

SEBASTIANO VILLEGGIANTE

AMMISSIONE DEL LIBELLO E CONTESTUALE CITAZIONE
NELLE CAUSE DI NULLITÀ MATRIMONIALE:
RILIEVI, CRITICHE E PROPOSTE

1. Considerazioni previe. — 1.1. Dalla «reiectio libelli» alla querela di nullità. — 1.2. Qualcosa è cambiata? Cosa?. — 1.3. Cambiamento della mentalità, del costume, della cultura. — 1.4. Il divorzio e le sue problematiche. — 1.5. Una nuova visione teologica del matrimonio dell'uomo calato nella storia. — 1.6. La nuova ipotesi legale di incapacità consensuale. — 1.7. Origine, ampiezza ed estensione del n. 3 del can. 1095. — 1.8. Simulazione e incapacità quanto alla formulazione dei capi di nullità. — 1.9. Falsa opinione derivante dall'accusa di molteplici capi di nullità: una riflessione teologico giuridica. — 1.10. La umanizzazione piena dell'istituto matrimoniale ed il travaglio giurisprudenziale. — 2. La facile ammissione del libello. Abusi ex can. 1095, n. 3: Osservazioni e Proposte. — 2.1. Cause di natura psichica. — 2.2. Proposta per una nuova formulazione tecnica legislativa del can. 1095, n. 3. — 2.3. Brevissimi accenni storici: dall'«amentia» all'incapacità. — 3. Prassi processuale vigente: l'ammissione spedita del libello all'insaputa dell'altra parte. — 3.1. Ipotesi favorevole alla facile e spedita ammissione del libello. — 3.2. L'ipotesi legale concreta di facile ammissione del libello. — 3.3. Decreto di ammissione del libello e contestuale decreto di citazione in giudizio: critica e proposta. — 4. Proposta: Necessità di comunicare il libello all'altra parte prima della sua ammissione. — 5. L'obbligo del giudice di esperire il tentativo di riconciliazione dei coniugi prima dell'ammissione del libello. — 6. Il decreto di ammissione del libello visto come atto giuridico: sua nullità o rescindibilità ex cann. 124 § 1 e 1504, 2°. — 6.1. Specialità del processo canonico di nullità matrimoniale. — 6.2. Ancora su «facta et probationes in libello».

1. *Considerazioni previe.*

A distanza di vent'anni dal nuovo Codice è d'uopo fermarsi per fare qualche considerazione suggerita principalmente dall'esperienza giuridica.

Il problema che intendo affrontare non è, come potrebbe apparire dal titolo, solo processuale; ma investe e si interseca con problemi di diritto sostanziale, con problemi di politica (mi si permetta

l'uso del termine) e di tecnica legislativa, strettamente connessi con problemi pastorali, alla soluzione dei quali l'ordinamento giuridico è finalizzato.

Cercherò, limitatamente alla materia sotto esame, richiamare fuggacemente alla mente tutti questi problemi senza lo scopo o la pretesa di una vera trattazione e soltanto per i legami che essi hanno con il diritto processuale canonico: conoscenza, memoria, ricordi mi aiuteranno nell'intento, come spero.

1.1. *Dalla «reiectio libelli» alla querela di nullità.*

Ciò che subito viene alla mente è la seguente prima constatazione: un tempo e prima dell'attuale Codice nel tribunale dell'allora Sacra Romana Rota erano numerosissime le cause *reiectionis libelli*, ma in vent'anni di vita del Codice vigente non ho avuto ancora l'avventura di trattare o comunque di avere notizia di una causa trattata per il rigetto del libello, per mancanza del *fumus boni iuris*.

Una volta tante cause — provenienti da certe diocesi forse anche prevenute contro le cause di nullità di matrimonio, specificamente se introdotte per il capo della simulazione del consenso —, venivano pregiudizialmente esaminate per il rigetto del libello, che ordinariamente avveniva con decreto collegiale; col nuovo Codice è quasi sparita la *reiectionis libelli*, quasi fosse stata cancellata dal Codice come istituto, e si sono moltiplicate invece, e a dismisura, le querele di nullità: sparita la *reiectionis libelli* si affermano le querele di nullità a cominciare dalla stessa ammissione del libello (cfr. can. 1460 § 2) e fino alla sentenza.

1.2. *Qualcosa è cambiata? Cosa?*

Più di qualcosa è cambiato, e non sono certo — questo è quello che oggi posso dire — se a beneficio dei *christifideles*, in quanto *fideles*, e quindi se a beneficio, o no, della loro *salus animarum*. Ma che cosa è cambiata?

Non è facile la individuazione dei diversi e molteplici punti di cambiamento e, individuati, potremmo non trovarci d'accordo. Sappia chiunque però, che questa che mi accingo a fare è una ricerca totalmente disinteressata più che altro mosso anche da non trascurabili sentimenti di coscienza dopo tanti anni di esperienza giuridica.

1.3. *Cambiamento della mentalità, del costume, della cultura.*

Innanzitutto è cambiata la mentalità, anche quella del giurista in quanto sistematicamente intrisa di sociologia che non è diritto e che tuttavia lo sovrasta e crea costume.

Al cambiamento della mentalità e con essa del costume si accompagna una nuova cultura, che è sociale e giuridica insieme, e che è quella dell'uomo di oggi e cioè del fedele di oggi storicamente inteso. Questa nuova cultura incarnata ormai nella vita dell'uomo d'oggi, è mutuata nei termini e anche nei concetti dalle più svariate correnti di pensiero filosofico e religioso ed il giurista-canonista, quasi inconsapevolmente, tende a calarla nel suo mondo perché altri prima di lui le avevano dato quasi una veste ecclesiologica⁽¹⁾.

1.4. *Il divorzio e le sue problematiche.*

Tanto per essere pratici ed uscir fuori di metafora, il divorzio, già esistente in più continenti, ha avuto un grave e grande influsso negli uomini di chiesa, pastori, operatori di diritto e codificatori.

E non era solo il divorzio che li preoccupava bensì le unioni matrimoniali dei cattolici divorziati, l'anelito di costoro a volersi accostare al sacramento dell'Eucaristia⁽²⁾, il pericolo di dover continuare a considerarli senza pietà non più in comunione con la Chiesa, insomma, il pericolo di perderli considerandoli vittime del divorzio.

In quest'ottica il senso pastorale del diritto cominciò a farsi strada ed imperiosamente finì ovunque per imporsi⁽³⁾; e nella considerazione in se giusta che è la legge fatta per l'uomo e non viceversa, codificatori ed operatori ancor oggi vanno alla ricerca del «rimedio» per poter risolvere i guai emergenti da quella situazione, e lo fanno,

(1) Cfr. Discorso indirizzato al Papa da Mons. B. FILIPIAK, *Decano, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del 1972*, in *Eph. i. c.*, p. 351, nonché l'indirizzo al Papa del 27 genn. 1969, *l.c.* 1968, p. 416. Vedi anche Discorso di PAOLO VI ai partecipanti al Congresso Internazionale di Diritto Canonico del 20 gennaio 1970, in *Eph. i. c.* 1970, pp. 156-161; ivi Indirizzo al Santo Padre del Prof. D'AVACK, pp. 161-164.

(2) S.J. KELLEHER, *Divorce and remarriage for Catholics?*, Garden City, New York 1976.

(3) Cfr. Allocuzione di PAOLO VI per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1970 della S. R. Rota, in *Monitor Eccl.*, 1970, pp. 325-326; e Allocuzione del 29 gen. 1971 di PAOLO VI per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1971 della S. R. Rota, in *Eph. i. c.*, 1971, pp. 185-186.

purtroppo ormai, con facilità e senza affanno. Il rimedio è il capo di nullità che viene addotto per chiedere la dichiarazione di nullità del matrimonio, e lo specifico è la sentenza che la dichiara. Con la convinzione che il guaio più grande sarebbe quello di non poter rimediare, ad una situazione matrimoniale fallita, perché non ci sarebbe rimedio.

I codificatori, non insensibili di fronte alle problematiche, molteplici e tra di loro connesse, nascenti da una mentalità divorzista assai diffusa, hanno allargato la possibilità del rimedio da far valere in giudizio, ed anche sotto diverse e molteplici formule, fino al punto che in parte si è diffusa ed ancora si va diffondendo almeno l'impressione secondo la quale sotto le mentite spoglie della dichiarazione di nullità si nasconderebbe il divorzio.

1.5. *Una nuova visione teologica del matrimonio dell'uomo calato nella storia.*

Hanno allargato — ho detto — la possibilità del rimedio, non perché di colpo diventati lassisti o perché hanno avuto paura delle conseguenze del tutto negative per la vita della Chiesa se questa fosse rimasta chiusa ed insensibile alla vita del mondo di oggi ed alle problematiche che la stessa vita dell'uomo moderno comporta. Una visione teologica più approfondita della origine divina del matrimonio e della sua natura, entrambe però nella dimensione storica dell'uomo, doveva per forza portare alla riscoperta della dignità secolare dell'unione uomo-donna già sul piano naturale ed alla necessaria riaffermazione della sua sacramentalità tra battezzati. E non solo. La nuova concezione teologico-giuridica del matrimonio (can. 1055 § 1 e can. 1057 § 2) che, nonostante il termine «*contractus*» residuo nel § 2 del can. 1055, nella dottrina e nella prassi ha quasi del tutto soppiantato la rigida concezione meramente contrattualistica del matrimonio, ha consentito, appunto, più che la possibilità di allargare i «*diverticula legis*», la possibilità di trovare innanzi tutto concettualmente e quindi di scoprire nella realtà dei fatti i «*remedia legis*» o capi di nullità applicabili nel caso concreto.

Un tempo l'applicazione rigida e severa della teoria contrattualistica prendeva le mosse dal diritto romano sui negozi in cui essa trovava le fonti più antiche: ma il diritto romano era il diritto della Chiesa? Come poteva esso, che era un diritto pagano, conciliarsi

con la teologia della Chiesa, con le fonti bibliche e soprattutto con la dottrina della rivelazione? (4).

Certamente le sentenze di un tempo, ispirate ad una rigorosa applicazione della teoria contrattualistica romana, avulsa da ogni afflato teologico cristiano, si basavano su ragionamenti che venivano sì svolti con un linguaggio giuridico preciso e asciutto, ma arrivavano a conclusioni che, anche se giuridicamente ineccepibili e degni di ogni rispetto, aberranti dal punto di vista morale (5). Era tutto ciò cristiano? Era tutto ciò veramente rispondente ad una concezione antropologica naturale e cristiana? Era tutto ciò congruente con la vita dell'uomo nel matrimonio ed in fin dei conti con la concezione stessa di matrimonio?

Ci fu chi cominciò a prendere consapevolezza che in alcuni casi l'uomo veniva sacrificato alla legge o, meglio, l'uomo veniva sacrificato all'istituto; e quindi, talvolta venivano capovolti i valori: non era l'istituto del matrimonio per l'uomo, ma l'uomo per la vita e la salvaguardia dell'istituto. Basti pensare al *dolo*: anche se esso sostanzialmente veniva ritenuto di *diritto naturale*, tuttavia era escluso dalla possibilità di essere codificato come capo di nullità matrimoniale per la paura che, se ammesso, sarebbero esplosi tutti o quasi tutti i matrimoni!: «*ne innumera coniugia evaderent dubia et litibus exposita*» (6). L'«*apage matrimonia*» del più celebrato trattatista dell'e-

(4) Cfr. Allocuzione di PAOLO VI per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1971 della S. R. Rota, in *Monitor Eccl.*, 1971, p. 140, n. 4 a.

(5) Cfr. in una c. PARRILLO del 12 agosto 1929, S. R. R. Dec. Vol. XXI, p. 435, n. 3; c. MASSIMI del 29 maggio 1935, Vol. XXVII, p. 358, n. 3; c. LAMAS del 15 marzo 1956, Vol. XLVIII, p. 258, n. 2; c. DHOENY del 14 dicembre 1953, Vol. XLV, p. 768, n. 4; c. MATTIOLI dell'11 dicembre 1958, Vol. L, p. 673, n. 2. Scultorea è una Paderbornen c. HEARD del 7 ag. 1948, Vol. XL, p. 343, n. 2, nella quale il Ponente, premesso che «*Impedimentum doli ignotum est et semper fuit iuri canonico*», con stretto rigore giuridico da tale inesistenza dell'impedimento deduce la seguente conseguenza che, tuttavia, oggi ci appare sconcertante: «*Unde si quis velit virginem, sanam, nobilem ducere, ducat vero scortum, leprosam, trivium natam, uxori manet ligatus, quamvis e tali matrimonio toto animo abhorruerit horroremque ante nuptias manifestaverit*» e tutto questo perché era stato sempre «*ignotum*» all'ordinamento canonico l'«*impedimentum doli*», perché non si dava rilevanza al «*velit*» considerando la volontà del nubente come volontà abituale o interpretativa, escludendo la volontà attuale, almeno come implicita, nell'orrore manifestato dal nubente prima del matrimonio. Una rivalutazione dei valori della persona umana nel matrimonio e della sua vocazione matrimoniale ci voleva.

(6) P. GASPARRI, *Tractatus Canonici de Matrimonio*, Romae 1932, Vol. II, p. 21, n. 794.

poca ci fa quasi toccar con mano non solo che l'uomo era sacrificato all'istituto ma, almeno implicitamente, che la maggior parte dei matrimoni era fondata sull'inganno, e senza sforzarsi di portare il discorso alle conseguenze logiche estreme, non era difficile capire che l'uomo veniva sacrificato ad un istituto, quello matrimoniale, sicuramente viziato per diritto naturale e quindi nullo. Dopo ampio dibattito dottrinale si capì che un matrimonio fondato sull'inganno non si regge e mal si governa e che il sacrificio dell'uomo a tal fatta di matrimonio non ha senso, e senza la paura e gli inconvenienti temuti fu introdotto il dolo nella nuova codificazione. Ecco un *remedium* in più che prima non c'era. Questo non significa allargare le maglie della legge bensì riscoprire, conformemente alla dignità dell'uomo, la dignità del matrimonio rendendolo per lui vivibile sin dal suo essere e perciò rendendo per lui realizzabile la sua vocazione matrimoniale in risposta alle esigenze di una vera antropologia naturale e cristiana per la quale la legge deve sempre essere al servizio dell'uomo nell'apprestargli i mezzi della sua salvezza.

1.6. *La nuova ipotesi legale di incapacità consensuale.*

Assieme alla nuova concezione teologico-giuridica del matrimonio, opera e si accompagna strettamente la novità più sconvolgente di tutta la sistematica giuridica matrimoniale precedente: *l'incapacità del can. 1095, n. 3*, quella particolare cioè di «*assumere*» le «*obligationes matrimonii essentialis*», o, forse per comodità di tesi, diversamente detta anche «*incapacitas assumendi onera*» quasi che potessero eguagliarsi gli «*onera*» con le «*obligationes matrimonii essentialis*». Ma non è questo il punto, anche se molto importante.

Al fondo di tutta la questione codiciale innovativa sta la preoccupazione — che è costante — di non fare apparire questa nuova forma di incapacità come un divorzio: sarebbe stato e sarebbe un fallimento, o tradimento della dottrina che dir si voglia, assolutamente inconcepibile nell'ordine morale e giuridico della Chiesa. E senza dubbio divorzio non è questa nuova forma di incapacità a condizione che siano strettamente osservati i requisiti di ammissibilità e operatività richiesti che vietano non solo di dare alle «*obligationes matrimonii essentialis*» il significato che all'occorrenza uno vuole ma che vietano anche di elevare le *causae naturae psychicae* a motivi o capi di nullità. Vero è che la causa trova ed affonda le sue radici nella distorta o disordinata o non sufficientemente equi-

librata personalità del nubente, a causa della quale tale personalità risulta anomala o in senso clinico o in senso soltanto psicologico, pur tuttavia sottintende ad una anomalia in senso patologico a carico della persona che ne è portatrice. Il punto è che tale anomalia, direi, qualunque forma di anomalia, per essere rilevante deve estendersi fino al limite della impossibilità per il nubente di assumersi gli obblighi essenziali del matrimonio, impossibilità operante in tal modo al tempo del matrimonio da rendergli impossibile, appunto, l'adempimento di uno o più obblighi essenziali del matrimonio, sì che la sua dichiarazione di assunzione degli obblighi al tempo della celebrazione del matrimonio resta senza contenuto, senza il contenuto suo proprio, con la conseguenza che si ha sì la dichiarazione ma manca il suo contenuto, cioè essa non vale. Si tratta pertanto di un caso di incapacità consensuale esistente al tempo delle nozze, e non di un divorzio. Si tratta di un tipo di incapacità nel quale entrano in gioco e si intersecano sia l'elemento soggettivo — (il nubente che dichiara di volersi assumere) — sia l'elemento oggettivo — (il contenuto della dichiarazione che per suo naturale destino esige di dover essere e deve essere adempiuto) — il primo inscindibile dall'altro col quale strutturalmente fa un tutt'uno: se uno, seguendo un suo diverso concetto, volesse accontentarsi solo di una parte, per es. solo della dichiarazione verbale del nubente prescindendo dal suo adempimento, sarebbe fuori strada perché una obbligazione che sin dalla sua nascita non può mai essere adempiuta finisce di essere tale (come per es. nella interminabile diatriba di un tempo a proposito della rilevanza della distinzione tra *ius* ed *exercitium iuris*, tutt'ora valida, la giurisprudenza finì per affermare che uno *ius* che non possa mai essere esercitato non è neppure uno *ius*) (7). E correlativamente il nubente che al tempo del matrimonio è impossibilitato ad adempiere, mette in mostra la sua incapacità di assumere su di sé gli obblighi essenziali del matrimonio, che è pertanto incapacità consensuale.

(7) Cfr. in una Romana c. DE IORIO del 18 dicembre 1963, S. R. R. Dec. Vol. LV, p. 911 n. 3; in una Vic. Ap. Alexandriae in Aegypto c. DE IORIO del 19 febbraio 1966, Vol. LVIII, p. 97, n. 4; nonché in una Merlbournen c. BEJAN del 29 ottobre 1966, Vol. LVIII, p. 764 sq.; in una Washigtonen. c. BEJAN del 19 aprile 1967, Vol. LIX, p. 204, n. 3 sq.; ed infine in una Romana c. DAVINO del 14 maggio 1992, R. R. Dec. Vol. LXXXIV, p. 256, n. 5.

1.7. *Origine, ampiezza ed estensione del n. 3 del can. 1095.*

Il fatto è che inizialmente (e prima della formulazione tecnico-giuridica del n. 3 del can. 1095) si pensava alla soluzione da dare a forme di patologia sessuale del tutto trascurate fino ad allora e ritenute irrilevanti (si pensi all'omosessualità e alla ninfomania) ed a chi si sforzava di fare un elenco delle varie patologie ben presto e senza difficoltà si obiettò che il numero di casi con patologia che sarebbero sfuggiti alla norma legislativa sarebbe stato più grande di quello che la norma legislativa avrebbe voluto disciplinare, e quindi anche per questo si escluse di adottare una disciplina normativa chiusa, che in quanto tale non sarebbe stata una soluzione neppure per i casi di patologia che con essa si volevano risolvere e venne formulata una norma aperta quale è l'attuale destinata a poter comprendere tutte le forme di patologia non necessariamente di carattere sessuale ma tutte sicuramente fondate e radicate nella vasta e quasi infinita gamma di disturbi psichici come sua propria causa: ma senza perdere di vista che la causa è la causa e resta la causa, l'unica che può produrre e determinare la forma di patologia che si presenta come anomalia a prescindere che essa rientri, o no, in una ben precisa unità nosografica.

E non credo che i codificatori della norma di cui ci stiamo occupando abbiano un gran che di cui pentirsi, mentre molto hanno ancora da dire, sotto la guida del Sacro Magistero, per gli abusi frequenti ed in ogni dove ricorrenti ai quali da tempo dà luogo la varia interpretazione ed applicazione non uniforme di quella disposizione legislativa che, appunto, va sotto il nome di «*incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii*»: le obbligazioni nelle varie interpretazioni sono diventate *onera* col mal celato intento che non sia il termine «*essentiales*» a qualificarle, con la conseguenza che in alcuni tribunali la semplice caratterologia (rilevante in una causa di divorzio) si è fatta diventare causa di nullità di matrimonio, e con la caratterologia la incapacità che si vorrebbe per legge rilevante non sarebbe più quella del singolo bensì quella della coppia, uno rispetto all'altro. Questa relatività male intesa (radicata sul personalismo, soggettivismo, relativismo ed esistenzialismo) ha fatto correre il rischio di fare ritenere relativo anche il vincolo: una relazione massimamente interpersonale, qual è il matrimonio e perciò relazionale, si è trasformata in relativa, il personale in personalismo o soggettivismo che dir si voglia e che va d'accordo con il relativismo: sarebbero

disastrosi gli effetti anche per il matrimonio realtà naturale e dannosi per una sana visione antropologica che sia ispiratrice costante del vero matrimonio che il battezzato per sua vocazione ha scelto di vivere e testimoniare. E qui il discorso si fa lungo, più del previsto; tuttavia non è ancora finito cercando di rispettare i limiti consentiti a considerazioni che ho chiamato previe.

1.8. *Simulazione e incapacità quanto alla formulazione dei capi di nullità.*

All'ampiezza dell'oggetto della simulazione del consenso del § 2 del can. 1101 che — novità assoluta — include in esso «*essentiale aliquod elementum*» accanto alla possibile esclusione della tradizionale «*essentialem aliquam proprietatem*» e quindi con implicito richiamo sia per la *proprietas* sia per l'*elementum* ai cann. 1055, 1056, 1057, restando tuttavia non definito e imprecisato nella nuova disciplina quali e quanti siano gli elementi essenziali del matrimonio, col pericolo evidente di far apparire la citata norma del can. 1101 quasi come una cambiale in bianco su cui poter scrivere e far diventare a piacere ciò che ad ognuno possa sembrare essere un elemento essenziale, a tanta ampiezza, come dicevo, si accompagna l'altra formulazione voluta dal § 3 del can. 1095 «*obligationes matrimonii essentiales*»: indefiniti e imprecisati sono gli elementi essenziali ed imprecisi e non definiti sono gli obblighi essenziali del matrimonio.

In tal modo sembrerebbe che alla libera, o quasi, formulazione dei capi di nullità per simulazione del consenso, si accompagni altrettanto liberamente la formulazione dei capi di nullità per incapacità, non tanto per i numeri 1° e 2° del can. 1095 quanto per il numero 3°. In sostanza, non solo le «*causae naturae psychicae*» sono state arbitrariamente elevate a capi di nullità, ma gli stessi capi di nullità spesso vengono contemporaneamente adottati sia per l'incapacità in linea principale, ed anche per la simulazione in linea subordinata. Si sovverte tutto, anche dal punto di vista processuale, con conseguenze che non sono lesive solo della forma. Non è che il Codice non si presti a tale disinvolta formulazione dei capi di nullità; ma è certo che, comunque formulati, tutti i capi di nullità accusati vengono accettati ed ammessi alla trattazione, e questo comportamento, o modo di essere di chi è chiamato ad amministrare la giustizia tende, tra l'altro, ad instaurare una prassi che, secondo me, non può essere introdotta. Facciamo un esempio:

Tenendo in conto che: 1°) non risultano precisate e definite (il can. 1056 non dice, per es. «*dumtaxat*») quali e quante siano le «*obligationes essentialis matrimonii*»; che 2°) non consta con certezza ciò che tassativamente sia «*essentiale aliquod elementum*»; che 3°) la dizione dei tre citati canoni 1055, 1056 e 1057 consente almeno la formulazione verbale dei diversi capi di nullità, un *christi-fidelis* che sta vivendo i guai suoi, conosca, o no, il diritto canonico, può essere facilmente portato ad accusare la nullità del suo matrimonio almeno per i seguenti capi: *a*) in linea principale: *ob incapacitatem utriusque vel sin minus alterius coniugis*: 1) *constituendi relationem interpersonalem matrimonialem, seu constituendi totius vitae consortium*; 2) *assumendi bonum coniugum*; 3) *assumendi onus educationis prolis*; *b*) in linea subordinata: *ob exclusionem ex parte viri*: 1) *boni coniugum*; 2) *boni fidei*; 3) *boni sacramenti*; 4) *dignitatis sacramentalis*. E con la riserva di indicarne altri, se del caso. Stiamo già di fronte a sei capi di nullità se riferiti ad entrambe le parti, proposti in linea principale sotto l'aspetto dell'incapacità, e ad altri quattro se riferiti solo a lui ed in linea subordinata sotto l'aspetto della simulazione del consenso.

Ritengo che la contemporanea accusa di molteplici capi di nullità non giovi affatto ad una buona istruttoria della causa; ma, quand'anche tutti i capi risultassero provati, ma sotto diversa prospettiva e angolazione, potrebbero sorgere gravi difficoltà per la celebrazione obbligatoria del *processus brevior*, per la *conformitas sententiarum*, anche per quella c.d. *aequipollens*, per la competenza eventuale a dichiararla — se il giudice *a quo* del *processus brevior* o il giudice *ad quem* del giudizio ordinario di secondo o terzo grado —; se poi i capi vengono tutti rigettati con un *negative ad omnia*, secondo il noto brocardo «*qui multum probat nihil probat*», o vengono in parte ammessi ed in parte respinti, allora sorgerebbero problemi sia per gli appelli concorrenti delle parti, sia per la rinuncia sia per la perenzione e sia infine per la riassunzione in uno dei gradi di appello dei capi di nullità dimessi negativamente o non proposti o dichiarati perenti o legittimamente rinunciati prima della sentenza e poi ripresentati con nuovo libello al tribunale di prima istanza, e sempre senza escludere la ipotesi della difficoltà ad ammettere la «*duplex sententia aequivalenter conformis*» in mancanza di fatti giuridici oggettivamente identici per i due capi di nullità accusati come diversi.

1.9. *Falsa opinione derivante dall'accusa di molteplici capi di nullità: una riflessione teologico giuridica.*

Si è però che la possibilità di attaccare il matrimonio per più motivi contemporaneamente contribuisce a dare almeno l'impressione che in concreto motivi di nullità ne esistono tanti e che soltanto chi non possa o non voglia non riesce a trovarne uno da portare in Tribunale, erroneamente creandosi, anche per ciò, la facile persuasione che pure in seno alla Chiesa esista il divorzio. E non è così. Credo che non bisogna mai dimenticare che Cristo-Dio incarnandosi ha assunto la natura umana in tutte le sue dimensioni storiche e che pertanto non esiste diritto nella Chiesa senza teologia: se uno, volendo apparire un giurista perfetto, volesse, per questa sua aspirazione, fare solo diritto con un suo linguaggio tecnico asciutto e preciso, come dicevo all'inizio, starebbe fuori del diritto della Chiesa; allo stesso modo in cui si porrebbe fuori dal comune sentire statuale, colui il quale, operando in una organizzazione civile disciplinata dallo Stato, volesse parlare il linguaggio che è proprio del diritto della Chiesa. Che c'entra questo discorso? Credo che c'entri e che abbia la sua rilevanza. A parte il fatto che anche recentemente il Sommo Pontefice molto opportunamente ha voluto ribadire a chiare note che tutte le norme canoniche hanno fondamento teologico⁽⁸⁾ («*Le norme canoniche infatti, si rifanno ad una realtà che le trascende, tale realtà non è solo composta di dati storici e contingenti, ma comprende anche aspetti essenziali e permanenti nei quali si concretizza il diritto divino. Il nuovo Codice di Diritto Canonico... deve essere interpretato ed applicato in questa ottica teologica*»), senza dubbio anche nella precedente disciplina legislativa i canonisti non trascuravano di tener fede al fondamento teologico del diritto canonico, ma non di rado le esigenze che son proprie della tecnica giuridico-legislativa avevano la prevalenza e poco importava se l'uomo restasse sacrificato all'istituto matrimoniale credendo così, e soprattutto, di salvare lo stesso istituto: ma se la salvezza (sociale, non teologica) dell'istituto per più versi costava il sacrificio dell'uomo, con ciò non si correva il pericolo di rendere pressoché vacua o almeno non pienamente realizzabile l'opera divina della stessa istituzione?

(8) Cfr. Allocuzione del 24.01.2003 ai partecipanti alla Giornata Accademica promossa dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, in *L'Ossevatore Romano* 25 gennaio 2003, p. 1.

1.10. *La umanizzazione piena dell'istituto matrimoniale ed il travaglio giurisprudenziale.*

Anche per questa considerazione, le aperture volute dal Concilio Vaticano II sono dirette alla riscoperta dell'uomo nella vita dell'istituto creato da Dio per l'uomo, che giammai, quindi, e per nessuna ragione può essere sacrificato ad una cosa che da Dio è stata voluta proprio per lui. La differenza fra il vecchio ed il nuovo balza subito agli occhi: prima si aveva uno *schema*, ora si ha un *modello*. Uno schema giuridico rigido in cui tutte le potenzialità umane restavano come imprigionate (e forse per questo ancor oggi si pensa che l'uomo restasse sacrificato all'istituto); ed ora un modello teologico-giuridico-pastorale che viene adattato all'uomo, alla sua storia, al suo ambiente ed alla sua particolare cultura senza nulla togliere alla solidità e ricchezza della dottrina teologica su cui poggia, ma anzi contribuendo a rendere più visibile la presenza di Dio nell'uomo, nella famiglia, nella società, nella Chiesa nel cui pluralismo essa storicamente si realizza. La questione è che un modello di matrimonio, quale la Chiesa lo propone, per sé è privo — per chi ancora pensa all'antica — di giuridicità; può essere ispiratore di un programma, di una formulazione giuridica, ma non è legge. Non è tutta la verità, ma ne fa parte. Il problema si è posto fin dai tempi della *Gaudium et spes*, e forse anche prima. I più nella giurisprudenza rotale ritenevano quella Costituzione Apostolica come documento eminentemente e cioè esclusivamente pastorale privo di giuridicità. Ma era un documento del Concilio e finì per essere accettato come un documento giuridico-pastorale, fino al punto che il Decano della Rota nel discorso tenuto alla presenza del Papa in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del 1972, ritenne di potersi vantare e poter dire a nome e lode del tribunale apostolico che questi spesso aveva preceduto la stessa disposizione di legge. Ed il Papa, come sempre, approvò e se ne compiacque⁽⁹⁾. Da allora tanti aspetti, pure impor-

(9) Cfr. Discorso del Decano Mons. B. FILIPIAK di indirizzo al Papa in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario della Rota del 28 gennaio 1972, in *Eph. i. c.*, 1972, p. 352. Vedi anche Discorso indirizzato al Papa da Mons. B. FILIPIAK in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del 1970 in *Eph. i. c.* p. 172-173, nonché l'indirizzo al Papa del 27 genn. 1969, in *Eph. i. c.* 1968, p. 416; E vedi ancora Allocuzione di PAOLO VI per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1970 della S. R. Rota, in *Monitor Eccl.*, 1970, p. 325 e sq., nonché Allocuzione di PAOLO VI per l'inaugurazione dell'anno giudiziario della Rota del 1972 in *Eph. i. c.*, 1972, pp. 353-356.

tanti, del modello di matrimonio vengono diversamente articolati come motivi di nullità di un modello non realizzato; tanti aspetti che singolarmente considerati *obligationes essentielles* non sono, né *iura*, né *officia*, e che tuttavia vengono sussunti ed ammessi alla trattazione come motivi di nullità in nome di una pastorale che spesso non convince. Eppure l'ibrido connubio tra pastorale e diritto continua, e resta fortemente da sperare che esso sia produttore per l'uomo e la sua vita nel consorzio coniugale.

In fondo, la funzione dell'ordinamento non è quella di avvicinare di più l'uomo all'istituto? O, meglio, l'istituto teorico e trascendente all'uomo pratico per la realizzazione di sé sotto l'aspetto naturale e soprannaturale? Fine e funzione si compenetrano e si realizzano nell'unità del naturale col soprannaturale, come è l'uomo unità di corpo e spirito.

E qui si impone un'altra considerazione che è in linea, lo spero, con quanto più diffusamente detto sopra. Prendiamo spunto dal can. 1061 § 1 che, sciogliendo tanti problemi connessi o con la violenza o con la mancanza di amore e di libertà del coniuge o con altra carenza umana, ha sancito che solo allora il matrimonio «*inter baptizatos*» si può dire rato e consumato «*si coniuges inter se «humano modo» posuerunt coniugalem actum*»: la umanizzazione piena della relazione uomo-donna nel matrimonio fin dal suo inizio di vita non poteva essere espressa in modo migliore e più esplicito da quell'*humano modo*⁽¹⁰⁾ sì che appare sicuramente un errore od anche un atto di prudenza, più che di impostazione dottrinale, quello di sacrificare l'uomo all'istituto, voglio dire quello di non umanizzare tutta la vita

(10) Precursore di quell'espressione è stato in Rota Mons. HEARD, come chiaramente si evince da una sua sentenza in una Mediolanen del 30 dic. 1949, rimasta inedita, pronunciata in tema di violenza. Il tema non era nuovo alla giurisprudenza rotale, specialmente quando, sia in presenza della violenza sia in presenza dell'*amentia*, si poneva il problema di ciò che si richiedesse perché la copula carnale fosse e si potesse dire veramente coniugale, e quando di fronte alla distinzione tra *actio hominis* (in cui si faceva rientrare la *consummatio*) e *actio naturae*, faceva capire che la *consummatio* non era soltanto un'*actio hominis* comunque posta bensì un'*actio humana*. Ma nessuno lo diceva chiaramente e nessuno ne tirava le conseguenze; o, forse, vedeva le conseguenze al senso contrario. Nella sentenza c. FELICI del 27 marzo 1957, Vol XLIX, p. 242 sq., viene attentamente presa in considerazione la sentenza di HEARD ma il decreto del S. Ufficio del 2 febbraio 1949 faceva da freno e le argomentazioni di HEARD, non condannate, restarono soltanto non condivise, allora ed anche dopo, più che altro come un atto di prudenza o di obbedienza al Sant'Ufficio.

matrimoniale nel suo complesso. E questo punto fondamentale è stato capito, riscoperto ed applicato dalla giurisprudenza rotale ancor prima dell'attuale codice⁽¹¹⁾ e, già con la promulgazione della *Gaudium est spes*, è diventata cosa comune, sia in dottrina e sia in giurisprudenza, ammettere che il nubente conserva sempre integro lo *ius ad communionem vitae et amoris* e quindi che il *consortium* coniugale debba essere vivibile, cioè almeno «*tolerabile victu*»⁽¹²⁾.

Le cose intollerabili non sono cose che possano essere vissute *humano modo* ed alla intollerabilità della vita coniugale spesso è sottostante o si accompagna una forma di incapacità del coniuge, o, come pure è stato detto ed ammesso, di un coniuge di fronte all'altro, per cui intollerabilità e incapacità facilmente diventano un tutt'uno. Ed essendo la intollerabilità della vita di coppia motivo che alla fine porta al divorzio, molti sono indotti a pensare che anche nel diritto della Chiesa esista il divorzio. Niente di più falso, sol che si pensi che l'intollerabilità che dà luogo al divorzio nasce dalle difficoltà ordinarie, comuni e contingenti, della vita familiare già esistente, mentre la intollerabilità canonicamente rilevante si identifica con l'impossibilità della vita familiare nel momento in cui tutto sembra regolarmente disposto per la sua nascita; e, se è ancora più facile capire questa verità che sto per dire, possiamo affermare che l'intollerabilità rilevante per il divorzio opera *ex nunc*, mentre l'intollerabi-

(11) Cfr. in una Marianopolitana coram ANNÉ del 25 febbraio 1969, S. R. R. Dec. Vol. LXI, p. 174-192.

(12) Cfr. in una Novae Aureliae c. SERRANO del 5 aprile 1973, S. R. R. Dec. Vol. LXV p. 323, n. 3 sq.; et in una Mexicana c. SERRANO del 13 dicembre 1991, Vol. LXXXIII, p. 758, n. 4 e sq, nella quale è messa in evidenza l'«*incapacitas recipiendi alteritatem*» che è, appunto, tutt'altra cosa dell'incapacità relativa; ed in una Bogoten. c. FIORE del 30 maggio 1987, in *Quaderni dello Studio Rotale* II, pp. 11-20 che condivide «*l'alterità*» sinonimo di «*coniugalità*»; e in una Romana c. FUNGHINI del 23 novembre 1988, Vol. LXXX, p. 638, nn. 3 e 18; e Decr. dell'8 maggio 1984 c. Colagiovanni, Vol. LXXXVI, p. 267, n. 7; ed in una Novae Aureliae c. BRUNO del 23 febbraio 1990, Vol. LXXXII, pp. 140-141, n. 4, nella quale si parla di «*incapacitas nectendi relationem interpersonalem*» che quanto al suo contenuto non è diversa né da quelle c. SERRANO né dalle altre citate. Resta tuttavia discutibile uno *ius ad perfectibilitatem* configurato in una Calien. c. SERRANO del 9 maggio 1980, Vol. LXXII, p. 335, n. 5, allorché si vuol produrre fino all'ultima conseguenza che nel matrimonio i coniugi «*se invicem perficiunt*». Ancora sottolineo che non si tratta di una incapacità relativa bensì relazionale anche quando essa viene ammessa, come in una Ruremunden. c. POMPEDDA del 19 ottobre 1990 Vol. LXXXII, p. 689, n. 10: «*uno verbo, incompatibilitas psychica, quae ad connubii naufragium saepius ducit, causa esset cuiusdam incapacitatis relativae quidem...*».

lità per la dichiarazione di nullità opera *ex tunc*. E non vale appellarsi allo *ius ad communionem vitae* contrapponendo che l'intollerabilità-impossibilità *ut in causa* esisteva prima delle nozze; tale affermazione, quand'anche vera, non sposterebbe i termini della questione se destinata a risolversi in una forma di incapacità causata da morbo operante in uno dei coniugi in maniera subdola e latente al tempo del matrimonio.

2. *La facile ammissione del libello. Abusi ex can. 1095, n. 3: Osservazioni e Proposte.*

Ciò che maggiormente ripugna al comune sentire è l'accusa di nullità del vincolo matrimoniale dopo 40 o 30 o 20 anni di pacifica convivenza ed in assenza di anomalie clinicamente rilevate e giuridicamente rilevanti ed in assenza di qualsiasi forma di patologia al tempo del celebrato matrimonio. Anzi, l'altra parte, se chiamata ancor prima della formale ammissione del libello, potrebbe offrire le prove ed anche le più eclatanti, atte a comprovare la salute psichica di chi oggi, facendo un esame retrospettivo — che per lo più è psicoanalitico e unilateralmente interpretativo — afferma di essere stato incapace al tempo del matrimonio.

Salva sempre l'ipotesi di mancanza di libertà interiore nel nubente al momento della scelta e salva anche l'esistenza di qualificate anomalie rilevanti sempre al momento della costituzione del matrimonio, ripugna l'accusa di nullità di un matrimonio a distanza di decenni dalla sua celebrazione dal quale siano nati 2 o 3 figli. Non nego che, da un punto di vista logico temporale, non bisogna confondere il momento in cui l'anomalia, causa della incapacità e quindi della nullità, esiste, con il momento in cui essa appare e si rivela come fenomeno. Notare la differenza tra questi due momenti non è solo una questione tecnica riservata ai periti — e tra i periti, a quali? — ma è primieramente una questione di buon senso, di quel comune buon senso al quale non può essere estraneo il giudice della causa come *peritus peritorum*. Come è possibile infatti ammettere che un nubente incapace possa aver convissuto con la sua asserita incapacità per un tempo così lungo e senza ricorrere all'assistenza di un sanitario, e, nello stesso tempo — cosa fuori dell'ordinario — pensare che l'altra parte non abbia mai in alcun modo reagito, e quindi sia riuscita a resistere di fronte alla intollerabilità-impossibilità?

Questo comportamento fa sfumare e rende talmente privo di contenuto il concetto stesso di intollerabilità che l'impossibilità richiesta per legge non ha più alcun senso, ed è nel momento in cui l'intollerabilità non si identifica più con l'impossibilità che nasce nel comune sentire l'idea dell'esistenza del divorzio nella Chiesa.

È triste pensarlo ma è così, ed avvocati mestieranti, personale non sufficientemente preparato nell'amministrazione della giustizia nella Chiesa e periti di tutte le scuole (ma non di una scuola che alla luce dell'insegnamento tomistico e magisteriale sottintenda ad una formazione di medicina legale canonistica) contribuiscono a dismisura alla nascita di quell'idea che è in sé falsa.

Più di una volta mi è venuto di riflettere sul fatto che incapacità di assumere e condizione non verificata starebbero sullo stesso piano quanto alla prova della loro esistenza, ove si tenga conto della reazione posta in essere dal coniuge che con la asserita incapacità (intollerabilità-impossibilità) è costretto a convivere allo stesso modo in cui si tiene conto della «*reactio ex parte eius qui conditionem consensui apposuisse dicitur ubi primum animadverterit conditionem non esse verificatam*»; se costui per tanti e tanti anni non ha reagito, potendolo fare, vuol dire che non ha apposto alcuna condizione, oppure che quella che egli chiamava condizione non era così grave da indurlo a volere al tempo della formazione del consenso che la sua validità dipendesse dal verificarsi, o meno, della condizione, con la conseguenza che non si trattava di condizione ma di un pre-requisito, di un postulato, di un *modus*, di un *onus*, ecc. Seguendo lo stesso criterio di prova, riesce oltremodo difficile ammettere una lunga convivenza con l'intollerabilità che giuridicamente significhi impossibilità, ed anzi, il tempo di pacifica convivenza trascorso e la nascita voluta della prole da sé provano che l'intollerabilità non esisteva allora ma che sia sopravvenuta ed esista oggi per cause diverse.

2.1. Cause di natura psichica.

Molteplici sono le cause di natura psichica ovvero i fatti ed i comportamenti che ad esse possono condurre e che possono rendere il nubente incapace di assumere e responsabilmente eseguire le obbligazioni essenziali del matrimonio, come per es. la sua antisocialità, l'alcoolismo cronico, la violenza sistematica, il sado-masochismo, il narcisismo inveterato, l'egocentrismo in unione con l'egoismo patologico, l'istrionismo, la gelosia morbosa, il nichilismo, la anoressia

mentale, il misogenismo insuperabile, l'omosessualità, la crisi dell'identità personale, la ninfomania, la alessitemia, ecc. ecc. Tutte queste forme di disordine psichico atte a produrre l'incapacità connubiale, spesso non sono comprese dalla generalità⁽¹³⁾, ma non ciò che è compreso dalla generalità è nullo, bensì ciò che non risponde a ben precise regole di morale e di diritto, col conforto della scienza medica colata e così calata nel mondo etico e giuridico ed i cui progressi fatti in quest'ultimi anni sono universalmente noti.

2.2. *Proposta per una nuova formulazione tecnica legislativa del can. 1095, n. 3.*

Sarebbe però auspicabile per evitare confusioni e per stroncare l'arbitrio del tutto illegittimo di formulare il capo di nullità che si voglia — formulazione oggi facilmente desumibile dalle stesse espressioni verbali usate dalla tecnica giuridico-legislativa dei codificatori —, sarebbe però auspicabile, dicevo, rivisitare il can. 1095, n. 3 e far tesoro della consolidata giurisprudenza rotale collaudata ormai dall'esperienza per aggiungere all'espressione « *ob causas naturae psychicae* » la seguente determinazione: « *gravem deordinationem inducentes* »; che poi questa determinazione sia stabile o temporanea per es. esistente solo *in actu matrimonii* come è il caso dell'*ebrius* è un'altra questione che ha a che fare più col diritto probatorio che non con quello sostanziale; e quindi, continuando con la formulazione: « *obligationes matrimonii essentielles rite exsequendas assumere nequeant* ». L'intero n. 3 del can. 1095 dovrebbe pertanto così risultare: « *Sunt incapaces matrimonii contrahendi: qui ob causas naturae psychicae gravem deordinationem inducentes obligationes matrimonii essentielles rite exsequendas assumere nequeant* ».

Dovrebbe pertanto risultare chiaro fin dalla presentazione del libello che solo allora le *causae naturae psychicae* hanno giuridica rilevanza quando producono nel soggetto una *gravis deordinatio*, un tangibile disordine della personalità (non tratti, e tanto meno lievi), una marcata mancanza di equilibrio che faccia essere *gravis* quella *deordinatio*, anche e soprattutto in relazione alle *obligationes* le quali sono per tutta la vita « *rite exsequendas* » e ritengo che non si possa affatto ammettere che per *tratti* o *tratti lievi* una persona possa essere

(13) Cfr. in una Taurinen. c. DE IORIO del 19 dicembre 1961, S. R. R. Dec. Vol. LIII, p. 613, n. 6.

ritenuta incapace di porre in essere un *negocium* come quello matrimoniale che è fatto per tutti e per tutta la vita. Se il nubente è *perfecte ebrius* al momento del matrimonio, non significa che egli lo sia o lo debba essere per tutta la vita, e cioè quando egli è chiamato ad eseguire responsabilmente gli obblighi propri della vita coniugale che fanno parte, appunto, delle *obligationes matrimonii essentielles*. Il suo caso potrà essere visto alla luce dei primi due numeri del can. 1095, perché se l'ubriachezza o qualsiasi altro disturbo indotto nel soggetto *ab extra* risulta essere stato grave al momento delle nozze, si potrà parlare di «mancanza di uso *sufficiente* di ragione» (n. 1) che porta alla impossibilità di porre in essere non un qualsiasi atto umano bensì l'atto umano matrimoniale, oppure si potrà parlare nei casi che escono dalla semplice momentaneità di «*defectus discretionis iudicii circa iura-officia essentialia*» ma non di incapacità di eseguire e di eseguire per sempre, che deve essere insita nel concetto stesso di assumere e lo completa.

2.3. *Brevissimi accenni storici: dall'«amentia» all'incapacità.*

Penso che bello non era quando un tempo, come categoria giuridica, esisteva solo la *amentia* e neppure bello era che le altre forme demenziali in senso lato venissero pur sempre ricondotte a quella, sì che la nullità del consenso matrimoniale venisse dichiarata soltanto per es. in presenza di una schizofrenia conclamata e comunque di una *amentia in actu matrimonii* (una volta esclusi i lucidi intervalli di cui una volta si discuteva tanto).

Da tanto rigore si passò alla «*amentia in sensu contractuali*», egregiamente intuita e ammessa da Sabbatani⁽¹⁴⁾ riscoprendo così il valore, starei per dire, *umano* del matrimonio per l'esistenza del quale è richiesto un *contractus* fatto dall'uomo, un *negotium contractuale* in forza di un «*actus humanus matrimonialis*», risultando così sempre più evidente non solo che possano esistere tanti atti umani che non siano matrimoniali e tuttavia compiuti dalla persona che in giudizio viene presentata come *amens*, ma che soltanto quello matrimoniale è l'atto umano che in questa materia è rilevante. Ma anche con l'*amentia in sensu contractuali* non uscivamo dai vecchi schemi.

⁽¹⁴⁾ Cfr. in una Ianuen c. SABATTANI del 24 febbraio 1961, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1962, I, Parte Seconda, pp. 3-10 et in S. R. R. Dec. Vol LIII, p. 117 n. 3 e sq.

Intanto, sempre più frequentemente venivano presentati casi di omosessualità, ed il tribunale adito regolarmente rigettava il libello non sapendo quale legge applicare, non trattandosi appunto di *amentia proprie dicta*. Allora nella giurisprudenza si distingueva tra *amentia* e *dementia*: la prima era *circa omnia*, la *dementia circa unum*. Considerando che, ancorché *circa unum*, l'effetto che essa produceva era ugualmente negativo e devastante al pari della *amentia*, fu escogitata l'*amentia circa unum* che, come nuova categoria giuridica, trovò felice applicazione in alcuni casi di omosessualità⁽¹⁵⁾, ed in tutti però si poneva l'accento sull'impossibilità di esecuzione dell'obbligazione e quindi sull'impossibilità della sua assunzione.

Si ventilò anche l'ipotesi dell'incapacità psicologica, con fortuna iniziale in Rota⁽¹⁶⁾ e vista subito malamente, ed a ragione, per gli sfrontati abusi che venivano commessi⁽¹⁷⁾; ma con essa si riaffermò il valore della libertà interiore dell'individuo, del rapporto che c'è tra amore e libertà, con una maggiore sottolineatura del momento centrale del consenso, quello della determinazione deliberata.

Insomma, se ieri sembrava troppo, per la vita matrimoniale nel suo complesso e specialmente avendo riguardo ai diritti e alle legittime aspettative dell'altra parte, troppo inumano che un matrimonio potesse essere dichiarato nullo soltanto in presenza di una grave entità nosografica riguardante la psiche del nubente, in altre parole soltanto in presenza di una vera pazzia, oggi sembra essere troppo ed assai troppo fuor del normale che ognuno *ex post* e all'occorrenza, cioè quando gli serve per impiantare una causa, possa dire di essere incapace, o, meglio, di essere stato incapace, anche se non *pazzo*. Viviamo davvero in un mondo di incapaci? Consentitemi almeno la facoltà di dubitarne. Il fatto più grave si è, secondo il mio sommo avviso, che si è ammessa l'incapacità senza alcuna patologia. Non che l'anomalia, qualunque essa sia, debba necessariamente collegarsi con una certa malattia in senso clinico, ma è pur vero che essa debba avere alla base la patologia per essere un'anomalia; non solo, ma così

⁽¹⁵⁾ Cfr. in una Taurinen. del 20 ottobre 1966 c. LEFEBVRE, S. R. R. Dec. Vol. LVIII, p. 718 n. 2; in una Vivarien. del 2 dicembre 1967 c. LEFEBVRE, Vol. LIX, p. 799, n. 2 e sq.; ed in una Lugdunen. del 22 giugno 1968 c. EWERS, Vol. LX, p. 477 n. 1 e sq. nella quale, senza mutamento della sostanza, l'«*insania circa unum*» diventa «*insania circa rem uxoriam*».

⁽¹⁶⁾ Cfr. in una c. FILIPIAK del 19 dicembre 1970, (Sent. 255/70), inedita.

⁽¹⁷⁾ Cfr. in una Romana c. AGUSTONI del 19 giugno 1979, (Sent. 119/79), inedita.

corposa al momento della formazione del consenso da rendere « *impossibile victu* » o « *intolerabile victu* », che è lo stesso, il « *connubium coniugale* ».

Una volta si discuteva alacramente sulla matrimoniabilità della personalità psicopatica, ed a chi tendeva a negarla, purtroppo non erano riservati tempi felici⁽¹⁸⁾, ma fu rotto il connubio intelletto-volontà, che sembrava indissolubile, e, per esempio per l'omosessuale, si capì che egli non era una personalità psicopatica perché era omosessuale ma che era omosessuale perché era una personalità psicopatica; e quindi si ammise che al fondo di un qualsiasi disordine sessuale, stava la sua causa di natura psichica e che quel disordine non era soltanto di natura sessuale ma primieramente di natura psichica, per cui per esso si parla di psicopatologia sessuale cioè di anomalia. La psicopatologia, qualunque sia la sua etiologia, si ravvisa come un disordine psichico della persona, ma non per questo il disordine diventa rilevante nel matrimonio per la sua nullità, ma soltanto se esso incide sul consenso atto umano matrimoniale, ond'è che, volendo limitare qui il discorso al n. 3 del can. 1095, il nubente dev'essere incapace di « *ducere in praxim* » gli obblighi che ha dichiarato di volersi assumere: se quella volontà dichiarata resta campata in aria, il rapporto di giustizia che con l'impegno verbalmente dichiarato e assunto una parte ha formalmente instaurato con l'altra parte del connubio non si è realizzato, ed il connubio stesso resta monco, cioè non è connubio.

Fu Mons. Anné che, primo tra gli Uditori, si ispirò alla nuova dottrina conciliare sul matrimonio concepito come « *consortium totius vitae* » o « *communio vitae et amoris* »⁽¹⁹⁾ e perciò di vita vivibile e di amore possibile in concreto con l'altra parte ininterrottamente.

E fu Mons. Serrano⁽²⁰⁾ che, con finissimo intuito giuridico non avulso da spiccata sensibilità pastorale, riaffermò l'efficacia dell'obbligo di giustizia che una parte ha verso l'altra nel matrimonio, dove il rapporto uomo-donna è innanzi tutto visto, appunto, come rap-

(18) STEPHEN J. KELLEHER, in *Acta Conventus internationalis canonistarum: Romae diebus 20-25 maii 1968 celebrati*, Typis Polyglottis Vaticana, 1970, pp. XXXIV-755.

(19) Cfr. in una Marianopolitana c. ANNÉ del 25 febbraio 1969, già cit. in nota n. 11.

(20) Cfr. in una Novae Aureliae c. SERRANO del 5 aprile 1973, già cit. in nota n. 12.

porto di giustizia, come *hominis ad hominem proportio* e perciò *ad alterum* per cui nella «intollerabilità» sono necessariamente coinvolti entrambi i coniugi: l'incapace da un lato perché rendendo *intolerabile victu* — intollerabilità che sta per *impossibile victu* — il *conubium*, manifesta di essere privo della richiesta capacità di consentire finalizzata alla costituzione del matrimonio, dall'altro lato, perché in un rapporto nato impossibile, cioè non nato, l'altro coniuge vede annichilito ogni suo diritto qual è proprio dello stato di coniuge, frustata ogni sua legittima aspettativa, e segnatamente, è costretto a dover constatare che in concreto quel rapporto di giustizia al quale aveva diritto non si è mai costituito e, quindi, resta oggettivamente vittima dell'incapacità altrui. Ma tutto questo rientra tra gli effetti dell'incapacità e non ne è affatto la causa o la concausa, che, secondo la più consolidata giurisprudenza rotale, anche recentemente con fine perizia ribadita⁽²¹⁾, è *indipendente* dall'eventuale esistenza di un'anomalia nell'altro coniuge ed è pur sempre autonomamente operante sia prima che dopo il matrimonio: caso mai essa, quando non fosse da sé rilevante, può contribuire e contribuisce di fatto a determinare la *gravitas* della intollerabilità della comunione di vita per via degli accesi e interminabili dissidi coniugali emergenti. E pertanto, pur considerando un particolare matrimonio nella sua concretezza storica, ritengo erroneo ipotizzare una forma di incapacità di coppia come causa di natura psichica producente *in nuptiis* l'effetto della nullità di una comunione di vita; tra l'altro, perché in ordine logico temporale la coppia al momento del consenso non esiste ma giuridicamente nasce come tale e si costituisce *in facto esse* per effetto del consenso e non esiste neppure quel rapporto di giustizia che come obbligo di giustizia, appunto, caratterizza tutta la *communio coniugalis*, e la conseguenza più ovvia è che giuridicamente l'anomalia è solo del singolo e non della coppia, anche se necessariamente si ripercuote nella coppia quando è già costituita.

Giunti a questo punto del nostro esame critico ed avendo cercato di evidenziare la estrema facilità di oggi di formulare i capi di

(21) Cfr. in una Reg. Campani seu Isclana coram SCIACCA del 6. febbraio 2003, inedita. Anche in questo caso la nullità era stata accusata «*ob incapacitatem mulieris ex causis naturae psychicae assumendi obligationes essentielles matrimonii; ob exclusum ab utraque parte bonum sacramenti, tandemque propter exclusionem, ex parte mulieris, vitae coniugalis consortii ac prolis educationis*» e quasi non bastassero: «*additum novum est caput, sc. de incapacitate eiusdem actoris onera coniugalia assumendi*».

accusa di nullità d'un matrimonio ed avendo considerato altresì alcuni facili abusi in tema di incapacità consensuale riconducibile all'applicazione del n. 3 del can. 1095, si impone ora l'esame dell'abuso sotto il profilo processuale, limitato almeno alla fase iniziale.

3. *Prassi processuale vigente: l'ammissione spedita del libello all'insaputa dell'altra parte.*

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 reici 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.

3.1. *Ipotesi favorevole alla facile e spedita ammissione del libello.*

Ammissione facile: diversi sono i motivi che rendono facile l'ammissione del libello ed ai quali ora qui accenneremo. Innanzi tutto la ricorrente persuasione, assai sbrigativa e leggera, che *sono affari suoi* cioè dell'attore, se riesce o non riesce a provare la tesi che egli porta in giudizio, dato che l'onere della prova «*incumbit ei qui asserit*» (can. 1526 § 1); importante è l'accordo delle parti sia nelle cause introdotte per simulazione sia nelle cause per incapacità: può avvenire di tutto, fino al punto che si comincia la causa per incapacità di A e poi si finisca per ottenere la dichiarazione di nullità per incapacità di B! Si possono scambiare i ruoli: chi realmente è parte convenuta si può fare parte attrice; si può dare, almeno inizialmente, un indirizzo fittizio e di comodo della parte convenuta, cosicché questa può sempre essere controllata nei suoi comportamenti processuali dall'inizio

alla fine in base ad una sottostante convenzione a contenuto economico patrimoniale che renda oltremodo difficile e comunque non attendibile una sua futura ed eventuale ritrattazione: si è che l'operante accordo delle parti pare che faciliti il compito del giudice, lieto egli che le parti glielo rendano più facile e che collaborino con lui nei limitati spazi di tempo che personalmente può dedicare allo svolgimento del processo. Un caso concreto, secondo me, di evidente abuso del can. 1095, n. 3 ammesso alla trattazione ci sollecita a presentare con spirito libero questa nota di critica che segue.

3.2. *L'ipotesi legale concreta di facile ammissione del libello.*

In un'istanza presentata in Rota con stizza, non ho esitato ad affermare quanto segue: «*Gravitas rei ad hoc enim pervenit ut ... si quis in libello dicat asinum esse alatum idcirco matrimonium suum esse nullum, libello incunctanter et sine sufficienti ponderatione admissio, altera parte citata idcirco causa pendente (can. 1512, 5°), iniuste, immo summe iniuste, altera pars in ius vocata demonstrare cogetur asinum esse quadrupedem. Non solum, sed ut hoc ipsa demonstret sese constituere debet in iudicio summam eosam, praeter illam necessariam pro constitutione, in arca Tribunalis deponere debet pro incidenti et quidem ante tractationem ipsius incidentis, etc, etc.*».

E, pur presentando che il Turno Rotale ne resterà solo divertito, sempre di più sono convinto che era giustificata l'istanza ed era giustificata la stizza. Perché? Di che cosa si trattava? Ecco in sintesi la fattispecie: Tizio, trentaduenne, dopo un normale e felice periodo di fidanzamento, si unisce in matrimonio con Caia, ventiseienne, di cui era seriamente innamorato. Lo stesso giorno del matrimonio davanti all'altare egli le fa trovare una lettera nella quale per iscritto le protesta il suo amore e le dice che sente di essere una roccia e che su quella roccia costruirà la sua famiglia. In effetti Tizio era stato ufficiale della Guardia di Finanza e per ragioni di appartenenza al corpo, e quindi di ufficio, oltre che di carriera, era stato arcicollaudato per la sicurezza e stabilità della sua salute psichica. Ed egli stesso ne era perfettamente consapevole. Il matrimonio, dal quale sono nati due figli, va bene per 12 anni: al nono anniversario egli scrive una bella lettera alla moglie ringraziandola per la felicità che gli aveva dato, ma al 12° anno il connubio entra in crisi e la convivenza coniugale va in fallimento: la moglie si era ammalata ed aveva bisogno di essere curata, ma non si trattava di un male gravissimo e

inabilitante perché, ciò nonostante, in sede di separazione le è stata affidata la cura dei minori.

Egli, dotato da altissime qualità imprenditoriali, era diventato nel frattempo consigliere di ben 40 società commerciali e di qualcuna anche l'amministratore delegato. Ma, premunitosi di una perizia, nel libello dice di essere stato incapace: l'uomo roccia di ieri è incapace oggi... e costituito il tribunale il libello viene ammesso subito, e con l'ammissione del libello contestualmente viene citata l'altra parte la quale così resta definitivamente incastrata (can. 1512, 5°) in una causa che le costerà dolore e denaro, trascinata in un giudizio che, senza ledere i diritti di alcuno, poteva molto probabilmente essere evitato per il bene degli stessi coniugi e della loro famiglia.

3.3. *Decreto di ammissione del libello e contestuale decreto di citazione in giudizio: critica e proposta.*

Si esibisce il modulo perché ognuno si renda conto della sua gravità e della necessità di cambiare modulo e sistema: «Mod. 7. Vicariato di Roma. Tribunale di Prima Istanza. (...) Romana. Prot. N. *Nullitatis matrimonii*. (A-B). Sez. *Decreto di ammissione del libello e di convocazione delle parti in giudizio*. Il sottoscritto Giudice Presidente, Mons. , premesso: — che in data il sig. ha presentato libello con cui chiede che sia dichiarata la nullità del matrimonio da lui contratto con la Sig.ra il in Roma per il seguente motivo: ; — che in data è stato costituito il Collegio dei Giudici composto dai Rev.mi: , constatata la competenza del Tribunale a motivo del contratto; espletate le verifiche di diritto a norma dei cc. 1504, 1505 e 1677 CIC; *decreta* l'accettazione del libello e l'ammissione, quale patrono della parte attrice, dell'Avv. *Convoca* pertanto l'Avv. Procuratore della parte attrice e *cita* la sig.ra , parte convenuta, domiciliata in Roma, e la Dott.ssa Difensore del Vincolo, a comparire in questo Tribunale, innanzi al sottoscritto, il alle ore , per manifestare la propria volontà circa l'azione promossa dalla parte attrice e per concordare il dubbio o sottoscriverlo nella seguente formula: "Se consti della nullità del detto matrimonio per i motivi sopra indicati". *Dispone* inoltre che i suddetti decreti siano notificati alla parte convenuta e portati a conoscenza degli altri aventi interesse. (firme). Per la parte convenuta si allega copia del libello. N.B. — La persona citata dovrà esibire un documento di riconoscimento.

— Se legittimamente impedita a comparire, si compiaccia significare per iscritto sue eventuali osservazioni in merito all'azione della parte attrice e, in specie, se intende prendere posizione in favore del vincolo matrimoniale o contro di esso, ovvero rimettersi alla giustizia del Tribunale».

Già ho qui ripetutamente manifestato le mie lagnanze rilevando che il giudice arriva all'ammissione del libello a totale insaputa dell'altra parte. Intanto il giudice, che deve sempre restare terzo rispetto alle parti, si fa in qualche modo partigiano e comunque non è più terzo nel momento in cui venendo a cognizione dei fatti addotti da una parte prende contatto con le prove, anche se genericamente indicate e che egli deve valutare ai fini dell'ammissione del libello: questo prendere contatto con le prove di una parte e *valutarle* «*inaudita altera parte*» significa perpetrare verso quest'ultima un'ingiustizia che diventa ancor più grave per l'impossibilità voluta dalla legge di appellare al giudice superiore contro il decreto di ammissione del libello.

In tutta questa prima fase è come se per l'altra parte il diritto al diritto di difesa non esistesse, salve le ipotesi di *querelae nullitatis* e *restitutio in integrum* previste nel can. 1460 § 2 limitatamente al caso in cui il libello venga ammesso da un giudice, anche relativamente, incompetente. Ma è proprio vero che oltre e al di fuori delle due ipotesi predette non esista altro rimedio contro il decreto di ammissione del libello? Io penso di no, e lo vedremo in seguito.

4. *Proposta: Necessità di comunicare il libello all'altra parte prima della sua ammissione.*

Come già detto, quanto si svolge prima del decreto di ammissione del libello viene fatto tutto all'insaputa dell'altra parte, e ciò non mi sembra né equo né giusto, ma solo un conculcamento dei diritti della *par condicio* in una causa che riguarda in egual modo due persone.

Si obietta che non esisterebbe *par condicio* e non esisterebbe *contradictorium* prima della citazione del giudice per effetto della quale «*lis pendere incipit*» (can. 1512, 5). E ritengo che non sia vero, perché in una causa di stato personale le due cose sono diverse.

Senza dubbio la situazione dell'altra parte, che per effetto della sola citazione si viene a trovare di fronte alla *pendenza* di causa, si fa dolorosa, triste e complicata se — pur senza ostruzionismo — essa vuol tentare di uscirne fuori esercitando il suo diritto di difesa. Di

fatto il giudice, che ha ammesso il libello, la vede come « *colei che si oppone* », ed anche l'avvocato che difende la sua posizione non è visto con favore. Di più c'è la legge particolare del *Regolamento*, per es. quello del Trib. Reg. del Lazio ⁽²²⁾, che contribuisce a creare sicuramente nell'animo dell'altra parte, convenuta in giudizio, la persuasione di essere sempre di più malvista dal Tribunale ove volesse adeguatamente difendersi. Infatti, essa non può sollevare un'eccezione — neppure una di quelle previste e consentite prima della concordanza del dubbio (can. 1462: « § 1. *Exceptiones rei iudicatae, transactionis et aliae peremptoriae quae dicuntur « litis finitae », proponi et cognosci debent ante contestationem litis; qui serius eas opposuerit, non est reiciendus, sed condemnetur ad expensas, nisi probet se oppositionem malitiose non distulisse.* § 2. *Aliae exceptiones peremptoriae proponantur in contestatione litis, et suo tempore tractandae sunt secundum regulas circa quaestiones incidentes* ») — senza depositare prima la somma stabilita delle vecchie lire 500.000 e per di più, come ci è dato leggere ⁽²³⁾, a pena di decadenza; e così, mentre come parte convenuta è tenuta a pagare per tutta la causa un terzo di quanto paga la parte attrice e cioè la somma di 207 Euro, invece è tenuta a pagare da sola più di quanto è tenuta a pagare la parte attrice per l'intera causa, ove, appunto, le venisse in mente di tentare di difendere i diritti, inerenti alla sua posizione, con la proposizione di una semplice questione pregiudiziale o incidentale propriamente detta. La parte convenuta avverte chiaramente di entrare svantaggiata sulla scena processuale e che non poche circostanze, o volute dalla legge o volute dagli uomini, contribuiscono a disarmarla. Da qui alla persuasione che si voglia favorire il divorzio — erroneamente confuso con la volontà di chi nelle forme di legge vuol liberarsi dal vincolo — corre poca distanza: si può parlare quanto si vuole dell'opera altamente meritoria quotidianamente profusa dai Tribunali ecclesiastici, ma resta pur ferma la persuasione che l'attuale prassi favorisca il divorzio. E tutto questo perché il decreto di ammissione del libello viene emesso ad insaputa to-

⁽²²⁾ Cfr. il regolamento in *I Tribunali Ecclesiastici Regionali Italiani, Annuario 2000*, A cura della Associazione Canonistica Italiana, Capodarco di Fermo 2000.

⁽²³⁾ Cfr. in un decreto c. Lugano dell'8 marzo 2000, nel quale si legge: « *Stabilisce preliminarmente in applicazione dell'Art. 31 del Regolamento del Tribunale il versamento di L. 500.000 (cinquecentomila) a carico della parte convenuta, perché si possa dar corso alla questione preincidentale richiesta, da effettuarsi entro 10 giorni, "pena la decadenza della istanza stessa". Le spese, inoltre, saranno a carico esclusivamente della medesima parte convenuta* ».

tale dell'altra parte e perché costei con la citazione del giudice viene a trovarsi incastrata in una pendenza di causa che forse poteva essere evitata, e perché quando vuol difendersi si trova in parte disarmata ed esposta a pagare un costo eccessivo.

Recita il can. 1508 § 2: «*Citationi libellus litis introductorius adiungatur, "nisi iudex propter graves causas censeat libellum significandum non esse parti, antequam haec deposuerit in iudicio"*», ma non è vietato che il libello possa essere comunicato all'altra parte prima. Anzi la citazione non è proprio essenziale non essendo essa l'unico modo per costituire il rapporto giuridico processuale tra giudice e parti: basti pensare all'ipotesi in cui senza alcuna previa citazione, le parti di fatto «*coram iudice se sistant*»: in tal caso «*opus non est citatione*» (can. 1507 § 3).

Quel che è pienamente rilevante ai fini processuali è la presentazione del libello al Tribunale competente: è in forza di tale presentazione che nasce e che si istaura la relazione giuridico processuale tra la parte che lo presenta ed il giudice; relazione che, se vogliamo stare nell'ambito del rispetto del diritto dell'altra parte cioè della *par condicio* a cui essa ha naturalmente diritto e del *contradictorium* che è già potenzialmente insito nello stesso concetto di *par condicio*, non è ammissibile che la relazione giuridica nasca solo per una parte (destinata oggi anche per questo ad essere quella privilegiata) e non nasca anche per l'altra parte; non è ammissibile per esigenza di giustizia che l'altra parte sia condannata a restare muta e che abbia il dovere di rispondere solo quando venga convocata (can. 1476): la relazione giuridica processuale, come fatto giuridico e considerato in se stesso esiste in atto per la parte che ha presentato il libello ed in potenza per l'altra parte, nasce, a mio parere, con la semplice presentazione del libello e nascendo si costituisce con una parte e così costituita si estende all'altra parte per effetto della citazione la quale la sanziona e la rende più esplicita facendo nascere tra giudice e parti in egual modo un «*quasi contractus iudicialis*» da dover essere adempiuto fino alla fine secondo i loro rispettivi ruoli.

Processualisti, che nel nostro ambito reputo Maestri, ci consentono simili affermazioni. Dice il Roberti «*constituitur relatio iuridica" inter actorem et iudicem, ut innuimus, exhibitione petitionis iudicialis, "extenditur" ad alteram partem*»⁽²⁴⁾; si estende ma già esiste, ed anzi, si estende perché già esiste, ma che debba esistere solo per

(24) F. ROBERTI, *De Processibus*, Romae 1941, Vol. I, p. 79.

una parte e produrre i suoi effetti all'insaputa assoluta dell'altra parte ed in una causa *de statu personarum* contro i suoi diritti non è equo e non è giusto.

Che la citazione dell'altra parte produca una nuova entità qual è il «*quasi contractus iudicialis*» tra giudice e parti («*quasi contractus iudicialis instituitur*» dice il Lega-Bartocchetti⁽²⁵⁾) non significa che non esistesse di già la relazione giuridica processuale non soltanto tra giudice e attore ma almeno potenzialmente tra giudice e parti, sol che si pensi che gli effetti della relazione tra giudice e attore hanno un destinatario necessario che è l'altra parte, o, se si vuole, un comune destinatario, comune all'attore e alla parte convenuta ancor prima di essere citata dal giudice.

La necessità di comunicare e far conoscere il libello all'altra parte prima della citazione mira a metterla di fatto in condizioni di parità, ed eliminare, o, quanto meno, attenuare gli effetti dannosi a suo carico e dello stesso istituto familiare. La legge oggi prescrive che «*citationi libellus litis introductorius adiungatur*» (can. 1508 § 2), ma, come detto, non vieta di farlo conoscere all'altra parte prima della sua citazione formale.

Perché con la citazione essa si trova già incastrata nella causa (can. 1512, 5°) e non ne può più uscire se non costituendosi in giudizio ed affrontando tutte le peripezie legali fino alla fine, non escluse le peripezie legate al pagamento delle spese processuali e agli onorari di avvocato.

Può l'altra parte, ancor prima della contestazione della lite (cann. 1459 § 2 sq.), svolgere alcune eccezioni e può proporre, come ritengo, alcune pregiudiziali anche con la querela di nullità del decreto di ammissione del libello, ma tutta questa sua attività processuale le costa denaro e dispiaceri ed ha un prezzo che non è solo quello pecuniario, un prezzo che forse potrebbe essere evitato per il bene di tutti.

«*In decreto, quo actoris libellus admittitur, debet iudex vel praeses ceteras partes in iudicium vocare seu citare ad litem contestandam, statuens utrum eae scripto respondere debeant an coram ipso se sistere ad dubia concordanda. Quod si ex scriptis responsionibus perspiciat necessitatem partes convocandi, id potest novo decreto statuere*» (can.

(25) LEGA-BARTOCCHETTI, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica*, A. L. C. D. Roma 1950, Vol. II, pp. 563-564, n. 8; p. 598, n. 9, 3°.

1507 § 1, n. 1) non significa che per forza di cose la citazione o chiamata in giudizio dell'altra parte debba essere contenuta in un solo atto, o, meglio, che la citazione si debba incorporare col decreto di ammissione del libello, sì da costituire un tutt'uno e perciò un solo atto, e tanto meno che ciò debba avvenire in funzione della concordanza del dubbio cioè «*ad litem contestandam*»; che il giudice «*debet ceteras partes in iudicium vocare seu citare*» rientra tra i primissimi suoi doveri come giudice istituzionalmente chiamato a garantire la valida costituzione del contraddittorio, ma non come sua prima funzione «*ad litem contestandam*» dato che questa egli può farla anche d'ufficio (can. 1513 § 1); ed il fatto che con suo decreto il giudice può d'ufficio stabilire i termini della controversia desumendoli «*ex partium petitionibus et responsionibus*» (can. 1513 § 1) ci fa avvertiti che, per desumere detti termini e stabilire ex officio l'*obiectum iudicii*, non necessariamente si deve ricorrere alla citazione potendosi ottenere le *responsiones* dell'altra parte in altro modo risultando alla fine massimamente rilevante il decreto di concordanza del dubbio notificato all'attore e all'altra parte che, in pari condizione giuridica, possono «*intra decem dies ad ipsum iudicem recurrere*» (can. 1513 § 3) e risolto *expeditissime* il ricorso, se proposto, il decreto di concordanza del dubbio diventa definitivo: è da questo momento che di fatto ed a tutti gli effetti ha inizio la vera pendenza di causa di nullità matrimoniale, e quindi nulla osta che il libello possa essere portato a conoscenza dell'altra parte anche prima della formale citazione in giudizio, la quale potrebbe essere sostituita da un invito — per es. per esperire il tentativo di riconciliazione che, come è giocoforza, porta a dover far conoscere il libello presentato ma non ancora ammesso — e quindi si potrebbe far pendere la causa di nullità matrimoniale dal momento della concordanza del dubbio, o, se si vuole, dalla definitività del decreto di contestazione della lite. È solo una proposta che mi sembra più rispondente alla natura di una causa matrimoniale ed ai diritti delle persone che vi sono coinvolte.

5. *L'obbligo del giudice di esperire il tentativo di riconciliazione dei coniugi prima dell'ammissione del libello.*

Prescrive il can. 1676: “*Iudex, «antequam causam acceptet» et quotiescumque spem boni exitus perspicit, pastoralia media adhibeat, ut coniuges, si fieri potest, ad matrimonium forte convalidandum et ad coniugalem convictum restaurandum inducantur*”.

Il Santo Padre il 30 gennaio 2003, in occasione della recente inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale della Rota Romana, ha vivamente richiamato alla coscienza del giudice ecclesiastico l'osservanza dell'obbligo di cui al citato canone, con queste parole: «*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*»; e quindi proseguiva: «*Nell'opera per un positivo superamento dei conflitti coniugali, e nell'aiuto ai fedeli in situazione matrimoniale irregolare, occorre creare una sinergia che coinvolge tutti nella Chiesa: Pastori d'anime, i giuristi, gli altri fedeli, in modo particolare quelli sposati e con esperienza di vita. Tutti devono tener presente che hanno a che fare con una realtà sacra e con una questione che tocca la salvezza delle anime*»⁽²⁶⁾. Sante parole, richiami toccanti e suggerimenti operativi destinati a persone che con dignità già operano nei tribunali della Chiesa a servizio dei fratelli. Ma talvolta si ha, purtroppo, l'amara impressione che la parola del Sommo Pastore sia diventata una «*vox clamantis in deserto*»! Come vorrei che la mia fosse davvero una impressione sbagliata!

Intanto il richiamo all'osservanza dell'obbligo imposto dal can. 1676, ci aiuta a risolvere positivamente nel senso spiegato e voluto la proposta sopra avanzata. Ed invero, innanzi tutto ci dice che non è necessaria la citazione per convocare una persona in tribunale, comunicargliene la ragione e, in ultima analisi, farle conoscere il libello presentato da una parte ed i motivi sui quali esso è fondato. La convocazione, come un invito, deve essere fatta dal Vicario Giudiziale prima del decreto di costituzione del tribunale e certamente prima del decreto di ammissione del libello.

Pare che quell'«*antequam causam acceptet*» ci voglia significare che si tratterebbe di attività eminentemente amministrativa, ma è fuori di dubbio che *natura sua* trattasi di attività giuridico-pastorale e non in funzione meramente amministrativa bensì, come è evidente, in funzione giuridica sia nel caso che riesca il tentativo di riconciliazione e si arrivi alla convalidazione e sia nel caso opposto, cioè che si

(26) Cfr. *L'Osservatore Romano* del 31 gennaio 2003, p. 5, n. 7. Mi risulta da fonte sicura che il Vicario Giudiziale del T. E. R. Siculo, Mons. Ludovico Puma, mettendo in atto la norma del Codice, negli anni 2001/02 è riuscito a salvare quattro matrimoni con la riconciliazione dei coniugi.

arrivi alla celebrazione del processo di nullità matrimoniale, ed in ogni caso la parte convenuta, nella verità, ha avuto la possibilità di difendersi e conoscendo la pretesa della parte che ha presentato il libello ha potuto confermarne il fondamento o dimostrarne la temerarietà evidenziando nello stesso tempo la inutilità di instaurare un formale processo: oltre al diritto di difesa assicurato alla parte convenuta, il giudice potrà meglio valutare le prove addotte col libello dall'attore nel senso che esse, per legge, possono essere ritenute utili (can. 1527 § 1), soltanto se appaiono idonee «*ad evincenda ea quae asseruntur*» (can. 1504, 2°) con la più ovvia conseguenza che una preliminare valutazione negativa delle prove fatta dal giudice deve portare costui al rigetto del libello.

6. *Il decreto di ammissione del libello visto come atto giuridico: sua nullità o rescindibilità ex cann. 124 § 1 e 1504, 2°.*

La disciplina giuridica sull'atto giuridico dà massima rilevanza al fatto che in esso «*adsint quae actum ipsum essentialiter constituunt, necnon sollemnia et requisita iure ad validitatem actus imposita*» (can. 124 § 1). Ed il can. 1504, 2° dice: «*libellus, quo lis introducitur, "debet"... indicare quo iure innitatur actor et generatim saltem quibus "factis et probationibus" ad evincenda ea quae asseruntur*».

Innanzitutto non deve essere sminuita od in qualche modo attenuata la forza di quel «*debet*» trascurando di tener presente che quando la legge dice «*debet*» la sanzione irritante è già insita nella sua inosservanza per cui ciò che si fa senza osservare quel «*debet*», se l'oggetto del «*debet*» costituisce sostanza dell'atto, può, essere accusato di nullità o, quanto meno, di rescindibilità. Peraltro, l'osservanza del «*debet*» è sanzionata ulteriormente dal can. 1503, 3° che, in caso di inosservanza, prevede la possibilità della *reiectio libelli*.

Quel «*debet*» infatti, a mio parere, vuol significare due cose: la essenzialità delle prove e la loro idoneità a provare «*ea quae asseruntur*»: il «*generatim saltem*» si riferisce più ai fatti che alle prove perché, quand'anche, come è auspicabile che avvenga in qualsiasi libello, i fatti siano espressi in estrema sintesi, e cioè «*generatim saltem*» esse debbono essere tali da indurre a credere *iam primo ictu oculi* che i fatti narrati siano veri e che le prove indicate siano di per sé idonee «*ad evincenda ea quae asseruntur*». E quindi, se è vero che «*l'onus probandi incumbit ei qui asserit*» (can. 1562 § 1), è vero

altresì che la valutazione previa e positiva delle prove indicate «*ad evincenda ea quae asseruntur*» spetta al giudice al quale non resta che rigettare il libello se dal suo esame previo certamente emerge che le prove addotte siano prive di fondamento o oggettivamente contrarie o non propriamente pertinenti ai fatti narrati.

6.1. *Specialità del processo canonico di nullità matrimoniale.*

Se non bastasse il citato can. 1676, la normativa del can. 1691 ci dice chiaramente che le cause riguardanti lo stato delle persone — nelle quali si fanno rientrare anche le cause di separazione (can. 1643) — sono regolate da norme speciali: «*in ceteris quae ad rationem procedendi attinent, applicandi sunt, nisi rei natura obstet, canones de iudiciis in genere et de iudicio contentioso ordinario, servatis specialibus normis circa causas de statu personarum et causas ad bonum publicum spectantes*».

Ond'è che se per le *causae iurium*, in senso stretto, è comprensibile che non si possa avere *vocatio in ius* che non coincida con l'inizio del *contradictorium*, o, meglio, che non si possa avere *contradictorium* senza la citazione, nelle cause di nullità matrimoniale il *contradictorium* è assicurato anche se informale (tale perché non si svolge secondo le norme stabilite per un giudizio contenzioso ordinario vero e proprio) appalesandosi idoneo ad assicurare all'altra parte la facoltà di difendersi a limine, ed il citato can. 1676 per la funzione che è chiamato a svolgere lo dimostra ampiamente.

Il Santo Padre nella Allocuzione citata per l'applicazione del can. 1676 chiama a raccolta: Pastori d'anime, il giudice, psichiatri, giuristi, laici, ecc., ed in verità vien da osservare che se in tema di raccolta di prove il can. 1528 prevede e stabilisce: «*si pars vel testis se sistere ad respondendum coram iudice renuant, licet eos audire etiam per laicum a iudice designatum aut requirere eorum declarationem coram publico notario vel quovis alio legitimo modo*», è inconcepibile che per salvare il matrimonio accusato di nullità non si faccia alcunché, neppure per accertare il fondamento dell'accusa, anche se si sa che ciò riesce massimamente agevole quando una parte scopre l'altra: giudice (che potrebbe servirsi anche dell'opera dei parroci cui appartengono rispettivamente le parti), avvocati, stabili e non, psichiatri, ed altro personale scelto, dovrebbero operare come un consultorio per il bene degli stessi coniugi e della loro famiglia per individuare ed aggredire le problematiche che la fanno andare in frantumi. È impensabile che il giudice ecclesiastico serva solo per

istruire una causa e dare sentenza; che un avvocato del foro ecclesiastico, specialmente quello stabile mensilmente pagato dal tribunale, debba essere utilizzato principalmente per agevolare il patrocinio di chi vuol far la causa di nullità del proprio matrimonio; ed infine, che la collaborazione dei periti iscritti all'albo del tribunale si riduca solo a far le perizie in funzione di una sentenza, perché questa loro opera tecnicamente e scientificamente preziosa, solo così intesa risulterebbe umanamente e cristianamente molto riduttiva.

6.2. Ancora su «*facta et probationes in libello*».

Il can. 1504 § 2 distinguendo i fatti dalle prove («*facta "et" probationes*») e richiedendo espressamente che quest'ultime fin da un loro primo esame risultino atte a dimostrare la fondatezza dei fatti esposti («*ad evincenda ea quae asseruntur*») vuole tutto ciò come essenziale, («*libellus continere "debet"*»), diversamente il giudice si troverebbe di fronte ad un libello senza contenuto, dato che quel «*debet*» col suo oggetto serve evidentemente per dare contenuto al libello, il contenuto suo proprio, con la conseguenza che se il giudice dovesse ammettere un libello privo di questo suo contenuto, egli porrebbe in essere un atto giuridico che si deve presumere sì valido «*quoad sua elementa externa*» (can. 124 § 2) ma o rescindibile (can. 125 § 2) o nullo (can. 126) in quanto privo dei *sollemnia* voluti dalla legge.

Come sembra, il sillogismo che sottende a questa conclusione è facile e pertinente: La legge vuole che: 1°) l'atto giuridico per la sua validità deve contenere tutti quegli elementi solenni ed essenziali che lo costituiscono; 2°) il decreto di ammissione del libello, che è un atto giuridico del giudice, non tiene conto della essenzialità inerente alle prove in quanto volute dalla legge come idonee «*ad evincenda ea quae asseruntur*», per cui il libello risulta privo di un suo «*contenuto essenziale*»; 3°) ergo, il decreto di ammissione del libello è nullo, irritato, invalido, o, quanto meno, rescindibile in quanto manca di un requisito essenziale voluto dalla legge *ad substantiam*.

Forse al giudice, senza sentire l'altra campana e quindi senza il previo aiuto dell'altra parte, non riuscirà agevole scoprire che le prove indicate dall'attore nel libello valgono poco o niente per dimostrare la fondatezza dei fatti in esso esposti o che addirittura siano false sussistendo prove, specialmente documentali, che direttamente vi si oppongono. Ma se l'altra parte viene invitata in Tribunale almeno in ossequio al can. 1676 e, come è giusto, viene messa in con-

dizione di aprirsi e dire la verità delle cose, quel compito al giudice riuscirà oltremodo facile sia per ammettere sia per rigettare il libello. Che anzi un approfondito colloquio con l'altra parte può portare alla luce elementi di verità e di prova da rendere doverosa e urgente l'ammissione del libello presentato. Quindi, se è vero che una più severa e oculata condotta dell'esercizio del proprio *officium* nell'ammettere i libelli fa diminuire ad un tribunale il numero di cause (sempre che gli avvocati non siano andati in altra sede per ivi incardinarle) è vero innanzi tutto che per quell'invocato rigore non si vuole affatto che le cause diminuiscano ma che siano vere: bisogna augurarsi che esse aumentino perché, purtroppo, sono sempre più in crescita i matrimoni che falliscono e quindi, se si pensa che generalmente un matrimonio non va male per un puro capriccio ma perché è bacata la persona del coniuge, maggiore è allora il bisogno di portare aiuto ai nostri fratelli per il bene delle loro coscienze e metterli in condizioni di salvarsi l'anima, se vogliono: augurarsi che esse aumentino e siano vere fin dall'inizio e che solo la verità sia esposta nel libello. Il più volte citato can. 1504, 2° richiedendo che le *probationes* indicate siano idonee «*ad evincenda ea quae asseruntur*» vuol significare, prima fra tutti a chi presenta un libello che, prima di presentarlo, deve accertare la possibilità di prova dei fatti che intende narrare, e spesso l'accertamento di tale possibilità aiuta meglio a vedere la stessa verità dei fatti, a ridimensionarli in quella che prima si pensava potesse essere la loro struttura iniziale, lasciando integra la loro verità sostanziale: non bisogna mai correre il rischio di ammettere due verità, quella legale e quella sostanziale, come se quella sostanziale potesse essere diversa da quella legale: la verità è una sola e cercare di scoprirla nei modi leciti consentiti e di accertare con prudenza e discrezione la possibilità di provarla è compito dell'avvocato; ammettere quella verità sinteticamente esposta nel libello e valutare come idonee e sufficienti le prove in esso indicate è compito del giudice ed attiene poi alla celebrazione del processo ed alla collaborazione di quanti nei diversi ruoli entrano nella scena processuale dare fermezza e definitiva stabilità alla verità ufficialmente accertata e che è sempre, come è evidente, la stessa verità sostanziale.