

ALCUNE QUESTIONI IN MERITO AL CAN. 1514*

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

Premessa

Anzitutto il testo del canone che s'intende commentare.

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

Il titolo della relazione fa riferimento a più questioni inerenti al prescritto del c. 1514 del Codice vigente²; in realtà nostro intendimento è di affron-

Testo della relazione tenuta a Brescia il 6 giugno 2002 al XXXVII^{um} Colloquium Iuris Canonici della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università Gregoriana.

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

² Non è nostra intenzione affrontare il problema del confronto fra il prescritto del c. 1514 e quello del c. 1683, anche se, *data occasione*, non si mancherà di desumere, dalla distinzione delle normative e dalla peculiarità, elementi interpretativi del prescritto del c. 1514, oggetto del nostro intervento. Non è nostro intento neppure affrontare direttamente il complesso,

tarne una in particolare, ossia la rilevanza della clausola, in esso contenuta, «ad instantiam partis»³.

Ancorché il canone faccia riferimento a principi e normative generali, il nostro discorso è impostato primariamente, se non esclusivamente, sulle cause di nullità matrimoniale.

Le ragioni che spingono a questa indagine sono molteplici e ciascuna costituisce una singolare pista di ricerca e una specifica domanda che attende una risposta. Le principali ragioni sono le seguenti⁴:

– sotto la prospettiva più schiettamente processualistica, vi è la questione se il mutamento *ex officio* dei *controversiae termini* provochi la nullità della sentenza e, subordinatamente, di quale nullità si tratti;

ancorché connesso, tema dell'oggetto della *litis contestatio* in genere e nelle cause di nullità matrimoniale, in specie.

³ Se nella revisione del Codice gli Organi di consultazione proposero la facoltà «ut iudex possit ante conclusionem in causa dubiorum formulam mutare et nova addere capita quibus nuptiarum validitas impugnetur» (*Communicationes* 11 [1979] 261); per quanto è dato sapere, solo una Conferenza episcopale ha sinora chiesto, in occasione della consultazione sulla proposta Istruzione sui processi matrimoniali, l'introduzione del mutamento anche *ex officio* del capo di nullità.

⁴ La problematica è sviluppata anche in ordine a istituti giuridici di grande importanza quali la conformità equivalente delle sentenze, stante il prescritto del c. 1641, 1° (cf., per esempio, *Bononien.*, *Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram* SERRANO, 24 ottobre 1986, in *Decreta selecta* [= DS] IV, 143-156), e la (conseguente, almeno in alcuni casi) applicabilità o meno del *processus brevior* di cui al c. 1682 (cf., per esempio, *Romana, Nullitatis matrimonii, coram* BURKE, 12 dicembre 1996, in *RRTDec.* LXXXVIII, 803-817), e le altre numerose e ponderose questioni connesse con la conformità delle sentenze (cf., per esempio, *Petrocoricen.*, *Nullitatis matrimonii. Exceptionis defectus duplicis sententiae conformis, coram* STANKIEWICZ, 26 febbraio 1987, in DS V, 32-40).

– sotto la prospettiva più accentuatamente teorica e sistematica, si tratta di chiarire non solo la ragione formale che giustifica o richiede la prescrizione dell'istanza di parte per mutare i *controversiae termini*, ma ancor più se nell'alternativa «modificazione *ex officio* – modificazione *ad instantiam partis*» non soggiaccia un'alternativa più ampia e profonda quale, per esempio, tra processo contenzioso e processo dichiarativo⁵, tra processo dispositivo e processo inquisitorio, tra processo basato sul principio della domanda (*Dispositionsmaxime*) e processo basato sul procedimento d'ufficio (*Offizialmaxime*)⁶;

– sotto la prospettiva più chiaramente prospettica o *de iure condendo*, si tratta di considerare se convenga suggerire nella proposta Istruzione sui processi matrimoniali, cui più volte ha fatto riferimento il Sommo Pontefice, il superamento di questo prescritto per i processi matrimoniali⁷;

– sotto la prospettiva più pratica, emerge la domanda degli operatori dei tribunali, che si chiedono come superare l'*impasse* in cui non raramente una causa matrimoniale viene a trovarsi, ossia la constatazione che il capo di nullità concordato all'inizio è inadeguato alla istruttoria condotta, mentre la medesima istruttoria ha portato in evidenza un altro motivo di nullità, non rilevato però dalla parte.

⁵ Cf. K. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici* [Loseblattwerk, Stand November 1996], Essen seit 1984, 1514, 8-9.

⁶ Cf. G. VERDE, «Domanda (principio della)», in *Enciclopedia giuridica* XII, Roma 1989.

⁷ Per quanto è dato sapere, nulla finora si prevede innovato in materia.

1. Il dato normativo

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

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

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

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

La stessa litispendenza richiede che nulla venga mutato: «*Lite pendente nihil innovetur*» (cf. c. 1512, 5°). Un mutamento della formula del dubbio o dei termini della controversia o dell'oggetto del giudizio durante il processo costituisce un attentato (cf. c. 1854 CIC17) e pertanto un atto nullo (cf. c. 1855 CIC17). La cancellazione della normativa specifica in ordine agli attentati compiuti *lite pendente*, condurrà nel nostro canone all'introduzione esplicita (*expresse*: c. 10) della sanzione di nullità (*valide*: c. 1514) nel caso di mutamento illegittimo dei termini della controversia⁸.

⁸ Cf. *Communicationes* 11 (1979) 133.

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

– *ad instantiam partis*: tale requisito corrisponde al principio dispositivo (o di iniziativa di parte), cui la normativa canonica processuale si ispira e che esige la facoltà della parte di perfezionare il dubbio, cui ha efficacemente contribuito con la domanda⁹. L'istanza di parte richiede, per la natura della cosa, il mandato speciale del procuratore, che eventualmente richieda il mutamento della formula del dubbio;

– *ex gravi causa*: incombe sulla parte richiedente la prova della grave causa¹⁰;

– «*auditis reliquis partibus*», compreso il difensore del vincolo;

– «*perpensis earum rationibus*»;

– «*novo decreto*». Il giudice mantiene ed esercita la propria discrezionalità. Poiché la norma non ac-

⁹ Cf. M.J. ARROBA, *El principio dispositivo en el proceso contencioso canónico*, Roma 1989, 121. «Tal inspiración es neta y radical en todo aquello que se refiere a la iniciativa procesal y a la inmutabilidad del objeto de la controversia» (*ibidem*, 200). Secondo l'A. il prescritto del c. 1514 verrebbe a attenuare il rischio presente nella brevità dei termini di ricorso previsti dal c. 1513 § 3 avverso il decreto di concordanza del dubbio (*ibidem*, 121).

¹⁰ Cf. M.J. ARROBA, *El principio dispositivo* (cf. nt. 9), 121. È stata riscontrata l'assenza della grave causa nella richiesta di subordinare nel dubbio il capo dell'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles* al *gravis defectus discretionis iudicii*: cf. TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE TRIVENETO, decreto in *una Patavina, coram ZAGGIA*, 30 giugno 1988, in *Giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici italiani*, Città del Vaticano 1989, 413-421.

cenna ad alcuna preclusione¹¹ in merito alla proposta di mutamento dei termini della controversia, spetta al giudice farsi interprete delle esigenze di linearità e celerità del processo, bloccando ogni tentativo ostruzionistico o anche solo dilatorio. Dato infatti il silenzio del testo, il mutamento dei termini della controversia può essere richiesto dalla *contestatio litis* fino alla vigilia della sessione di decisione.

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

Quanto all'appellabilità del decreto del giudice che neghi o conceda il mutamento richiesto della formula del dubbio, la dottrina prevalente ammette il ricorso al medesimo giudice¹², per analogia al c. 1513 § 3; l'appello al giudice superiore, affermato raramente¹³, appare sprovvisto di fondamento normativo¹⁴.

¹¹ Il tema delle preclusioni (ossia dei divieti che intervengono nel processo per ordinarne il lineare e regolare svolgimento) è presente anche nel diritto civile, con il continuo oscillare tra posizioni rigoristiche, che impongono una rigida divisione in fasi e stadi processuali, e posizioni lassiste, che permettono ampi ritorni e sovrapposizioni, rendendo flessibile la distinzione di stadi processuali; cf. A. PROTO PISANI – G. TOMBARI FABBRINI, «Preclusioni. Diritto processuale civile», in *Enciclopedia giuridica XXIII*, Roma 1995 [agg].

¹² Cf., per esempio, K. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar* (cf. nt. 5), 1514, 7.

¹³ Cf. S. VILLEGGIANTE, «Il principio del contraddittorio nella fase di costituzione del processo ordinario per la dichiarazione di nullità matrimoniale», in *Dilexit Iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Città del Vaticano 1984, 358.

¹⁴ Cf. K. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar* (cf. nt. 5), 1514, 7.

Il Codice vigente non distingue più il mutamento della «formulazione dei dubbi o articoli» (c. 1729 § 4 CIC17) dal «mutamento del libello» (c. 1731, 1° CIC17) o domanda giudiziale dell'attore, unificando le diverse normative del Codice precedente nell'unica più favorevole normativa del c. 1514.

1.1 I precedenti del c. 1514

Non pare questo il luogo di considerare i precedenti remoti del prescritto codiciale¹⁵, anche se può essere suggestivo ricordare le due *regulae iuris* che il card. Gasparri volle menzionare in nota: «*Quod semel placuit amplius displicere non potest*» (21 R.J., in VI°) e «*Mutare consilium quis non potest in alterius detrimentum*» (33 R.J., in VI°).

Il Codice piano-benedettino ha avviato la tradizione di cui fa parte il c. 1514 del Codice vigente. Il testo del c. 1729 § 4 ne è chiaramente la fonte:

Dubiorum seu articulorum formula semel statuta mutari non potest, nisi novo decreto, ex gravi causa, ad instantiam partis, vel promotoris iustitiae, vel defensoris vinculi, audita utraque vel altera parte eiusque rationibus perpensis.

L'iter di preparazione di quel Codice, comprensivo degli schemi privati e ufficiali interlocutori, come pure dei testi normativi preparati in occasione dei lavori di codificazione, manifesta una sostanziale omogeneità con il testo poi promulgato¹⁶. Questo

¹⁵ Circa l'apparizione (sec. XIV) della formulazione dei dubbi presso la Rota Romana cf., per esempio, *Praefatio*, in *SRRDec.* I [1912], pp. XXVII-XXVIII.

¹⁶ Cf., per esempio, art. 24 § 4 *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*, 29 giugno 1908, AAS 1

conferma una convergenza pacifica di opinioni sulla stabilità della *formula dubiorum seu articulorum* emersa dalla *litis contestatio*.

Fa eccezione il § 33 delle *Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal*:

1. *Facta dubiorum concordatione, sive a Ponente, sive a turno, formula mutari nequit, nisi per decretum Ponentis aut turni, prout alteruter illam statuerit.*
2. *Mutatio autem dubiorum fit vel ad instantiam unius ex partibus aut Promotoris iustitiae, aut Defensoris vinculi, audita etiam parte adversa vel ex officio a Ponente aut a turno, promota quaestione incidentalì et citatis partibus. Hoc autem servandum est etiam in casu, quo Ponens aut turnus ex officio determinaverit formulam dubiorum, partibus discordantibus (can. 24, Lex propria).*
3. *E contra, dies causae decisionì statuta, mutari potest ex officio, quin praecesserit petitio unius ex partibus, et non obstante earum opposizione, ad normam § 66¹⁷.*

L'anomalia però non dovette durare a lungo se certamente almeno nelle *Normae S. Romanae Rotae*

(1909) 26; art. 38 *Regulae servandae in iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal*, 6 marzo 1912, AAS 4 (1912) 200. Cf. pure cc. 215 § 4 Schema D; 229 § 4 Schema E; 199 § 4 Schema F; 195 § 4 Schema G, in F. ROBERTI, *Codicis Iuris Canonici schemata*. Lib. IV De processibus. I De iudiciis in genere, In Civitate Vaticana 1940, 226-227. Cf. pure c. 7 [47] § 4 Schema 1 1908, in J. LLOBELL – E. DE LEÓN – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi e documenti*. Vol. I. Cenni storici sulla codificazione. «De iudiciis in genere». Il processo contenzioso ordinario e sommario. Il processo di nullità del matrimonio, Milano 1999, 679; c. 5 [143] § 4 Schema 2 1909, *ibidem*, 723; c. 5 [263] § 4 Schema 1909 Cardinali, *ibidem*, 798. Cf. pure le discussioni avvenute nelle commissioni di codificazione, *ibidem*, 1128, 1178.

¹⁷ AAS 2 (1910) 796.

Tribunalis, 29 giugno 1934 si ritornò al prescritto comune (cf. art. 76 § 3)¹⁸.

Più vicino a noi la Sede Apostolica ha concesso, nelle norme processuali particolari per la Conferenza Episcopale degli Stati Uniti (e poi per l'Australia), abrogate con l'entrata in vigore del Codice nel 1983, che «durante processu, ipse adiungere poterit alterum vel alia capita nullitatis» (Norm 11)¹⁹.

2. Alcuni interventi recenti della Segnatura Apostolica

2.1 *Ambito di lingua italiana: decreti 2 luglio e 19 novembre 2001*

Nel caso si tratta di una polemica tra due tribunali regionali italiani: più sentenze matrimoniali

¹⁸ «Dubiorum formula, utcumque statuta, mutari non potest, nisi novo decreto Ponentis vel Turni, prout fuerit a Ponente vel a Turno statuta, ex gravi causa, ad instantiam partis, vel Promotoris iustitiae vel Defensoris vinculi, audita utraque parte vel altera parte, eiusque rationibus perpensis».

¹⁹ «During the course of the trial the judge may add an additional basis or bases for nullity». *Rescriptum Consilii pro Publicis Ecclesiae Negotiis*, 28 aprile 1970 (prot. n. 3304/70), *Periodica* 59 (1970) 594-598; *Normae*, *ibidem*, 594-598 [latino sermone, *ib.*, 566ss.]; prorogazione al 1° luglio 1974 (cf. *Epistola Consilii pro Publicis Ecclesiae Negotiis ad Praesidem Conf. Episcopalis U.S.A. circa cessationem normarum*, 20 giugno 1973, in *Documenta recentiora* I, Romae 1977, 252-254); prorogazione «usque dum novus Ordo procedurae in causis matrimonialibus pro Ecclesia latina promulgetur» (cf. *Epistola Consilii pro Publicis Ecclesiae Negotiis ad Praesidem Conf. Episcopalis U.S.A., qua vigor Normarum prorogatur*, 22 maggio 1974, in *Documenta recentiora* I, 254-256). Per l'Australia, in cui le norme furono in vigore dal 1° novembre 1970 al 31 ottobre 1974, cf. *Documenta recentiora* I, 259.

affermative, in cui nel tribunale di primo grado si era addivenuti alla mutazione *ex officio* del dubbio, erano state dichiarate nulle dal tribunale di secondo grado a norma del c. 1620, 4°.

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

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

– il Giudice istruttore suggerisce l'integrazione del dubbio al Preside che, avvertite le parti, stabilisce il dubbio integrato, e, disposta una perizia, procede alla chiusura dell'istruttoria;

– chiusa l'istruttoria, il Difensore del vincolo chiedeva la riapertura dell'istruttoria e l'introduzione di un nuovo capo di nullità. Il Preside disponeva con decreto il dubbio integrato, completava l'istruttoria e pubblicava gli atti;

– in sede di decisione si decideva per un «dilata et compleantur acta»; disposto un supplemento di istruttoria, sentito il Difensore del vincolo, si disponeva l'integrazione del dubbio; sentite le parti, si procedeva ad un'ulteriore integrazione del dubbio; nuovo interrogatorio delle parti, perizia e pubblicazione degli atti;

– nella sessione di decisione il Collegio decide di sospendere la sessione, integrare d'ufficio il dubbio, procedere all'istruttoria supplementare e pubblicare gli atti;

– nella sessione di decisione si stabiliva di soprassedere: «Si approfondisca la personalità della parte attrice per capire se le condizioni di libertà e maturità erano confacenti alla celebrazione delle nozze»; integrazione d'ufficio del dubbio e supplemento d'istruttoria; nuovo interrogatorio delle parti;

– dopo l'interrogatorio delle parti e dei testi viene integrato il dubbio e si procede poi nell'ulteriore istruttoria.

La Segnatura Apostolica ha preferito non entrare nel merito né delle singole sentenze emesse dal tribunale di primo

Il tribunale di primo grado chiedeva alla Segnatura Apostolica:

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

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

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

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

La risposta della Segnatura Apostolica, o piuttosto la risposta (*votum privatum*) di un perito, che la Segnatura Apostolica ha trasmesso ai due tribunali²², ha preferito seguire un articolato itinerario di distin-

grado né sindacare la procedura con cui le medesime sentenze erano state dichiarate nulle dal tribunale di appello. L'intervento, infatti, del Supremo Tribunale era stato richiesto in forza del suo compito di vigilanza.

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

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

zioni, piuttosto che rispondere semplicemente e direttamente al quesito posto, che presentava un'impostazione non del tutto coerente.

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

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

Nonostante la formulazione diretta del principio, il parere però continua ponendo ulteriori distinzioni,

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

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

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

che paiono limitare, *seppur in modo dubitativo*, il principio affermato. Le asserzioni sono tre.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 Ambito di lingua tedesca

2.2.1 Decreti 11 aprile 1996 e 30 ottobre 1997²⁹

Il vicario generale di una diocesi riceve notificazione di una dichiarazione di nullità di matrimonio avvenuta in una diocesi di lingua tedesca. Nota alcune incongruenze: il matrimonio è dichiarato nullo in primo grado per esclusione della prole, senza che venisse specificato da

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

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

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

quale parte fosse avvenuta l'esclusione; l'attore si presenta a richiedere nuove nozze con una traduzione del decreto di ratifica, dal quale risulta che la nullità è dichiarata in secondo grado *ex c. 1095, 2°* e che le pronunce sono ritenute *aequivalenter* conformi.

Cum omnia essent parata ad nuptias, il vicario generale si rivolge alla Segnatura Apostolica. La prima risposta nell'urgenza del frangente è: «*Non apparet ratio satis cogens ad novum matrimonium viri actoris ex parte huius Signaturae Apostolicae impediendum*». Le ragioni che conducono a questa decisione sono contenute nella fondatezza di alcuni gravi fatti esposti nel decreto:

[A]bsentiam unionis sexualis in matrimonio canonico [...] conventae pertinaciam in recusanda unione sexuali post eius celebrationem [...] aversionem mulieris a viro iam ante eiusdem matrimonii canonici celebrationem.

Le perplessità espresse non riguardano l'aspetto processuale, ma sostanziale, ossia la giurisprudenza di quel tribunale sul grave difetto di discrezione di giudizio.

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

Per quanto ci riguarda, il decreto spiega nel modo seguente quanto il tribunale aveva compiuto contro il prescritto del c. 1682 § 2: «*In casu, prae-*

fato "decreto" Tribunal Appellationis de facto negativam tulit sententiam quoad caput de quo in prima instantia, seu quoad exclusionem boni prolis ex parte mulieris conventae, et affirmativam dedit decisionem quoad caput defectus discretionis in eadem muliere conventa» (n. 1).

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

2.2.2 Decreto 6 giugno 2002³⁰

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

Il tribunale d'appello, il medesimo del caso precedente, rinvia ad ordinario esame ed emana poi una sentenza con cui dichiara la nullità del matrimonio

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

per grave difetto di discrezione di giudizio dell'attore e nello stesso tempo dichiara la decisione *aequivalenter* conforme a quella di primo grado.

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

2.2.3 Decreto 6 giugno 2002³¹

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

Il Supremo Tribunale sul presupposto che, da un lato, «*haud decet fideles pati conscientiae angustias*

³¹ Cf. prot. n. 32427/01 VT.

ob iustitiae ministrorum in Ecclesia praxim et abusum in suo officio adimplendo», dall'altro lato, che «in causa duplex, etsi difformis, iudicialis decisio habetur pro matrimonii nullitate» rescrive: «*Ordinario competenti facultatem esse edendi documentum libertatis, adeo ut partes novas, si velint, nuptias quaeque celebrare queant, ceteris de iure servandis servatis»*».

3. La dottrina

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

3.1 Favorevoli

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

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

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

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

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

³² M.F. POMPEDDA, «Decisione-Sentenza nei processi matrimoniali: del concetto e dei principi per emettere una sentenza ecclesiastica», in ID., *Studi di diritto processuale canonico*, Milano 1995, 172, oppure «Decision-Sentence in Marriage Trials: On the Concept and Principles for Rendering an Ecclesiastical Sentence», *Quaderni Studio Rotale* 5 (1990) 84.

³³ J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo de nulidad de matrimonio en la disciplina canónica vigente», in *El «consortium totius vitae». Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, VII, Salamanca 1986, *passim*.

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

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

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

3.2. *Contrari*

M.J. Arroba Conde³⁷, C.A. Cox³⁸, J.J. García Faílde³⁹, M. Hilbert⁴⁰, Kl. Lüdicke⁴¹, P.V.

³⁷ Cf. *Diritto processuale canonico*, Roma 1996³, 343-345; 2001⁴, 357-359. Mentre la posizione dell'A. è rigida e invariata nel caso di una sentenza che decida «senza riformulare il dubbio emergente», sul caso della riformulazione del dubbio nel corso dell'istruttoria la posizione è più flessibile. Ne è segno l'aggiunta introdotta sull'argomento nella IV edizione del manuale: «La formulazione di un nuovo dubbio "ex officio" contraddice la condizione relativa alla necessaria istanza di parte, stabilita per la validità al c. 1514; orbene, poiché il decreto con il nuovo dubbio deve essere notificato, permettendo l'impugnazione, l'innattività o il consenso espresso delle parti sul nuovo dubbio supera la condizione riferita»; *ibidem*, 2001⁴, 358.

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

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

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

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

Pinto⁴², Fr.J. Ramos⁴³, A. Stankiewicz⁴⁴, G.D. Yanus⁴⁵.

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

La valutazione processuale del mutamento (illegittimo) dei termini della controversia non è univoca, in quanto può comportare figure processuali diverse⁴⁶. Lasciando da parte fattispecie

⁴² Cf. *I processi nel Codice di Diritto Canonico*. Commento sistematico al Lib. VII, Città del Vaticano 1993, 253-254. Esplicita che le condizioni di cui al c. 1514 sono *ad validitatem* e che il giudice non può *ex officio* procedere «per la natura del giudizio contenzioso» (p. 254).

⁴³ Cf. *I tribunali ecclesiastici*. Costituzione, organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali, Roma 2000², 358-359.

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

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

⁴⁶ Non sempre è interesse della giurisprudenza, tesa alla soluzione del singolo caso sottopostole, distinguere adeguatamente fattispecie normative ed effetti. Non è raro il caso in cui le violazioni delle norme processuali sono così gravi, che superano la «raffinata» distinzione codiciale delle *causae nullitatis* del canone 1620. Non è parimenti raro che si sovrappongano motivazioni diverse per fondare la querela di nullità di una

minori⁴⁷, si procederà dalla più grave alle altre di minor impatto sul processo.

4.1 Nullità insanabile della sentenza per ultrapetizione (cf. c. 1620, 4°)⁴⁸

Il grave effetto della nullità insanabile per ultrapetizione discende dal noto principio fondamen-

decisione giudiziale, come pure che la violazione delle norme processuali inerenti al mutamento dei termini della controversia sia (con)causa della *nova causae propositio* o dell'*admissio ad ordinarium examen* (cf. in *una Campifontis in Illinois, Confirmationis sententiae, coram* MONIER, 24 luglio 1996, in *La procedura matrimoniale abbreviata [can. 1682 § 2 e art. 58 § 2 delle norme rotali]*, Città del Vaticano 1998, 121-122) piuttosto che della nullità della decisione. E nell'ambito della *nova causae propositio* o dell'*admissio ad ordinarium examen* non è richiesta tutta l'acribia necessaria invece per la dichiarazione di nullità di una decisione giudiziale.

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

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

tale⁴⁹ su cui si struttura tutto l'ordinamento giuridico: «*Nullus iudex sine actore*». Si tratta di un principio talmente radicato che si prevede di ricorrere, nel caso in cui si avverta la necessità di un suo superamento, all'intervento del promotore di giustizia, che funge da attore, là dove l'interesse alla pronuncia giudiziale è (esclusivamente) pubblico.

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

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

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

Il c. 1501 menziona la «*petitio, ad normam canonum, proposita [...] ab eo cuius interest, vel a promo-*

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

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

tore iustitiae». Gli elementi della *petitio* menzionati sono due: la sua proposizione «*ad normam canonum*» e il soggetto abilitato. Di questi elementi si dovrà tenere conto, seppur in senso stretto, anche per il fatto che il c. 1620, 4° chiama la *petitio* «*iudicialis*».

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

– non sia *iudicialis*: una domanda posta fuori dal giudizio, *de relato*, non è sufficiente a sostenere una decisione giudiziale⁵²;

– non sia «proposita»: una domanda giudiziale, cui la parte abbia solo acceduto o acconsentito, non configura la *propositio* che il prescritto richiede; *a fortiori* se le parti, entrambi i coniugi, si siano espressamente opposti ad un nuovo capo di nullità⁵³;

⁵¹ Non pare si possa dare rilevanza giuridica, pertanto, all'espunzione dal c. 1607 dell'espressione «*a litigantibus proposita*», che invece figurava nel c. 1868 § 1 CIC17; in forma dubitativa cf. J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 373.

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

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

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

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

La collocazione del c. 1501 fa pensare ad una disposizione generale, per cui ogni e qualsiasi *petitio proposita a legitimo* è sufficiente a garantire legittimità alla pronuncia giudiziale.

Così sono sufficienti, per fare alcuni esempi, le *petitiones* presenti nel libello, ma non accolte nella *contestatio litis*⁵⁴; implicite nel libello; nelle «*responsiones*» della *contestatio litis*; il cui fondamento emerge solo dal processo (cf. c. 1505 § 2, 4°); presentate formalmente durante il processo; chiamate «*conclusiones*» e formulate perciò dopo

igitur exstat causa et proinde vel acta judicialia omnino nulla videntur» (decreto cit., n. 4 e). Il mutamento di capo avviene in II grado sotto il Codice precedente, ma i principi affermati sono assolutamente riferibili alla normativa vigente. Serrano manifesta perplessità sulla decisione rotale di cui fu estensore: «[P]ienso que se podría llegar en la disciplina vigente a defender la validez sustancial del proceder del Tribunal de segundo grado introduciendo y fallando el motivo que estimó cierto en el caso»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 374.

⁵⁴ «Ratio est, quia nec in libello Actoris neque in concordatione dubii nulla fit mentio de vi et metu aut de exclusione boni prolis»; Brunen., *Nullitatis matrimonii. Novae causae propositionis, coram* FALTIN (cf. nt. 48), p. 27, n. 15.

la fase istruttoria, prima della definizione della sentenza⁵⁵.

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

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

Quid dicendum se una parte abilitata presenta la *petitio* di mutamento, cui non segue alcun adempimento: tale *petitio* si può ritenere capace *ad normam c. 1620*, 4° di sostenere una decisione giudiziale? A

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

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

mio modo di vedere non v'è dubbio sulla sufficienza di questa *petitio*, per il profilo del c. 1620, 4°. Depone per questo l'interpretazione stretta, obbligatoria nel caso, e il richiamo del c. 1501, che menziona, a stretto rigore, solo la *petitio proposita*: non si richiede la *petitio recepta* o *accepta*.

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

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

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

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

De iustitia naturali est ut obiectum controversiae bene definiatur in contestatione litis, ita ut pars conventa sciat de qua praecisa re agatur. Itidem est de iustitia naturali ut

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

*iudex dubio sic concordato respondeat. Illi fas non est, in sententia proferenda, proponere aut respondere alio [!] dubio nec terminos controversiae mutare*⁵⁸.

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

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

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

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

Non pare che la negazione del diritto di difesa (almeno relativamente al c. 1620, 7°) consista nella

⁵⁸ *Romana, Nullitatis matrimonii. Nullitatis sententiae, coram BURKE* (cf. nt. 57), 101, n. 4. Si trattava di una causa in cui, al dubbio concordato a norma del c. 1095, 2°, il tribunale di primo grado rispose con sentenza affermativa a norma del c. 1095, 3°.

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

mancata istanza di parte o nella mancata audizione di una parte in merito al mutamento della formula del dubbio⁶⁰: si tratta piuttosto della negazione della facoltà di difesa conseguita al mutamento del dubbio senza istanza di parte (o senza aver ascoltato le parti).

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

Al contrario difficilmente potrà non esserci negazione del diritto alla difesa se il mutamento della formula del dubbio avviene nella stessa sentenza⁶². Anche in questo caso però non è stata riconosciuta la (manifesta) nullità della sentenza se «*ex actis clare patet factum iuridicum in sententia primae instantiae consideratum idem esse ac illud in decretum ratihibitionis perspectum, etsi iudices inter se non consentire videntur quoad nomen iuris eidem facto*

⁶⁰ Sembra puntare su questo, per esempio, *una Romana, Nullitatis matrimonii. Nullitatis sententiae, coram BURKE* (cf. nt. 57), 101, n. 4; *una Camden., Nullitatis matrimonii. Nullitatis sententiarum, coram BURKE*, 21 giugno 1990, in DS VIII, 120, n. 9.

⁶¹ J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 372-373.

⁶² «Realmente la sentencia, como último eslabón de la cadena procesal, término y remate al que se ordenan cualesquiera otros trámites y todos ellos, parece poco apta para determinar por sí misma, y dentro de su propia estructura como acto judicial autónomo, el objeto de la controversia»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 373.

*iuridico tribuendum»*⁶³. Nel caso, alla sentenza di primo grado «*Consta della nullità del matrimonio per simulazione totale da parte dell'uomo attore [...] Iam provisum per la simulazione dei singula bona da parte del medesimo»*, aveva fatto seguito un decreto di conferma della medesima sentenza «*quatenus declarantem matrimonii nullitatem ex capite exclusionis boni fidei ex parte viri actoris»*.

4.4 Nullità sanabile della sentenza ex c. 1622, 5°⁶⁴

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

Naturalmente dovrà trattarsi di vero mutamento dei termini della controversia e quindi del capo di nullità, non semplicemente di un mutamento di

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

⁶⁴ «In the absence of any of these steps, an alteration of the ground is invalid; any subsequent decision is vulnerable to a complaint of remediable nullity under canon 1622, 5°»; C.A. COX, «Ad c. 1514», in *New Commentary on the Code of Canon Law*, New York – Mahwah 2000, 1664.

forma, che lasci inalterato il capo di nullità concordato ed espresso nella formula⁶⁵.

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

La querela di nullità dovrà naturalmente essere introdotta da parte di chi è legittimato ad agire⁶⁷. La sanazione della nullità della sentenza nel breve termine di tre mesi ne rende platonica, ma non impossibile, la rilevabilità d'ufficio⁶⁸. Trascorso il termine per ricorrere e senza che vi siano vizi maggiori, la nullità è sanata, pur rimanendo il fatto oggettivo

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

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

⁶⁷ Cf. decreto in *una Kigalen.*, *Nullitatis matrimonii. Praeliminaris: ratihibitionis sententiae*, 17 marzo 1981, in cui il difensore del vincolo ha ritenuto di non eccepire la violazione della legge nel mutamento *ex officio* del capo di nullità per il fatto che la parte attrice si era detta d'accordo col mutamento e la parte convenuta implicitamente era stata informata, avendo risposto alle domande sul nuovo capo nell'istruttoria.

⁶⁸ Anche le parti pubbliche (difensore del vincolo e promotore di giustizia) possono proporre querela di nullità entro i tre mesi dalla notizia della pubblicazione della sentenza. Si tratta ovviamente delle parti pubbliche del tribunale *a quo*, ma

della irregolarità intervenuta⁶⁹, sanzionabile in via disciplinare.

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

5.1 A favore

Le ragioni addotte per giustificare tale modo di procedere del giudice ecclesiastico nel processo di

potrebbero essere anche le parti pubbliche del tribunale *ad quod* (nel caso che la causa passi al grado superiore). Non vi è alcun problema se queste ultime parti pubbliche sono chiamate a proseguire la querela proposta entro i termini dalle parti pubbliche del tribunale *a quo*. Ma che dire del termine per proporre querela qualora le parti pubbliche del tribunale *a quo* non proponano querela? Le parti pubbliche del tribunale *ad quod* possono proporre querela solo se la causa perviene loro entro tre mesi dalla pubblicazione della sentenza oppure è sempre proponibile nei tre mesi da quando la sentenza (impugnata) è loro notificata?

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

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

nullità non convincono. Può essere di una qualche utilità passare in rassegna, con qualche osservazione, le principali ragioni addotte a favore di questa prassi.

5.1.1 «*Iura novit Curia*». Spetta perciò al giudice dare il *nomen iuris* alla petizione presentata

Secondo questa argomentazione⁷⁰, al giudice compete nella fase introduttoria della causa dare il *nomen iuris* ai fatti esposti dall'attore nel libello e tale azione il giudice compie soprattutto nella *contestatio litis* o nella formulazione dei dubbi. Ciò che il giudice può fare all'inizio non apparirebbe certamente fuori dalle sue facoltà durante il processo. In questo caso si suppone che il mutamento avvenga all'interno degli stessi fatti addotti dalla parte e che appaiono sussumibili di diverse qualificazioni giuridiche.

Si pensi ad una parte attrice che introduce la causa di nullità del proprio matrimonio adducendo numerose e concludenti prove di ripetute e plateali infedeltà coniugali del proprio coniuge. Come ognuno sa, tali fatti possono astrattamente essere concludenti per l'esclusione del *bonum fidei* o per l'*incapacitas servandi fidem* oppure per la *condicio contra matrimonii substantiam*, per fare solo alcuni esempi. I primi interrogatori o i primi documenti possono convincere il giudice dell'errore compiuto nella concordanza del dubbio in cui ha scelto uno di questi capi, mentre appare chiaramente più probabile un altro.

falta de consentimiento por incapacidad de la esposa»; ID., *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid 1999, 978.

⁷⁰ Cf., per esempio, J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 375.

Pur concordando fundamentalmente sulla menzionata interpretazione della funzione del giudice, non mi pare trascurabile nel caso il fatto che il mutamento dei termini della controversia avverrebbe sulla base di fatti ignorati dalle parti, qualora il mutamento avvenga durante l'istruttoria o comunque prima della pubblicazione degli atti. Anche nel caso in cui la parte abbia preso visione di tutti gli atti, non si può trascurare il fatto che tali fatti non sono stati adottati dalla parte, mentre quando il giudice è chiamato ad intervenire nella concordanza del dubbio è di fronte esclusivamente a fatti adottati dalle parti.

5.1.2 Nella *contestatio litis* il giudice gode della facoltà di stabilire *ex officio* il dubbio

*Si verum est novo iure expresse requiri ut adsit «eadem causa petendi» [...]: itidem hodie iudicem maiorem facultatem habet, qui ipse, nec solae partes, obiectum definiat controversiae. Nam can. 1513 magis concedit decreto iudicantis illa, quae erat sola supplentia ex absentia alterutriusque vel dissensu in litis contestatione (cf. can. 1729/CIC 1917), ad definiendos controversiae terminos. Inde quod dici possit magis nunc patere principium iam prius a veteri traditione sancitum: «Iura novit Curia» [...]*⁷¹.

Si deve riconoscere che, inoltre, maggiori poteri discrezionali sono attribuiti al giudice nell'ambito dei mutamenti della materia del giudizio, rispetto al Codice previgente⁷²: basterebbe pensare alla rigidità del c. 1729 CIC17, che richiedeva il consenso delle

⁷¹ Bononien., *Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram SERRANO*, 24 ottobre 1986, in DS IV, 146, n. 5c.

⁷² J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 371.

parti per il mutamento, o al c. 1891 CIC17 sull'introduzione in appello di un nuovo capo di nullità, a fronte dell'attuale prescritto del c. 1683.

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

5.1.3 Nelle cause matrimoniali l'oggetto è la nullità del matrimonio

*Nam primo et per se actor quaerit nullitatem matrimonii et in intentione tribunali afferre vult quidquid ad eam demonstrandam aptum et utile esse potest*⁷³.

Non appare così evidente che il giudice vada sostanzialmente molto oltre di quanto chiede la parte se la medesima sollecita la nullità e il giudice gliela concede, in forza di ciò che è stato allegato e provato

⁷³ *Bononien., Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram SERRANO, 24 ottobre 1986, in DS IV, 147, n. 5e. Cf. pure Romana, Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram BRUNO, 24 febbraio 1989, in DS VII, 31 n. 4: «In huius generis causis id quod maxime enim interest est validitatem vel invaliditatem coniugii statuere»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 374: «[I]n directo et principaliter solicita la nulidad misma y sólo accesoriamente y como camino hacia ella señala el capítulo que estima más adecuado».*

in contraddittorio, ancorché per motivo distinto di quello formalmente accusato⁷⁴.

Patet igitur in causis matrimonialibus superius esse «petitum» quam «causa petendi», cum ratio sit habenda factorum, quae partes attulerint ac probaverint, potius quam nominum iuris iisdemque factis tributorum⁷⁵.

È evidente la semplificazione operata da questa osservazione, che certamente non rende conto della complessità delle problematiche inerenti alla determinazione dell'oggetto della domanda giudiziale e del processo di nullità.

Non si può, infatti, ritenere i fatti, da sé soli, idonei a determinare il *petitum* e/o la *causa petendi*. È noto infatti che esistono teorie diverse in ordine alla rilevanza dei fatti nella configurazione della *causa petendi*⁷⁶.

Non si può, inoltre, sostituire la *instantia partis* con la volontà interpretativa («La parte, se sapesse, vorrebbe il mutamento del dubbio che il giudice propone»), senza il rischio elevatissimo almeno di ledere

⁷⁴ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «Por tanto, no se ve tan claro que el Juez vaya sustancialmente más allá de lo que pide la parte si ésta solicita la nulidad y el juzgador se la concede, en fuerza de lo alegado y probado en contradictorio, por distinto motivo del formalmente acusado»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 374.

⁷⁵ *Romana, Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram BRUNO*, 24 febbraio 1989, in DS VII, 32, n. 6.

⁷⁶ Si tratta della teoria dell'individuazione, secondo cui la *causa petendi* consiste nel «rapporto giuridico affermato dalla parte», e della teoria della sostanziazione, secondo cui consisterebbe nell'«allegazione dei fatti costitutivi». Cf., recentemente, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *La demanda judicial canónica*, Pamplona 2002.

prerogative molto intime della persona, visto l'ambito in cui normalmente le cause di nullità operano.

5.1.4 Nelle cause matrimoniali vi è molto spesso una convergenza dei capi di nullità

Accedit quod in re matrimoniali facilius quam in aliis iudiciis erit invenire adaequationem inter «obiectum» controversiae et «causam petendi» ex una eademque in matrimonio causa formali – seu terminus, obiectum – et efficienti – causa petendi, originis –, utraque in consensu tota quanta consistens⁷⁷.

La convergenza è dimostrata da Serrano attraverso una duplice principale argomentazione.

La prima attiene all'ambito del diritto sostanziale:

L'unicità del momento consensuale non pare prestarsi di per sé a un'analisi molto frammentata delle cause che potrebbero invalidarlo, stabilendo eccessive distanze fra loro. E se inoltre si tiene in conto che la validità del consenso dev'essere riferita a un principio di diritto naturale, e che il medesimo diritto non ammette una facile riduzione a proposizioni molto determinate nel loro enunciato, si dovrà concludere che la nullità del matrimonio in se stessa è estranea ad una rigida «tipizzazione legale» dei suoi presupposti⁷⁸.

⁷⁷ Bononien., *Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram SERRANO*, 24 ottobre 1986, in DS IV, 147, n. 5e.

⁷⁸ «[L]a unicidad del momento consensual no parece prestarse de por sí a un análisis muy fragmentado de las razones que pudieran invalidarlo, estableciendo excesivas distancias entre ellas. Y si además tenemos en cuenta que el valor – validez – del consentimiento [...] hay que referirla a un principio de derecho natural; y que éste [...] no admitirá una fácil reducción a proposiciones muy terminantes en su enunciado, habremos de concluir que la nulidad de matrimonio, desde sí misma,

Tutto questo comporterebbe «una serie di presupposti giuridici canonici aperti a molteplici connessioni e nei quali non sarà difficile intercambiare i motivi che danno origine all'invalidità del vincolo»⁷⁹.

L'altra ragione consiste in una suggestiva rappresentazione del sistema probatorio canonico: poiché nella grande maggioranza dei casi si deve provare un difetto del consenso, l'oggetto della prova è inattuabile se non per via presuntiva. Tale via ammette l'uso precisamente di *praesumptiones hominis*, nel caso *praesumptiones iudicis*, che il singolo giudice crea dai fatti a lui presentati, se certi, determinati e direttamente coerenti con l'oggetto di prova (cf. cc. 1584 e 1586). Questa struttura giustificerebbe una (ancora) maggiore elasticità nella determinazione del capo di nullità.

L'osservazione avanzata è indubbiamente suggestiva e potrà prestarsi ad ulteriori sviluppi. Non si può però negare che il Legislatore abbia voluto che,

es ajena a una exigente "tipificación legal" de supuestos»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 350-351 (traduzione in italiano a cura nostra). L'A. compie poi un notevole sforzo descrittivo e argomentativo per dimostrare la strutturale «vicinanza» di gruppi di capi di nullità matrimoniale (cf. *ibidem*, 455 [ma 355]-368).

⁷⁹ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «[...] una serie de supuestos jurídicos canónicos abiertos a múltiples conexiones y en los que no será difícil intercambiar los motivos que dan origen a la invalidez del vínculo»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 368. Altrove sembra alludere all'ampia possibilità di (ri)comprensione di fattispecie diverse in capi di nullità molto ampi, senza dover addivenire ad un mutamento del capo stesso di nullità (cf. *ibidem*, 375).

nonostante questo, la *constestatio litis* avvenisse non già sulla base di un dubbio generico o aperto, bensì specificatamente sulla base di un dubbio che già identificava il capo stesso di nullità.

Non si può dimenticare che una statuizione generica dei termini della controversia rende alla radice impossibile la stessa previsione e applicazione del prescritto del c. 1514⁸⁰.

5.1.5 Le cause matrimoniali hanno natura pubblica

*Et revera in causis matrimonialibus, quae bonum publicum respiciunt et cum spirituali animarum salute intime connectuntur, haud requiritur ut causa petendi tecnico perfectoque modo sit indicata*⁸¹.

⁸⁰ Se la *constestatio litis* porta alla formulazione del dubbio nei termini «on the grounds of defective consent», «controversia sic descripta non bene definitur, nam non dicitur cuius sit consensus matrimonialis de quo loquuntur [...] Proinde, nullibi in actis uti stant adest decretum de controversia magis specificamente definita aut definienda (can. 1514) [...]»; *Helenen., Nullitatis matrimonii. Novae causae propositionis, coram DORAN*, 10 novembre 1988, in DS VI, 218, n. 9. Allo stesso modo se in una causa si ha solo un libello in cui si impugna la validità del matrimonio per l'invadenza della suocera, è comprensibile la censura di nullità della decisione giudiziale (*affirmative ex c. 1095, 3°*) per ultrapetizione e denegato diritto di difesa (cf. *Campinae Grandis, Nullitatis matrimonii. Nullitatis sententiarum, coram FUNGHINI*, 24 maggio 1989, in DS VII, 106, n. 14).

⁸¹ *Romana, Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram BRUNO*, 24 febbraio 1989, in DS VII, 31 n. 4; cf. pure *Bononien., Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram SERRANO*, 24 ottobre 1986, in DS IV, 146, n. 5d.; cf. pure J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 376.

[...] dato il carattere pubblico e, più ancora, sacramentale del matrimonio nella Chiesa, le questioni sulla validità e nullità del matrimonio non possono essere lasciate completamente alla scelta delle parti⁸².

Nessuno può negare la natura propria delle cause di nullità matrimoniali: sono cause certamente «*de statu personarum*», «*quae respiciunt bonum publicum*». Per evidenziare ulteriormente questo carattere lo stesso Legislatore ha posto le cause per la dichiarazione di nullità matrimoniale fra i processi speciali, prevedendo norme proprie per le medesime.

Non è da sottovalutare il fatto che, per il mutamento dei termini della controversia, il Legislatore non abbia previsto un'apposita normativa, rinviando espressamente, ancorché non esplicitamente, perciò al c. 1514 (cf. c. 1691)⁸³.

Né pare si possa artificiosamente distinguere e separare la prescrizione del c. 1677 § 3 da quella del canone 1514, quasi che *formula dubii e termini controversiae* nel caso delle cause di nullità matrimoniale possano realmente distinguersi. Oppure che si possa attribuire al c. 1677 § 3 un'esclusiva valenza pratica.

⁸² Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «[...] carácter público, y más aún sacramental, del matrimonio en la Iglesia; las cuestiones de validez y nulidad no pueden, por tanto, ser dejadas del todo al arbitrio de las partes en torno a la verdad de él»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 375-376.

⁸³ Cf., per esempio, TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE TRIVENETO, decreto in *una Patavina, coram ZAGGIA*, 30 giugno 1988 (cf. nt. 10), 415, n. 2.

Il principio dispositivo vigente nell'attuale ordinamento processuale canonico è stato concretamente voluto e normato dal Legislatore in base alla presunzione di convenienza «secondo la quale la migliore difesa dei diritti è realizzata da parte degli stessi interessati e non già da parte di chi si trovi in posizione indifferente rispetto agli interessi in questione»⁸⁴. I correttivi a questo principio sono già presenti e positivizzati (cf. c. 1674, 2°).

Né, d'altro canto, pare richiamabile genericamente uno statuto proprio delle cause di nullità matrimoniale, in cui vigerebbe una sorta di *aequitas permanens*, non rinvenibile invece nelle altre cause (di bene privato)⁸⁵. Bisognerà fare attenzione di non attribuire disinvoltamente all'*aequitas* ciò che appartiene alla *iustitia* e di non immaginare facilmente un Legislatore che, disponendo una normativa propria, abbia trascurato di *constituere in legibus l'aequitas necessaria*.

5.1.6 La prassi della Rota Romana

Sic ex lege propria N.A. Tribunalis expressio capituli nullitatis nec in concordia dubior[um] nec in subsequenti clausula decisionis dispositiva, pro norma, habetur (cf. Normas Tribunalis, anni 1934, art. 77, § 2): quin exinde praxis tribunalis, ad quod attamen causae

⁸⁴ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: « [...] según la cual, la mejor defensa de los derechos es la realizada por los propios interesados y no por elementos indiferentes a los intereses en cuestión»; M.J. ARROBA, *El principio dispositivo* (cf. nt. 9), 199.

⁸⁵ Cf. *Oenipontana, Iurium. Iuris appellandi, coram PALESTRO*, 21 dicembre 1988, in DS VI, 252, n.12.

*ordinarie iam instructae perveniunt, illegitimitatis censura inuratur*⁸⁶.

Questa ragione attualmente appare significativamente superata per il fatto che le *Normae rotales* vigenti richiedono, coerentemente al diritto codiciale, l'indicazione nella *formula dubii* del capo di nullità:

§ 1. *In causis nullitatis matrimonii formula dubii est: An constet de matrimonii nullitate in casu, additis capite vel capitibus.*

§ 2. *In causis ubi agitur de sententia rotali appellata, adhibetur dubii formula: Utrum confirmanda an infirmanda sit sententia rotalis diei... mensis... anni... in casu, nisi claritatis gratia in dubiorum formula renovandi sint singuli controversiae articuli (art. 62).*

5.1.7 La necessaria ampiezza della domanda giudiziale

Il prescritto del c. 1505 § 2, 4°, che impedisce il rigetto del libello a fronte della semplice possibilità che la domanda possa acquisire «*aliquod ex processu fundamentum*», ammette esplicitamente la dinamica di un processo in cui i fatti addotti possono chiarificare progressivamente l'oggetto della domanda e richiedere la modificazione dei termini della controversia:

In questa possibilità di chiarificazione e conferma della domanda di parte è contenuta l'ipotesi che, anche cambiando il motivo di nullità o aggiungendone un altro, si

⁸⁶ *Bononien., Nullitatis matrimonii. Conformitatis sententiarum, coram SERRANO, 24 ottobre 1986, in DS IV, 147, n. 5d. Cf. pure J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 349. 374-375.*

possa valutare se potrà essere dimostrata fondata la nullità che si accusa⁸⁷.

Tutto questo è implicito nella disposizione codiciale, ma non può che rendere evidente la ragione per cui sia stato previsto il prescritto del c. 1513.

5.1.8 L'ampiezza dei poteri del giudice nell'istruttoria (c. 1452)

La pubblicazione degli atti può includere fra le varie finalità pure quella di propiziare il mutamento della formula del dubbio se le risultanze processuali, a disposizione di tutti nella loro integralità, lo esigono o ne persuadano.

Il giudice stesso apparirebbe in questo momento titolare di una facoltà sufficientemente ampia dal punto di vista probatorio (cf. c. 1600) da giustificare un intervento *ex officio* per il mutamento della formula del dubbio⁸⁸.

Non si può omettere di notare che l'ampia facoltà istruttoria del giudice nelle cause che vertano sul bene pubblico, come appunto le cause matrimoniali, è limitata dall'inciso del c. 1452 § 1: «*Causa autem legitime introducta*». «*Aliis verbis, ipse iudex nequit*

⁸⁷ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «Por supuesto que dentro de esta posibilidad de clarificación y confirmación de la instancia de parte caben supuestos en los que se valore si cambiando de motivo o añadiendo algún otro no se demostrará fundada la nulidad que se acusa»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 370.

⁸⁸ J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 372.

*causam introducere seu, uti talis, petitionem iudicialem seu (prorsus) novum caput nullitatis in causis N.M. proponere*⁸⁹.

5.1.9 La *contestatio litis* non richiede l'indicazione del capo di nullità

Nelle cause sullo stato delle persone non v'è alcun problema, se si intende l'oggetto della causa come è stato da me proposto. Non ci sarà alcun motivo per mutare la domanda di dichiarazione di nullità del matrimonio in quanto tale. Per il cambiamento, invece, del capo di nullità non ci sarebbe alcun motivo di impedimento⁹⁰.

La posizione dell'A., che contrasta con il prescritto del c. 1677 § 3, si avvicina alla posizione che enfatizza la natura pubblica delle cause di nullità matrimoniale: «Se una persona nella Chiesa ha motivo per ricevere una dichiarazione sulla propria situazione di stato, di conseguenza essa possiede una esigenza di protezione giuridica di tale natura che anche i motivi di nullità che gli sono sconosciuti sono abbracciati virtualmente dalla domanda di ricevere una sentenza per un motivo di nullità a lui conosciuto»⁹¹.

⁸⁹ Lettera 2 luglio 2001, prot. n. 31956/01 VT, e 19 novembre 2001, prot. n. 32812/01 VT.

⁹⁰ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «In Personenstandssachen entstehen, wenn der Streitgegenstand so verstanden wird, wie ich [...] vorgeschlagen habe, keine Probleme. Den Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Ehe als solchen zu ändern, wird kein Anlaß bestehen. Für die Änderung des *caput nullitatis* dagegen gäbe es keinen Hinderungsgrund»; K. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar* (cf. nt. 5), 1514, 9.

⁹¹ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «Wenn eine Person in der Kirche Anlaß hat, ihre personen-

Non appartiene allo scopo di questo contributo contestare ora quest'impostazione che, stante la normativa vigente, appare certamente *de iure condendo*. Pare invece utile negare le aporie cui, secondo l'Autore, condurrebbe il prescritto del c. 1514 in connessione con l'attuale c. 1677 § 3. L'A. insiste sul fatto che la parte non può costringere il giudice al mutamento del capo di nullità (è il problema opposto a quello principale da noi affrontato): l'alternativa per la parte sarebbe l'introduzione di una nuova domanda giudiziale e l'istituzione di un nuovo processo⁹². L'argomentazione appare decisamente capziosa per almeno tre ragioni:

– il giudice, guidato «dal principio di verità», che richiede (secondo l'Autore) la formulazione generica del dubbio, è lo stesso giudice che si trova di fronte la richiesta di mutamento del capo di nullità;

– il potere del giudice che esamina l'istanza di mutamento del dubbio è identico a quello del giudice che stabilisce il dubbio nella *contestatio litis*;

– bisogna riconoscere un margine di discrezionalità al giudice che voglia evitare che domande di mutamento del dubbio comportino un prolungamento ingiusto del processo.

standsrechtliche Situation geklärt zu erhalten, denn hat sie ein so geartetes Rechtsschutzbedürfnis, das auch ihr nicht bekannte Gründe virtuell von dem Antrag erfaßt sind, wegen eines ihr bekannten Nichtigkeitsgrundes ein Urteil zu erhalten»; K. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar* (cf. nt. 5), Einführung vor 1513, 15.

⁹² Cf. K. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar* (cf. nt. 5), 1514, 9.

5.1.10 I termini della controversia non si identificano con il capo di nullità

I «termini della controversia», in altre parole, non sono del tutto sinonimi di «motivi di nullità»⁹³.

A fronte della richiesta da parte di alcuni Organi di consultazione, nonché di un consultore, di eliminare l'obbligo di determinare nella *contestatio litis* il capo di nullità, la Commissione confermava il prescritto richiamandosi esplicitamente al c. 1514⁹⁴.

Il mutamento del capo di nullità configura certamente il mutamento dei *controversiae termini*, di cui al c.1514⁹⁵.

5.2 Contro

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

Il diritto alla difesa può risultare anche gravemente menomato dal fatto che un oggetto giudiziale sia definito solo ad istruttoria conclusa o anche solo

⁹³ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «The "terms of the controversy", in other words, are not at all synonymous with the "ground"»; L. WRENN, *Procedures* (cf. nt. 36), 40.

⁹⁴ Cf. *Communicationes* 11 (1979) 261-262.

⁹⁵ Cf. I. GORDON, *Novus processus nullitatis matrimonii: iter cum adnotationibus*, Romae 1983, 21, nt. 2; M. HILBERT, «La contestazione della lite (Cann. 1513-1516, 1677)» (cf. nt. 40), 74.

avanzata: le possibilità di difesa, soprattutto della parte convenuta, possono di fatto essere intaccate perché non ha potuto su quell'oggetto intervenire proponendo prove diverse o opponendosi adeguatamente nel corso dell'istruttoria⁹⁶.

Risulterà in non pochi casi difficile per il giudice «leggere» le carte processuali, indirizzate nell'istruttoria alla ricerca di una determinata certezza morale, nell'ottica, in misura maggiore o minore, diversa, determinata dal nuovo capo introdotto *ex officio*⁹⁷. Diventerà facilmente necessario un supplemento di istruttoria, riconvocare alcuni testi o le parti, con tutte le conseguenze del caso.

Esiste, inoltre, il reale pericolo che, data la facilità di mutamento (anche *ex officio*) del capo di nullità, si ingeneri una pericolosa leggerezza nello sta-

⁹⁶ Non si può condividere l'opinione secondo cui l'attuale sistema processuale dia sufficienti mezzi di difesa alle parti senza ricorrere alla necessaria determinazione di un capo di nullità e alla conseguente proibizione di un suo mutamento, se non a determinate condizioni (cf. c. 1514); cf. K. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar* (cf. nt. 5), Einführung vor 1513, 18. Lo spettro dell'istruttoria, infatti, sarebbe talmente vasto che per le parti sarebbe un'impresa disperata la difesa. Né vale affermare che la parte potrebbe rispondere adeguatamente a tutti e singoli i fatti e prove adottati nell'istruttoria: i fatti senza la loro qualificazione, ancorché provvisoria, non sono idonei a supportare un'adeguata difesa. Si pensi, per fare un esempio, all'infedeltà. Fatti possono essere adottati dalla parte attrice. La linea di difesa, anche in ordine all'adduzione di prove proprie contrarie, è ben diversa se è contestata l'esclusione della fedeltà o invece l'incapacità alla fedeltà.

⁹⁷ «[L]a difuminación de las pruebas con objeto de hacerlas servir en varios campos»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 377.

bilirlo in partenza nella *litis contestatio*⁹⁸. Si è osservato, in qualche tribunale, che, introdotta la prassi del mutamento *ex officio* del capo di nullità, si è avuta poi in breve tempo una radicalizzazione del fenomeno, col moltiplicarsi dei mutamenti e col loro progressivo ritardare verso la fase decisoria.

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

Anche un A. attento alle esigenze che potrebbero richiedere un mutamento *ex officio* del capo di nullità matrimoniale concordato, e sagace nell'indicarne le argomentazioni a supporto, non si perita di elencare, seppur telegraficamente, anche le gravi ragioni che militano contro una tale prassi: «la protezione legale del matrimonio impedisce una impugnazione imprecisa e poco chiara della sua validità»⁹⁹; «la certezza dei diritti pacificamente posseduti e ancor più di quelli che riguardano lo stato giuridico delle persone»¹⁰⁰; «il carattere stretto della interpretazione delle leggi irri-

⁹⁸ «[L]a falta de profundización en los puntos concretos, ya que cabrá modificarlos»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 377.

⁹⁹ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «[...] la protección legal al matrimonio [...] impide una imprecisa y poco clara impugnación de su validez»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 351.

¹⁰⁰ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «[...] la certeza de los derechos pacíficamente poseídos y más aún de los que afectan el estado jurídico de las personas»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 351.

tanti»¹⁰¹; «il prolungarsi inutile della cause»¹⁰², «la sensazione che si cerchi di dissimulare la inconsistenza di un vero motivo di nullità attraverso l'accumulazione di vari motivi»¹⁰³.

Non si deve poi trascurare la ragione di cautela che risiede nel *periculum praecavendum* di una nullità insanabile della sentenza¹⁰⁴, qualora, com'è facile che avvenga, il mutamento *ex officio* sfoci nell'ultrapetizione della sentenza.

5.3 Soluzioni «pratiche»

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

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

¹⁰¹ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «[...] el carácter estricto de la interpretación de las leyes irritantes»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 351.

¹⁰² Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «[...] la inútil prolongación de los pleitos»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 377.

¹⁰³ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «[...] la sensación de que la inconsistencia de un verdadero motivo de nulidad se intenta disimular por la acumulación de varios»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 377.

¹⁰⁴ In senso conforme cf. A. STANKIEWICZ, «Ad c. 1514», in *Comentario* (cf. nt. 44), 1242.

5.3.1 Intervento sollecitato del difensore del vincolo

Non si vede come il difensore del vincolo possa, compatibilmente con il suo compito e la sua funzione istituzionale, intervenire, su suggerimento e stimolo di chicchessia, nella richiesta di un mutamento dei termini della controversia. Se ciò infatti avviene è certamente *in favorem nullitatis*, verso cui il difensore del vincolo non è abilitato ad agire¹⁰⁵.

Fa eccezione forse qualche singolare ed eccezionale fattispecie in cui il difensore del vincolo si trova di fronte all'alternativa fra due vincoli connessi da difendere¹⁰⁶.

5.3.2 Intervento sollecitato del promotore di giustizia

Potrebbe essere considerato l'intervento più corretto formalmente. Corrisponderebbe senz'altro alla natura di parte che il promotore di giustizia può rivestire nel processo (cf. c. 1674 § 2)¹⁰⁷ e in un certo senso alla stessa funzione del promotore di giustizia sia in ordine al rispetto della legge processuale sia in ordine al rispetto della giustizia sostanziale.

¹⁰⁵ «Desta preoccupazione che il difensore del vincolo [...] agisca contro il vincolo come appare, per esempio, dalla sentenza nella medesima causa, nella quale si legge che il sostituto difensore del vincolo "chiedeva la riapertura dell'istruttoria con l'introduzione di un nuovo capo di nullità"»; SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, lettera 2 luglio 2001, prot. n. 31956/01 VT.

¹⁰⁶ Cf., per esempio, *Petrocoricen., Nullitatis matrimonii. Exceptionis defectus duplicis sententiae conformis, coram STANKIEWICZ*, 26 febbraio 1987, in DS V, 32-40.

¹⁰⁷ Cf. F.J. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici* (cf. nt. 43), 359.

5.3.3 «Dilata»

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

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

Non parrebbe da escludere neppure che, con il «*dilata*», gli stessi giudici possano suggerire *si et quatenus* un ampliamento o comunque un mutamento della formula del dubbio e già indicare, subordinatamente, adempimenti istruttori necessari¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cf. *Romana, Nullitatis matrimonii, coram BURKE*, 12 dicembre 1996, in *RRTDec.* LXXXVIII, 804, n. 1, in cui risulta che il Tribunale del Vicariato aveva stabilito in sede di sessione: «Dilata et compleantur acta cum nova concordatione dubii iuxta can. 1095, n. 3: una cum nova peritia super actis relate ad novum caput concordatum». La sentenza non disapprova tale prassi.

5.3.4 Suggerimento del Giudice alla parte

È il rimedio più suggerito¹⁰⁹ e, probabilmente, anche il più praticato. Forse non si può dire *contra ius*, ma solo *praeter ius*. Parrebbe però, nonostante il prescritto del c. 1452, *contra iuris spiritum* o *contra iuris processualis principia generalia*.

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

Conclusione

Pare evidente che non si commette un'irregolarità processuale importante quando il giudice prende l'iniziativa di pronunciare la sentenza per un motivo distinto da quello addotto da parte di chi abbia deciso e chiaramente desideri che si riconosca la nullità del suo vincolo¹¹⁰.

¹⁰⁹ «Der Richter, der aufgrund des Ablaufs der Beweisaufnahme erkennt, daß der Streitgegenstand so festgesetzt ist, daß ein ihm korrespondierendes Urteil weder der vollen Wahrheit noch der Gerechtigkeit dienen kann, ist durch 1514 darauf verwiesen, eine Partei zum Antrag auf Änderung des Streitgegenstandes zu bewegen»; K. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar* (cf. nt. 5), 1514, 5. Secondo il medesimo A. si tratterebbe più precisamente di un sotterfugio, «eine [...] der Wahrheitspflicht des Amtermittlungsverfahrens widersprechende "Lösung"» (*ibidem*). Cf. pure S.J. LEDERHILGER, «Theorie und prozeßökonomische Praxis von „subordinate“ angeführten Klagegründen im Ehenichtigkeitsverfahren», in *Iustitia in caritate*. Festgabe für Ernst Rößler zum 25jährigen Dienstjubiläum als Official der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Frankfurt 1997, 359.

¹¹⁰ Traduzione nostra. Il testo originale è il seguente: «[P]arece evidente [...] que no se comete una irregularidad procesal importante cuando el Juez toma la iniciativa de pro

Non pare certo questa la base su cui impostare la questione che ci ha occupato né, più in generale, le questioni di diritto processuale. Le norme processuali sono poste a garanzia di valori che non sono disponibili alle parti che intervengono nel processo. Non sono spesso emanazione diretta del diritto naturale; spesso la loro violazione non provoca una nullità insanabile della sentenza; a volte le loro violazioni sono sanate. Non per questo, tuttavia, possono essere considerate *ad nutum*; e ciò neppure per il fatto che vi sia la possibilità di prevedere normative diverse *de iure condendo*.

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

Per rendere sicura la oggettività di questa certezza, il diritto processuale stabilisce ben definite regole d'inchieste e di prove. Si richiedono determinate prove o corroboramenti di prove; altre sono invece indicate per insufficienti; si costituiscono speciali uffici e persone, incaricati durante il procedimento di tenere innanzi agli occhi, affermare e difendere determinati diritti o fatti. Che cosa è questo se non un giusto formalismo giuridico [...]?¹¹¹.

L'alternativa al formalismo è l'arbitrio. Lo dice Paolo VI nell'Allocuzione all'allora Sacra Romana Rota del 28 gennaio 1971: «Nel giudizio canonico v'è certamente un sano formalismo giuridico da seguire: altrimenti regnerebbe l'arbitrio, con danno gravissimo degli interessi delle anime»¹¹².

nunciar su sentenciam por un motivo distinto del aducido por quien decidida y claramente desea que se reconozca la nulidad de su vínculo»; J.M. SERRANO RUIZ, «La determinación del capítulo» (cf. nt. 33), 375.

¹¹¹ AAS 34 (1942) 340-341.

¹¹² AAS 63 (1971) 140.

E Giovanni Paolo II ha confermato nella sua prima allocuzione al medesimo Tribunale, il 17 febbraio 1979: «Il grande rispetto dovuto ai diritti della persona umana, i quali devono essere tutelati con ogni premura e sollecitudine, deve indurre il giudice all'osservanza esatta delle norme procedurali, che costituiscono appunto le garanzie dei diritti della persona»¹¹³.

G. PAOLO MONTINI

¹¹³ *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, II, Città del Vaticano 1979, 410, n. 2.