

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Panormitana* - Nullità del matrimonio - Preliminare: eccezione di lite finita - Decreto - 14 dicembre 2006 - Erlebach, *Ponente*\*.

**Esclusione ipotetica dell'indissolubilità e condizione risolutiva *de futuro* – Eccezione di lite finita e diritto di appello avverso la dichiarazione di conformità equivalente – Dichiarazione di conformità equivalente di sentenze *pro vinculo* – Perentorietà dei termini per la prosecuzione dell'appello.**

**I** SINGOLI capi di nullità non indicano semplicemente la ragione astratta della nullità matrimoniale ma recano con sé anche distinte esigenze di ordine probativo e, spesso, uno schema probatorio parzialmente proprio. Per tale ragione, la determinazione del capo deve essere collocata più nell'ambito della prassi processuale che nello stretto diritto sostantivo. La specificità delle esigenze probatorie può giustificare la contemporanea ammissione di due capi nonostante essi si fondino sulla stessa *ratio facti*.

La dichiarazione di conformità equivalente delle sentenze, a mente dell'art. 291 § 3 DC, esige che non sia leso il diritto di difesa delle parti. Tale necessità non ha ancora un'univoca interpretazione della giurisprudenza e sembra risolversi soprattutto nella possibilità della parte che si ritiene gravata di appellare la decisione del giudice di seconda istanza che abbia motivatamente ritenuto la propria sentenza sostanzialmente conforme con quella del tribunale inferiore. Se la questione della conformità tra due sentenze di tribunali inferiori sorge, invece, dinanzi al giudice di grado ulteriore (normalmente la Rota Romana), ammessa la questione e data alle parti private e pubbliche la possibilità di intervenire nella discussione, la decisione sulla conformità è inappellabile.

La sentenza "*pro vinculo*" dichiara semplicemente che non è provato il fatto giuridico addotto a fondamento dell'azione di nullità e, perciò, non ha alcun effetto di ordine sostanziale risolvendosi soprattutto nell'impossibilità processuale di istituire una nuova causa in primo grado di giudizio sullo stesso capo (art. 289 §§ 2-3 DC). Non può essere dichiarata la conformità equivalente tra due sentenze *pro vinculo* dato che il fondamento di tale dichiarazione è almeno incerto e ciò sia perché una simile interpretazione è contraria alle finalità della legge (can. 17) sia perché l'art.

\* In B. Bis 109/06. Vedi alla fine del decreto, nota di G. VARRICCHIO, *Problemi interpretativi ed applicativi della "conformità equivalente"*.

291 § 2 è norma di stretta interpretazione (can. 18) in quanto coarta il diritto d'appello.

*I termini di prosecuzione dell'appello nelle cause matrimoniali non sono fatali e la mancata prosecuzione implica semplicemente una presunzione di abbandono che cede di fronte alla diversa ed inequivocabile volontà della parte, anche se manifestata fuori termine.*

(Omissis) Facti species

(OMISSIS) FACTI SPECIES 1. – Actor expetivit a Trib. Reg. Siculo declarationem nullitatis sui matrimonii, die 1 maii 1978 initi, *ob exclusum bonum sacramenti sua ex parte*. Admisso libello, et peractis peragendis, aditum Tribunal sententiam protulit die 25 maii 2001 definitivam et quidem *pro vinculo*.

Actore appellante ad Rotam Romanam, ex instantia Patroni partis actricis admissum est etiam, *tamquam in prima instantia, caput condicionis a viro appositae et non verificateae*, ad normam can. 1102 § 1 CIC (sic!). Quidquid est de praecisa vel minus figura istius capitis nullitatis, Turnus Rotalis coram Sciacca sententia definitiva diei 3 martii 2006 declaravit non constare de matrimonii nullitate, *in casu, ullo ex adducto capite*.

Haud cessit tamen manus Cl.mus Patronus partis actricis, qui die 22 maii 2006 *appellationem interposuit adversus sententiam coram Sciacca in parte quae attinet ad caput condicionis, definitum tamquam in prima instantia*.

Sollers tamen Patrona partis conventae die 23 iulii 2006 proposuit *exceptionem litis finitae ratione conformitatis substantialis inter sententiam primi gradus et istam Rotalem ex capite condicionis prolatam*. Audito R.D. vinculi Defensore, R.P. iustitiae Promotore atque Patrono partis actricis, infrascriptus Ponens admisit praefatam exceptionem ad pertractandum per memorialia. Exhibitis memorialibus a partium Patronis et termino elapso pro memorialibus ex parte vinculi Defensoris atque iustitiae Promotoris, Nobis est hodie decernendum de quaestione modo statuta.

IN IURE ET IN FACTO 2. – Proposita exceptio litis finitae niteretur, in primis, *in substantiali identitate, hoc in casu, utriusque capitis nullitatis, nempe exclusi boni sacramenti et condicionis*. Petitio enim Actoris pro matrimonii nullitate sustinebat submissionem validitatis consensus ante omnia proli nasciturae. Scripsit Actor suo in libello causae introductorio: «si può comprendere come io subordinassi in modo determinante il perdurare stesso del vincolo che mi accingevo a contrarre al raggiungimento di quei fini a cui aspiravo [...]: una completa intesa sotto il profilo spirituale e materiale e soprattutto l'evenienza di prole». Suo autem in vadimonio declaravit Actor inter alia: «Se per qualsiasi motivo nel corso del matrimonio non avessi potuto realizzare il mio desiderio di avere dei figli, non mi sarei più sentito vincolato e il matrimonio cessava».

Cum exclusio hypothetica *indissolubilitatis subordinata fuisset circumstantiae sub condicione optatae, ergo – uti tenet Cl.ma Patrona mulieris conventae – «condicio resolutive de futuro resolvitur in exclusione indissolubilitatis et utrumque caput idem est»*. Et rite addit, sub luce tamen legis hodie vigentis, quod «condicio resolutive de futuro matrimonium irritat independenter a condicionis [purificatione] vel non».

Revera legitima est tractatio causae ex capite exclusi boni sacramenti, si agatur de condicione resolutive de futuro, quia vinculum matrimoniale non admittit rescissionem per voluntatem contrahentis. Hanc viam secutus est ipse Actor vel potius eius Patronus, cum in libello causae introductorio proposuerit caput exclusi boni sacramenti. Eandem viam prosecutus est dein Tribunal primi iudicii gradus.

Sed contra superius expositam thesim Cl.mae partis conventae Patronae fieri possunt quaedam obiectiones praeviae:

a) firmo manente, et quidem rite, capite exclusi boni sacramenti, Turnus Rotalis suo in decreto diei 8 maii 2003 admisit, tamquam in prima instantia, «novum nullitatis caput, seu condicionem a viro appositam et non verificatam, ad normam can. 1102 § 1 CIC», inde et protulit sententiam definitivam, ergo non est ut hodie instituat disceptatio de opportunitate vel minus admissionis capitis condicionis in secunda instantia;

b) non constat in tabulis processualibus de quadam oppositione Patronae partis conventae in secunda instantia adversus hoc novum nullitatis caput vel adversus novam integramque formulam dubii.

Haec argumenta, etsi contraria propositae hodie exceptioni litis finitae, non sunt tamen decretoria. Quid si ageretur revera de eodem substantialiter nullitatis capite hac in facti specie?

3. – Cl.mus Patronus partis actricis sua ex parte defendit legitimitatem distinctae tractationis ex uno et altero nullitatis capite. Uti argumentum invocatur decretum Rotale coram Defilippi diei 14 maii 1998 in quo adnotabatur quod «quamvis ex diversis capitibus nullitatis (v.gr., ex condicione de futuro resolutive et ex exclusione boni sacramenti) ad eosdem effectus reales perveniantur, etiam attentata indole personali et interpersonalis matrimonii, denegari nequit diversa dispositio personalis quoad unumquodque nullitatis caput. In exclusione boni sacramenti enim in luce ponitur positiva intentio celebrandi matrimonium dissolubile; in condicione de futuro resolutive autem intentio quam maxime respicit determinatam qualitatem alterius contrahentis vel circumstantiam, quae tanti momenti habetur ut ex ea pendeat perseverantia vinculi connubialis» (*Il diritto ecclesiastico* 110 [1999], II, pp. 18s, n. 6).

Ad instar conclusionis tenet praefatum decretum Rotale: «reapse [...] simulationem consensus ob exclusum bonum sacramenti et condicionem de futuro resolutive, saltem iuxta Codicem anni 1917 [...] esse inter se capita

nullitatis matrimonii formaliter distincta et diversa, quamvis de facto perducant ad eundem effectum, seu ad defectum consensus».

Idem tenent Infrascripti, prae oculis etiam habito quod caput nullitatis indicat non solum aliquam figuram seu rationem nullitatis matrimonii, sed singula capita nullitatis secumferunt etiam quosdam aspectus ordinis probativi, praesertim schema probatorium partialiter saltem proprium. Hanc ob rem determinatio capitis nullitatis collocanda est potius in ambitu praxis processualis, quam in agro iuris stricte substantivi. Haec specifica ergo instrumenta probatoria cum diversis capitibus nullitatis connexa iustificare possent admissionem utriusque capitis, etsi eadem sit ratio facti. Quod facilius tamen intellegi potest in prima instantia, ne ansa praebeatur novis iudicii instantiis.

4. – Cl.ma Patrona partis conventae procedit tamen ad ulteriora et magni facit argumentum de conformitate aequivalenti sententiarum primi gradus (ob exclusum bonum sacramenti) et alterius, quod attinet ad caput conditionis, quia, hoc in casu, «idem est factum iuridicum quo innititur actio» (Memoriale pro conv.) et quia utraque sententia nititur in «iisdem factis et probatis». Tali in hypothesi admittitur, saltem implicite, a praefata Patrona, quod agitur de capitibus formaliter diversis – quod proinde nullimode negari potest –, quia solummodo hoc in casu obtinet art. 291 § 2 Instr. *Dignitatis connubii*, recitans: «Aequivalenter seu substantialiter conformes considerantur decisiones quae licet caput nullitatis diverso nomine significant et determinant tamen super iisdem factis matrimonium irritantibus et probationibus nitantur».

Revera, praefata petitio Cl.mae Patronae fundamentum invenit etiam in ipsa sententia coram Sciacca, de qua supra, in qua sine ambagibus dicebatur: «Cum [...] eadem sint pro utroque nullitatis accusato capite facta iuridica, quae sua in substantia thesim ab Actore in iudicium deductam ex integro constituunt, sententiam hanc aequivalenter conformem pronuntiarum posse primi gradus sententiae Trib. Siculi die 25 maii 2001 prolatae censuerunt infrascripti Iudices Apostolici (cf. art. 291 § 2 Instr. *Dignitas connubii*); quod tamen non fecerunt, ne ius partis defensionis utpote laesum diceretur».

Quod attinet ad postremum argumentum, tutela iuris defensionis in declaranda conformitate aequipollenti sententiarum (cf. «*integro manente iure defensionis*» [art. 291 § 3 DC]), non habet adhuc univocam interpretationem. Videtur tamen quod sub ductu nonnullarum decisionum Rotalium, cum quibus cohaeret art. 291 § 3 DC, sequentia adhiberi possunt principia. Iudices, si tenent suam decisionem conformem esse conformitate aequipollenti cum sententia tribunalis inferioris iudicii gradus, hoc statim in s.d. folio dispositivo declarare possunt, etsi non rogati, deinde motiva talis decisionis pandendo in sententia definitiva, *salvo tamen iure partis quae se*

*gravatam putat appellandi ad tribunal superius, in Rota autem ad Turnum superioris gradus. Si autem prima vice instituatur quaestio apud iudicem superioris gradus de conformitate aequipollenti duarum sententiarum latorum in inferioribus iudicii gradibus, admissa quaestione et peracta opportuna disceptatione inter partes privatas et publicas, vel saltem concessa tali facultate, decisio iudicum de recognita vel minus conformitate non admittit appellationem.*

5. – Potior difficultas in declaranda conformitate aequipollenti sententiarum, de quibus supra, uti praesupposito admissionis exceptionis litis finitae, est circumstantia quod agitur de duabus sententiis declarantibus non esse probatam matrimonii nullitatem.

Uti omnes norunt, quaestio de conformitate aequipollenti seu substantiali enata est in iurisprudencia, ante omnia Rotali, ad suppeditandum nimio rigori exigentiae duplicis sententiae conformis pro nullitate matrimonii, prolatae scilicet super eadem causa petendi seu super eodem capite nullitatis, si habebantur duae sententiae matrimonii nullitatem declarantes ex capitibus formaliter diversis, quae tamen inniterentur in iisdem factis et probatis, uti frequenter olim dicebatur. Erat ergo quaestio aequitatis, oeconomiae processualis vel et pastoralis sollicitudinis ne ob nimium formalismum in discrimen vocaretur spiritualis condicio unius saltem contrahentis.

Sub aspectu magis speculativo effugere nequit quod sententia quae declarat probatam esse matrimonii nullitatem, sustinet factum positivum seu existentiam determinati facti. Sententia tamen in toto pro vinculo prolata declarat haud esse probatum aliquod factum, potissime factum iuridicum, quo innitur determinatum nullitatis caput. Talis sententia non declarat quod factum in iudicio disceptatum non existit, sed simpliciter declarat insufficientiam probationum in ordine ad certitudinem moralem obtinendam pro nullitatis matrimonii declaratione. Talis, ergo, sententia pro vinculo nihil probat in ordine substantiali, etsi consecutaria secumferat in ordine processuali, potissime impossibilitatem novae instituendae causae nullitatis matrimonii in primo iudicii gradu ex eodem capite nullitatis (cf. art. 289 §§ 2-3 DC).

Pressius adhuc oculos vertendo ad naturam probationis iudicialis in causis nullitatis matrimonii, praesertim in ambitu defectus vel vitii consensus, liceat Nobis adnotare quod nemo ex ministris tribunalis directum habet accessum ad veritatem rerum (seu cognitionem directam consensus matrimonialis a partibus praestiti), sed haec nescientia vinci potest, saltem aliquando, per media probationis rite obtenta in instructione causae. Ista tamen media probationis (uti depositiones, documenta, peritiae, etc.) non constituunt adhuc sic et simpliciter probationem facti iuridici quo innitur determinatum nullitatis caput. Necessae est enim omnia critice perpendere

sub luce criteriorum probationis, quae possunt esse legalia vel iurisprudentialia – saepe saepius innisa in sana psychologia, in ordine morali vel simpliciter in solida prudentia humana –, et ita absoluta phasi discussoria inter partes procedere valent iudices ad decisionem definitivam capiendam. Notetur praesertim quod quaedam principia iurisprudentialia ordinis probativi omnino sunt diversa in diversis capitibus nullitatis. Exempli gratia, quod attinet ad casum Nostrum, in exclusione boni sacramenti magni fit comparatio inter causam simulandi (proximam remotamque) et causam contrahendi, dum in capite condicionis magni praetii sunt criteria aestimationis et reactionis. Determinatio ergo capitis nullitatis in phasi initiali processus est maximi momenti, quia incidit etiam in ipsam instructionem causae quia constituit specificam prospectivam sub qua partes et iudices ipsi sese movent ad cognoscenda et intellegenda determinata facta, prius potius historica dein iam stricte iuridica, attingentia determinatum nullitatis caput.

Hae postremae considerationes obstant sine dubio quominus admittatur declaratio conformitatis aequipollentis inter duas sententias pro vinculo latas.

6. – Quis obiicere possit, adducens verba noti brochardi: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Qua re, si hodie sine dubio licita est declaratio conformitatis aequipollentis duarum sententiarum pro nullitate latarum (art. 291 § 2 DC), *cur declarari non posset conformitas aequipollens inter duas sententias pro vinculo latas, in tuto posito iure defensionis ad normam art. 291 § 3 DC?*

Responsio saltem haec amplecti posset elementa:

a) interpretatio legis dubiae fieri debet ad normam can. 17, tenendo in mente, hoc in casu, praesertim rationem et finem legis. Declaratio conformitatis aequipollentis inter duas sententias pro vinculo latas, quod secumferret necessarie declarationem causae finitae, respondere non videtur exigentiae aequitatis, etsi agnoscimus quod pars conventa percipere potest causam nullitatis sui matrimonii uti onus;

b) sed ante omnia sub aspectu logico non gaudent eadem vi et auctoritate duae sententiae pro vinculo aequipollenter conformes declaratae ac duae sententiae pro nullitate aequipollenter conformes declaratae. Ne lites immortales fiant, in casu duplicis sententiae conformis pro nullitate, conformitate formali, non admittitur a Legislatore ulterior appellatio. Agnitio tamen eiusdem effectus sententiarum pro vinculo prolatarum, ex capitibus formaliter diversis, est saltem dubia et est res odiosa quia coarctat ius appellandi partis actricis (cf. cann. 1628-1629), qua re ad normam can. 18 stricta fieri debet interpretatio art. 291 § 2 DC. Insuper ipsum institutum declarationis conformitatis aequipollentis exceptionem (seu extensionem) sapit a norma

in can. 1641 n. 1 statuta, etsi hodie est iam admissum sub luce solis (cf. art. 291 § 2 DC).

*Conclusio ergo ex se patet. Non potest tute declarari conformitas aequipollens inter duas sententias pro vinculo latas, si fundamentum talis declarationis est saltem incertum.*

7. – Cl.ma Patrona, suo in Memoriali pro conventa, novum adhuc attulit argumentum in favorem litis finitae declarandae, desertionem nempe appellationis a parte actrice attento defectu prosecutionis appellationis intra tempus a lege statutum, qui terminus habendus esset uti peremptorius etiam in causis nullitatis matrimonii. In suum favorem Patrona citat decisionem S.T. Signaturae Apostolicae diei 26 aprilis 1972 (*Periodica de re morali canonica liturgica* 61 [1972], pp. 676-679).

Patronus autem partis actricis non negat hoc factum (quia die 30 iunii 2006 receperat notificationem decreti constitutionis Turni hac in instantia, dum appellationem prosecutus est die 21 septembris 2006, id est prima die utili post feriis aestivis H.A.T.), sed contendit quod *in Rota termini pro appellatione et pro appellationis prosecutione numquam censebantur esse peremptorii* (cf. coram Palazzini, sent. diei 19 octobris 1966, RRDec., vol. LVIII, p. 713, n. 12; coram Colagioanni, sent. diei 25 maii 1982, *ibid.*, vol. LXXIV, p. 291, n. 2). Quid ergo dicendum?

In Rota Romana, «Appellatio [...] prosequenda est coram Ponente subsequenti Turni, ad quem dirigitur, intra mensem a legitime cognita notitia constituti novi Turni, salvo praescripto can. 1633» (art. 104 § 1 NRRT). Normae H.A.T. silent de effectu defectus prosecutionis appellationis, ergo recurrendum est ad can. 1635 CIC, qui statuit quod tali in casu «deserta censetur appellatio». Haec ultima norma ante omnia optime assequitur dynamismum psychologicum quod aliquando scatet in parte quae obtinet sententiam sibi adversam. Non raro enim tali in casu statim interponitur a parte ipsa appellatio haud perpensis profundius rationibus sententiae prolatae, vel eius Patronus – qui sua ex parte sine dubio valet rite sententiam perpendere – appellationem interponit ad tuenda iura personae cui adsistit ita ut tempus necessarium habeat ad rem melius suo cum cliente perpendendam. Hoc sub aspectu prosecutio appellationis, in qua pars non solum ministerium invocat iudicis superioris ad impugnatae sententiae emendationem sed hoc facit «indicatis appellationis rationibus» (can. 1634 § 1), est nihil aliud quam, ut ita dicamus, «actus secundus» appellationis. In actu primo, coram iudice *a quo*, sufficit ut pars solummodo significet se appellationem interponere (cf. art. 281, § 2, DC); in actu autem secundo, coram iudice *ad quem* dirigitur appellatio, eadem pars debet pandere rationes suae appellationis, secus deserta censetur appellatio.

Notetur tamen quod ipsum verbum «censetur» significat praesumptio-

nem legalem quae cedit contrariae rerum veritati, si de illa constet. Hanc ob rem animadvertentem Lega-Bartocchetti, quod «In *desertione declaranda* habetur praecipua quaestio facti; utrum nempe revera dilapsum sit inutiliter tempus fatale quin adduci possit alicuius impedimenti causa et excusatio; quapropter non interposita aut non prosecuta appellatio tribui non possit nisi voluntati et proposito non appellandi» (M. Lega - V. Bartocchetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. II, Romae 1950, p. 995, n. 6). Nostro, tamen, in casu, Patronus partis actricis acriter, etsi extra tempus, sese opposuit sententiae secundi iudicii gradus in actu prosecutionis appellationis, distincte sustinens partialem esse sententiam appellatam (praetermittamus heic alia gravamina appellationis ibi pansa). Hanc ob rem, hodie *non est dubitandum de vera voluntate appellandi partis actricis. Appellatio, ergo, non est declaranda uti deserta; quam ob rem, nec admittenda est, tali sub ratione, interposita exceptio litis finitae.*

8. – Liceat Nobis quaedam addere circa superius dictam praxim Rotae quae terminos ad prosequendam appellationem habere videtur uti non omnino peremptorios (praetermittamus quaestionem terminorum ad appellandum, etsi vere similem).

Ante omnia circumscribendus est ambitus talis affirmationis ad solas causas de matrimonii nullitate. Re vera, etiam hodierna Instr. *Dignitas connubii* in art. 286 sic et simpliciter resumpsit canonem 1635, sed effugere nequeunt etiam aliae normae huic speciei causarum propriae. In primis, causae nullitatis matrimonii, quae pertinent ad genus causarum de statu personarum, numquam transeunt in rem iudicatam (art. 289 § 1 DC). In secundis, viget principium quod, in casu peremptionis vel renuntiationis, causa resumitur potest (art. 152 DC), evidenter iusta exhibita causa. Cum ergo constet de vera voluntate appellandi, in casu defectus prosecutionis appellationis ordinarie non declaratur eius desertio, cui sequeretur petitio resumptionis causae, sed simpliciter pergitur ad ulteriora. Ergo iam ipsa oeconomia iudiciorum exquirat ut vitetur irrationalis formalismus. «Pertanto – uti adnotavit hodiernus Decanus H.A.T. circa Rotalem praxim – non si nota la “nimi[a] praeoccupatio” verso la dichiarazione della deserzione dell’appello per cui talvolta la causa continua il suo corso presso il Turno superiore anche senza una formale prosecuzione dell’appello» (A. Stankiewicz, *Le impugnazioni delle decisioni rotali*, in: *Le «Normae» del Tribunale della Rota Romana*, cura P. A. Bonnet et C. Gullo, Studi giuridici – 42, LEV, Città del Vaticano 1997, p. 269). Evidenter, hic modus agendi non est in spreto legis.

9. – Quibus omnibus in iure et in facto rite perpensis, infrascripti Patres Auditores de Turno quaestioni superius propositae respondendum censuerunt uti respondent:

*Negative*, seu exceptionem litis finitae non esse admittendam, in casu.  
Quod notificetur uti de iure.

Romae, in sede Tribunalis Romanae Rotae, die 14 decembris 2006.

GREGORIUS ERLEBACH, *Ponens*  
AMERICUS CIANI  
JAIR FERREIRA PENA

---

PROBLEMI INTERPRETATIVI ED APPLICATIVI  
DELLA “CONFORMITÀ EQUIVALENTE”

1. FATTISPECIE

Il decreto *coram* Erlebach desta grande interesse poiché si occupa, in alcuni casi direttamente, in altri a guisa di *obiter dicta*, di questioni delicate e controverse e dimostra in modo concreto la rilevanza che un’interpretazione più o meno stretta delle norme processuali può avere sul diritto sostantivo.

La fattispecie è semplice: Tizio adisce il Tribunale Ecclesiastico invocando la nullità del matrimonio per esclusione da parte sua del *bonum sacramenti*. Il Tribunale emette una sentenza negativa, appellata direttamente alla Rota Romana dove è aggiunto, *tamquam in prima instantia*, quale nuovo capo di nullità, quello della condizione (can. 1102 § 1)<sup>1</sup> sempre *ex parte viri*. L’attore già nel libello introduttivo aveva, infatti, scritto che “si può comprendere come subordinassi in modo determinante il perdurare stesso del vincolo che mi accingevo a contrarre al raggiungimento di quei fini a cui aspiravo...: una completa intesa sotto il profilo spirituale e materiale e soprattutto l’evenienza di prole” (decr., n. 2). Nella deposizione tra l’altro egli aggiungeva: “Se per qualsiasi motivo nel corso del matrimonio non avessi potuto realizzare il mio desiderio di avere figli, non mi sarei più sentito vincolato ed il matrimonio cessava”.

Il Turno rotale *coram* Sciacca rigetta la nullità per entrambi i capi, sia quello proveniente dal legittimo appello, sia l’altro concordato ai sensi del can. 1683. L’attore propone appello al turno successivo avverso la decisione negativa emessa *tamquam in prima instantia* sul capo della condizione, ma la parte convenuta si oppone alla trattazione e solleva l’eccezione di lite finita motivandola con la conformità sostanziale (*ex art. 291 § 2 DC*) tra la sentenza

<sup>1</sup> L’improprietà del richiamo al can. 1102 § 1 del codice giovanneo-paolino è stata peraltro sottolineata nel decreto *coram* Erlebach con un sonoro ed eloquente “*sic!*”: in effetti, essendo stato celebrato il matrimonio ancora nella vigenza del codice 1917, si sarebbe dovuto fare riferimento al can. 1092 n. 2 di quel codice, ossia alla figura della *conditio contra matrimonii substantiam*, che nel nuovo codice non è stata più riprodotta per le ragioni alle quali si farà cenno più oltre nel testo (*vide* alle ultime righe del § 2).

negativa di primo grado (avente ad oggetto l'esclusione dell'indissolubilità) e quella Rotale sul capo della condizione. Il Ponente ammette la trattazione *per memorialia* dell'eccezione preliminare ed il turno con il decreto in esame la rigetta.

Le motivazioni addotte a sostegno della mancanza di una "lite finita" possono sostanzialmente così riassumersi:

1) La condizione risolutiva *de futuro* e l'esclusione del *bonum sacramenti*, sebbene conducano agli stessi effetti, sono due capi distinti: nell'uno v'è l'intenzione positiva di contrarre un matrimonio solubile, nell'altra l'intenzione riguarda soprattutto una circostanza a cui viene data un'importanza tale da far dipendere da essa il perseverare del vincolo coniugale.

2) I singoli capi di nullità non indicano semplicemente la ragione di diritto sostantivo della nullità matrimoniale, ma recano con sé anche distinte esigenze di ordine probativo e, spesso, uno schema probatorio parzialmente proprio. Per tale ragione la determinazione del capo deve essere collocata più nell'ambito della prassi processuale che nello stretto diritto sostantivo. La specificità delle esigenze probatorie può giustificare la contemporanea ammissione di due capi formalmente diversi nonostante essi si fondino sulla stessa *ratio facti*. Nella simulazione ha gran peso il confronto tra la *causa nubendi* e quella *simulandi* mentre nel capo della condizione è fondamentale tener conto dei *criteria aestimationis* e *reactionis*. La determinazione del capo nella formula del dubbio non è un atto processuale fungibile, ma delinea la prospettiva che le parti ed il giudice seguiranno per conoscere e comprendere sia i fatti storici che quelli giuridici.

3) Indipendentemente da ciò e nonostante l'art. 291 § 2 DC non distingua tra sentenze affermative e negative, non è possibile dichiarare la conformità equivalente tra due sentenze *pro vinculo* dato che il fondamento di questa dichiarazione è almeno incerto per le motivazioni che seguono: a) la diversità sostanziale tra sentenze affermative e negative, poiché con le prime si accerta l'esistenza di un fatto giuridico, con le seconde, invece, nulla si prova nell'ordine sostanziale, ma semplicemente si dichiara l'insufficienza di prove per la dichiarazione di quel fatto; b) l'interpretazione di una legge dubbia secondo il criterio teleologico (can. 17) evidenzia che non vi sono le stesse esigenze di equità per estendere la conformità equivalente dalle sentenze *pro nullitate* a quelle *pro vinculo* con la conseguente dichiarazione di lite finita; c) la coartazione del diritto d'appello, infine, deve far riflettere sulla necessità (ex can. 18) di un'interpretazione stretta della conformità equivalente delle sentenze negative, considerato, tra l'altro, che l'istituto della conformità equivalente è di per sé un'eccezione al can. 1641 n. 1.

Il decreto conclude occupandosi anche del problema della perentorietà dei termini per la prosecuzione dell'appello, recependo il consolidato orientamento che essi non sono fatali.

2. LA CONCORDANZA DEL DUBBIO  
ED IL CONCORSO DI NORME SULLA STESSA FATTISPECIE GIURIDICA

La prassi dei Tribunali spesso dà poca importanza al momento della concordanza del dubbio, nel senso che omette una vera valutazione giudiziale e si limita a rifarsi acriticamente alle richieste delle parti; ciò è l'origine di molteplici problemi e della necessità di mutare in seguito la domanda quando, più che di vero cambiamento, si tratterebbe di corretta individuazione tardiva.<sup>2</sup>

Il giudice, se il libello e l'eventuale risposta sono stati correttamente impostati, ha davanti a sé un insieme di fatti che le parti hanno ritenuto rilevanti in base ad un interesse, riconosciuto dall'ordinamento sotto il nome di un capitolo di nullità. Il concetto di "rilevanza giuridica" e la distinzione tra fatti semplici (che sono al di fuori della *causa petendi*) e fatti principali o giuridici (che ne costituiscono l'elemento fondamentale) ha grande importanza già in questa fase del processo. Le fattispecie non si distinguono semplicemente per il loro effetto (che nel nostro caso è sempre la nullità del matrimonio), ma altresì in base alla loro struttura (le singole *causae nullitatis*) e la rilevanza della struttura è il riflesso di un preciso interesse delle parti che è nello stesso tempo un'esigenza tutelata dall'ordinamento. L'ordinamento conferisce ad ogni fattispecie normativa (capo di nullità) un'"attribuzione di valore" che la dovrebbe rendere assolutamente diversa dalle altre.<sup>3</sup>

Ciò detto, il problema che sorge nella formulazione del dubbio, e che accompagnerà tutto il processo matrimoniale canonico fino all'esecuzione della sentenza, è la distinzione tra quelle "strutture", concretamente tra le *causae petendi nullitatis*. La problematicità, prima ancora che da opzioni interpretative soggettive,<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Proprio la corretta individuazione tardiva del motivo di nullità è stata spesso all'origine delle nullità per ultrapetizione. Così F. J. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici*, Roma, 2000, p. 354. Il lavoro di qualificazione dei fatti in sede di formulazione del dubbio è, invece, precluso al giudice dopo, nel senso che egli non potrà ritenere compreso nella formula un capo non concordato nonostante durante l'istruzione probatoria si sia sostanzialmente trattato anche di esso e le parti nulla abbiano eccepito. Così di recente una *Mediolanen.*, *coram* Serrano, dec. 23 gennaio 2004, «Ius Ecclesiae», 17 (2005), pp. 714-758, con nota parzialmente critica di J. LLOBELL, *Ancora sulla modifica ex officio del decreto di concordanza del dubbio*.

<sup>3</sup> È per questo motivo che "due fattispecie di cui è manifesta l'affinità perchè possano sussistere entrambe debbono escludersi in quanto ognuna costituisce un individuo autonomo e, come tale, si contrappone all'altro ... se tale è la natura della fattispecie normativa, ossia di consistere in entità esclusive, ne consegue che non vi è luogo in un sistema correttamente costruito, per un concorso di norme, inteso nel senso che una medesima allegazione possa rientrare in più di una fattispecie astratta" (E. PALEARI, *Il principio della doppia sentenza conforme nel processo canonico di stato*, Milano, 1964, p. 109).

<sup>4</sup> Ad esempio quelle di alcune autorevoli concezioni che hanno ritenuto di risolvere tutto nella c.d. "unicità del momento consensuale" J. M. SERRANO RUIZ, *La determinación del capítulo de nulidad de matrimonio en la disciplina canónica vigente*, in *Curso de derecho matrimonial para profesionales del foro*, vol. 8, Salamanca, 1986, p. 455.

deriva dalla presenza di configurazioni affini e dalle imprecisioni della normativa.

Usando note categorie di teoria generale del processo<sup>5</sup> è facile notare che tra i fatti addotti dalle parti alcuni sono principali (anche detti costitutivi o giuridici), nel senso che hanno potere individuante della pretesa dedotta in giudizio, altri sono soltanto semplici (o secondari), nel senso che hanno “valore inferenziale” cioè efficacia probatoria, costituiscono indizi, inducono a formare presunzioni o sono apprezzabili come argomenti di prova.

Il compito più importante del giudice già in sede di formulazione del dubbio (ovvero di determinazione dell’oggetto dell’accertamento)<sup>6</sup> è proprio quello di “individuare” la pretesa, “qualificare” cioè il capo di nullità e, dunque, distinguere i fatti principali da quelli semplici. È un compito importantissimo, che avrà i suoi effetti su tutto il processo ed incontra un limite insuperabile: i fatti devono essere quelli che le parti hanno proposto; il giudice non può inserirne altri, né può ricorrere alla scienza propria, poiché la formulazione d’ufficio del dubbio (can. 1677, § 2) non è un potere inquisitorio dell’ufficio, ma riguarda l’ordinaria attività di gestione del processo e, come chiarisce benissimo la DC, deve essere *ex libello desumpta* (art. 127, § 2).<sup>7</sup>

Nella distinzione tra fatti secondari e principali il giudice ha a disposizione la fattispecie astratta, la quale funziona a modo di criterio di selezione:<sup>8</sup> è, in pratica, in base alla norma definitoria del motivo di nullità che avviene la “individuazione”, la quale costituisce l’operazione ermeneutica fondamentale della *formula dubii*. Le inferenze, i collegamenti, le accessorietà tra i vari capi di nullità non dovrebbero mai riguardare il fatto principale, ma solo i fatti semplici, poiché nella dogmatica processuale ad uno stesso fatto costitutivo non possono essere date due qualificazioni diverse. Ciò presuppone, tuttavia, un impianto teorico perfetto che non è proprio di nessun ordinamento positivo, tampoco di quello canonico; accade, invece, che spesso tra le configurazioni normative non vi sia un’effettiva autonomia o, al contrario, che norme apparentemente unitarie manifestino un’effettiva complessità tanto

<sup>5</sup> Di grande aiuto è la lettura di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato Ciccumessineo-Mengoni*, III, t. 2, sez. I, Milano, 1992, in particolare il cap. II “Il fatto”, pp. 67-142.

<sup>6</sup> In sede di decisione il fatto principale già individuato nella formula del dubbio verrà o meno riconosciuto come tale.

<sup>7</sup> Il giudice non potrebbe neppure conferire ai fatti un *nomen* che le stesse espressamente rifiutano, né aggiungere capi non presentati. La dottrina classica, contro la prassi giurisprudenziale, riteneva che in questi casi si agisse senza attore con le ovvie conseguenze sulla sentenza. Così AE. DEL CORPO, *Selectae quaestiones processuales canonicae*, IV: *De sententiis aequivalenter conformibus in causis matrimonialibus*, in *Ephemerides iuris canonici*, 25 (1969), p. 92. Di recente. N. SCHÖCH, *Il potere del giudice nella concordanza del dubbio*, «Quaderni dello Studio Rotale», 13 (2003), pp. 76 ss.

<sup>8</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 75.

da dover essere sottoposte ad un procedimento di decomposizione.<sup>9</sup>

Il rapporto tra i vari capitoli, nonostante la diversità del *nomen iuris*, può configurarsi, già a livello di nosografia legale, come un rapporto di perfetta identità ed allora è evidente che ci si trovi di fronte ad un'impresione normativa, qual è il concorso di norme sulla medesima fattispecie astratta che ci occupa da vicino. La *condicio de futuro* di cui al can. 1102 § 1 (capo concordato ex can. 1683 davanti al Tribunale Apostolico) è solo quella sospensiva ed è inconciliabile con l'esclusione dell'indissolubilità nello stesso soggetto. *Proprium* della condizione è sospendere il sorgere del matrimonio ad un evento futuro ed almeno soggettivamente incerto: il nubente, dunque, contraendo *sub condicione de futuro*, specialmente se potestativa, non assume attualmente alcun impegno, riservandosi di assumerlo *ex post* e solo al verificarsi dell'evento dedotto in condizione; ciò è esattamente il contrario di quanto avviene nei casi di esclusione del *bonum sacramenti* in cui egli vuole *hic et nunc* il matrimonio riservandosi però, per varie motivazioni, in futuro la *fractio vinculi*. Il *modus operandi* dell'esclusione ipotetica è, invece, identico a quello della condizione risolutiva ed è per tale ragione che il codice del 1983 non ha riproposto la normativa del codice abrogato riguardo alle condizioni *contra matrimonii substantiam* (can. 1086\* § 2 conl. cum can. 1092\* n. 2): in entrambi i casi si trattava dell'esclusione volontaria di un elemento essenziale<sup>10</sup> appunto perché tale *condicio contra substantiam* non operava con il meccanismo sospensivo tipico della condizione, ma piuttosto con quello risolutivo tipico dell'esclusione.<sup>11</sup> La giurisprudenza ha più volte chiarito: "*Itaque si contrahens consensum praestat cum positiva voluntate solvendi vinculum quod initurus est, nisi observata a comparte promissione in pactum deducta, qua praepeditur assequendi quod praestituerat, consensus irritatur re et facto ob exclusum bonum sacramenti seu indissolubilitatem, quamvis formaliter sermo sit de aliqua conditione de futuro apposita*".<sup>12</sup>

<sup>9</sup> E. PALEARI, *Il principio della doppia sentenza conforme*, p. 106.

<sup>10</sup> «Communicationes», 3 (1971), p. 8; *ibidem*: 9 (1977), pp. 374-375; *ibid.* 15 (1983), pp. 233-234.

<sup>11</sup> Già D. STAFFA osservava: "*appositio conditionis contra substantiam destruit contractum ipsum ...cum apponitur conditio contra matrimonii substantiam obiectum consensus vere matrimonialis semper ac necessario deest*" (*De conditione contra matrimonii substantiam*, 2ª ed., Roma, 1955, pp. 11-12). Anche nella dottrina precedente si avvertivano le difficoltà di una distinzione: "La *intentio* e la *conditio contra substantiam* non rappresentano se non due fasi di uno stesso fenomeno psichico consistente nella autolimitazione del volere" (P. FEDELE, *Contributi alla teoria canonistica dei vizi del consenso matrimoniale*, Firenze, 1941, pp. 31 ss.). Di recente cf. R. COLANTONIO, *La "condicio de futuro"*, in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, Libreria Editrice Vaticana, 2003, pp. 416 ss.: "la *condicio resolutiva* configura solo un particolare modo di esplicitare la volontà in realtà simulatoria del contraente che rappresenta un momento di rottura tra volontà e dichiarazione. È contraddittorio qualificare come condizioni le fattispecie giuridiche che si pongono in antitesi con l'essenza e la natura del matrimonio".

<sup>12</sup> *Coram Palestro*, dec. 18 luglio 1990, in *RRDec.*, 82 (1990), p. 619, n. 9.

Le relazioni tra i vari capi, tuttavia, spesso non riguardano la fattispecie normativa, ma i singoli fatti (giuridici e semplici) che entrano nel processo ed è in questo solco che nasce propriamente il problema della c.d. “conformità equivalente”.

### 3. LE ESIGENZE PROCESSUALI E LA DETERMINAZIONE DEL CAPO DI NULLITÀ

In Rota il capo proposto *tamquam in prima instantia* è stato concordato in base alle richieste dell’attore anche se la condizione *de futuro* propriamente detta era contraddetta dal libello e dalla deposizione resa dall’attore in prima istanza (cf. n. 2 del decreto).

In tal modo l’accertamento del Tribunale Apostolico si è esteso ad una seconda prospettiva giuridica (astrattamente – per la norma concordata – inconciliabile con la simulazione, di fatto assolutamente identica) attraverso la quale valutare i fatti posti a fondamento della domanda.

In casi come questo non vi sono esigenze processuali per giustificare la contemporanea trattazione dei due capi poiché, non è semplicemente la *ratio facti* ad essere simile, ma la domanda ad essere esattamente la stessa, come unica è la norma giuridica applicabile (il can. 1101 § 2, considerato che nel nuovo codice non c’è una specifica norma sulla condizione risolutiva); si tratta di una vera e propria litispendenza con l’aggravante che il capo è riproposto in appello, *tamquam in prima instantia*, nonostante lo stesso (con altro *nomen*) sia pendente davanti allo stesso Giudice in secondo grado di giudizio. L’attore già nel libello dichiarava: “si può comprendere come subordinassi in modo determinante il perdurare stesso del vincolo che mi accingevo a contrarre al raggiungimento di quei fini a cui aspiravo...: una completa intesa sotto il profilo spirituale e materiale e soprattutto l’evenienza di prole” (cf. n. 2 del decreto) e subordinare il perdurare (non il nascere) del vincolo ad un evento potestativo significa escludere ipoteticamente l’indissolubilità. Né l’*ordo probationum* in simili casi è effettivamente diverso: l’analisi del *criterium aestimationis* (nella prospettiva della condizione) si sarebbe integrata nella *causa simulandi* (nella prospettiva dell’esclusione) e quella del *criterium reactionis* nella prova indiziaria e circostanziale.

La qualificazione della domanda in base al can. 1102 (come proposta ed accolta nella *formula dubii*) costituiva un errore di diritto (precisamente nella qualificazione giuridica dei fatti in sede di dubbio) che ha duplicato il processo sugli stessi fatti ed a cui – non senza una forzatura formale – si sarebbe potuto in sede di decisione provvedere decidendo sulla condizione con un “*provisum in primo*” (ovvero in *capite exclusionis boni sacramenti*).

La possibilità dell’appello, invece, ha trasportato in avanti il problema ed il momento in cui si sarebbe potuta evidenziare l’unicità della fattispecie era proprio attraverso la dichiarazione di conformità equivalente.

4. LA CONFORMITÀ EQUIVALENTE:  
UN TENTATIVO DI INTERPRETAZIONE ALLA LUCE DELLA DC

L'esigenza legislativa di ottenere una doppia sentenza conforme è una manifestazione particolare del patrimonio giuridico della Chiesa nell'esercizio della potestà giudiziale alla quale affida le decisioni sulla validità del vincolo matrimoniale. La nota genesi storica del principio, radicata nella preoccupazione di Benedetto XIV di difendere l'indissolubilità del matrimonio dalla *nimis precipitantia* dei giudici rispetto alle dichiarazioni di nullità<sup>13</sup> ed il successivo magistero Pontificio, in particolare di Giovanni Paolo II,<sup>14</sup> inducono a ritenere che il motivo teologico fondante sia la tutela dell'indissolubilità. I lavori preparatori al codice confermano ciò: la proposta di un Consultore di abolire il principio, poiché la necessità dell'appello non era patrimonio comune di tutti popoli ed urgeva, invece, una procedura breve che rispondesse anche alla poca organizzazione dei Tribunali, ebbe il voto contrario di tutta la Commissione proprio perché "*re enim vera, non tenet ratio diversae culturae et morum quorundam populorum, quia secus plurae exigentiae vitae christianae praeteriri deberent cum contrariae sint mentalitati «huius seculi»; Ecclesia vero praetermittere nequit ea omnia quae magis conferunt indissolubilitati vinculi matrimonialis*".<sup>15</sup> La sostanza è, insomma, che l'esame di una medesima causa condotto da due giudici in gradi di giudizio diversi offre una più sicura garanzia per una ricostruzione della verità fattuale e giuridica relativa alla reale situazione dei fedeli.<sup>16</sup> Tale *ratio* è consacrata nel can. 1641 § 1, il quale dichiara che "*firmiter prescripto can. 1643, res iudicata habetur: 1° si duplex intercesserit inter easdem partes sententia conformis de eodem petito et ex eadem causa petendi*", e nella possibilità di passare a nuove nozze dopo la *confirmatio* in grado di appello (can. 1684).

Su questo impianto normativo, al precipuo scopo di por fine alla persistente mancanza di uniformità nel modo di procedere per risolvere la questione di conformità,<sup>17</sup> causata soprattutto dalle disparate interpretazioni dei concetti di "*causa petendi*" e "*fatto giuridico*",<sup>18</sup> è intervenuto l'art. 291 della DC

<sup>13</sup> BENEDICTUS XIV, Const. *Dei Miseratione* §§ 1-3.

<sup>14</sup> In particolare le *Allocutiones ad Romanae Rotae Praelatos Auditores* del 1987, 1997, 2000 e soprattutto, del 2002.

<sup>15</sup> «*Communicationes*», 11 (1979), p. 266.

<sup>16</sup> Così P.A. BONNET, *Il principio della duplice decisione giudiziaria conforme ed il suo fondamento*, in *La doppia conforme nel processo matrimoniale*, Libreria Editrice Vaticana, 2003, p. 94.

<sup>17</sup> Di ciò si dovevano unanimemente la dottrina e la giurisprudenza. Per tutti cf. A. STANKIEWICZ, *La conformità delle sentenze nella giurisprudenza*, in *La doppia conforme nel processo matrimoniale*, cit., pp. 147 ss.

<sup>18</sup> È davvero impossibile in una nota dare conto di ciò; ci è consentito perciò di rinviare all'appena citato studio di A. Stankiewicz e, soprattutto, a J. Llobell che si è ripetutamente

Tale norma accoglie una nozione “stretta” di conformità equivalente fatta propria dalla recente giurisprudenza della Segnatura, la quale fino agli albori del nuovo millennio aveva criticato radicalmente il concetto stesso di conformità equivalente sostenendo, anche polemicamente, che<sup>19</sup> “*uno igitur verbo, cum pro uniuscuiusque tituli veritate non exstet nisi una sententia, pro nullitate ipsa matrimonii una pariter habetur sententia, etsi duae exsisterint*”.<sup>20</sup> Con un decreto del 1999<sup>21</sup> il concetto di conformità equivalente è stato recepito anche dal Supremo Tribunale con la motivazione classica<sup>22</sup> – spesso equivocata – secondo cui compete al giudice l’attribuzione del *nomen* al fatto principale addotto dalle parti: “*ex actis clare patet factum iuridicum in sententia primae instantiae consideratum idem esse ac illud in decreto ratihibitionis perspectum, etsi iudices inter se non consentire videntur quoad nomen iuris eidem facto tribuendum. Iudex pro scientia et conscientia aliquod nomen iuris alicui facto iuridico tribuendo ius dicit et ergo suum munus adimplet; spectat etiam ad iudicem declarare conformitatem decisionum*”.

È necessario sottolineare, tuttavia, che la Segnatura con tale decisione ha rigettato la querela di nullità avverso il decreto rotale di ratifica di due decisioni affermative, la prima per simulazione totale e la seconda per simulazione parziale. Ci troviamo, quindi, nell’ambito di quella che è stata definita “continenza” tra *causae petendi* e, più propriamente, dovremmo parlare di concorso “parziale” di norme sulla medesima fattispecie: se è vero, infatti, che la simulazione totale non è semplicemente l’esclusione contemporanea di tutti gli elementi e le proprietà essenziali, non c’è dubbio che l’esclusione di uno di questi elementi sia “contenuto” nella prima come il meno nel più<sup>23</sup>

occupato del tema, ad es., in *Il concetto di “conformitas sententiarum” nella “Dignitas connubii”*, in H. FRANCESCHI - J. LLOBELL - M.Á. ORTIZ (a cura di), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della Dignitas connubii*, Roma 2005, p. 220.

<sup>19</sup> Sottoposta al suo esame era la conformità tra due sentenze affermative per *metus* e per esclusione della fedeltà per ottenere il decreto di esecutività nell’ordinamento giuridico italiano.

<sup>20</sup> SEGNAURA APOSTOLICA, *Decisione del Prefetto nel Congresso*, 10 febbraio 1971, in *Periodica*, 60 (1971), p. 317.

<sup>21</sup> Prot. 29196/98 CG, rimasto inedito (cfr. J. LLOBELL, *I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l’incidenza sul medesimo del concetto di conformitas aequipollens fra i capi di accusa nelle cause di nullità del matrimonio*, «*Ius Ecclesiae*», 15 (2003), p. 653). In realtà la Segnatura in un quesito, aveva già dato per acquisito il concetto di conformità equivalente (cfr. SEGNAURA APOSTOLICA, *Quaesitum circa decretum quo sententia affirmativa primi gradus confirmatur, decisione «aequivalenter conformis»* (c. 1682 § 2), prot. 26882/96 VT, s.d., in *Periodica*, 87 (1998), pp. 613-616).

<sup>22</sup> È notissima la *Leodien.*, *coram* De Jorio del 13 maggio 1964, i cui principi, scardinati dalla fattispecie, potevano condurre all’arbitrio: “*Iudicium esse speciem seu nomen iuris tribuere factis ab alterutra vel utraque parte allatis, si actor seu actrix id non praestiterit, aut verum non tribuerit*” (SRRDec., 56 (1964), n. 2, p. 353).

<sup>23</sup> In tal senso anche la processualistica tradizionale: “*si asserta causa alias causas minores*

e che, quindi, sia il fatto giuridico che le prove se sono sufficienti per l'una sono "sovrabbondanti" per l'altra.

L'art. 291 § 2 della DC esplicita, ai fini della conformità equivalente tre principi:

- la necessaria identità dei *facta matrimonium irritantia*, cioè dei fatti principali che hanno generato la nullità;

- la necessaria identità delle *probationes*, cioè dei mezzi di prova e dei fatti secondari aventi rilevanza non diretta, ma strumentale alla dimostrazione dei fatti principali;

- l'irrilevanza invece del *nomen* dato dalla sentenza al capo di nullità.

La norma è chiara nel richiedere che i requisiti corrispondenti ai primi due principi siano contemporaneamente presenti e, soprattutto, nell'escludere che sia sufficiente l'identità dei fatti secondari. È, anzi, indicativo che sia richiesta anche – ma non solo – l'identità delle *probationes* poiché ciò dimostra la loro strumentalità rispetto ai fatti principali: se è vero che quando sono uguali i due fatti principali esaminati nelle due sentenze lo debba necessariamente essere anche il nucleo dei fatti semplici che è servito a quella dimostrazione, non è vero l'inverso: non è vero, cioè che all'uguaglianza dei fatti semplici corrisponda sempre quella dei fatti principali.<sup>24</sup> Ciò è, del resto, consono alla *ratio* della doppia conforme, che abbiamo visto risiedere teologicamente nella tutela dell'indissolubilità, garantita, dal punto di vista giuridico, dall'esigenza del duplice controllo circa l'esistenza dei fatti allegati e del giudizio di rilevanza degli stessi. Quando manchi tale duplice giudizio, manca il presupposto fondamentale perché si possa dare la conformità, ma quando il doppio accertamento esiste si verifica la condizione sufficiente per la dichiarazione di conformità.

*contineat, licet et parti et iudici descendere a maiore ad minorem, e.g. a simulatione totali ad partialem*" (F. ROBERTI, *De processibus*, vol. II, 4<sup>a</sup> ed., Città del Vaticano, 1956, p. 584). In giurisprudenza una *Romana*, *coram* BONET, dec. 1<sup>o</sup> aprile 1952, in *SRRDec.*, 44 (1952), pp. 212 ss. è agli albori della conformità. S. VILLEGGIANTE, *La conformità equivalente delle sentenze nel processo canonico di nullità matrimoniale*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 123 (1998), definisce le ipotesi di cui sopra come "unicità di fattispecie" (p. 370); J. LLOBELL, *Il concetto di "conformitas sententiarum"*, cit., p. 203, come "coincidenza parziale dei presupposti di fatto".

<sup>24</sup> Ciò è chiarissimo ad esempio nelle ipotesi di simulazione assoluta e difetto di discrezione di giudizio dove spesso vi è uno stesso nucleo di fatti semplici utili (ma non sufficienti) alla dimostrazione di entrambi i capi.

<sup>25</sup> "Occorre subito escludere che la *causa petendi* sia la norma di legge invocata dalla parte in giudizio: l'azione s'individua e si identifica mediante gli elementi di fatto che hanno resa concreta la volontà della legge e non per l'astratta norma di legge" (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale Civile*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1960, p. 370). Da ciò Chiovenda ne deduce – in modo che deve essere rettammente inteso – che "il semplice mutamento del punto di vista giuridico (cioè l'invocazione di una diversa norma nel caso che uno stesso fatto possa cadere sotto diverse norme di legge) non importa diversità d'azioni".

L'irrelevanza del *nomen*, ferma restando l'identità del matrimonio e del fatto di contestazione della nullità è, del resto, un dato acquisito<sup>25</sup> nella teoria generale dell'azione.<sup>26</sup>

La nozione di "fatto" accolta dall'art. 291 § 2, sembra molto chiara e, secondo noi, non si può sostenere che la DC abbia consacrato il principio che il vero criterio della conformità sia rappresentato non solo dall'identità, ma anche dalla "reciproca coordinazione dei fatti costitutivi"<sup>27</sup> posti a fondamento della dichiarazione di nullità del matrimonio indipendentemente dall'inquadramento di quei fatti in un capo di nullità o in uno diverso. La DC è chiara nel richiedere "l'identità" dei fatti principali ed il concetto di "reciproca coordinazione" è rischioso come lo era quello di "compatibilità" o "equivalenza" dei fatti (intesi in modo generico), utilizzato da quella parte della dottrina e della giurisprudenza che non distingueva con chiarezza i fatti principali da quelli semplici.<sup>28</sup>

## 5. CONSEGUENZE APPLICATIVE

La nozione di equivalenza che, secondo noi, emerge dalla DC investe soltanto la "diversità" tra due *nomina* formalmente dissimili, ma che condividono lo stesso fatto principale, cioè la stessa *causa petendi*.

Lo stesso fatto, insomma, è stato qualificato come "principale" ai fini di due diverse norme utilizzando in via probatoria gli stessi fatti semplici, cioè le stesse prove.

Intesa in questo modo la "conformità equivalente" ossia "sostanziale" (come precisa in modo terminologicamente più corretto la DC), ha spazi di operatività limitati e non è concepibile alcuna conformità in base alla sola identità dei fatti semplici, cioè delle prove, poiché la prova è lo strumento dell'accertamento e non il suo oggetto. La DC, infatti, fonda la conformità non semplicemente "*super iisdem factis*",<sup>29</sup> ma "*super iisdem factis matrimonium irritantibus*" cioè sugli stessi fatti principali.

<sup>26</sup> Diverso problema è se la procedura *ex art. 1514* di modifica dei termini della controversia sia necessaria pur se, in corso di causa, si modifichi il solo *nomen iuris*. La modifica del *nomen*, se effettivamente non si mutino i fatti contestazione della nullità, non comporta cambiamento della *causa petendi*, ma comporta mutamento della formula del dubbio ed è perciò necessario ricorrere alla relativa procedura. L'art. 136 DC conforta questa opinione.

<sup>27</sup> J. LLOBELL, *Il concetto di "conformitas sententiarum"*, cit., p. 220. È interessante notare che l'autore ha mutato l'orientamento contrario che aveva assunto in precedenza. ID:EM, *Note sulla congruenza e sulla conformità delle sentenze di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), pp. 543-564.

<sup>28</sup> In particolare K. LÜDICKE, *Ad can. 1514*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex iuris Canonici* (Loseblattwerk, Stand November 1996), Essen seit 1984; E. EGAN, *The introduction of a new chapter of nullity in Matrimonial courts of appeal*, Rome, 1967, e la giurisprudenza *coram Serrano* e Bruno ivi citata.

<sup>29</sup> Osserva S. VILLEGIANTE, *La conformità equivalente*, cit., che "l'espressione ha esercitato

Se l'identità della pronuncia è necessaria riguardo agli stessi fatti principali – cioè dal *nomen* attribuito –, indipendentemente dalla loro qualificazione, significa che sostanzialmente:

- a) o vi è un concorso di norme sulla medesima fattispecie;
- b) o vi è un'ipotesi di "continenza" tra le *causae petendi* delle due sentenze sicché una è assorbita nell'altra;
- c) o vi è un errore di diritto nella qualificazione data dal giudice.

Il primo caso abbiamo visto che si può verificare per l'imperfezione dell'ordinamento giuridico per cui una stessa identica fattispecie consenta già in astratto di essere giudicata e considerata sotto profili apparentemente diversi.<sup>30</sup>

Il secondo caso è verificabile nelle singole ipotesi di simulazione parziale le quali, sebbene siano tra loro strutturalmente diverse (sotto l'aspetto del fatto di contestazione della nullità), costituiscono un *minus* rispetto alla simulazione totale dal momento che, se si esclude il *matrimonium ipsum*, non è ontologicamente possibile accettarne uno degli elementi costitutivi o delle proprietà essenziali.<sup>31</sup> Si pensi ancora alla figura del dolo e dell'*error in qualitate personae*; per quanto si voglia ritenere che il primo costituisca in fatto un allargamento dei casi di efficacia dell'errore – poiché vengono prese in considerazione anche ipotesi di errore che altrimenti non avrebbero di per sé rilevanza come vizio della volontà negoziale<sup>32</sup> – è evidente che difficilmente

un fascino stupefacente, fino a creare la persuasione che un ulteriore esame fosse un'ingiustizia ed una perdita di tempo".

<sup>30</sup> Conveniva su tali conclusioni anche la giurisprudenza più contraria alla conformità equivalente, il cui migliore esponente era senza dubbio Mons. Pinna, in S. VILLEGGIANTE, *La conformità equivalente*, cit., p. 313. Lucido esponente della dottrina è Ae. DEL CORPO, *De sententiis aequivalenter conformibus*, cit., pp. 88 ss.

La casistica sotto il nuovo codice citata è quella dell'errore determinante la volontà circa l'unità, l'indissolubilità e la dignità sacramentale del matrimonio (can. 1099) e dell'esclusione di queste proprietà con un atto positivo di volontà (can. 1101 § 2). Tali casi di errore sono, infatti, rilevanti nella misura in cui esso abbia "determinato" la volontà, dando origine ad un circolo vizioso tra la "causa" e l'"effetto" che rende indimostrabile sul piano probatorio se l'errore sia considerato *ex se* o in quanto *causa simulandi* dell'esclusione. Ipotesi simile è quella dell'esclusione della dignità sacramentale e della simulazione totale nella misura in cui la prima sia considerata una *species* della seconda e la stessa *ratio* potrebbe valere per l'esclusione del *bonum coniugum*. Cf. coram Stankiewicz, decr. 22 marzo 1994, *Reg. Aprutini seu Teramen.*, in *Verità e definitività della sentenza canonica*, Libreria Editrice Vaticana, 1997, p. 224.

<sup>31</sup> Cf. la nota 23. Tuttavia, recentemente è stato riproposto di distinguere i casi di "continenza" vera e propria, tra i quali non rientrerebbe quello della simulazione parziale in rapporto alla simulazione totale, da quelli in cui deve invece parlarsi di "assorbimento" di un capo di domanda in un altro (cf. G. MARAGNOLI, *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*, in *Ius Ecclesiae* 19 (2007), pp. 195-197).

<sup>32</sup> Così P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, 3<sup>a</sup> ed., Genova, 1998, p. 161.

l'errore potrebbe avere un'autonoma rilevanza in presenza di un dolo ordito *circa eandem qualitatem*.

Il terzo caso si verifica quando il giudice di secondo grado accerti che quello di primo grado ha errato (soltanto) nella qualificazione del fatto principale addotto e provato: se veramente, infatti, i fatti principali e secondari sono già stati accertati una volta e non sono mutati, non c'è dubbio che l'unica differenza possibile sia nella qualificazione e dalla DC si evince che – immutato il fatto principale – spetta al tribunale d'appello dare il *nomen* corretto (art. 291 § 3), sempre che, naturalmente, ambedue i *nomina* siano stati evocati nel decreto di concordanza del dubbio<sup>33</sup>. Ciò potrà accadere ad esempio nell'ipotesi in cui, accertato il fatto principale dell'*ablatio libertatis ob graviditatem*, il giudice di primo grado abbia ritenuto che essa dipendeva da un'imaturità affettiva e quello di secondo grado dalle *minae parentum*:<sup>34</sup> sembra che in questo caso il fatto principale non sia cambiato, né siano mutati i fatti semplici, ma solo il giudizio sulle cause del difetto di libertà a cui consegue la diversa qualificazione della *causa petendi*, la quale è rimasta identica.<sup>35</sup>

Rimane il problema di verificare se sia possibile la conformità in caso di semplice “collegamento” o “connessione”<sup>36</sup> tra i fatti principali, ferma l'identità dei fatti semplici delle due sentenze. Per le motivazioni già accennate riteniamo che ciò non sia possibile; il concetto di “connessione” tra i fatti è ambiguo: la connessione evoca l'interdipendenza delle fattispecie concrete, ma esclude l'identità dei fatti giuridici. Non c'è dubbio ad es. che spesso ci sia una stretta connessione tra i “fatti” rinvenibili in ipotesi di *vis et metus* o quelli relativi all'imaturità con quelli che costituiscono la simulazione ed è noto che “*lato sensu*” i primi possono integrare la *causa excludendi* della seconda: è il legame tipico tra causa ed effetto. La causa è, però, fatto distinto dall'effetto e – se c'è consequenzialità astratta – può mancare quella concreta e, quindi, quella giuridica. Se così è, sembra evidente che i singoli fatti costituenti la *causa simulandi* rimangano solo fatti semplici strumentali all'accertamento di un fatto principale diverso. Il problema è verificare se sia rimasto lo stesso, indipendentemente dal *nomen* attribuito in sentenza, il fatto principale che il giudice ha dichiarato esistente. Se c'è soltanto “connessione”, il fatto princi-

<sup>33</sup> Cf., infatti, quanto avvertito alle note 7 e 26.

<sup>34</sup> Cf. in merito la *Portoricen.*, *coram* Huber, 21 giugno 2000, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 128 ss., annotata da M. Gas i Aixendri.

<sup>35</sup> Altro problema, che non può essere neppure sfiorato in questa sede, è in che misura le cause di un fatto giuridico entrino nel fatto stesso e, dunque, identifichino la domanda. Così ad esempio le qualità oggetto dell'errore o del dolo, le circostanze della condizione, ecc. Su questo argomento cf. J. LLOBELL, *Il concetto di “conformitas sententiarum”*, cit., pp. 215-216. Il problema in sede di conformità è quello dell'art. 291 § 1 DC che richiede nell'ipotesi di conformità formale l'identità della motivazione.

pale preso in considerazione non è stato solo diversamente qualificato, ma è concretamente mutato: ci troviamo di fronte a due sentenze affermative per capi diversi in cui c'è una certa identità dei fatti semplici, tra i quali si può solo ritenere esistente la "connessione".<sup>37</sup>

È chiaro che ci stiamo occupando di una materia "liquida" e che sull'ipotesi dell'errore di diritto nella qualificazione – tutt'altro che rara soprattutto nelle regioni dove c'è "troppa" o "troppo poca" conoscenza del diritto – è necessaria un'illuminata prudenza poiché c'è il pericolo concreto che il giudice di seconda istanza si sostituisca a quello di prima non semplicemente nella qualificazione dei fatti, ma nell'accertamento degli stessi. In questo campo, inoltre, è difficile ragionare sui capi di nullità astratti prescindendo dalla singola fattispecie e non meraviglia la tendenza della giurisprudenza ad evitare soluzioni rigorosamente dedotte da posizioni di principio di difficile se non impossibile enunciazione, per ispirarsi a criteri di orientamento opportunamente elastici anche se fonte essi stessi di deviazioni ed equivoci.<sup>38</sup>

In sede di decisione l'insidia permanente di considerare principali fatti che sono solo semplici con la conseguenza di svuotare di contenuto il principio della duplice conforme è sempre in agguato.

#### 6. LA CONFORMITÀ EQUIVALENTE TRA SENTENZE "PRO VINCULO"

Il decreto in esame, nonostante sostenga inizialmente che la specificità delle esigenze probatorie dei singoli capi "*obstat sine dubio quominus admittatur declaratio conformitatis aequipollentis inter duas sententias pro vinculo latas*" (n. 5 in fine) sembra concludere in modo più possibilista sostenendo che "*non potest*

<sup>36</sup> Il termine insieme a quello su riportato di "continenza" è utilizzato da J. LLOBELL, *Il concetto di "conformitas sententiarum"*, cit., p. 202.

<sup>37</sup> Un esempio tratto dalla giurisprudenza è esemplificativo: "*Quae cum ita sint, cum in utraque sententia de eodem facto immaturitatis agatur, quod in prima instantia sub respectu simulationis, in altera vero sub respectu defectus discretionis iudicii consideratum est, inter sententiam Pictaviensem ... et illam Burdigaliensem ... substantialis seu aequivalens conformitas admitti potest*" (decreto *coram* Stankiewicz, 26 febbraio 1987, «*in-RRDecr.*», 5 (1987), n. 12, p. 40). L'indole immatura della donna che in prima istanza era stata ritenuta causa (cioè fatto secondario) di un'esclusione assoluta (in cui il fatto principale è l'atto di volontà simulato), in secondo grado è stata ritenuta *ex se* (cioè è divenuto il fatto principale) integrante il difetto di discrezione di giudizio. È il caso, tra i tanti, del citato decreto *coram* Stankiewicz, 26 febbraio 1987. Che questo non sia il pensiero dell'attuale Decano ma del Turno, risulta evidente leggendo il rigoroso decreto *Reg. Aprutini seu Teramen.* del 1994, cit., fautore di un concetto "stretto" di conformità.

<sup>38</sup> I problemi non sono minori nel diritto processuale degli Stati con riferimento alla portata oggettiva del giudicato. In proposito cf. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2005, p. 168. Alla nota n. 55 l'autore dà un saggio di tutte le incertezze della giurisprudenza civile.

*tute declarari conformitas aequipollens inter duas sententias pro vinculo latas, si fundamentum talis declarationis est saltem incertum*" (n. 6 in fine).

Tale "cautela" è senza dubbio condivisibile: l'incertezza, che non è la mera possibilità del contrario (cf. art. 247 § 2 DC), è un criterio irrazionale prima ancora che ingiusto di decisione e ciò nelle fattispecie di conformità equivalente esige un superiore sforzo interpretativo che superi schemi rigidi ma, nello stesso tempo, non perda di vista il fatto che il legislatore ha scelto le regole del processo per accertare la verità sullo *status*.<sup>39</sup>

A mio parere, dunque, *mutatis mutandis*, i criteri interpretativi esaminati si applicano anche alle sentenze *pro vinculo*.<sup>40</sup>

L'oggetto del giudizio di nullità matrimoniale è sempre l'accertamento di uno *status* e tale oggetto non muta di natura a seconda che si concluda in modo positivo o negativo. La diversità degli effetti – nel caso di sentenze affermative l'incidenza positiva su uno *status* giuridico apparente, nel caso di sentenze negative il quasi giudicato sulla singola causa di nullità dedotta in giudizio (cf. 289 §§ 2-3 DC) – non influisce sulla sostanza processuale della sentenza. L'accertamento negativo non si limita a dichiarare l'insufficienza delle prove, ma a causa di essa, rigetta la domanda dichiarando che, perciò, non consta della nullità del matrimonio per quel motivo di nullità.

Questo giudizio è egualmente idoneo ad essere sostanzialmente conforme ad altro, pronunciato in grado superiore sugli stessi fatti giuridici con un diverso *nomen iuris* e fondato sulle le stesse prove.<sup>41</sup> Il giudice nel valutare la conformità deve avere chiari i criteri per potersi discostare dal rassicurante giudizio formale sull'eguaglianza del dispositivo delle due sentenze (art. 291 § 1 DC), ma non vi sono ragioni positive perché questi criteri cambino a seconda dell'esito affermativo o negativo delle due domande.

<sup>39</sup> Il Santo Padre ricordava: "ogni contrapposizione tra pastoraltà e giuridicità e furovian-te... il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli (cfr. can. 221) e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale" (*Allocutio* del 18 gennaio 1990, nn. 4 e 7). La "forma" del processo è strumento imprescindibile e scriveva Chiovenda che "non vi sarebbe ragione di lagnarsi delle forme più di quello che... avrebbe ragione il colombo di lagnarsi dell'aria che rallenta il suo volo senza accorgersi che appunto quell'aria gli permette di volare" (G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, pp. 353 ss.).

<sup>40</sup> In questo senso di recente G.P. MONTINI, *Alcune questioni processuali intorno alla decretazione di conformità equivalente*, in *Periodica*, 95 (2006), pp. 489 ss. e J. LLOBELL, *Il concetto di "conformitas sententiarum"*, cit., p. 209.

<sup>41</sup> Così un decreto *coram* Pasquazi del 30 novembre 1951 che negava il diritto d'appello per la conformità tra due decisioni negative sul *metus* che in primo grado era stato rigettato a motivo della prova della simulazione, in secondo grado era stato semplicemente rigettato (cf. *Ephemerides iuris canonici*, 18 (1962), pp. 433-435). Cf. recentissima *coram* Sciacca, dec. 3 marzo 2006 (inedita), p. 16, n. 38.

Già si è detto<sup>42</sup> che non v'è effettiva differenza tra i criteri di prova<sup>43</sup> di capi che – nei casi di vera conformità sostanziale – sono solo formalmente diversi proprio perché il fatto giuridico (ossia l'oggetto della prova) è il medesimo: prendendo spunto dalla nostra fattispecie, l'analisi del *criterium aestimationis* (nella prospettiva della condizione risolutiva) si sarebbe integrata nella *causa simulandi* (nella prospettiva dell'esclusione dell'indissolubilità) e quella del *criterium reactionis* nella prova indiziaria e circostanziale.

Né si può dire che ci troviamo di fronte ad una norma eccezionale o ad un dubbio interpretativo:

- non ci sembra che l'art. 291 § 2 costituisca un'eccezione al can. 1641, 1° sia perché la DC, comunque la si voglia qualificare,<sup>44</sup> è fonte (normativa?) secondaria, sia perché essa chiarisce semplicemente cosa il canone citato intenda per "*eadem causa petendi*";

- il significato proprio delle parole analizzato nel testo e nel contesto (can. 17) è chiaro: i cann. 1641, 1° e 1643 riguardano certamente tutte le sentenze e l'art. 291 della DC – che in sede interpretativa avrebbe potuto far chiarezza, se dubbi ve ne fossero stati – non fa alcuna distinzione tra sentenze *pro vinculo*

<sup>42</sup> Cf. § 3.

<sup>43</sup> Un dato *ordo probationum*, inoltre, per quanto sia costantemente adoperato, non costituisce un corpo immutabile, ma è il campo eccellente della discrezionalità giudiziale che deve valutare le prove secondo la sua coscienza ferme restando le disposizioni di legge sull'efficacia di alcune prove (can. 1608 § 2; art. 247 § 4 DC).

<sup>44</sup> Diverso e grave problema, di cui non possiamo occuparci, è la natura della DC nell'ambito degli atti esecutivi dell'ordinamento canonico e, quindi, il suo rapporto con le norme codiciali che hanno natura primaria (cf. E. BAURA, *Il valore normativo dell'Istruzione «Dignitas connubii»*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii». Parte Prima: I principi*, Libreria Editrice Vaticana, 2007, pp. 185-211; J. LLOBELL, *La natura giuridica e la recezione ecclesiale dell'istr. «Dignitas connubii»*, in *Ius Ecclesiae*, 18 (2006), pp. 343-370). Nonostante la DC si autoqualifichi quale Istruzione, sembra chiaro che essa non possa essere ritenuta tale ai sensi del can. 34. G. P. MONTINI, *L'istruzione Dignitas Connubii*, in *Periodica*, 94 (2005), pp. 417 ss. ritiene che sia un "atto amministrativo generale". La DC ha il dichiarato scopo non semplicemente di eseguire leggi vigenti, ma di ordinare tutta la materia processuale delle cause matrimoniali ed è stata preparata e pubblicata su espresso mandato Pontificio (datato 24 febbraio 1996 di cui l'istruzione riferisce nel proemio unitamente all'ordine di pubblicazione del 4 febbraio 2003). È pur vero che ciò è cosa diversa dall'approvazione in forma specifica. Com'è noto, proprio per dipanare dubbi, la Costituzione Apostolica *Pastor bonus* (art. 18 § 2) ed il *Regolamento generale della Curia Romana* (art. 125 § 2) hanno dettato come regola interpretativa che affinché possa constare dell'approvazione in forma specifica essa debba risultare espressamente. La situazione è simile e desta, per la DC, le stesse problematiche che si posero in riferimento ad es. all'art. 219 § 2 della *Provida Mater Ecclesiae* la quale consentiva, *silente codice*, di aggiungere in appello un nuovo capo da trattare *tamquam in prima instantia*: M. PINNA (Uditore rotale e professore di prassi processuale allo Studio rotale), nel suo *Praxis iudicialis canonica* (Romae, 1952, pp. 113 e 114, e 1966, pp. 150-156), sosteneva la nullità del disposto della PME proprio in quanto un'istruzione non può derogare la legge.

e *pro nullitate*, ma si limita a dettare i criteri affinché “due sentenze” possano dirsi formalmente o sostanzialmente conformi.

Il dubbio, dunque, non è propriamente “interpretativo”, ma “applicativo” e la sua soluzione è rimessa alla preparazione ed alla prudenza del giudice.

Allo stesso modo non si può, a nostro avviso, ritenere che l'art. 291 § 2 sia una *lex odiosa* perché coarta il diritto d'appello ed è, pertanto, soggetta a stretta interpretazione.<sup>45</sup> L'influsso sul diritto d'appello che era, com'è noto, una delle motivazioni per le quali in passato si dubitava circa la possibilità della conformità equivalente,<sup>46</sup> non è diverso dalle altre ipotesi di quasi giudicato: l'appello non può essere dato avverso due sentenze (affermative o negative) conformi (formalmente o equivalentemente) e ciò anche quando la conformità investa una sentenza pronunciata su un capo concordato *tamquam in prima instantia*.

Lo sguardo dell'interprete deve essere fisso sull'oggetto dell'accertamento: la decisione di un tribunale superiore è effettivamente *in prima instantia* quando investe un nuovo fatto giuridico che non è stato oggetto dell'accertamento di primo grado; non lo è, invece, quando, nonostante la diversità del *nomen*, il fatto giuridico è lo stesso già deciso da un tribunale inferiore. La duttilità dello strumento di cui al can. 1683 consiste proprio nella possibilità data al tribunale di appello di operare sia come giudice del riesame che come giudice di primo grado e, di nuovo, nell'ipotesi di conformità tocca all'interprete verificare quando ciò accada.

#### 7. “INTEGRO MANENTE IURE DEFENSIONIS”

La pronuncia con cui il giudice decide sulla conformità equivalente ha delle caratteristiche proprie che la distinguono dalla causa principale sulla nullità del matrimonio, in particolare:

- ha una propria autonomia processuale indipendentemente dal fatto che sia contenuta nel corpo della sentenza o in un separato decreto;
- non è una decisione sullo stato delle persone e, quindi, passa in giudicato a norma del can. 1641;
- costituisce un *decretum vim sententiae definitivae habens* (can. 1618) poiché pone fine al giudizio determinando il quasi giudicato dell'ultima decisione.

<sup>45</sup> Che nell'ipotesi di sentenze “*pro vinculo*”, a quanto è dato comprendere, diverrebbe “strettissima” se non inesistente.

<sup>46</sup> In particolare tra una decisione *pro nullitate* del tribunale inferiore ed una decisa su un capo *tamquam in prima instantia* del tribunale d'appello S. VILLEGGIANTE, *La conformità equivalente*, cit., pp. 376-377. In senso contrario, da ultimo J. LLOBELL, *La conformidad equivalente de dos decisiones en la causas de nullidad del matrimonio. Ulteriores consideraciones*, in M. CORTÉS - L. SAN JOSÈ, *Curso de derecho matrimonial y procesal canonico, para profesionales del foro*, vol. 18, Salamanca 2007, p. 260.

Le difficoltà applicative esaminate e l'importanza che sulla questione di conformità ha il ragionamento giudiziale impongono due cose: 1) che sulla sua esistenza o inesistenza vi sia un'ideale motivazione sia nella parte *in iure* che *in facto* della sentenza; 2) che tale motivazione possa essere oggetto di impugnazione.<sup>47</sup> Queste dovrebbero essere le linee interpretative per comprendere l'inciso dell'art. 291 § 3 DC "*integro manente iure defensionis*" ed il decreto *coram* Erlebach affronta il problema soprattutto sotto il secondo aspetto concludendo che l'effettività del diritto di difesa si risolve soprattutto nella possibilità della parte che si ritiene gravata di appellare la decisione del giudice di seconda istanza che abbia ritenuto la propria sentenza sostanzialmente conforme con quella del tribunale inferiore. Se la questione della conformità tra due sentenze di tribunali inferiori (evidentemente in diverso grado di giudizio) sorge, invece, dinanzi al giudice di terza istanza (normalmente la Rota Romana), ammessa la questione e data alle parti private e pubbliche la possibilità di intervenire nella discussione, la decisione sulla conformità è inappellabile.<sup>48</sup>

L'inappellabilità della decisione di terza istanza non è motivata nel decreto; la dottrina citata l'ha giustificata poiché ai sensi del can. 1631 (art. 282 DC) la questione relativa alla conformità delle due sentenze si risolve in quella attinente all'ammissibilità dell'appello che dovendosi risolvere *expeditissime*, non è più appellabile (can. 1629, 5°; art. 280, 5° DC). L'inappellabilità, inoltre, sarebbe consona alla *ratio* (da sempre propria degli ordinamenti civili), accolta anche dal m.p. *Sacramentorum Sanctitatis tutela* (art. 23, 1°), il quale ha introdotto il concetto – nella materia oggetto del *motu proprio*, aggiungerei – dell'inappellabilità della decisione di seconda istanza indipendentemente dal fatto che sia conforme a precedente decisione.<sup>49</sup>

La natura di decisione che passa in giudicato darebbe, inoltre, alla decisione sulla conformità il rimedio della *restitutio in integrum*.

La prima motivazione dell'inappellabilità non è accolta da una parte della dottrina<sup>50</sup> la quale ritiene che in tali casi non si sia di fronte ad una questione oggettiva sul diritto di appello, ma ad una questione di merito sull'esistenza della conformità e che qualora "si trascendesse dalle mere questioni di

<sup>47</sup> Mi sia consentito di rinviare alla ricca e ragionata analisi di G. P. MONTINI, *Alcune questioni processuali*, cit., pp. 483-551. Contrario ad ammettere il diritto di appello è E. TURNATURI, *L'appello* (artt. 279-289 DC), in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii»*. Parte terza: la parte dinamica del processo, Libreria Editrice Vaticana, in corso di stampa.

<sup>48</sup> È quanto suggeriva J. LLOBELL, *Il concetto di "conformitas sententiarum"*, cit., p. 214.

<sup>49</sup> J. LLOBELL, *La conformidad equivalente de dos decisiones*, cit., p. 25. L'autore in questo recentissimo studio esamina anche altri grossi problemi processuali (ad es. il carattere sospensivo dell'appello) dei quali non è possibile dare conto in una nota.

<sup>50</sup> G.P. MONTINI, *Alcune questioni processuali*, cit., pp. 544 ss.

diritto a quelle di fatto o di merito si avrebbe un'indebita trasformazione o menomazione del diritto del ricorrente”.

Come si può notare, almeno in dottrina, il discorso è totalmente aperto;<sup>51</sup> certo è che un'interpretazione larga della possibilità di appello contrasterebbe proprio con la funzione della doppia conforme che è senza dubbio quella dell'economia processuale e, per quanto il fine della legge non sia la legge, sicuramente ne è ottimo strumento interpretativo (can. 17).

#### 8. DALLA CONFORMITÀ EQUIVALENTE DELLE SENTENZE A QUELLA DELLE DOMANDE?

Il decreto *coram* Erlebach induce ad altre riflessioni sulle quali per motivi oggettivi è possibile solo dare un cenno.

Si è visto che in Rota il capo proposto e concordato *tamquam in prima instantia* (la condizione *de futuro*) nonostante la diversità del *nomen* consisteva esattamente nello stesso fatto giuridico già deciso negativamente dal Tribunale Inferiore (l'esclusione della indissolubilità) ed appellato presso il Tribunale Apostolico.

A causa dell'errata qualificazione in sede di concordanza del dubbio si è generata una sostanziale litispendenza della stessa causa davanti allo stesso Tribunale, ma in due gradi di giudizio diversi e la Rota sul capo della condizione (quella risolutiva, non quella sospensiva) si sarebbe potuta dichiarare assolutamente incompetente in funzione di giudice di prima istanza (can. 1440, artt. 9 e 289 DC) giacché stava contemporaneamente esaminando lo stesso fatto giuridico, con altro nome, quale giudice dell'appello.

Il problema – di massimo momento ai fini della valutazione della litispendenza e dell'*exceptio litis finitae* – è la possibilità di estendere l'applicazione del concetto di conformità equivalente dalla sentenza alla domanda con la conseguenza che il giudice *in limine litis* dovrà valutare se il nuovo capo formalmente diverso dal precedente non sia, invece, fondato sugli stessi fatti giuridici e le stesse prove di un precedente giudizio.

La dottrina che, prendendo spunto anche sull'esperienza di alcuni Tribunali inferiori,<sup>52</sup> ritiene, per un principio di “ecologia processua-

<sup>51</sup> In giurisprudenza, oltre al decreto commentato, a quanto cita Montini, v'è una *coram* Turnaturi, 22 novembre 2002, che ha rigettato l'appello ed è al vaglio della Segnatura per una querela di nullità (G.P. MONTINI, *Alcune questioni processuali*, cit., p. 539 nota 82) ed un decreto *coram* Sciacca, 19 dicembre 2003 (in *Il diritto ecclesiastico*, 115/2 (2004), pp. 385-389) che ritiene possibile solo la *nova causae propositio*.

<sup>52</sup> I casi noti sono quelli del Tribunale Lombardo *coram* Maragnoli del 17 dicembre 1998 (in *Il diritto ecclesiastico*, 116/2 (2005), pp. 3-9) e del Tribunale di Appello del Vicariato di Roma *coram* Martín de Agar del 16 aprile 2002 (in *Il diritto ecclesiastico*, 114/2 (2003), pp. 201-210). J. Llobell ha affrontato con crescente chiarezza il problema che investe trasversalmente l'iden-

le”,<sup>53</sup> che il concetto di equivalenza in sede di sentenza debba essere trasportato anche al momento dell’introduzione della domanda ha recentemente sottolineato anche le ragioni “pratiche” che si opporrebbero ad una simile estensione:<sup>54</sup> “Di fatto, mentre per dichiarare la conformità equivalente tra due decisioni il secondo tribunale dispone degli atti di entrambe le cause, il rigetto della domanda pone maggiori difficoltà di motivazioni *ex actis et probatis*, salvo i casi di nullità che, benché denominati in modo differente, dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono ritenuti come sinonimi. Le prove indicate inizialmente nella domanda permettono in effetti una così grande quantità di successive modificazioni nella fase istruttoria (DC artt. 117, 157, 236, 239 ecc.) che il tribunale difficilmente potrà dichiarare *in limine litis* che la nuova domanda si fonda sui medesimi fatti che hanno reso il matrimonio nullo e sulle stesse prove”.

A ciò bisogna aggiungere che l’art. 291 § 2 DC è espressamente dettato per valutare la conformità delle decisioni, non quella dei libelli e presuppone un accertamento definitivo del fatto giuridico, delle prove e del *nomen* conferito, laddove in sede di concordanza del dubbio il fatto giuridico riceve solo una prima valutazione funzionale all’istruttoria che può essere cambiata in corso di causa; le prove, infine, non sono tali in senso tecnico, ma, non essendo stata ancora un’istruttoria, sono semplicemente asserite.

L’art. 289 § 3,<sup>55</sup> codificando il divieto del *ne bis in idem*, stabilisce, inoltre, chiaramente che la causa è la stessa sulla base di una qualificazione formale: l’identità del capo di nullità.

Aggiungerei che al momento della concordanza del dubbio il giudice nell’opera di “individuazione” – che abbiamo visto<sup>56</sup> essergli propria anche in quella fase – non solo non ha la “quantità” di fatti che saranno adottati nel corso del processo, ma non ha neppure la “qualità” dei poteri che gli compe-

tificazione della domanda, il suo mutamento e la conformità delle decisioni. Oltre agli studi già citati cf. *I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l’incidenza sul medesimo del concetto di “conformitas aequipollens” fra i capi di “accusa” nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 650-653; *Ancora sulla modifica “ex officio” del decreto di concordanza del dubbio*, in *Ius Ecclesiae*, 17 (2005), pp. 742-758. Da ultimo *I Tribunali competenti nell’Istruzione Dignitas Connubii*, Relazione al Corso di aggiornamento in diritto matrimoniale e processuale canonico della Pontificia Università della Santa Croce, 17-21 settembre 2007, attualmente *pro manuscripto*, ma in corso di pubblicazione.

<sup>53</sup> Così nel citato *La conformidad equivalente de dos decisiones*, cit., p. 32.

<sup>54</sup> Non disponendo i lettori del manoscritto distribuito al Corso mi permetto di riportarlo nel testo.

<sup>55</sup> Sui problemi che l’apparente contraddizione tra l’art. 289 e l’art 291 pone, cf. G. MARAGNOLI, *Dignitas Connubii una nuova istruzione della Santa Sede sui processi canonici di nullità del matrimonio*, in *Iustitia*, 58 (2005), p. 247 e J. LLOBELL, *Il concetto di “conformitas sententiarum”*, cit., p. 222.

<sup>56</sup> *Vide supra* § 2.

tono in sede di decisione. L'istruzione, nel raccogliere la giurisprudenza dei Tribunali apostolici è anzi molto esigente nel prescrivere che non può essere fatta una sorta di pre-istruttoria<sup>57</sup> e la reiezione del libello nel merito è limitata al difficile caso che "qualche fondamento non (possa) emergere neppure nel corso del processo" (can. 1505 § 2; art. 121, 4° DC).

Ciò nonostante, residua almeno una possibilità nella quale la domanda potrà (e, a mio avviso, dovrà) essere rigettata a causa della sua conformità con altra già giudicata con un diverso *nomen*: si tratta proprio dell'esaminata ipotesi di concorso di norme sulla stessa fattispecie giuridica, dove già a livello normativo v'è identità del "criterio di rilevanza": l'esempio tipico era appunto nella *conditio/intentio contra matrimonii substantiam*.<sup>58</sup> In tali casi è il capo di nullità ad essere identico ed un nuovo esame, a nostro avviso, costituirebbe una palese violazione del *ne bis in idem*.

## 9. CONCLUSIONI

Alla luce dei problemi evidenziati la parola "conclusioni" potrebbe sembrare una beffa osservando che la trasformazione della conformità equivalente da prassi a norma ha creato molti più problemi di quanti non ne abbia risolto.

Non saremmo così pessimisti ed è troppo presto per dare un simile giudizio: la realtà è che agli oggettivi problemi applicativi si aggiungono spesso questioni interpretative che non dipendono "dal diverso punto di vista giuridico per il quale uno stesso fatto può essere regolato da norme di legge diverse, ma dai punti di vista soggettivi che soppiantano quello oggettivo".<sup>59</sup>

La conclusione può essere, dunque, costituita da alcuni punti fermi che costituiscono altrettante piste d'indagine: a) la *causa petendi* si identifica con il capo di nullità e la scelta nei nostri giudizi del processo contenzioso, piuttosto che del procedimento amministrativo, comporta che le problematiche connesse con l'identificazione (ed il mutamento) del capo di nullità debbano essere affrontate in modo tecnico; b) un'impostazione tecnica del capo di nullità obbliga ad un lavoro di individuazione di quale sia – senza fondarsi sul solo *nomen* – il fatto giuridico che genera la nullità poiché oggetto dell'accertamento sono esclusivamente i fatti principali. In questo compito è necessario l'aiuto della teoria generale della prova che consente di avere le idee chiare circa la differenza tra l'oggetto della prova (il fatto principale) ed il mezzo della prova (i fatti semplici); c) la conformità delle sentenze è una

<sup>57</sup> Non possono essere esigite relazioni peritali preventive, né fatta una preistruttoria sul merito del libello (artt. 116 § 3, 120 § 2).

<sup>58</sup> Per le applicazioni attuali cf. §§ 4-5.

<sup>59</sup> Così S. VILLEGIANTE, *La conformità equivalente*, cit., p. 299.

valutazione giuridica, ma anche una questione concreta e la casistica dei nostri tribunali non è riconducibile ad un insieme di schemi preconfezionati che suggerisca sempre quale sia la soluzione.

GIORGIO VARRICCHIO