

ALCUNE NOTE SU:  
CUMULO DI CAPI DI DOMANDA,  
“ASSORBIMENTO” DI UN CAPO  
IN UN ALTRO E CONCORDANZA  
DEL DUBBIO NEL SECONDO GRADO  
DI GIUDIZIO DELLE CAUSE DI NULLITÀ  
DEL MATRIMONIO

1.

**I**L modo in cui deve essere concordato il dubbio davanti al giudice del secondo grado di giudizio nelle cause di nullità del matrimonio non sembra poter dare adito a incertezze a fronte del chiaro disposto del can. 1639 del vigente codice di diritto canonico: “*Salvo praescripto can. 1683, in gradu appellationis non potest admitti nova petendi causa, ne per modum quidem utilis cumulationis; ideoque litis contestatio in eo tantum versari potest, ut prior sententia vel confirmetur vel reformetur sive ex toto sive ex parte*”.

La corretta applicazione di questa norma conduce a far sì che in secondo grado la formula del dubbio non possa essere redatta, quanto al merito della causa, se non in questi termini: “Se la sentenza emessa nel primo grado di giudizio sia da confermare o da riformare”. Potrà aggiungersi, ma si tratterà di una precisazione evidentemente pleonastica: “...ossia, se consti la nullità del matrimonio per il motivo (o per i motivi)...”, facendo seguire a ciò l’esatta indicazione del capo o dei capi di domanda relativamente al quale o ai quali il tribunale competente si è pronunciato nella sentenza di primo grado.

Al riguardo, non è inutile ricordare la disposizione che l’art. 135 § 3 dell’Istr. Dignitas Connubii (DC) detta, facendo eco al can. 1677 § 3: “*Formula dubii determinare debet quo capite vel quibus capitibus nuptiarum validitas impugnetur*”. Il riferimento deve obbligatoriamente avere come proprio termine uno o più fra i capi di nullità tipizzati dal codice, e null’altro che questo.<sup>1</sup>

L’eccezione contemplata dal can. 1639 con il richiamo del can. 1683, ripresa anche dall’art. 268 della DC, riguarda com’è noto il caso in cui la validità del

<sup>1</sup> Su questo particolare aspetto della problematica che ci accingiamo a trattare, cf. P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell’Istr. «Dignitas Connubii»*, «Ius Ecclesiae», vol. XVIII, 2006, pp. 417-438, spec. a pp. 418-420.

matrimonio venga contestata in grado d'appello, per la prima volta, anche per un capo di nullità diverso da quello o da quelli trattati e decisi in primo grado. Il legislatore, al termine un laborioso iter normativo,<sup>2</sup> si è indotto ad accordare questa facoltà alle parti che vi abbiano interesse, per ragioni di economia di giudizio che qui non occorre approfondire. Va solo sottolineato che una parte soccombente in primo grado non potrebbe rivolgersi al giudice di seconda istanza unicamente per chiedere che la validità del suo matrimonio sia giudicata su un capo di nullità diverso da quello sul quale si è verificata la sua soccombenza, senza cioè interporre, nel contempo, appello relativamente a quest'ultimo capo.

## 2.

Tutto ciò premesso, occorre prestare particolare attenzione al caso in cui la validità del matrimonio sia stata contestata e quindi giudicata per più capi diversi già nel primo grado di giudizio: e ciò, vuoi sul piano oggettivo (se la domanda aveva ad oggetto due o più motivi di nullità: come ad esempio l'esclusione dell'indissolubilità del vincolo e quella della prole), vuoi su quello soggettivo (se la domanda aveva ad oggetto lo stesso motivo di nullità, ma riferito non a uno solo dei coniugi bensì ad ambedue: come ad esempio l'esclusione dell'indissolubilità del vincolo da parte di uno qualsiasi di loro oppure di entrambi).

Il can. 1639, come si è visto, avverte che ciò di cui il giudice di secondo grado deve occuparsi è, appunto, se la sentenza di primo grado debba essere confermata oppure riformata *sive ex toto sive ex parte*.

In concreto (limitando il discorso, per semplicità, al caso nel quale la validità del matrimonio sia stata contestata per due capi soltanto) le ipotesi che possono verificarsi sono le seguenti.

Una prima ipotesi ha luogo quando il tribunale di primo grado accoglie entrambe le domande, e quindi dichiara la nullità del matrimonio per entrambi i capi concordati. In questo caso, la rimessione della causa all'ordinario esame del secondo grado suppone che il giudice superiore, in sede di esame previo della causa stessa (can. 1682 § 2 e art. 265 § 1 della DC), non si sia convinto della fondatezza della decisione affermativa né per l'uno né per

<sup>2</sup> Esso infatti trova la sua origine nell'art. 219 § 2 dell'Istr. *Provida Mater Ecclesia* del 15 agosto 1936, Acta Apostolicae Sedis vol. xxviii, 1936, pp. 313 e segg., dopo la quale, tuttavia, si discusse a lungo se l'introduzione di questa regola, non prevista dal codice pio-benedettino, non eccedesse i limiti entro i quali poteva operare una normativa, come quella contenuta in una Istruzione, non provvista di forza di legge. La sua codificazione ha avuto luogo nel can. 1683 del codice vigente; si noti peraltro che nel 1936 l'introduzione del nuovo capo di domanda in grado d'appello era subordinata alla clausola *nemine contradicente*, che nel codice attualmente in vigore non è stata riprodotta.

l'altro capo. Se, infatti, egli condivide la prima sentenza, benché per uno solo dei capi di domanda decisi affermativamente, deve confermare tale sentenza per decreto, pur dando atto nel decreto del proprio dissenso relativamente alla parte da lui appunto non condivisa. Ciò è reso chiaro dall'art. 265 § 6 della DC: "*Si sententia in primo iudicii gradu lata matrimonium ob plura capita nullum declaraverit, eadem ob plura vel ob unum tantum caput potest continenter confirmari*". Quindi, se la causa sarà rimessa all'esame ordinario, il dubbio dovrà inevitabilmente essere esteso a entrambi i capi sui quali la decisione di primo grado è stata resa.

Una seconda ipotesi ha luogo nel caso reciproco, in cui il tribunale di primo grado respinge entrambe le domande e quindi dichiara "*non constare*" della nullità del matrimonio per nessuno dei capi adottati. In questo caso spetterà alla parte soccombente invocare il ministero del giudice di secondo grado, interponendo appello; e l'appello potrà avere ad oggetto la pronuncia negativa resa su entrambi i capi, ma potrà anche essere limitato alla pronuncia riguardante uno solo di essi, se così preferirà la parte interessata. In quest'ultima eventualità, il dubbio, nel secondo grado di giudizio, dovrà essere concordato solo sul capo fatto oggetto dell'appello. Il giudice del secondo grado, infatti, non ha il potere di recuperare *ex officio* alla causa un capo di nullità relativamente al quale il soccombente, avendo ottenuto in primo grado una sentenza avversa alla sua domanda, abbia deciso di fare acquiescenza.<sup>3</sup>

Una terza ipotesi riguarda il caso in cui il tribunale di primo grado abbia accolto una delle due domande e invece respinto l'altra. Le soluzioni da adottare in tale evenienza sono già implicite in ciò che si è detto sin qui.

Ed infatti. Se il giudice di secondo grado condividerà la decisione del primo giudice, affermativa della nullità del matrimonio, dovrà confermare subito con decreto tale decisione affermativa, trascurando il capo di sentenza risolto negativamente. Ciò – è bene sottolinearlo – anche nel caso in cui, sul capo deciso in senso negativo, la parte soccombente abbia interposto appello. Questo appello rimarrà senza effetto, perché, essendo stata dichiarata la

<sup>3</sup> Il principio in forza del quale i capi della sentenza devoluti alla cognizione del giudice di secondo grado sono soltanto quelli fatti oggetto dell'appello (un principio che, peraltro, nel processo matrimoniale vale solo con riferimento alle sentenze di rigetto della domanda, stante la rivedibilità *ex officio* della sentenza affermativa della nullità del matrimonio a seguito del rinvio della causa all'esame ordinario del secondo grado di giudizio) è pacificamente accolto anche nel diritto canonico, come si desume dal disposto del can. 1637 § 3, oggi ribadito nell'art. 288 § 2 della DC, fermo restando che "*Nisi aliud constet, appellatio praesumitur facta contra omnia sententiae capita*" (can. 1637 § 4 e art. 288 § 3 della DC). Non era così nel diritto comune, quando la proposizione dell'appello comportava che la causa fosse sempre soggetta a *novum examen* ad opera del giudice di grado superiore in ogni sua parte: cfr. E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Milano 1984, p. 299.

nullità del matrimonio con una duplice statuizione conforme su un capo diverso da quello appellato, al riesame in sede di appello del capo risolto negativamente non potrà più farsi luogo per difetto di interesse della parte impugnante.

Se invece il giudice di secondo grado non condividerà la decisione del primo giudice, rimetterà la causa all'esame ordinario. In questo caso il dubbio dovrà essere concordato solo sul punto se la decisione affermativa sia da confermare o no, a meno che, sul capo risolto negativamente, la parte soccombente non decida di interporre appello (ancorché tardivamente, ossia senza il rispetto dei termini stabiliti da can. 1630 § 1 e dall'art. 281 § 1 della DC, giacché l'interesse all'appello sorge solo per effetto del decreto di rimessione).<sup>4</sup> Si ricade qui nel discorso precedentemente proposto sulla mancanza, nel giudice del secondo grado di giudizio, del potere di recuperare *ex officio* alla causa un capo di domanda risolto negativamente in prime cure.

### 3.

Ora bisogna passare a prendere in esame un'ipotesi ancora diversa da quelle esaminate sin qui, al verificarsi della quale il discorso diviene più complesso.

Si tratta dell'ipotesi, piuttosto comune nella pratica, in cui, impugnata la validità del matrimonio per più capi, il tribunale di primo grado non si pronuncia su ciascuno, bensì soltanto su alcuni di essi, dichiarando gli altri "assorbiti", o comunque usando formule equivalenti, come quella tradizionale *iam provisum in primo* o quella consistente nel dire che gli altri capi "cadono".

Va avvertito per prima cosa che tale mancata pronuncia, allorché il matrimonio sia stato comunque dichiarato nullo sotto uno o più profili, deve essere ritenuta perfettamente legittima, ancorché all'apparenza si ponga in contrasto col precetto del can. 1611 n. 1, a mente del quale la sentenza deve "*definire controversiam coram tribunalibus agitata, data singulis dubiis congrua responsione*". Una sentenza sarebbe affetta dal vizio di omessa pronuncia (parziale), solo se tralasciasse di adottare un provvedimento logicamente coerente con l'esigenza che al dubbio o ai dubbi concordati sia data la *congrua responsio* di cui parla la norma. Ma tale omissione, come subito si dirà, non ricorre nel caso di una pronuncia che dichiari – con qualsiasi formula – che

<sup>4</sup> Il caso non è espressamente contemplato né dal codice né dalla DC, che tuttavia, rispettivamente nel can. 1637 § 4 e nell'art. 288 § 3 già citati nella nota precedente, ammettono, in caso di appello, la riapertura dei termini a favore della parte appellata affinché essa possa a propria volta interporre appello incidentale, se di suo interesse. Va comunque considerato che, malgrado il tenore letterale della norma, il mancato passaggio in giudicato della sentenza negativa di primo grado resa nel processo matrimoniale svuota pressoché di ogni contenuto pratico, nel nostro campo, il principio della perentorietà dei termini per appellare. Cf. M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, IV ed., Roma 2001, pp. 528-529.

uno o più capi non vengono decisi perché restano assorbiti in quelli decisi in senso affermativo: a patto, beninteso, che alla figura dell'“assorbimento” non si faccia ricorso a sproposito. A dire il vero sembra che un determinato capo di domanda potrebbe, talvolta, ritenersi assorbito anche in un altro capo deciso negativamente. Tuttavia la pratica non conosce se non casi nei quali sul capo “assorbente” sia stata data risposta affermativa, ed è quindi soltanto di questa ipotesi, o meglio di questo insieme di ipotesi, che conviene parlare.

In sostanza, riassumendo, ciò che occorre chiedersi è come debba essere concordato il dubbio nel secondo grado di giudizio, allorquando la prima sentenza abbia dichiarato che un capo di domanda, su cui il dubbio era stato concordato sempre nel primo grado di giudizio, è rimasto “assorbito” in un altro deciso affermativamente. Ciò, beninteso, sempre nell'ipotesi in cui il giudice del secondo grado, all'esito dell'esame previo da lui compiuto, abbia deciso di rimettere la causa all'esame ordinario, non condividendo la pronuncia affermativa resa dal primo giudice sul capo “assorbente”.<sup>5</sup>

#### 4.

Per rispondere a questa domanda bisogna prima di tutto precisare accuratamente la nozione di “assorbimento”.

Tale nozione pare che possa essere definita in questi termini: un capo di domanda deve ritenersi “assorbito” in un altro, allorquando la risposta affermativa data dalla sentenza su quest'ultimo capo (il capo, come si torna a dire, “assorbente”) ne rende improponibile l'esame per difetto degli indispensabili presupposti logici. Il concetto può essere chiarito con alcuni esempi. Il caso forse più frequente di assorbimento accade quando i capi di nullità concordati sono la simulazione totale e, in via subordinata, la simulazione parziale del consenso, più spesso sotto il profilo dell'esclusione della indissolubilità del vincolo. In tale sorta di fattispecie l'accoglimento della domanda che ha ad oggetto la simulazione totale determina l'improponibilità logica del capo attinente alla simulazione parziale. Infatti la simulazione parziale del consenso suppone necessariamente che la parte simulante abbia voluto il matrimonio, benché in una sua dimensione “atipica”,<sup>6</sup> ossia priva di qual-

<sup>5</sup> Non sarebbe infatti possibile – come meglio preciseremo nella successiva nota 10 – confermare con decreto la sentenza di primo grado, dichiarando nullo il matrimonio, invece che per il capo “assorbente”, per il capo dichiarato “assorbito” in tale sentenza.

<sup>6</sup> Così la sentenza rotale 29 gennaio 1981 c. Stankiewicz (ARRT Dec. vol. LXXIII, pp. 44 e seg., spec. pp. 46-47) in cui si legge: “*in simulatione totali contrahens consulto ac sciens coniugii simulacrum perficere intendit, cum reapse ipsum matrimonium excludat, dum in partiali simulatione exoptat aliquam coniugii speciem (pseudomrimonium) suis placitis accommodatam...habetur voluntas matrimonialis atypica... (quae) validum vinculum coniugale producere non valet*”.

cuno dei suoi elementi costitutivi oppure di qualcuna delle sue proprietà essenziali. Al contrario, la simulazione totale del consenso ha luogo quando la parte simulante non vuole legarsi al matrimonio con l'altro contraente in alcun modo o forma. Un altro caso, di comprensione forse ancor più facile, è quello nel quale la validità del matrimonio viene simultaneamente contestata sotto il profilo dell'incapacità psichica di uno dei contraenti e sotto quello della simulazione del consenso da parte sua, ad esempio per esclusione del *bonum prolis*. Questi due capi di nullità (almeno quando si parla di incapacità psichica per difetto dell'uso di ragione, cioè per il motivo di cui al can. 1095 n. 1: controversa è invece l'applicabilità degli stessi concetti al motivo di cui al n. 2 e soprattutto a quello di cui al n. 3 dello stesso canone,<sup>7</sup> ma di tale controversia non occorre ovviamente occuparsi in questa sede) possono essere proposti solo in via tra loro alternativa, giacché chi è psichicamente incapace non gode, per definizione, delle facoltà intellettive o volitive necessarie per consentire, e quindi neppure per decidere liberamente di *non* consentire al matrimonio. Pertanto, nel caso in cui sia accertata l'incapacità del nubente, ciò preclude necessariamente la proponibilità logica del quesito avente ad oggetto la simulazione del consenso, ancorché magari costui si sia sposato dichiarando apertamente di non voler avere figli.<sup>8</sup>

I casi sin qui esemplificati, e gli altri che possono ipotizzarsi, vanno tenuti attentamente distinti da quelli nei quali, invece, la risposta affermativa data a uno dei capi di domanda concordati implica di necessità che si debba rispondere affermativamente anche a un altro o ad altri capi, ai quali pure è stato esteso il dubbio di causa. Ciò è quanto tipicamente avviene quando la validità del matrimonio è contestata per il motivo di cui al n. 1 e, in subordine, per quello di cui al n. 2 e/o al n. 3 del can. 1095, e il dubbio concernente il can. 1095 n. 1 riceve risposta affermativa. In tale ipotesi, e probabilmente in poche altre (si pensi alla nullità del matrimonio per *impotentia coeundi* dovuta a cause di ordine psichico, in rapporto alla incapacità a consentire *ex* can. 1095 n. 3), ma soltanto in queste – benché a volte si faccia anche, non del tutto a proposito, un uso più ampio del termine<sup>9</sup> – si può parlare di *continenza* di un

<sup>7</sup> Su questo tema si veda in particolare la sentenza rotale 24 luglio 1997 c. Stankiewicz (ARRT Dec. vol. LXXXIX, pp. 636 e seg.), in cui si legge a p. 643: "*Sustineri potest non omnem speciem incapacitatis eliciendi consensum matrimoniale secumferre incapacitatem simulandi, nisi agatur de incapacitate ex defectu sufficientis usus rationis proveniente*".

<sup>8</sup> Questi concetti sono omogenei all'insegnamento espresso nel decreto rotale 22 marzo 1994 c. Stankiewicz («Ius Ecclesiae» vol. VII, 1995, p. 645), in cui, richiamando una precedente sentenza 24 marzo 1961 c. Sabbatani (ARRT Dec. vol. LII, pp. 155 e seg.), si afferma con tutta chiarezza che "*declaratio absorptionis eiusdem capituli in capite praecedenti non potest aequiparari negativae sententiae circa illud, eoque minus sententiae affirmativae, sed merae abstinentiae a iudicio ferendo, a logica necessitate inductae*".

<sup>9</sup> Cf. J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum nell'Istruzione Dignitas Connubii*, in

capo di domanda in un altro: la risposta affermativa sul capo “contenente” comporta per necessità logica la risposta affermativa anche sul capo “contenuto”. Nell’ipotesi di assorbimento di un capo in un altro, invece, le cose non stanno così. Il capo assorbito, come si è detto, non è né potrebbe essere deciso affermativamente, neppure per implicito. È tuttavia altrettanto vero che esso non è né potrebbe nemmeno essere fatto oggetto di una decisione negativa, esplicita o implicita che sia. Riprendiamo in esame il caso del rapporto tra la simulazione totale e la simulazione parziale del consenso per esclusione dell’indissolubilità del vincolo. Come sarebbe possibile ritenere rigettata la domanda avente ad oggetto la simulazione parziale, nel caso di accoglimento di quella vertente sulla simulazione totale? Ciò significherebbe ammettere l’assurda ipotesi che un uomo possa decidere di legarsi indissolubilmente a una donna (o viceversa), senza tuttavia volerla sposare. La verità, quindi, è quella precedentemente esposta: qualora, in una sentenza, uno dei capi di domanda su cui è stato concordato il dubbio venga dichiarato assorbito in un altro, ciò significa che su quel capo il tribunale non si è pronunciato, o più esattamente che ha dichiarato di non potersi pronunciare a cagione della improponibilità logica del capo stesso.<sup>10</sup>

## 5.

Si può ora tornare al quesito dal quale le considerazioni svolte nel precedente paragrafo hanno preso le mosse. Ci si chiede come debba essere concordato il dubbio nel secondo grado di giudizio, quando – essendo stata rimessa

H. FRANCESCHI, J. LLOBELL, M. A. ORTIZ, *La nullità del matrimonio, temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*, Roma 2005, p. 193-230, spec. a pp. 201-202; anche P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio*, cit., pp. 422-423.

<sup>10</sup> Da quanto detto sin qui si deduce che merita di essere approvato il decreto della Rota romana 23 aprile 1993 c. Bruno, citato in G. P. MONTINI, *Alcune questioni processuali intorno alla decretazione di conformità equivalente*, Periodica vol. XCV, 2006, p. 520, nota 57, con cui fu rigettata la querela di nullità insanabile avverso un precedente decreto rotale, confermativo in secondo grado della nullità del matrimonio *ex can.* 1095 nn. 2 e 3, a fronte di una sentenza di primo grado che aveva pronunciato la nullità *ex can.* 1095 n. 1, dichiarando, quanto ai capi *ex can.* 1095 nn. 2 e 3 (sui quali pure era stato concordato il dubbio): «*Provisum in primo*». Per ragioni speculari non si può invece consentire con il decreto 15 marzo 1999 della Segnatura Apostolica, citato dallo stesso Autore nella precedente nota 56, che prese la stessa decisione in un caso in cui il decreto di conferma era stato emesso giudicandosi nullo il matrimonio per esclusione del *bonum fidei* da parte dell’attore, a fronte di una sentenza di primo grado che aveva dichiarato nullo il matrimonio per simulazione totale, sempre da parte dell’attore, dichiarando «*iam provisum*» quanto ai capi di simulazione parziale pure concordati. In quest’ultimo caso, infatti, il capo di nullità relativo all’esclusione del *bonum fidei* fu giudicato per la prima volta a mezzo del decreto di conferma, e ciò a nostro avviso non è ammissibile. La causa avrebbe dovuto essere rimessa all’esame ordinario e si sarebbe dovuto procedere come passeremo subito ad illustrare nei paragrafi 5 e 6 del testo.

la causa all'esame ordinario – occorre procedere al riesame di un capo di domanda risolto affermativamente in primo grado, rispetto al quale, sempre in primo grado, un altro capo di domanda è stato dichiarato "assorbito". Ci si chiede cioè in che modo, e soprattutto per iniziativa di chi, il capo assorbito vada richiamato nella formula della concordanza del dubbio. In termini più specifici la domanda è se occorra una formale ed esplicita richiesta della parte interessata affinché il capo di domanda assorbito sia fatto oggetto del dubbio da concordarsi.

Chi scrive è nettamente dell'avviso che a questo interrogativo si debba rispondere negativamente.

È certo, infatti, che una ipotetica richiesta di questo genere non dovrebbe essere rivestita della forma dell'impugnazione della prima sentenza. Ed invero, ciò che si è detto sin qui dimostra che la parte per iniziativa della quale, nel primo grado di giudizio, il dubbio di causa era stato concordato anche sul capo poi dichiarato assorbito, non può né deve essere considerata soccombente, quanto a tale capo, per effetto della dichiarazione di assorbimento. La soccombenza, infatti, implica per sua stessa natura la reiezione della domanda, il che nel nostro caso non è avvenuto. Non essendovi dunque soccombenza, neppure può essere imposto alla parte l'onere di interporre appello (condizionato, ovviamente, alla riforma della prima sentenza sul capo assorbente). A riprova di ciò, si consideri che la parte che, *in thesi*, dovrebbe appellare, è quella stessa che ha visto accolta la domanda avente ad oggetto il capo di nullità assorbente, e che pertanto, quando chiedeva che fosse accertata la nullità del suo matrimonio, già partiva dal presupposto che l'accoglimento del primo capo di domanda avrebbe comportato la mancata presa in considerazione del secondo. Tanto che, di regola, e con piena ragione, come già sopra si è accennato, la domanda avente ad oggetto il capo di nullità suscettibile di essere assorbito in un altro viene formulata solo in via subordinata rispetto alla domanda che verte sul capo potenzialmente assorbente (e anche a tale gradazione di interessi prospettata dall'attore, lo diciamo qui per inciso, il giudice è da ritenersi vincolato).

Scartata, quindi, l'ipotesi che la richiesta debba essere rivestita della forma propria dell'appello, si potrebbe forse pensare che la parte abbia comunque l'onere di formularla in un altro modo davanti al giudice di secondo grado, ad esempio con una semplice dichiarazione di intenti? La risposta, anche qui, è negativa. È chiaro che nulla impedisce alla parte che vi ha interesse di comportarsi in questo modo; ma un siffatto comportamento non può essere concepito in termini di obbligatorietà. Nel diritto processuale canonico non esiste una norma parallela a quella dell'art. 346 del codice di procedura civile italiano, dove è disposto che "Le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in

appello, si intendono rinunciate”. La dottrina e la giurisprudenza italiane sono concordi nel ritenere che questa norma, limitatrice dell’effetto devolutivo dell’appello, introdotta *ex novo* nel codice del 1940, si applichi, tra l’altro, proprio al caso dell’assorbimento di una pronuncia in un’altra, nella ribadita assenza dell’onere della parte vittoriosa in primo grado sul capo assorbente di proporre appello incidentale relativamente alla mancata pronuncia sul capo assorbito.<sup>11</sup> Poiché dunque nel nostro diritto questa norma non esiste, non si può certo pensare di poterla creare in via interpretativa, specie se si tiene presente che, a norma del can. 18, “*Leges quae... liberum iurium exercitium coarctant... strictae subsunt interpretationi*”.

In realtà non vi è alcuna ragione che impedisca di ritenere che il capo di domanda dichiarato assorbito in primo grado possa essere richiamato nella formula del dubbio ad opera del giudice di secondo grado, anche in mancanza di una iniziativa *ad hoc* della parte, così che tale formula sia stabilita nei seguenti termini: “Se la sentenza emessa nel primo grado di giudizio sia da confermare, e in caso negativo se consti la nullità del matrimonio per il motivo...”, con successiva indicazione del capo relativamente al quale si è verificato l’assorbimento. Anzi, vi è di più: a ben considerare le cose, non si tratta propriamente di un *potere*, ma di un vero e proprio *dovere* dell’organo giudicante, giacché i poteri del giudice, lungi dal consistere in mere facoltà di cui egli sia autorizzato a fare uso a proprio arbitrio, si convertono appunto, incessantemente e inevitabilmente, in altrettanti doveri che gli incombono, così che egli abbia a svolgere rettamente la funzione di amministrare la giustizia del caso concreto.

La possibile obiezione che questo modo di procedere confliggerebbe con il divieto, imposto al giudice dal can. 1514 e dall’art. 136 della DC, di intervenire *ex officio* nella determinazione della formula del dubbio, sarebbe fallace. Occorre infatti rendersi conto che, nello stabilire il dubbio nel modo che si è appena detto, il giudice riproduce pur sempre i termini nei quali lo stesso dubbio era stato concordato in prima istanza, senza nulla innovare; mentre, d’altronde, il caso di cui ora ci si sta occupando è del tutto diverso da quello nel quale a uno dei capi di domanda divenuti oggetto del dubbio di causa la sentenza di primo grado abbia dato risposta negativa. In questa ipotesi, come si è avuto modo di avvertire in precedenza, una volta pervenuta la causa al giudice di secondo grado, e rimessa da parte di quest’ultimo la causa all’esame ordinario, il capo di domanda risolto negativamente non può essere ridiscusso, e quindi richiamato nella formula del dubbio, senza che la parte interessata abbia proposto appello contro la decisione negativa. Al contrario, nel nostro caso, in primo grado il capo di domanda di cui si sta discutendo

<sup>11</sup> Cfr. A. TEDOLDI, *L’onere di appello incidentale nel processo civile*, «Giurisprudenza Italiana», vol. CLIII, 2001, pp. 1301-1316.

non è stato deciso, perché dichiarato assorbito. E quindi, nell'ipotesi in cui la sentenza affermativa, resa appunto in quella sede sul capo assorbente, non venga confermata, il giudizio deve riespandersi per necessità logica al capo rispetto al quale l'assorbimento è venuto meno. Solo nel caso, peraltro per evidenti ragioni assai improbabile, in cui la parte interessata rivolga al giudice di secondo grado la richiesta esplicita di *non* estendere il giudizio al capo non più assorbito, e quindi rinunci alla domanda (subordinata) formulata in questo senso in prime cure, tale capo dovrebbe essere espunto dalla formula del dubbio, e il giudice non se ne dovrebbe più occupare.

## 6.

Per concludere le riflessioni su questo tema, sono ancora utili due importanti avvertenze.

La prima è che l'esame, nel secondo grado di giudizio, del capo rimasto assorbito in prime cure, dovrà necessariamente avvenire *tamquam in prima instantia*, analogamente a quanto previsto nel caso, disciplinato dal can. 1683 e dall'art. 268 della DC, cui già sopra si è avuto modo di riferirsi. Ciò discende pianamente da tutto ciò che si è detto fino a questo punto, e in particolare dalla indefettibile premessa, ancora una volta da sottolineare, che quel capo di domanda nella prima sentenza non è stato giudicato, né per accoglierlo, né per respingerlo.

La seconda avvertenza è che, qualora la sentenza emessa in secondo grado riformi la prima, giudicando negativamente il capo assorbente, e invece accolga la domanda relativamente al capo assorbito, si aprirà l'adito all'esame dell'ulteriore quesito, se la seconda sentenza possa essere dichiarata *aequivalenter conformis* alla prima.<sup>12</sup>

La nozione di conformità equivalente, soprattutto dopo la promulgazione della DC, che per la prima volta, com'è noto, se ne è occupata a livello normativo dopo un lungo travaglio giurisprudenziale e dottrinale,<sup>13</sup> rappresenta un argomento assai dibattuto. Per quanto interessa il nostro specifico tema, ciò che si deve avvertire è che dalla semplice constatazione che tra il capo di

<sup>12</sup> Ciò, evidentemente, suppone che possa darsi la dichiarazione di conformità equivalente tra una sentenza di primo grado e una di secondo che si sia pronunciata per la prima volta su un capo deciso *tamquam in prima instantia*. Su ciò non tutti concordano. Ma in senso affermativo appaiono persuasivi gli argomenti addotti da J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum...*, cit., pp. 208-210. Altro problema è se occorra inserire nella formula del dubbio, all'atto del rinvio della causa all'ordinario esame del secondo grado di giudizio, il quesito circa la possibile conformità equivalente della (emananda) sentenza di secondo grado rispetto a quella di primo grado. G. P. MONTINI, *Alcune questioni processuali...*, cit., p. 513, suggerisce di farlo, almeno a livello di opportunità.

<sup>13</sup> Valgano i richiami che si leggono in J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum...*, cit., p. 198, nota 5.

domanda giudicato affermativamente in primo grado (e negativamente nel secondo), e quello giudicato affermativamente in secondo grado, esista un rapporto tale da aver giustificato la pronuncia di assorbimento da parte del primo giudice, non può affatto trarsi in modo automatico la conseguenza che le due pronuncie siano da considerare conformi per equivalenza.

Infatti, secondo l'art. 291 della DC, tale specie di conformità presuppone che le due decisioni, "*licet caput nullitatis diverso nomine significant et determinant tamen super iisdem factis matrimonium irritantibus et probationibus nitantur*". In dottrina è stato chiarito che l'identità di queste *eadem probationes* (o, in altri termini, l'identità dei fatti secondari, di quelli cioè che servono a provare i fatti principali sui quali appunto la pronuncia di nullità del matrimonio si fonda) deve essere intesa in senso piuttosto ampio: ciò che conta, si è scritto, è che i due impianti probatori siano stati condivisi da entrambe le sentenze nella loro sostanza.<sup>14</sup> Tuttavia, quando si realizza il fenomeno dell'assorbimento di un capo in un altro, non è detto che ciò accada. Può darsi invece che gli elementi di prova che hanno giustificato, ad esempio, per il primo giudice, la dichiarazione di nullità del matrimonio per il motivo della simulazione totale, non siano i medesimi che giustificano, per il secondo giudice, la pronuncia di nullità per il motivo della simulazione parziale, e non siano neppure sostanzialmente riconducibili ad essi.

Se così staranno le cose, le due sentenze non potranno considerarsi conformi per equivalenza, e spetterà allora al giudice di terzo grado emettere la statuizione finale sul caso.

GIOVANNI MARAGNOLI

<sup>14</sup> Si tratta del condivisibilissimo discorso svolto da J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum...*, cit., in particolare alle pp. 217-220.