dispositivo della seconda sentenza, sarà in se stessa (materialmente e formalmente) una decisione di « prima istanza » e quindi soggetta ad essere appellata. Di conseguenza, fermo il fatto che la causa non dovrà più essere trasmessa *ex officio* al tribunale superiore, sia la parte soccombente che il difensore del vincolo avranno il diritto di appellarsi contro la dichiarazione di « equivalenza conforme », e quindi, di riflesso, anche contro la seconda decisione affermativa della nullità del matrimonio, senza dover subito ricorrere alla *nova causae propositio*. È chiaro parimenti che il giudice di terzo grado passerà all'esame dell'appello sul merito della causa solo ove ritenga di non condividere il *decisum* del giudice di secondo grado circa il fatto che, nella fattispecie, sia già stata conseguita la duplice sentenza conforme. Altrimenti ratificherà l'« equivalenza conforme » delle prime due sentenze e quindi la causa potrà svolgersi in una ulteriore istanza soltanto con la *nova causae propositio*. In questo modo l'esigenza del diritto di difesa e quella di un sollecito svolgimento delle cause sullo stato delle persone sembrano sufficientemente bilanciate.

dà sentenza negativa per il capo giudicato affermativamente in prima istanza e, viceversa, decide in senso positivo l'altro.

In definitiva, l'acquisizione del concetto della *conformitas aequi-pollens* delle sentenze non può essere limitata al momento finale del processo canonico di nullità del matrimonio (quello della dichiarazione dell'esecutività della decisione), ma richiede una pari attenzione nel momento iniziale del processo, quello della presentazione e dell'accettazione del libello di domanda, ogniqualvolta con detto libello venga impugnato un matrimonio sul quale vi sia stato un precedente provvedimento giudiziario ecclesiale, anche se basato su un diverso capo di nullità.