

TESTO PROVVISORIO

Martedì 17 settembre, Santa Croce
7° Corso di aggiornamento in Diritto matrimoniale e processuale canonico

L'IMPUGNAZIONE DELLE SENTENZE

Mons. Paolo Bianchi
Vicario Giudiziale del Trib. Eccl. Reg. Lombardo

I. QUERELA DI NULLITÀ: L'evoluzione storica – La *ratio* dell'istituto della querela di nullità – L'inquadramento sistematico o dogmatico – Sui motivi di nullità insanabile – Sui motivi di nullità sanabile – La giurisprudenza rotale – Cenni sulla procedura – La *retractatio sententiae*: alcuni cenni – Un nuovo motivo di nullità insanabile? – Alcune particolarità procedurali conseguenti alla riforma del 2015.

II. NOVA CAUSAE PROPOSITIO: La conferma di un principio – La subentrata (ordinaria) necessità di un decreto esecutivo – La natura della NCP – I casi nei quali è possibile una NCP – Quale il preciso oggetto della NCP e il significato delle sue condizioni di procedibilità – Quale tribunale giudica della richiesta di NCP – Alcune questioni sui termini relativi alla NCP – Esiste ancora il concetto di conformità sostanziale o equivalente? – Il rispetto del contraddittorio anche nel giudizio di ammissione della NCP – Su quali atti si baserà il nuovo esame di merito – Attuale certezza in merito al ricorso contro la negazione della NCP.

III. APPELLO: L'importanza della conferma della possibilità di appellare – Appellare può essere un dovere morale e giuridico – La necessità di una adeguata attenzione al corretto computo dei termini – La debita notifica alle parti è una garanzia del diritto di appello – La discussione circa la perentorietà dei termini di appello anche per le decisioni negative (e cenni quanto alla possibilità di conferma per decreto delle decisioni negative) – Quale difensore del vincolo prosegue l'appello – Quale difensore del vincolo può rinunciare all'appello – L'appello puramente dilatorio – La difficile coordinazione fra due disposizioni inerenti l'appello – Espansione della possibilità di conferma per decreto di una decisione affermativa – Motivazione del decreto di conferma e di ammissione all'esame ordinario – Impugnabilità della decisione di rigetto dell'appello – Una questione particolare circa la conferma (parziale) di una sentenza di nullità – Ulteriori domande circa l'appello nel caso del processo breve – L'esatto contenuto di una eccezione a una regola generale – Questioni circa il (legittimo) diritto di appello – Un atteggiamento prudenziale in relazione all'appello – Una interpretazione (poco comune) tramontata – Il cosiddetto assorbimento di decisioni.

In questa relazione si toccano alcune delle questioni che appaiono tuttora aperte e/o che si sono aperte con il motu proprio (= mp) *Mitis Iudex Dominus Iesus* (= MIDI) e con il serio sforzo di sua applicazione che la libera dottrina, le istituzioni accademiche, i tribunali (della Santa Sede e locali) hanno attuato in questi ultimi anni, ossia dal settembre 2015 in avanti, dopo la pubblicazione della normativa di riforma.

Non si riprendono perciò (soprattutto analiticamente) tutte le disposizioni più comuni relative alle impugnazioni delle sentenze (di merito circa la nullità matrimoniale), che si danno per note e che si possono comunque trovare esposte in ogni manuale di diritto processuale canonico. Anche la bibliografia che si trova in calce a questo studio è prevalentemente selezionata secondo questo criterio preferenziale.

Nemmeno si affrontano le complesse questioni terminologiche che possono concorrere alla più esatta qualificazione e denominazione delle possibili modalità di reazione verso una sentenza che non si condivide (ad esempio Montini 2005, 32-37), ma ci si attiene alle comuni denominazioni normative di esse.

Trattando come detto delle sentenze di merito, sarà esclusa dalla presente trattazione la problematica della *restitutio in integrum*. Ci si concentrerà invece sulla querela di nullità, sulla *nova causae propositio* (= NCP) e sull'appello.

I. QUERELA DI NULLITÀ

L'evoluzione storica

La storia consegna una importante evoluzione che porta progressivamente la canonistica a distinguere una *forma* (intesa in senso filosofico) degli atti giuridici: *intrinseca*, la cui mancanza condurrebbe alla loro inesistenza, ed *estrinseca*, la cui difettosità ne produrrebbe invece la nullità (De Paolis 2005, 11 e 18; cf anche Stankiewicz 2005, 181-184). Tale distinzione si ritroverebbe anche nella co-

TESTO PROVVISORIO

dificazione del 1917, soprattutto negli sforzi dottrinali di coordinamento fra le disposizioni dei cann. 11 e 1680 § 1, le quali condurrebbero a ravvisare una differenza fra i concetti di atto inesistente ed atto nullo (De Paolis 2005, 21); oppure, per utilizzare le espressioni di un autore, fra *nullitas virtualis*, per mancanza degli elementi essenziali dell'atto giuridico, e *nullitas textualis*, per mancanza di requisiti e formalità previste *ad validitatem* dal diritto positivo (De Paolis 2005, 24). La codificazione latina del 1983 completa tale percorso con due norme ora contenute fra quelle generali, i cann. 10 e 124 § 1, dalle quali si deve desumere che la nullità di un atto giuridico (quindi eventualmente anche di una sentenza) può derivare non solo dalle prescrizioni di leggi irritanti o inabilitanti, ma anche dalla mancanza di elementi essenziali dell'atto stesso, sia che essi siano richiesti dal diritto naturale sia che siano stabiliti dal diritto positivo (De Paolis 2005, 25-26).

La ratio dell'istituto della querela di nullità

L'istituto della querela di nullità (non presente in molti ordinamenti giuridici moderni; Montini 2005, 31; Palombi 2005, 199-200; Bettetini 2007, 433, il quale fa presente come in molti ordinamenti giuridici moderni i vizi di nullità di una sentenza vengono assorbiti nei motivi di gravame per l'appello) si affaccia progressivamente come un mezzo per rimediare a degli errori *in procedendo*, mentre l'appello si configura come lo strumento per opporsi a errori *in iudicando* (Montini 2005, 44). Le due prospettive non sono però lontane per l'ordinamento canonico, che mira a che tutti i suoi istituti servano a consentire l'accertamento della situazione reale delle persone, accertamento però che deve avvenire anche secondo una modalità giusta. In questo senso si può affermare che «la *querela nullitatis* concerne la verità delle cose (processuali), che ordinariamente ha(nno) un nesso con la verità delle cose (reali), per il fatto che l'uso corretto e completo del processo canonico è funzionale alla ricerca della verità oggettiva» (Montini 2005, 58). Persino si sostiene che la querela di nullità, in consonanza con lo spirito della riforma processuale del 2015, sarebbe il rimedio più immediato e rapido contro detti errori (Serrano 2018, 267 e 285).

L'inquadramento sistematico o dogmatico

Da un punto di vista teorico o dottrinale ci si dovrebbe domandare se la querela di nullità sia propriamente una azione o un semplice rimedio processuale (Montini 2005). Anche solo da un punto di vista strettamente normativo (cf il can. 1627 e l'art. 277 § 1 DC) la qualifica di azione alla querela di nullità sembrerebbe attribuibile (Erlebach 2005, 69-70), ma soprattutto tale qualifica si imporrebbe in considerazione del fatto che «il bene da tutelare e potenzialmente leso con la sentenza nulla è il diritto soggettivo che viene perseguito nel giudizio in cui ha avuto origine la querela di nullità», quindi un bene che deve essere tutelato attraverso una sentenza valida (Erlebach 2005, 72 e 87). La duplicità del modo di procedere (cf art. 277 § 1 DC) non costituisce una vera difficoltà, in quanto non è detto che tutte le azioni debbano essere sempre trattate allo stesso modo, mentre il modo di trattazione di una querela di nullità non ne cambia la natura (cf Erlebach 2005, 74). L'orientamento dottrinale prevalente è quindi che la querela di nullità sia una azione propriamente esperibile nei confronti di sentenze definitive o di sentenze interlocutorie o decreti aventi valore di sentenza definitiva (cf Erlebach 2005, 77).

Sui motivi di nullità insanabile

Quanto ai concreti motivi di nullità della sentenza – soprattutto quelli produttivi di una nullità insanabile – non si riscontrano, alla luce delle innovazioni normative del 2015 e seguenti, delle novità quanto alla incompetenza assoluta del giudice, sia *ratione materiae* sia *ratione gradus iudicii* (cf in merito Ramos 2005, 91-95), anche avendo il can. 1680 § 4 confermata la possibilità prevista dal previgente can. 1683, di introdurre un nuovo capo di nullità in gradi successivi di giudizio. A tale tema della incompetenza assoluta, pur senza confonderlo, è accostata la previsione del can. 1447,

TESTO PROVVISORIO

che preclude a chi ha svolto una determinata funzione in un grado di giudizio di fungere da giudice o assessore in un altro (cf Ramos 2005, 105).

Lo stesso vale anche per il caso nel quale il giudice sia privo della potestà di giudicare, una ipotesi che nella vigente codificazione appare doversi riferire soprattutto al caso di chi, pur fornito di tale potestà, la eserciti al di fuori del territorio per il quale gli è stata conferita (Ramos 2005, 97-99), anche se non si può escludere il caso di un soggetto che sia privo in sé di tale potestà.

Analogamente nessuna novità si riscontra quanto al motivo di nullità che concerne una sentenza emessa da un giudice soggetto passivo del *metus*, dal momento che l'endiadi che si trova nel can. 1620, 3° andrebbe appunto intesa come violenza morale (cf Ramos 2005, 100).

Interessante è la lettura del motivo di nullità insanabile di cui al can. 1620, 8° volto ad assicurare la congruenza della sentenza, evidentemente rispetto alla domanda giudiziale. Tale non congruenza potrebbe derivare da incertezze sulla conformità di eventuali sentenze successive (cf Ramos 2005, 104). Ma soprattutto è interessante rilevare come «Il primo motivo dell'incongruenza delle sentenze è la modalità con cui qualche volta viene attuata la contestazione delle lite, cioè in forma generica e imprecisa, non adatta alla sua specifica finalità che consiste nella determinazione dell'oggetto della lite. Questa indeterminatezza è ancora meno accettabile nelle cause di dichiarazione di nullità del matrimonio, nelle quali il precetto codiciale è esplicito» (Ramos 2005, 103). Tale esplicito precetto codiciale rimane valido anche a valle delle riforma processuale del 2015, come risulta chiaramente dal testo del can. 1676 § 5. In questo senso potrebbe risultare meno perspicuo comprendere il perché, presso la Rota Romana, il dubbio di causa possa non far riferimento a nessun motivo di nullità precisamente identificato. Forse la natura di tribunale per sé solo di appello della Rota e il fatto che dagli atti dovrebbe risultare chiaro su quali motivi di nullità questa si dovrebbe pronunciare potrebbero spiegare questa eccezione (al di là del dato storico cui pur si potrebbe fare riferimento). In ogni modo, anche da un punto di vista storico, risulta che detta formula mai fu intesa per così dire come onnicomprensiva, ossia genericamente riferita al solo *petitum*, bensì come sempre relativa a una o più specifiche *causae petendi*, ossia dei capi di nullità esplicitamente messi a tema e oggetto di contraddittorio (Erlebach 2018 *L'antica formula*, 69). Nello stesso senso si afferma: «La normativa è sempre stata costante nell'assicurare un'adeguata identificazione della *causa petendi* [...] Conseguentemente l'espressione “*in casu*” rinvierà abitualmente ai *capita nullitatis matrimonii* della sentenza appellata» (Llobell 2016 *Questioni circa l'appello*, 446).

Per quanto concerne le ipotesi di nullità insanabile che si riferiscono alle parti, appare non vi siano a valle della riforma del 2015 delle novità sostanziali in merito a tali ipotesi che – con una argomentata trattazione sistematica (Llobell 2005, 140) – sono state ricondotte alla capacità di essere parte, ossia di essere titolare di quegli specifici diritti che devono essere tutelati nel giudizio (can. 1620, 4°); alla capacità di stare, ossia di agire in giudizio, ovvero ancora di possedere capacità processuale (can. 1620, 5°); e, infine, alla capacità *postulandi*, ossia di porre in modo legittimo quegli atti che assicurano la concreta tutela giudiziale (can. 1620, 6°). Le ipotesi che possono ricondursi a tali tre fattispecie normative sono le più varie. Una che potrebbe avere un rilievo maggiore nella prassi dei tribunali locali potrebbe essere – con riferimento al tema della capacità *standi in iudicio* – è quello della mancata nomina di un curatore dove necessario; oppure della sua nomina dove non necessario (magari nella discussa forma del cosiddetto curatore *ad cautelam*), espropriando la parte della capacità processuale ed estromettendola di fatto dalla causa (Llobell 2005, 136-140).

Il tema relativo alla possibile nullità (insanabile) della sentenza che maggiormente appare essere di rilievo pratico è quello della negazione del diritto di difesa. A tale proposito, la giurisprudenza e la dottrina hanno abbastanza concordemente distinto la negazione radicale del diritto di difesa dalla mera violazione delle modalità di esercizio di tale diritto (Pappadia 2013, 508; Arroba 2005, 162-163). Un esempio in questo senso è la distinzione fra la nullità sanabile ex can. 1622, 5° per mancata emissione del decreto di pubblicazione degli atti, che si trasforma però in nullità insanabile in caso tale omissione integri una violazione sostanziale del diritto di difesa nei suoi elementi essenziali. Essi sono indentificati nei seguenti: l'essere informati del giudizio e le possibilità di intervenire in esso,

TESTO PROVVISORIO

facendo presente il proprio punto di vista (Arroba 2005, 147). Infatti «il legittimo contraddittorio tra i vari destinatari della decisione, che si traduce nel diritto all'informazione e all'audizione secondo le norme processuali» va assicurato in tutte le fasi del processo (ivi, 151), come viene in seguito analizzato in relazione alle fasi introduttiva, probatoria e decisoria del giudizio stesso con indicazioni anche molto pratiche (ivi, 154-161).

Sui motivi di nullità sanabile

Quanto ai motivi di nullità sanabile – un concetto che alcuni ritengono meno adeguato e che vedrebbero volentieri sostituito dal concetto di *validità condizionata* alla decorrenza inutilizzata del termine per la sua proposizione (Gherro 2005, 170) – un aspetto che potrebbe essere sollevato alla luce delle riforme processuali del 2015 è quello inerente la disposizione del can. 1622, 1° e dell'art. 272, 1° DC, che prevede la nullità (sanabile) per la decisione del giudice unico in una causa di nullità matrimoniale laddove sarebbe possibile il collegio e, quindi, l'affidamento a un giudice unico risulterebbe illegittimo (Pappadia 2013, 510). Come è noto, il mp MIDI ha confermato la preferenza per il tribunale collegiale in primo grado (cf can. 1673 § 3) e la sua necessità *ad validitatem* in grado di appello (can. 1673 § 5), nel contempo però rendendo molto più agevole – quindi a sola valutazione del Moderatore del tribunale, senza più la necessità della autorizzazione della Conferenza episcopale (come ancora ricordato dall' art. 30 § 3 DC) – l'affidamento della causa a un giudice unico (can. 1673 § 4).

Penso che tale più recente disciplina renda più difficile la valutazione della concreta impossibilità della costituzione del collegio in primo grado di giudizio, che facilmente potrebbe anche andare al di là di valutazioni di carattere oggettivo. Mi spiego con un esempio: un tribunale (diocesano o interdiocesano) potrebbe avere un numero sufficiente di giudici per costituire un collegio, ad esempio tre. Ma il Moderatore – in ragione del numero di cause e/o allo scopo di accelerarne la trattazione – potrebbe decidere che vi sia un' impossibilità morale di costituire un collegio: una valutazione difficile da soppesare sotto il profilo della nullità e comunque sanabile per un breve decorso di tempo. Forse si può parlare in questo caso di un ulteriore *declassamento* di tale motivo di nullità rispetto a quanto già avvenuto nella codificazione del 1983 rispetto alla precedente (Gherro 2005, 171-172).

Fra i motivi di nullità sanabile può essere fatto anche un cenno alla assenza di motivazione (can. 1622, 2°). Per quanto la motivazione abbia una funzione importantissima nel concetto stesso di sentenza, che dovrebbe risultare comprensibile e persuasiva anzitutto per le parti che ne sono destinatarie, non si può che rilevare come, anche alla stregua della giurisprudenza di riferimento, rilevi come motivo di nullità una totale carenza della motivazione, non già una sua insufficienza (Gherro 2005, 177), dovuta ad esempio alla sua esiguità, superficialità o poca perspicuità, per utilizzare una chiara indicazione dell'art. 254 § 1 DC.

La giurisprudenza rotale

Per avere un sguardo sintetico sulla giurisprudenza della Rota Romana in merito al tema della nullità di sentenza è possibile trovare un aiuto in un articolo ottimo che presenta casi concreti trattati dalla giurisprudenza di riferimento. L'autore precisa che, per quanto le pronunce citate siano precedenti alla riforma introdotta dal mp MIDI, esse rimangono del tutto attuali, in quanto la riforma non ha riordinato, né integralmente né parzialmente la materia inerente la possibile nullità di una sentenza definitiva (Daniel 2017, 494). La analisi considera la possibile nullità di sentenza dal punto di vista: 1) della incompetenza assoluta del giudice (mancanza di competenza in sé, quanto al grado di giudizio, quanto alla violazione del principio *ne bis in idem*; 2) della mancanza di potere di giudicare nel tribunale (ad esempio nel caso di nomina di un giudice unico laico), 3) della mancanza di domanda giudiziale (ad esempio capi introdotti d'ufficio e sui quali non c'è stato contraddittorio e possibilità di esercizio del diritto di difesa); 4) della negazione del diritto di difesa (raccolta delle prove solo nella indagine pregiudiziale; non comunicazione alla convenuta del reale capo di nullità e assegnazione a lei come difensore di una suora che fa anche sia da avvocato dell'attore sia da difensore del

TESTO PROVVISORIO

vincolo sia da istruttore; mancanza di pubblicazione degli atti; negazione del diritto di appello o gravi mancanze nel giudizio di appello, quale ad esempio una immediata riforma di una precedente sentenza negativa senza l'adeguato svolgimento del processo di appello); 5) dell'uso illegittimo del processo documentale (ad esempio l'emissione di una decisione *pro vinculo*, mentre il processo documentale può concludersi solo se vi sono le condizioni per una pronuncia affermativa). Mette conto riportare anche la conclusione della studio, che pone in luce come i casi esposti fanno emergere non solo aspetti di slealtà processuale delle parti e dei loro difensori, ma anche impreparazione e inesperienza dei giudici, che con i loro errori potrebbero oscurare la verità delle cose e non giovare alla salvezza delle anime (Daniel 2017, 535-536).

Un altro ottimo studio consente invece di avere conoscenza delle decisioni emesse in merito dalla Rota Romana negli anni 2016 e 2017, quindi a valle delle riforma del 2015 (Catta 2018). Tali decisioni, che assommano a ventitre unità, mostrano una viva attenzione al concreto svolgimento di ogni vicenda processuale, effettuandone una lettura mirante alle esigenze sostanziali della giustizia. In questo senso, si cerca di andare al di là di meri formalismi e di dare attenzioni a mancanze che – magari da sole non rilevanti – nel loro complesso attestano gravi imperfezioni nei confronti della giustizia (ivi, 438-439). Fra i motivi di nullità insanabile esaminati in dette decisioni spicca anzitutto la violazione del diritto di difesa: sia visto nei suoi elementi essenziali (la possibilità di intervenire nel giudizio e di addurre prove e osservazioni: ossia il contraddittorio, il «diritto di dire e contraddire»: ivi, 428); sia anche declinato in fattispecie specifiche, quali la negazione della possibilità di presentare proprie memorie o di accedere direttamente (non solo tramite un procuratore) alla conoscenza delle prove, o nel loro complesso, o in relazione a qualche singolo elemento (ad esempio una perizia) però decisivo per la definizione della causa.

Inoltre emergono la decisione di un capo non concordato, oppure immesso nel giudizio senza domanda giudiziale; così come la incompetenza assoluta, ad esempio per avere deciso due volte la stessa causa nel medesimo grado di giudizio oppure in appello, ma pendente analogo appello presso la Rota.

Cenni sulla procedura

Quanto alla modalità di trattazione di una querela di nullità non mancano delle esposizioni esaurienti sul tema propriamente processuale, che qui non mette conto sviscerare in tutte le sue possibili implicazioni sia dal punto di vista del giudice (Stankiewicz 2005, 191-198; Palombi 2005, 21-212), sia dal punto di vista dei soggetti legittimati: parti private o pubbliche, che abbiano nei confronti dell'oggetto della controversia un interesse (cf can. 1501) legittimo, attuale e diretto (Palombi 2005, 201-211). Occorre poi tener conto del fatto che, per le sentenze rotali, la competenza a conoscere della loro eventuale nullità spetta alla Segnatura Apostolica: l'art. 33, 1° della *Lex propria* del 2008 ha precisato altresì che tale competenza concerne le sentenze definitive o aventi valore di sentenza definitiva (come auspicato già in precedenza ad esempio da Daneels 2005, 239).

In merito alla possibilità di trattazione di una querela di nullità alla stregua di una causa incidentale, non bisogna confondere la sostanza della cosa con la forma di trattazione (cf Erlebach 2005, 79-81 e Villeggiante 2005, 216); così come non si devono confondere due momenti processuali profondamente diversi: ossia il giudizio di ammissibilità di una querela di nullità e la sua trattazione nel merito. Non solo si tratta di due valutazioni su oggetti diversi, ma anche le conseguenze giuridiche sono differenti: contro il giudizio di non ammissibilità non si ha la possibilità di appello, mentre tale possibilità sussiste in relazione alla decisione di merito (Villeggiante 2005, 220.222.225.226).

L'aspetto procedurale propone però quella che viene ritenuta una disparità di trattamento che viene definita *sconcertante* (Erlebach 2005, 85), ossia che, per quanto stabilito dall'art. 277 § 1 DC, le querele di nullità proposte a modo di eccezione o sollevate d'ufficio non hanno possibilità di appello, in caso di loro non ammissione, mentre quelle proposte a modo di azione consentirebbero l'appello al tribunale superiore, sempre in caso di loro non ammissione (Erlebach 2005, 82-86), ciò a causa della diversa procedura secondo la quale devono essere trattate.

TESTO PROVVISORIO

La retractatio sententiae: alcuni cenni

La dottrina non ha mancato di interrogarsi – contrapponendo ragioni *pro et contra* (Zanetti 2004, 193-195) – se le previsioni del can. 1626 § 2 e dell'art. 276 § 2 DC si restringano alle sole nullità sanabili o invece si estendano a tutte le nullità, sanabili e insanabili. Il termine prescritto per l'intervento del giudice si riferisce per sé solo alle sanabili (can. 1623 e art. 273 DC). Per la ritrattazione di una sentenza insanabilmente nulla, si ritiene però (Pappadia 2013, 514) logico che il giudice non sia vincolato dai ristretti termini temporali previsti (che varrebbero quindi solo per le sentenze affette da nullità sanabile). Nello stesso senso della applicabilità a tutte le sentenze nulle si esprime anche Stankiewicz (2005, 187), che considera anche come un argomento in merito si possa trarre dal dettato del can. 1459 § 1, da non interpretare in modo rigido e formalistico nel suo riferirsi alla nullità di una sentenza futura, non invece a quella di una sentenza già esistente (Stankiewicz 2005, 189-190). L'argomento però principe per la lettura estensiva è che tutta l'attività del giudice deve essere improntata alla affermazione della giustizia, anche nel suo modo di procedere (Zanetti 2004, 188-189 e 197).

In ogni modo e nella sua sostanza, detta ritrattazione coincide con la rilevazione d'ufficio della nullità della sentenza, «un procedimento officioso di dichiarazione di nullità della sentenza e, se l'esito del procedimento è affermativo, dell'emendamento, cioè del cambiamento della medesima sentenza» (Montini 2005, 38). Tale intervento è come detto giustificato dal fatto che il giudice agisce in nome della giustizia e, quindi, ha il dovere di rimediare a gravi errori procedurali sui quali abbia ancora la possibilità di intervenire, con quella duplice attività di revoca e di correzione che integra l'ambito materiale della sua azione (Zanetti 2004, 190-193).

Secondo alcuni, tuttavia, solo impropriamente tale possibilità potrebbe essere ritenuta una vera e propria querela di nullità, perché sia l'iniziativa (da un lato della parte, dall'altro del giudice) sia la procedura fanno propendere per due istituti diversi (Zanetti 2004, 187-188; Erlebach 2005, 65, nota 17; Palombi 2005, 211-212).

Altra fattispecie, da non confondere con quella della quale ci si occupa, è quella della correzione della sentenza (valida) prevista dal can. 1616 (Bianchi 2004).

Un nuovo motivo di nullità insanabile?

Secondo i cann. 1669 e 1691 § 2, unitamente all'art. 269 DC, rimane intatta la previsione della nullità di sentenza in caso di uso del processo contenzioso orale in una causa di nullità di matrimonio. Si tratta di una nullità insanabile, rilevabile anche d'ufficio (Pappadia 2013, 506; Ramos 2005, 105-106).

Tale disciplina fa sorgere la domanda se si possa ipotizzare una nullità di sentenza anche per l'eventuale uso illegittimo del processo breve, in analogia appunto con quanto previsto per il processo orale; ciò soprattutto se si tenesse altresì conto di una tendenza della giurisprudenza rotale che «ha parificato di fatto l'uso illegittimo del processo documentale all'uso illegittimo del processo orale quanto a motivo di nullità» (Montini 2018 *Gli elementi*, 61; così anche Recchia 2016, 119-120). Non manca una trattazione davvero completa su tale questione (Montini 2019) dove si trova questa suggestiva affermazione. Pur non nascondendo le diversità sotto un profilo propriamente processuale, «Il confine nel caso del *processus brevior* tra appello e querela di nullità nel caso è piuttosto sottile dal punto di vista sostanziale. Contestando, infatti, l'ingiustizia della sentenza (appello), implicitamente non posso non sostenere che la nullità non era manifesta, il che significa che il *processus brevior* non andava celebrato nel caso» (ivi, 69).

A mio sommo avviso, una ipotesi di nullità di sentenza per applicazione illegittima del processo breve potrebbe trovare una applicazione più sicura e verificabile in relazione alla prima condizione che consente la procedibilità del processo breve. Così, se esso venisse applicato senza il consenso di una delle parti, o anzi con la sua contrarietà; oppure laddove venisse utilizzato in caso di irreperibilità di una delle parti, stante che non pare applicabile al caso del processo breve quanto previsto

TESTO PROVVISORIO

nell'art. 11 § 2 RP; e stanti due risposte del Pontificio Consiglio per i testi legislativi le quali, per quanto aventi valore di risposte private, non mancano tuttavia di autorevolezza, come si può desumere anche dal fatto che a tali risposte sia stata data notorietà attraverso il loro stabile inserimento in un sito collegato a quello ufficiale del dicastero che le ha prodotte. Precisamente: la risposta 1° ottobre 2015 prot. 15138/2015 afferma che la presunzione dell'art. 11 § 2 vale solo per il processo ordinario e che per il processo breve serve il consenso esplicito di entrambe le parti, non possibile laddove l'altra parte sia irreperibile. Analogamente si esprime la risposta 1° ottobre 2015 prot. 15139/2015, secondo la quale il semplice silenzio di una parte non può essere scambiato con il suo assenso, mentre al contrario un consenso esplicito è inteso come una condizione *sine qua non* per l'applicazione del processo breve. Non sarei invece convinto dell'uso illegittimo del processo breve laddove il consenso di una delle parti – sia nella forma del litisconsorzio (Recchia 2016, 121) sia nella forma del semplice accordo quanto all'utilizzo del processo *brevior* – venga meno in corso di causa. Infatti le condizioni per l'uso legittimo del processo devono sussistere al momento della scelta della forma processuale da parte del vicario giudiziale ai sensi del can. 1676 § 2.

Invece, sempre a mio giudizio, sarebbe assai più difficile (qui concordo con Recchia 2016, 121) valutare una possibile nullità di sentenza per uso illegittimo del processo breve con riferimento alla seconda condizione che ne legittima l'uso. E ciò per diverse ragioni. Anzitutto, per quanto il giudizio prognostico sulla *evidenza* del motivo di nullità sia da attuarsi con molto rigore, esso comporta sempre un margine di discrezionalità il cui esercizio non sempre è facilmente misurabile. In secondo luogo, laddove il processo breve fosse stato attivato senza la sussistenza della detta condizione, esso dovrebbe logicamente concludersi con una decisione di rimessione al processo ordinario, in quanto l'istruttoria non avrebbe dovuto addurre – nella logica del processo breve – nuovi elementi sostanziali, ma solo integrativi della supposta evidenza iniziale del motivo di nullità; senza quindi giungere a una sentenza definitiva in forma *brevior* impugnabile di nullità. In terzo luogo – e qui mi rifaccio anche a una esperienza personale – potrebbe capitare che l'apparente evidenza iniziale del motivo di nullità, ritenuta sulla base del testo del libello e delle prospettate testimonianze, venga poi radicalmente ridimensionata dalle dichiarazioni delle stesse parti e dei testi, in un modo del tutto imprevedibile a partire dal libello e dai suoi allegati. Non so se si potrebbero equiparare un oggettivo errore del Vicario giudiziale e una illegittima utilizzazione della specifica forma processuale. In ogni modo, anche in un caso del genere, è difficile che si giunga a una decisione affermativa nella forma del processo breve.

Alcune particolarità procedurali conseguenti alla riforma del 2015

Due aspetti meritano infine di essere ricordati quanto al tema della querela di nullità e in connessione con le riforme processuali intervenute negli ultimi anni.

In primo luogo che, a partire dalle facoltà dell'11 febbraio 2013 di Benedetto XVI (III) e dal *Rescriptum ex audientia* di Francesco del 7 dicembre 2015 (II, 2) si desume che non c'è possibilità di appello su decisioni rotali in materia di nullità di sentenze o di decreti.

In secondo luogo, ci si interroga come si svolga la procedura inerente l'ipotesi di una sentenza nulla emessa nel contesto di un *processus brevior*. Alcuni autori – ad esempio Zambon 2018, 287, basandosi su Montini 2016 *Dopo la decisione*, 118 e Recchia 2016, 121-122 – suggeriscono il rinvio della causa alla via ordinaria, devolvendo al tribunale di appello la questione della querela di nullità. In particolare Montini, nel passo citato, ritiene che il vescovo diocesano non possa trattare la questione della querela di nullità, in quanto «l'istruttoria e le procedure non paiono compatibili con il *processus brevior* di fronte al vescovo» (nello stesso senso Montini 2018, *De iudicio* [...] II/2, 55-56). Pur ritenendo prudente che sia il tribunale di appello a trattare della nullità di detta sentenza non credo – alla luce sia della forte sottolineatura del ruolo anche di giudice del vescovo, sia dell'*incipit* del can. 1624 – che sia del tutto precluso a un vescovo di valutare l'eventuale nullità di una sentenza definitiva da lui stesso emessa.

TESTO PROVVISORIO

II. NOVA CAUSAE PROPOSITIO

La conferma di un principio

Il mp MIDI non ha modificato il principio del can. 1643 quanto al non passaggio in giudicato per le cause concernenti lo stato delle persone, anche se alcuni autori fanno notare una possibile difficoltà derivante dalla stabilizzazione (rispetto alla disposizione provvisoria delle facoltà speciali del giorno 11 febbraio 2013) della non procedibilità del nuovo esame della causa in caso di nuove nozze di almeno una delle parti, resa appunto definitiva dal *Rescriptum ex audientia* del 7 dicembre 2015. Tale disposizione, infatti, fa sorgere la domanda se in tale eventualità si crei un vero e proprio giudicato (materiale, come si dice) anche nel caso di una decisione in tema di nullità matrimoniale non più ag-gredibile con le impugnazioni cosiddette ordinarie, ossia l'appello e la querela di nullità. Ma di ciò si dirà più sotto.

La subentrata (ordinaria) necessità di un decreto esecutivo

Per quanto, formalmente, rimanga fermo il principio che per le cause inerenti lo stato delle persone, non via sia un passaggio in giudicato (materiale), la dottrina tradizionale ha elaborato il concetto di giudicato formale o quasi-giudicato, il quale comporta l'effetto della esecutività della decisione. Sotto questo profilo – data l'abrogazione della necessità di una duplice sentenza conforme – si impone ora la necessaria emissione di un decreto esecutivo ai sensi del can. 1651. La sottolineatura è importante, in quanto nella prassi non tutti i tribunali hanno avvertito tale necessità, che corrisponde anche solo all'offrire alle parti la notizia dell'essere divenuta esecutiva la sentenza e al dare loro la certezza in merito. Infatti, se è vero che il divenire esecutiva della sentenza è un fatto oggettivo (dato dal trascorrere inutilizzati dei termini per l'appello), si deve considerare che l'unico soggetto a essere in grado di conoscere e di dichiarare tale fatto giuridico è il giudice, che ha a disposizione tutti gli elementi di conoscenza necessari. Tale necessità è ribadita in dottrina, anche con utili indicazioni in merito ai contenuti del decreto esecutivo (Montini 2018, *De iudicio* [...] II/2, 95-97 e 100-103; Zambon 2018, 274-276; Boyer 2014-2015, 132-133).

Il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, con lettera 20 gennaio 2016, prot. 51324/16 VAR ha ribadito la necessità della emissione del decreto esecutivo (anche se la missiva è occasionata dalla finalità della delibazione concordataria in Italia): tale documento è reperibile in Montini 2018 *Alcune questioni*, 506-507.

La problematica inerente la dichiarazione di esecutività della sentenza può presentarsi molto meno semplice di come potrebbe apparire a una considerazione superficiale, anche quanto al soggetto deputato ad emettere il decreto esecutivo. Ad esempio in dottrina (Montini 2016 *Dopo la decisione*, 111 e 123-124) si evidenziano tre ipotesi:

1) nel caso in cui i termini per la interposizione di appello non siano utilizzati, è il giudice che ha emesso la decisione per la prima volta affermativa che emette in decreto esecutivo (così anche Montini 2018 *Alcune questioni*, 499-500).

2) nel caso in cui l'appello sia interposto e non proseguito (o rinunciato prima dell'inizio della ulteriore istanza), sarà invece il giudice di appello ad emettere il decreto che attesta che l'appello è andato deserto (can. 1635 e art. 286 DC): tale decreto tiene luogo di decreto esecutivo (di diversa opinione Erlebach 2019, 47, nota 95). Secondo altri il decreto esecutivo andrebbe sempre emesso dal giudice che ha dato la sentenza affermativa, al quale quello di appello comunicherà eventualmente la non prosecuzione nei termini (Zambon 2018, 274; Boyer 2014-2015, 141-142). Montini 2018 *Alcune questioni*, 500-501, è della stessa opinione, ma precisa che la trasmissione al giudice *a quo* andrebbe fatta solo dopo che siano scaduti i termini per impugnare il decreto che dichiara deser-

TESTO PROVVISORIO

to l'appello. La equivalenza con il decreto esecutivo della dichiarazione che l'appello è andato deserto (fatta dal giudice *ad quem*) oppure, in alternativa, la trasmissione da parte sua al giudice *a quo* del decreto che dichiara deserto l'appello, perché il primo giudice emetta il decreto esecutivo sono tuttavia considerate due prassi ugualmente accettabili (Montini 2018, *De iudicio* [...] II/2, 93).

Anche Sciacca attribuisce al giudice *a quo* l'emissione del decreto esecutivo dopo la deserzione dell'appello e anzi ritiene che il decreto esecutivo vada emesso a istanza di parte: in caso contrario, l'appellante nel frattempo potrebbe proseguire tardivamente l'appello; ma se non lo facesse entro sei mesi, tale inerzia provocherebbe la perenzione dell'istanza, con l'effetto della immediata esecutività della decisione (Sciacca 2018, 75-77).

3) nel caso di conferma di una precedente sentenza affermativa (sia con decreto sia con sentenza) questa sarà immediatamente esecutiva, effetto che dovrà essere dichiarato in essa (cf art. 253 § 5 DC e Montini 2018 *De iudicio* [...] II/2, 93-94). Il decreto esecutivo non sarebbe in altre parole necessario sia per una prima sentenza affermativa confermata per decreto (cf nuovi cann. 1680 § 2 e 1687 § 4) sia pure per una prima sentenza affermativa confermata da una sentenza in un successivo grado di giudizio dopo l'esame ordinario della causa. Tale esecutività andrebbe tuttavia anche dichiarata (perché nella sostanza ne è costituita) nel decreto o sentenza di conferma. In sostanza è ciò che avveniva anche precedentemente alla riforma del 2015, ad esempio nel caso di decreto di conferma in forza dell'oggi abrogato can. 1682 § 2. Anche Erlebach (2019, 38) conviene che nel caso di conferma per decreto o per sentenza il decreto esecutivo debba essere incluso nel dispositivo della pronuncia.

Alla luce di quanto osservato, risulta che non è coerente la prassi di quei tribunali: sia che non emettono il decreto esecutivo quando richiesto; sia che dispongono in una decisione affermativa ma ancora appellabile che essa venga mandata ad esecuzione.

Circa l'esecutività della decisione affermativa in merito alla nullità matrimoniale, si sostiene che – dando ragione anche della discussione dottrinale e della evoluzione normativa (cf l'ampia analisi di Erlebach 2018 *Esecutività*, 232-236 e 238-257) – ci si trovi di fronte a un vero e proprio istituto canonico, nel quale possono essere distinti gli effetti principali (il diritto a contrarre nuove nozze) e secondari (le annotazioni da apportarsi nei pertinenti registri); istituto che trova ora la sua regolamentazione compiuta ed esaustiva nel nuovo can. 1682 (Erlebach 2018 *Esecutività*, 236-238 e 257-263). In particolare viene posto in luce come la prima sentenza dichiarativa della nullità abbia un effetto soltanto potenzialmente esecutivo, mentre la sua piena efficacia di quasi-giudicato (o di giudicato formale che dir di voglia) interverrà soltanto spirati i termini di appello ed emesso il decreto esecutivo dal giudice competente (ivi, 258 e 260). Nel caso invece di una conferma di una precedente sentenza affermativa – o per decreto ai sensi del can. 1680 § 2, oppure con una nuova sentenza – l'esecutività sarà immediata per il conseguimento di una doppia decisione conforme, per quanto tale effetto andrà opportunamente dichiarato nel testo stesso del decreto di conferma o della sentenza (ivi, 259). Importante la ribadita sottolineatura della necessità del decreto esecutivo e della natura pubblicistica della esecuzione delle sentenze di nullità matrimoniale, in ragione della loro appartenenza alle cause di bene pubblico (ivi, 260-261).

Un ulteriore ed egregio studio sull'istituto della esecutività della decisione canonica in merito alla nullità del matrimonio è quello di Erlebach (2019), istituto analizzato sia nel suo profilo sostanziale che dinamico. Oltre alle ordinarie modalità di raggiungimento del quasi-giudicato (sentenza affermativa non appellata; sentenza affermativa confermata per decreto ai sensi del can. 1680 § 2; sentenza affermativa confermata per sentenza in un ulteriore grado di giudizio), mons. Erlebach analizza le complesse situazioni che potrebbero incidere sulla esecuzione della sentenza e che chiama *atipiche*. Esso sono: 1) la mancata prosecuzione dell'appello; 2) la proposizione tardiva dell'appello; 3) l'appello solo parziale; 4) la rinuncia esplicita all'appello interposto (ma non ancora ammesso); 5) la rinuncia alla istanza o alla stessa causa dopo l'avvenuta ammissione dell'appello; 6) l'appello della

TESTO PROVVISORIO

parte attrice (resistente) contro una decisione affermativa ma su un capo proposto dalla parte convenuta; 7) la conferma solo parziale della sentenza. Si rimanda però alla fonte per la accuratissima presentazione.

Invece, si ritiene meno convincente l'affermazione che con il mp MIDI sia stata *ampliata* o addirittura *mutata* la nozione di sentenza esecutiva (Salvatori 2017, 711 e 724). Sommessamente sembra che la nozione di sentenza esecutiva o di quasi-giudicato rimanga identica; mentre riacquistano rilevanza, per le cause di nullità matrimoniale, alcune modalità di attuazione di detta esecutività, precisamente quelle previste ai nn. 2 e 3 del can. 1641, che non avevano luogo a verificarsi fin tanto che ebbe vigore l'obbligo della doppia sentenza conforme.

Giustamente veniva ritenuta meno convincente – sotto la vigenza della necessità della doppia conforme – la prassi di dichiarare immediatamente esecutiva una sentenza di nullità laddove fosse sopravvenuta la morte di uno dei coniugi pendente l'appello (Ingoglia 2004): infatti tale soluzione tendeva a confondere (nella natura e negli effetti) lo scioglimento del vincolo coniugale a seguito della morte e il riconoscimento della sua originaria insussistenza. A valle della abrogazione della necessità della doppia conforme per la esecutività della sentenza in materia di nullità matrimoniale e alla luce del prescritto del can. 1641, 3°, ci si potrebbe interrogare se la perenzione dalla istanza a seguito della morte di una delle parti produca invece gli effetti del quasi giudicato.

La natura della NCP

Tale possibilità viene presentata come un istituto di sintesi fra importati esigenze: da un lato quelle della giustizia, del perseguimento della verità, della imprescrittibilità delle azioni di stato personale, della ricerca della *salus animarum* (che non può essere basata che sulla verità); dall'altro quelle della certezza dei rapporti giuridici, nonché della fermezza e della protezione delle decisioni giudiziali, che si devono presupporre come giuste. Anche studi recenti, che riportano molta dottrina e giurisprudenza, sottolineano questa natura che si è definita *sintetica* della NCP (Catta 2017, 81-82.111.127-128.224). Le rigorose condizioni di procedibilità che consentono l'utilizzo di tale istituto, per quanto meno rigide rispetto alla *restitutio in integrum*, sono appunto lo strumento che si pone a presidio di detta sintesi, ossia dell'equilibrio delle rilevanti esigenze che si sono ricordate.

Importante è cogliere anche gli elementi distintivi della NCP rispetto alle altre possibili impugnative, che così si possono sinteticamente riassumere:

- diversamente che la querela di nullità, la NCP presuppone la validità della sentenza che si intende veder modificata;
- diversamente dall'appello, la NCP non impone limiti temporali per la sua attivazione, non è per sé sospensiva della decisione impugnata e non consente (nella fase di sua ammissione) la proposta di nuovi capi di nullità;
- diversamente dalla *restitutio in integrum*, la NCP concerne decisioni non passate in giudicato (materiale), non ha natura sospensiva né limiti temporali, va indirizzata al giudice superiore e non prevede motivi tassativi (Catta 2017, 89-93).

Altri fanno notare che la NCP, per quanto collocata da DC (a differenza del CIC) fra le impugnazioni, apre in realtà un nuovo processo che aggredisce la cosa quasi-giudicata nelle cause matrimoniali (Montini 2008 *La richiesta*, 671; Bettetini 2007, 426).

I casi nei quali è possibile una NCP

Appare opportuna tale precisazione a valle della riforma processuale del 2015. Da una lettura coordinata delle norme canoniche vigenti emerge che è possibile la NPC sia dopo una sola sentenza affermativa divenuta esecutiva per decorrenza dei termini di appello (come detta il nuovo can. 1681), sia dopo una duplice sentenza conforme (can. 1644). Normalmente (o più facilmente da un punto di vista statistico) potrà trattarsi di una sentenza negativa, ritenuta non giusta da chi ne vorrebbe un riesame. Ci si potrebbe chiedere se una NCP sia ancora esperibile anche dopo una sentenza affermativa confermata in appello. Non si vede tuttavia perché si debba porre tale limite, salvo quanto si dirà in

TESTO PROVVISORIO

merito all'avvenuta celebrazione di un nuovo matrimonio. Il can. 1681 afferma che la NCP è esperibile dopo una sentenza di nullità matrimoniale divenuta esecutiva; ma tale effetto può derivare non solo a valle di una prima sentenza affermativa non appellata, bensì anche di una precedente sentenza affermativa confermata – per decreto o con sentenza – nel successivo grado di giudizio.

Quale il preciso oggetto della NCP e il significato delle sue condizioni di procedibilità

Il preciso obiettivo sul quale si incentra la NCP non è il merito in senso proprio della causa di nullità, ma propriamente se vi siano le condizioni previste per aprire un nuovo processo ordinario e riesaminare nel merito il risultato della precedente decisione (Catta 2017, 104).

Quali siano dette condizioni è previsto dalla norma ed esse sono state recentemente riesaminate in modo accurato.

Quanto alla *novità*, non solo materiale ma anche qualitativa (Catta 2017, 117 e 224), si distingue fra elementi estrinseci, che concernerebbero le prove, sia tipiche che atipiche, con un particolare riferimento alla idoneità di una perizia a rappresentare un elemento nuovo (ivi, 118-124 e 225); ed elementi intrinseci, che sarebbero invece gli argomenti (ivi, 115.125-141 e 225-226). Questi ultimi vengono identificati non in mere doglianze rispetto al giudizio che non si condivide nelle sue conclusioni oppure in una non condivisione della interpretazione che il giudice ha legittimamente operato rispetto ai fatti, quanto piuttosto in gravi errori *in procedendo* e *in decernendo*. Così potrebbero darsi errori di diritto nel procedere che limitino gravemente il diritto di difesa (anche senza causare la nullità della sentenza); oppure gravi errori nel decidere, applicando in modo distorto il diritto sostanziale. Così potrebbero darsi anche errori di fatto, come nel caso di gravi travisamenti od omissioni di fatti provati in causa e rilevanti per la decisione.

In uno studio più recente (Catta 2018, 434-439), nel quale si presentano le decisioni della Rota Romana in merito alla NCP per gli anni 2016 e 2017 (quindi già in pieno vigore la riforma del 2015), la stessa studiosa ritorna in modo particolare sul tema delle condizioni alle quali una perizia (uno degli elementi più frequentemente proposti come nuovi) possa effettivamente integrare la novità richiesta dal diritto. Per essere *nuova* ai fini di rilevare per l'ammissione della NCP una perizia deve possedere simultaneamente tre qualità: a) la novità materiale, trattandosi quindi di un elaborato non già prodotto in precedenza e riversato negli atti; b) la capacità di colmare lacune, omissioni, difetti delle perizie già presenti in atti; c) una particolare forza critica, ossia il suo offrire un contributo che non solo proponga una nuova lettura del caso (giustapposta alle altre), bensì che ponga in serio dubbio – sulla base di solide argomentazioni e in coerenza con le restanti risultanze istruttorie – le conclusioni in precedenza raggiunte (ivi, 435).

Quanto poi alla *gravità* delle prove e degli argomenti – una valutazione nella quale si dovrebbe entrare solo dopo aver verificato la loro effettiva novità (Catta 2017, 141) – essa viene identificata con la loro idoneità a rendere probabile la revisione della sentenza impugnata (Catta 2017, 143; Montini 2008 *La richiesta*, 676-677 che rinvia all'art. 292 DC): una valutazione che non può che essere effettuata se non attraverso una comparazione con gli atti dei gradi di giudizio precedenti, sia che si tratti di un solo giudizio (l'ipotesi di cui al nuovo can. 1681), sia che si tratti di più gradi di giudizio (cf can. 1644).

Va precisato infine che le prove e gli argomenti nuovi e gravi non devono essere solo teorici e futuribili, bensì devono essere presenti nella fase di ammissione a un nuovo esame della causa, senza peraltro dover richiedere una nuova attività istruttoria, non prevista in tale fase.

Quale tribunale giudica della richiesta di NCP

La riforma processuale del 2015 – con l'abrogazione della necessità di una doppia sentenza conforme e con il lapidario prescritto del can. 1681 – fa sorgere la domanda se la NPC vada necessariamente proposta al tribunale di terzo grado. In sostanza: la Rota Romana per tutta la Chiesa latina, il

TESTO PROVVISORIO

tribunale della Rota Spagnola per le cause di quella nazione, il tribunale del Primate di Ungheria per le cause di quella nazione e il tribunale di Freiburg in Breisgau per le cause decise a Colonia; oppure anche altri tribunali competenti in forza di una commissione pontificia (Montini 2008 *La richiesta*, 670-671).

Il ricorso al tribunale di terzo grado era del tutto scontato in vigenza dalla necessità della doppia conforme e anche l'art. 290 § 1 DC non faceva che registrare tale dato di fatto; e per questo l'art. 290 § 1 DC aveva modificato il dettato del can. 1644 § 1, passando dalla indicazione del tribunale di appello a quello di terzo o ulteriore grado (Montini 2008 *La richiesta*, 674).

Ora, dopo l'entrata in vigore di MIDI e la scomparsa della necessità della duplice sentenza conforme, si sono create in merito due posizioni.

La prima (ad esempio Zambon 2018, 288, che cita anche autori quali Peña García e Recchia) sostiene una interpretazione letterale del prescritto del can. 1681, anche in vista di una maggiore uniformità di criteri e di prassi nella ammissione di una causa a nuovo esame di merito. Anche altri (ad esempio Sciacca 2018, 77 e Moneta 2017, 4) sembrano propendere decisamente per il tribunale di terzo grado. Personalmente propenderei anche io per la tesi del tribunale di terzo grado, per una maggiore uniformità di giurisprudenza in merito, anche tenendo conto che le richieste di nuovo esame non dovrebbero essere molte numericamente. La immediata esecutività della decisione di primo grado aveva fatto ipotizzare a qualcuno che la NCP potesse avere un incremento numerico; ma se si presta attenzione – almeno è così dal mio (pur limitato) punto di osservazione – alla quasi pratica desuetudine dello stesso strumento dell'appello, non so se detta previsione sia realistica.

La seconda posizione sostiene invece che il can. 1681 non sarebbe precettivo quanto al riferimento al tribunale di terzo grado, ma che sia invece solo indicativo di cosa di solito avviene, come rileva ad esempio Montini (2016 *Dopo la decisione*, 120 e ancora Montini 2018 *De iudicio [...] II/2*, 83), il quale invita a distinguere a valle di quante e quali (in relazione al contenuto) decisioni il rimedio della NCP venga esperito. Così si distingue se la NCP venga proposta a valle di una sola sentenza affermativa divenuta esecutiva, oppure di una doppia decisione conforme: nel primo caso sarebbe competente il tribunale d'appello, nel secondo la Rota Romana (Boyer 2014-2015, 155). Il Codice commentato a cura della redazione di QDE cita in merito un decreto e una lettera della Segnatura, che andrebbero nello stesso senso. In merito viene richiamato anche l'art. 294 DC che parla di tribunale *appellationis* per quanto nel contesto della possibilità di sospendere l'esecuzione della sentenza impugnata. Ci si domanda anche (Montini 2016, *Dopo la decisione*, 120-121) a quale tribunale, nel processo *brevior*, vada diretta la NCP in caso di sentenza affermativa resa in primo grado dal vescovo e non appellata: pure in questo caso si ritiene che anche il tribunale locale di appello sia competente a trattarla.

Non manca infine chi pone in luce la contraddittorietà del disposto del can. 1681 (presupposta la sua interpretazione letterale) con gli stessi principi della riforma processuale del 2015, in particolare la celerità, la prossimità del giudice alle parti e la fiducia data ai tribunali di primo grado (abrogando l'obbligatoria revisione del loro operato in vista della doppia conforme). Mentre prima il ricorso al tribunale di terzo grado per l'ammissione alla NCP era un mero dato di fatto, l'odierna attribuzione ad esso di tale competenza non solo contraddirebbe i principi indicati, ma anche travolgerebbe quanto era invece previsto per il processo documentale (Catta 2017, 180-184 e 227).

Alcune questioni sui termini relativi alla NCP

Quanto al *quovis tempore* del can. 1644 e dell'art. 290 § 1 DC, esso viene inteso non solo in senso letterale di assenza di termini decadenziali, ma anche nel senso che la presentazione di prove e argomenti dopo il termine di trenta giorni verrà letto come un rinnovo della domanda. Così ad esempio il decreto c. Stankiewicz 24 aprile 1985 in *RR Decreta III*, 111-112 citato in Pappadia 2013, 528; ma anche altra dottrina si muove in senso conforme (Catta 2017, 104 e Montini 2008 *La richiesta*, 674).

TESTO PROVVISORIO

Va altresì affrontato il difficile tema del limite della possibilità di presentare (meglio, di vedersi accolta) una domanda di NPC dopo il nuovo matrimonio di una delle parti alle quali si riferisce la sentenza che viene impugnata. Tale limite è visto da alcuni come un tendenziale abbandono della tutela del matrimonio come atto a favore della cultura del matrimonio come fatto. Si è in merito osservato: «Rappresentava [...] un certo cedimento culturale escludere l'azione di *nova propositio causae* in caso di successivo matrimonio; che nel rinnovo di detta facoltà si sia aggiunta ora l'eccezione a tale disposizione, permettendo il riferito ricorso straordinario in caso di palese ingiustizia della sentenza esecutiva, attenua in buona parte il problema» (Arroba 2018 *Il m.p.*, 30). Sul grado però di tale attenuazione, vi sono pareri non del tutto conformi, come subito si riferisce.

Va anzitutto ricordato che, sotto il profilo del diritto positivo si è, come sopra accennato, passati dalle facoltà del giorno 11 febbraio 2013 di Benedetto XVI (II), con il correttivo della loro temporaneità (quindi in realtà un correttivo era già presente), al *Rescriptum ex audientia* di Francesco del 7 dicembre 2015 (II, 3), con il correttivo della manifesta ingiustizia della decisione. Non ostante tale ultimo correttivo ci si domanda se non si rischi di far prevalere la mera verità processuale e l'eventuale incomodo di chi si è risposato rispetto alla ricerca della verità, fine tuttora affermato del processo canonico (Catta 2017, 189). Così pur ci si domanda se sia davvero possibile una seria prassi pastorale senza il rispetto della verità oggettiva (Catta 2017, 190-197). E, ancora, ci si domanda se tale limitazione imposta dal *Rescriptum* non provochi la conseguenza che una decisione di nullità matrimoniale seguita da nuove nozze acquisti il grado di fermezza proprio del giudicato materiale (e delle sentenze costitutive) e non invece il solo valore di giudicato formale, che ne consente l'esecutività, e che è proprio delle sentenze solo dichiarative circa lo stato delle persone. La verità processuale può in tali casi prevalere su quella effettiva? Il secondo matrimonio merita più tutela del primo? Tutti coloro che propongono una NPC lo fanno per fini dilatori e maliziosi? Gli stessi argomenti nuovi e gravi possono essere idonei o non idonei a consentire l'ammissione alla NPC a seconda che sia stato o non sia stato celebrato un secondo matrimonio da una delle parti? Sono domande che vengono non irragionevolmente sollevate (Catta 210-220 e 230; cf anche Bettetini 2007, 423 e 424-425 sul rapporto fra sentenza – e sua stabilità – e verità).

L'ultimo dei quesiti che si sono appena riassunti pone il problema di come debba essere interpretata la clausola del *Rescriptum* del 7 dicembre 2015 che, non ostante le nuove nozze celebrate, consente la concessione della NPC qualora consti della manifesta ingiustizia della decisione divenuta esecutiva e che ha dato adito alle nuove nozze. Infatti, tale scelta terminologica, spinge a interrogarsi se la manifesta ingiustizia vada valutata ai sensi del can. 1645, almeno nelle ipotesi applicabili a una causa di nullità matrimoniale.

Basandosi sulla (presunzione di) buona fede del coniuge che ha contratto matrimonio canonico a valle di una sentenza divenuta esecutiva, vi è chi equipara l'espressione del *Rescriptum* ai «severi criteri previsti per la *restitutio in integrum* i quali non solo contraddicono ogni “buona fede” sottostante [...] ma anche superano l'“evidenza” sufficiente per la *nova causae propositio*» (Llobell 2016 *Questioni circa l'appello*, 428). Tale ultimo istituto viene proposto come strumentale alla affermazione della verità – «non può esistere un vero *favor matrimonii* che prescindendo dalla verità» – ma lo si ritiene compatibile con la limitazione della quale ci stiamo occupando: «Il nuovo sistema processuale conserva la peculiarità di armonizzare l'irrinunciabile ricerca della verità e l'imprescindibile tutela dell'indissolubilità con le legittime aspettative dei fedeli (e dei loro figli), i quali attendono di sapere se potranno celebrare un nuovo matrimonio dopo aver ottenuto in buona fede una sentenza *pro nullitate matrimonii* esecutiva» (Llobell 2016 *Questioni circa l'appello*, 430, cf anche 438). In senso analogo argomenta Recchia (2016, 123-124) che sostiene altresì come tale limitazione possa essere vista in coerenza con il diritto antico che accettava di porre in discussione la validità di un nuovo matrimonio solo in presenza di elementi che facessero sospettare una *deceptio Ecclesiae*, ossia una dichiarazione di nullità ottenuta sulla base di prove false.

Personalmente – anche alla luce della convinzione che debba prevalere il *favor veritatis et iustitiae* rispetto al *favor novi matrimonii* – trovo adeguata la argomentazione che sconsiglia la pratica riduzione delle possibilità di NPC ai casi di *restitutio in integrum* (in quanto applicabili). Non solo in

TESTO PROVVISORIO

quanto i due istituti si indirizzano a decisioni qualitativamente diverse (alcune passate in giudicato materiale e altre solo formale); ma soprattutto in quanto possono darsi delle ingiustizie e delle mancanze di verità che vanno al di là di quelle rigidamente tipizzate per la *restitutio*. Il criterio adeguato per concedere al NCP anche in caso di nuove nozze già contratte da una delle parti è quello invece della gravità delle prove e degli argomenti proposti, nel senso della loro idoneità a rendere probabile la revisione della decisione precedente (così anche Catta 2017, 197-209 e 228-229).

La risposta 22 giugno 2006 della Segnatura Apostolica – in Periodica 95 (2006) 553-554 con nota di Daneels, 555-565 – ribadisce la non applicabilità della *restitutio in integrum* alle sentenze di nullità matrimoniale divenute esecutive, non passando esse propriamente in giudicato (materiale) e sussistendo un rimedio specifico, ossia la NCP, «quod iuris remedium latius patet quam restitutio in integrum». Proprio per questa maggiore ampiezza della NCP il concetto di manifesta ingiustizia da verificare per la sua ammissione a valle di nuove nozze di una delle parti non potrà ancorarsi in maniera esclusiva alla rigida elencazione contenuta nel can. 1645 § 2.

Si evidenzia anche una possibile disparità disciplinare inerente il fatto che la limitazione della ammissibilità della NCP derivante da nuove nozze non sarebbe efficace per gli altri tribunali di terzo grado per la Chiesa latina (Recchia 2016, 124), essendo stabilita con esplicito riferimento alla Rota Romana.

Resta da dire che, per quanto la richiesta di NCP non abbia effetto sospensivo, appare prudente la possibilità di sospendere l'esecuzione della sentenza (cf art. 294 DC) se la NPC appaia fondata: il danno irreparabile che potrebbe derivare da una troppo tempestiva esecuzione potrebbe essere la nullità del nuovo matrimonio per impedimento *ligaminis* se la decisione affermativa sulla quale esso si basa venisse riformata.

Esiste ancora il concetto di conformità sostanziale o equivalente?

L'abolizione della necessità della doppia sentenza conforme per l'esecutività di una decisione in materia di nullità matrimoniale potrebbe far pensare che tale costrutto giurisprudenziale – che ha trovato però una sua recezione normativa (in senso lato) nell'art. 291 DC – abbia perso il suo significato. Esso mantiene al contrario il suo valore e con conseguenze di non poco peso e giustamente si è osservato che ciò che è stato abrogato è la necessità della doppia conforme, non la doppia conforme in se stessa (Boyer 2014-2015, 132). Il concetto di conformità equivalente o sostanziale mantiene quindi la sua importanza e si può in alcuni casi rivelare decisivo per determinare se una sentenza affermativa sia divenuta o meno esecutiva; inoltre per determinare se, per una sentenza di qualsiasi tenore (cioè affermativa o negativa) sia possibile l'appello o soltanto la NCP. Mi spiego con alcuni esempi:

a) una sentenza di primo grado dà una risposta affermativa quanto alla ipotesi di una esclusione della indissolubilità.

La sentenza viene appellata dalla parte convenuta, l'appello ammesso e, in secondo grado, la parte attrice chiede la ammissione ex can. 1680 § 4 del capo della condizione, che viene intesa come risolutiva. La decisione di secondo grado è negativa sulla esclusione della indissolubilità, ma affermativa sulla condizione risolutiva.

Si può sostenere che la parte convenuta non abbia il potere di appellare il capo deciso affermativamente perché ci si trova di fronte a due decisioni sostanzialmente conformi (esclusione della indissolubilità e condizione risolutiva)? C'è quindi una sorta di eccezione *rei (quasi) iudicatae* rilevabile anche d'ufficio (can. 1642 § 2)?

b) svolgiamo l'esempio in modo contrario: una sentenza di primo grado dà risposta negativa quanto alla ipotizzata esclusione della indissolubilità.

TESTO PROVVISORIO

Questa volta la decisione viene appellata dalla parte attrice e, in secondo grado, la stessa parte attrice chiede anche qui l'ammissione ex can. 1680 § 4 del capo della condizione che viene intesa come risolutiva. La decisione di secondo grado è negativa sia sulla esclusione della indissolubilità sia sulla condizione risolutiva.

Si può sostenere che la parte attrice non abbia il potere di appellare anche il capo della condizione risolutiva perché ci si trova di fronte a due decisioni sostanzialmente conformi? C'è quindi una sorta di eccezione *rei (quasi) iudicatae* rilevabile anche d'ufficio (can. 1642 § 2)?

Bisogna infatti considerare che, per come è disegnato dall'art. 291 § 2 DC, il concetto di conformità sostanziale appare essenzialmente basato sulla identità del così detto fatto principale (ossia fatto storico in se stesso idoneo a irritare il matrimonio) piuttosto che sul capo di nullità, ossia sul *nomen iuris* con il quale detto fatto viene definito e individuato. La DC avrebbe in questo modo accolto la definizione più stretta di conformità equivalente (non quella ad esempio basata sulla semplice identità di prove, di meri fatti storici), ossia quella che prevede che «le pronunce interessate si fondino sui medesimi fatti provati, capaci di nullità matrimoniale» (Montini 2008 *La richiesta*, 696). Nello stesso senso si esprimono altri autori (ad esempio Moneta 2008, 599-602; Pappadia 2013, 530-531; Bettetini 2007, 429), ossia nel senso che la conformità sostanziale si basa sulla identità del fatto principale, per quanto qualificato tecnicamente attraverso capi di nullità diversi, mentre la identità degli elementi probatori assicura solo che ci si trovi di fronte allo stesso fatto principale.

Invece, nella conformità formale (art. 291 § 1 DC) si farebbero coincidere il capo di nullità (*ratio iuris*) con il fatto giuridico o principale (*ratio facti*), con una lettura restrittiva, che in sostanza coincide con la identità delle sentenze. In particolare, secondo una considerazione più approfondita, il significato del § 1 dell'art. 291 DC sarebbe quello di evidenziare la presunzione della conformità di due decisioni che definiscono lo stesso capo di nullità, lasciando la valutazione del contrario – che può avvenire anche sulla base della motivazione delle due decisioni: per questo il testo sottolinea *eadem iuris et facti ratione* – al caso in cui venga sollevata una eccezione in merito (Montini 2008 *La richiesta*, 688-691 e Moneta 2008, 605; Bettetini 2007, 428), che potrebbe condurre all'accertamento di una conformità solo apparente (Dufincová 2012, 90-91).

Quanto poi, anche in riferimento agli esempi fatti, alla ipotesi della applicabilità della conformità equivalente pure alle sentenze negative, appare prevalente l'orientamento sfavorevole, soprattutto in ragione della prassi rotale e della motivazione equitativa del sorgere dell'istituto, che mira alla ricerca della verità sostanziale in vista dell'aiuto a risolvere situazioni irregolari e non invece piuttosto a rafforzare posizioni che già hanno a proprio favore una presunzione di diritto – come quella della validità di un matrimonio celebrato – restringendo la possibilità di azione e di appello in merito (Dufincová 2012, 84-89).

Il rispetto del contraddittorio anche nel giudizio di ammissione della NCP

Non ostante la richiesta di NCP sia considerata alla stregua della proposizione del libello – che nella sua fase di ammissione non richiede il coinvolgimento delle altre parti – l'art. 293 § 1 DC ha inserito la necessità che anche il giudizio di ammissione della NPC sia soggetto al principio del contraddittorio, richiedendo che l'altra parte sia fatta *certior* della richiesta del proponente (Montini 2008 *La richiesta*, 677-680).

Secondo alcuni si instaurerebbe così una causa incidentale da trattarsi *per memorialia* (Pappadia 2013, 534).

Su quali atti si baserà il nuovo esame di merito

L'eventuale ammissione della NCP comporterà che alla valutazione che ne segue (analoga dal punto di vista dello svolgimento processuale a un giudizio di appello: cf art. 293 § 2 DC) si estenderà non

TESTO PROVVISORIO

solo ai nuovi argomenti e prove, ma a tutto il materiale in atti con il quale gli elementi nuovi andranno comparati (Pappadia 2013, 535).

In altre parole: la valutazione quanto alla ammissione della NCP concerne esclusivamente la qualità nuova e grave delle prove e degli argomenti proposti; invece, il giudizio che consegue alla ammissione della NCP concerne pienamente il merito della causa, ossia se consti (con certezza morale) o meno la nullità del matrimonio sottoposto alla valutazione del tribunale.

Attuale certezza in merito al ricorso contro la negazione della NCP

La questione è stata risolta da una dichiarazione del Collegio rotale del 27 febbraio 2009, che ha stabilito che l'appello contro la non ammissione della NCP sia da devolversi non al turno rotale seguente, bensì alla Segnatura Apostolica, onde evitare il pregiudizio alla celerità processuale causato dalla precedente difforme prassi delle impugnazioni (Lobell 2009, 495).

III. APPELLO

L'importanza della conferma della possibilità di appellare

Non appare inutile sottolineare come alcuni facciano rilevare il fatto che la riforma processuale del 2015 abbia confermato – anche per le cause di nullità matrimoniale – il diritto di appello per la parte (privata o pubblica) che si sente gravata: Sciacca 2018, 65-66 e 80; così anche Montini 2016 *Si appellatio*, 666; Moneta 2017, 2; Arroba 2018 *La interpretación*, 753 e 760-761; Erlebach 2017 *Algunas cuestiones*, 69-70 e 79; Montini 2018 *De iudicio [...] II/2*, 57; Recchia 2016, 113.

Effettivamente tale riaffermazione appare importante, in quanto una scelta diversa avrebbe allontanato il processo matrimoniale canonico (di accertamento della nullità del patto nuziale) dai principi del giusto processo, ossia da uno dei canoni condivisi della civiltà giuridica in senso generale. In questo senso (Peña 2017, 316) si parla dell'appello come di «un diritto processuale fondamentale delle parti [...] un diritto di carattere dispositivo appartenente al patrimonio giuridico delle parti». Così, si afferma che «La riforma, derogando dall'obbligo della doppia conforme affermativa, e mantenendo integro il diritto di appello, avvicina la disciplina delle impugnazioni al concetto del doppio grado di giurisdizione» (Arroba 2018 *Il m.p.*, 24).

Anche un autore certamente favorevole a una certa limitazione dell'esercizio del diritto di appello (specificamente contro una decisione affermativa) che potrebbe ravvisarsi nella disposizione del can. 1680 § 2 avverte: «questa nuova facoltà attribuita ai giudici d'appello incide su un diritto considerato ormai fondamentale in ogni ordinamento processuale: quello di richiedere un nuovo giudizio nei confronti di una sentenza ritenuta ingiusta. C'è quindi da augurarsi che i giudici facciano uso di tale facoltà con molta prudenza ed equilibrio, onde evitare che il diritto d'appello venga ad essere eccessivamente compromesso o addirittura vanificato» (Moneta 2017, 15).

In questo senso, alcuni autori si esprimono anche nel senso della necessità di un rafforzamento e di una promozione (anche a fronte della abrogazione della necessità della doppia sentenza conforme) dell'istituto dell'appello (del Pozzo 2018, 87-88).

Per sottolineare l'importanza del diritto di appello si afferma non solo che «la conservazione del diritto di appello è data per scontata», ma anche che «il diritto di appello, in quanto tale, è persino rafforzato nel Motu pr. *Mitis Iudex*» (Erlebach 2018 *Novità legislative*, 309 e 310; ma anche Erlebach 2017 *Appello in quanto impugnativa*, 667-668). Di valorizzazione del diritto di appello parla anche Llobell (2016 *Questioni circa l'appello*, 423): «la legge non solo lascia integro il diritto di appello [...] garantisce il diritto di ottenere una nuova decisione sul medesimo oggetto, innanzi ad un altro tribunale. Il diritto ad un doppio grado di giurisdizione sulle decisioni di merito, secondo una consolidata tradizione canonica, è in effetti connesso allo stesso diritto naturale di difesa».

TESTO PROVVISORIO

Appellare può essere un dovere morale e giuridico

Non deve inoltre essere dimenticato il dovere di coscienza dei coniugi di appellare o di non avvalersi di detta possibilità a seconda che, nel giudizio della propria coscienza e alla luce della propria conoscenza dei fatti, la decisione di primo grado appaia, rispettivamente, sbagliata oppure giusta.

Un decreto c. Erlebach dell'8 febbraio 2018 mette in luce come il gravame patito dall'appellante non concerna solo una decisione contraria alla propria posizione processuale, ma anche un gravame spirituale o di coscienza: in «Periodica» 107 (2018) 668. Tale concetto ampio di gravame – anche in senso soggettivo e non legato alla mera soccombenza processuale – viene sostenuto da altri autori (Turnaturi 2008, 646-648 che si appoggia a un decreto rotale c. Defilippi e a un parere di p. Urbano Navarrete) e dallo stesso Erlebach in suoi vari studi (2017 *Algunas cuestiones*, 70; 2017 *Appello in quanto impugnativa*, 669; 2018 *Novità legislative*, 311; e 2019, 45, nota 88).

Così come non si devono dimenticare i doveri istituzionali del difensore del vincolo di addurre tutto quanto, salva la verità dei fatti, possa essere apportato per la tutela del vincolo matrimoniale (cf art. 56 § 2 DC), nonché di appellare laddove non ritenga sufficientemente fondata una decisione affermativa (cf art. 279 § 2 DC e Montini 2016 *Dopo la decisione*, 109-110; Turnaturi 2008, 641 e 645)

Si sottolinea anche che il venire meno del sistema della doppia conforme responsabilizza maggiormente il difensore del vincolo anche di fronte a pressioni che cerchino di scoraggiare l'appello. Egli non dovrà da un lato presentare appelli ingiustificati, ma dall'altro valutare con attenzione se vi siano motivi per proporre appello (Peña 2017, 319-320). Tale dovere di appellare se ve ne sono le condizioni vale per il difensore del vincolo anche in relazione alla sentenza del vescovo nel processo breve (Peña 2017, 335), soprattutto nel caso in cui il difensore del vincolo avesse chiesto il rinvio al processo ordinario e la sentenza (affermativa) non abbia chiarito aspetti controversi o si ritengano necessari supplementi istruttori (Caviglia 2019, 352-353).

Il dovere del difensore del vincolo di appellare è richiamato anche da Montini 2016 *Si appellatio*, 693-694 con la puntualizzazione che tale figura processuale va oggi piuttosto incoraggiata e sostenuta che non inopportunamente scoraggiata da un efficace svolgimento del suo ruolo.

Il tema dell'obbligo dell'appello da parte del difensore del vincolo è oggetto di una specifica trattazione dello stesso autore: dopo aver richiamato l'istituzione del difensore del vincolo e l'evoluzione della disciplina in merito al suo dovere di appellare fino al Codice vigente (Montini 2017 *Il difensore*, 301-307), si fa presente che il Codice vigente riafferma il diritto di appello della parte pubblica, la cui doverosità in caso di sentenze che gli appaiano poco fondate è esplicitata dall'art. 279 § 2 DC. Alcune perplessità sollevate in merito a tale norma vanno comprese alla luce della natura dell'appello (ivi, 308-310), ossia in riferimento ai suoi elementi costitutivi sia statici sia dinamici (ivi, 310-311). In questa luce acquistano rilievo la forza *devolutiva* dell'appello al giudice superiore – soprattutto dopo l'abrogazione della trasmissione *ex officio* di una sentenza affermativa in vista della doppia conforme – nonché la sua valenza *selettiva* del tribunale di appello (ivi, 312-313), dove la eventuale scelta della Rota Romana potrebbe essere giustificata da una particolare esigenza di tutela sia dell'interesse pubblico, sia dalla uniformità della giurisprudenza canonica. Anche la valenza *motiva* dell'appello proposto dal difensore del vincolo non va trascurata: per quanto le motivazioni della prosecuzione non siano *ad validitatem* della stessa, la loro presenza è del tutto ragionevole (cf anche l'art. 56 § 4 DC), cosa che si potrebbe attuare aderendo alla posizione dottrinale che sostiene che sia il difensore del vincolo *a quo* a dover anche proseguire l'appello, anche se poi l'appello verrà coltivato, nel grado successivo di giudizio, dal difensore del vincolo del tribunale *ad quod* (ivi, 313-316).

L'obbligo del difensore del vincolo di appellare nel caso di cui all'art. 279 § 2 DC va inteso nel senso che il suo agire sia *rationabilis* ai sensi del can. 1432 e che la sua valutazione di coscienza sia misurata sul parametro della certezza morale (ivi, 319-322). Ma quali mezzi vi sono per rendere efficace il suo obbligo? Si propongono: 1) provvedimenti amministrativi (ad esempio non rinnovo) o disciplinari (rimozione): ivi, 323-324; 2) provvedimenti normativi particolari, quali obbligare

TESTO PROVVISORIO

all'appello in Rota nel caso di tribunali che facciano uso di capi di nullità non previsti dalla legge né utilizzati dalla Rota Romana: ivi, 324-325; 3) provvedimenti in casi specifici, quali il suggerimento al difensore del vincolo di proporre una *nova causae propositio*: ivi, 326-327. Quanto alla opportunità di tipizzare dei casi nei quali il difensore del vincolo abbia l'obbligo di appellare, non ostanti alcuni limiti di tale scelta (ivi, 332-333), si individuano alcuni motivi favorevoli: 1) la attuale debolezza istituzionale di tale figura: da qui la necessità di incoraggiamento del difensore del vincolo nel proprio lavoro, con i conseguenti effetti benefici sulla attività complessiva del tribunale (ivi, 333-334); 2) dare un aiuto ai difensori del vincolo muniti di una minore preparazione canonica (ivi, 334); 3) il valore comunque solo dichiarativo (non normativo) di tale indicazione (ivi, 335); 4) realizzare una effettiva parità fra le parti, dove quella pubblica rappresenta l'autorità ecclesiale nel suo ruolo di difesa del bene pubblico (ivi, 335-336). Esempio di tipizzazione di tali pericoli possono essere l'introduzione di nuovi capi di nullità, lo stravolgimento di capi esistenti, il far ricorso a interpretazioni espressamente contraddette dalla giurisprudenza dei tribunali apostolici, la sproporzione fra capo invocato e fatti addotti a suo sostegno (ivi, 337-338).

Quanto al valore dell'appello alla Rota Romana – possibilità che non va sottaciuta o negata alle parti – essa va vista come applicazione della potestà-servizio del Papa ai fedeli e alle chiese locali (Pinto 2013).

La necessità di una adeguata attenzione al corretto computo dei termini

Opportunamente si sottolinea l'importanza dell'osservanza dei termini nella dinamica del processo: «il rispetto scrupoloso dei termini è la premessa indispensabile per sperare di poter ottenere ciò che si chiede con il processo. Non si deve mai sottovalutare un termine o una scadenza» (Montini 2003, 82). Il rispetto dei termini è peraltro un modo per equilibrare diritti contrapposti in una materia particolarmente delicata e connessa al tema della salvezza delle anime: quello di vedere eseguita una sentenza che corrisponde alle proprie attese e quello di poter impugnare (ma solo nei termini previsti) una sentenza che non si condivide (Boyer 2014-2015, 135-136).

Quanto al concetto di tempo utile, si tratta di un tema assai delicato e in dottrina si esemplificano circostanze che impediscono di sostenere di non aver potuto fruire del tempo utile: come sono la negligenza o un preteso obice non proporzionato a impedire la azione concreta da porre (Montini 2003, 82-85; così come anche Montini 2018 *Alcune questioni*, 497-498 e Montini 2018, *De iudicio* [...] II/2, 75-76).

Infatti, quello di tempo utile è un concetto di origine equitativa e che proprio per questo va interpretato con rigore, in quanto la *aequitas* è già contenuta nelle possibilità implicite nell'istituto e in quanto non possono non essere anche considerati i diritti e le legittime aspettative delle altre persone coinvolte nella relazione giuridica (Montini 2003, 99 e 101; cf anche Zambon 2018, 272-273).

Dal punto di vista non solo concettuale ma anche tecnico-giuridico, si noti che il termine per la interposizione è definito utile (can. 1630 § 1 e art. 281 § 1 DC), mentre circa quello per la prosecuzione non si dice nulla, quindi deve essere pacificamente inteso come continuo (cf can. 1633 e art. 284 § 1 DC).

Ed osservo che è giusto che sia così, perché chi ha interposto un appello non può addurre l'ignoranza del termine di prosecuzione, peraltro prorogabile di fronte a delle necessità che causino un impedimento ad agire. Vi sono però autori che, appoggiandosi anche a pronunce rotali, sostengono che pure il termine per la prosecuzione di appello previsto dal can. 1633 sia da intendersi – ancorché ciò non sia espresso esplicitamente – come tempo utile (cf Montini 2003, 86). In questa linea, per quanto la dottrina prevalente sostenga una presunzione a favore della natura continua del tempo (ma con possibilità di prova contraria), si sostiene che – in difetto di esplicita previsione normativa sulla qualità *utile* del tempo – la questione vada risolta argomentando *pro* e *contra* (Montini 2003, 87-89).

TESTO PROVVISORIO

Altra questione (rispetto al concetto di tempo utile) è l'interruzione del tempo continuo: o per la sospensione dei termini (per esempio alcuni tribunali prevedono tale interruzione nel periodo di chiusura per ferie), oppure per la previsione del can. 1467 (art. 83 DC; cf anche Montini 2018 *Alcune questioni*, 497), ossia per la scadenza del termine in un giorno di chiusura del tribunale.

Nel computo del tempo (anche utile) e nella valutazione della sua eventuale interruzione, la dottrina canonica comune è che i giorni festivi non producano la interruzione del computo, a meno che la cultura giuridica civile del luogo (magari fatta propria dalla stessa autorità ecclesiale nel dare informazioni ai potenziali ricorrenti) consideri come da espungere dal computo quelli che non siano *working days* (Montini 2003, 98-99).

Altri invece (ad esempio Sciacca 2018, 69-70) propongono una interpretazione per così dire estensiva del concetto di termine utile, intendendolo nel senso della *utilitas animarum*, che consentirebbe un nuovo discernimento della situazione anche dopo molti anni dalla emissione di una sentenza, sia negativa sia anche affermativa (il contesto della sua riflessione è appunto quello dei termini di appello). Ritiene però che, se siano state celebrate nuove nozze, resti il solo strumento delle NPC.

Personalmente, credo che la distinzione fra sentenze affermative e negative quanto alla operatività dei termini di appello e la possibilità di NPC dopo una sentenza (affermativa) divenuta esecutiva assicurino un sufficiente bilanciamento delle principali esigenze in gioco: certezza delle situazioni giuridiche e possibilità di ricerca della verità al di là di vincoli solo processuali.

Infine, sempre opportunamente si precisa (Montini 2018 *Alcune questioni*, 498-499 e Montini 2018 *De iudicio [...] II/2*, 76-77) che è il giudice il soggetto deputato a dirimere la questione sulla osservanza o meno dei termini per l'appello. Le ragioni sono: l'importanza in sé della questione nella economia del giudizio; il fatto che solo il giudice ha il quadro globale della situazione, anche quanto alla decorrenza dei termini per tutti gli interessati.

La debita notifica alle parti è una garanzia del diritto di appello

Giustamente, anche solo da un punto di vista logico, viene fatto notare (Sciacca 2018, 70-71) che la questione del corretto computo dei termini presuppone la corretta notifica della sentenza, ai sensi del can. 1615 (cf anche art. 258 DC). Che la notifica debba essere effettiva viene sottolineato anche da altri autori (Peña 2017, 322; Turnaturi 2008, 654), infatti la legittima notifica della sentenza «costituisce un presupposto per l'esercizio del diritto di appello» (Erlebach 2018 *Novità legislative*, 315 e 316).

Quanto alla prassi di alcuni tribunali di notificare – soprattutto alla parte convenuta non costituita, o che si rimetta alla giustizia del tribunale o che sia assente dal giudizio – il solo dispositivo della sentenza, la difficoltà derivante dalla richiesta normativa (can. 1615) di una comunicazione integrale della sentenza (ma Erlebach 2017 *Algunas cuestiones*, 73, nota 24 richiama anche l'art. 258 § 3 DC e l'art. 13 RP) potrebbe essere superata precisando, nella notifica del dispositivo, un termine dichiarato espressamente come perentorio per richiedere copia integrale della sentenza. Il computo dei termini per la interposizione di appello inizierebbe solo dopo lo spirare di detto termine, presumendo che la parte che non ne ha fatto uso non abbia interesse a ricevere copia della sentenza (Montini 2018 *Alcune questioni*, 495). Pur avanzando qualche perplessità, Erlebach (2017 *Appello in quanto impugnativa*, 675-676 e 2018 *Novità legislative*, 316-317) ammette che un termine perentorio per la richiesta della copia della sentenza possa costituire, a partire dal suo spirare, un punto di inizio del computo dei termini di appello.

La stessa precisione nella notifica alle parti andrebbe però perseguita anche in caso di appello, in modo da consentire nei termini l'esercizio del cosiddetto appello incidentale del quale al can. 1637 § 2 e all'art. 288 § 2 DC (Sciacca 2018, 71-72; Erlebach 2018 *Novità legislative*, 319; Erlebach 2017 *Appello in quanto impugnativa*, 677-678).

TESTO PROVVISORIO

Molta attenzione andrà osservata anche nel caso in cui la parte sia munita di un procuratore: questi dovrà tempestivamente informare il suo rappresentato della decisione e, nel pericolo che i termini scadano, dovrà esercitare il diritto di appello, salvo esporsi a una azione disciplinare per la sua negligenza nel caso i termini scadano senza che la parte possa appellare nei termini corretti (Montini 2018 *Alcune questioni*, 502-503). Che un patrono conosca le regole che disciplinano le modalità per appellare viene ritenuta una presunzione *iuris et de iure*, contro la quale non può essere invocata l'ignoranza (Boyer 2014-2015, 136).

La discussione circa la perentorietà dei termini di appello anche per le decisioni negative (e cenni quanto alla possibilità di conferma per decreto delle decisioni negative).

Alcuni autori offrono una presentazione sintetica della discussione (Zambon 2018, 276-278; del Pozzo 2018, 107, note 100 e 101; Moneta 2017, 4-7): o recensendo la posizione di altri autori, oppure ponendo a confronto gli argomenti a sostegno delle due posizioni. Ad esempio, Sciacca (2018, 67-68) recensisce le due posizioni, da un lato richiamandosi al dato normativo (che orienterebbe alla perentorietà dei termini solo per le decisioni affermative); dall'altro sostenendo che «l'elasticità dell'ordinamento canonico permetterebbe comunque di introdurre quei temperamenti necessari al perseguimento della giustizia nel caso concreto» (68), affermazione che poi cerca di esemplificare nel prosieguo del suo contributo.

Offro una sintesi delle argomentazioni a favore e contro così come io stesso le ho comprese.

I. Argomenti *pro* l'applicazione della perentorietà dei termini di appello anche alla decisioni negative in materia di nullità matrimoniale.

1) si fa valere l'argomento letterale, nel senso che il can. 1680 § 1 non distingue, almeno esplicitamente, fra sentenze affermative e negative e che la frase principale del can. 1679 afferma che la sentenza non appellata diviene esecutiva (Rodríguez-Ocaña 2016, 118 e 120). Tale interpretazione (che anche chi sostiene tale lettura ammette potrebbe «apparire un'affermazione senza senso, visto che non si modifica alcuna situazione precedente, sicché “non c'è nulla da seguire”»): Llobell 2016 *Questioni circa l'appello*, 437) viene sostenuta come idonea a rafforzare il *favor matrimonii*.

2) si osserva che con la riforma del 2015 si ritorna alla disciplina comune per l'appello e si sottolinea la necessità di carattere sistematico che non vi siano discrasie nell'ordinamento quanto ai termini e alla procedura di appello per le sentenze (ad esempio del Pozzo 2018, 109 che si appoggia soprattutto sulle argomentazioni del prof. Llobell cui si accennerà meglio più sotto).

3) si evidenzia la necessità di togliere le persone dalle *tenebre del dubbio* come si legge nel proemio di MIDI. Tale argomentazione varrebbe anche per il convenuto, che diversamente resterebbe sotto l'*alea* di un possibile appello per un tempo indefinito.

4) si segnala anche la necessità di evitare l'inconveniente di una disparità di trattamento fra tipi di sentenza, una differenza che potrebbe dare l'impressione dell'affermarsi di una sorta di *favor nullitatis* (cf ad esempio del Pozzo 2018, 88-89 e 109-111). Mentre le decisioni affermative avrebbero tempi brevi e perentori di appello, quelle negative potrebbero essere riviste nel merito in ogni tempo, laddove naturalmente ancora assoggettabili a un appello (non ad esempio dopo una duplice decisione negativa conforme).

In questo senso si è sostenuta la necessità di una *par condicio* fra sentenze in quanto sarebbe «problematico un sistema che proteggesse le sentenze affermative [...] in modo più incisivo di quelle negative» (Llobell 2017 *La par condicio*, 684). Gli argomenti tecnici addotti a giustificazione di tale posizione sono, in estrema sintesi: 1) la critica alla posizione che desume dal testo del can. 1680 § 1

TESTO PROVVISORIO

la riconduzione delle (sole) sentenze affermative alla disciplina comune dell'appello e 2) a quella che si rifà al titolo dell'art. 4 MIDI (694-697); 3) la considerazione che anche le sentenze negative produrrebbero un giudicato formale alle condizioni di cui al can. 1641, 2°-3° (697-698); 4) la somiglianza della posizione proposta con il diritto delle decretali precedente alla costituzione *Dei miseratione* del 1741, che prevedeva il passaggio in giudicato di tutte le sentenze non appellate nei termini, pur riconoscendo una ampia possibilità di appello (698-699); 5) l'affermazione che il solo rimedio contro sentenze passate in quasi-giudicato resti ormai la nuova proposizione della causa (699-700); 6) così come non sarebbe più applicabile la cosiddetta *retractatio* (appello fuori termini contro una sentenza negativa) consentita dalla dichiarazione del 3 giugno 1989 della Segnatura Apostolica, perché ormai anche per le sentenze negative non appellate nei termini si crea il quasi-giudicato (700-704). Lo stesso autore ha sviluppato analoghe argomentazioni in altri suoi contributi (Llobell 2016 *Cuestiones*, 74-91 e Llobell 2016 *Questioni*, 427-444).

5) pur stante la difficoltà di ipotizzare un appello contro una decisione negativa che sia puramente dilatorio (come fa ad esempio osservare Daniel 2016, 442), nei pur rari casi nei quali un appello apparisse manifestamente tale (ossia non idoneo a preluderne una riforma) si riterrebbe persino plausibile ipotizzarne una conferma per decreto onde conseguire quanto prima una situazione giuridica stabile.

Tale posizione viene giustificata «in forza della semplificazione del processo perseguita» dalla riforma del 2015, per cui la possibilità di conferma per decreto «sarà applicabile per tutte le sentenze legittimamente appellate, sia *pro nullitate matrimonii* sia contrarie, in qualsiasi istanza emesse» (Llobell 2016 *Questioni circa l'appello*, 441), con l'effetto di favorire la auspicata giusta celerità nella definizione dello *status* dei fedeli (Recchia 2016, 115-116 e 118).

II. Argomenti invece *contra* la perentorietà dei termini di appello anche per la decisione negativa.

1) l'argomento denominato letterale potrebbe essere anche inteso al contrario (lo ammette lo stesso del Pozzo 2018, 108), in quanto il can. 1679 fa riferimento alle sole sentenze esecutive, che non possono quindi che essere quelle affermative – peraltro esplicitamente evocate nel testo stesso del canone – mentre il can. 1680 § 1 parla di appello contro *eandem sententiam*, quindi (solo) quella esecutiva. Quindi è solo per questa che valgono i termini perentori e la possibilità di conferma per decreto della quale al § 2 dello stesso can. 1680.

2) si evidenzia anche la struttura dell'art. IV del mp MIDI, che appare attagliarsi alle sole sentenze affermative e che si basa sulla loro differenza qualitativa (per la necessità della certezza morale), rispetto a quelle negative.

Tale argomento è sviluppato molto da Montini (2016 *Dopo la decisione*, 114; 2016 *Si appellatio*, 666 nota 7 e 667, nota 8 e Montini 2018 *De iudicio [...] II/2*, 59-60). Lo stesso autore già assai prima della riforma (Montini 2009, 322) aveva sviluppato un argomento analogo, applicato alla giustificazione della procedura di conferma *brevior* delle sentenze affermative prevista dall'allora vigente can. 1682 § 2: ciò con riferimento alla qualità giuridicamente diversa delle decisioni affermative (in relazione alla necessità della certezza morale). Ossia: la sentenza affermativa richiede la certezza morale, quindi un alto grado di certezza, dato dal convergere di tutte le prove positive e ragionevoli; invece, per una sentenza negativa, potrebbe anche sussistere un alto grado di probabilità, ma non ancora la certezza morale, per la mancanza di un elemento di prova che potrebbe invece rendersi disponibile in un tempo successivo.

Anche altri autori condividono la stessa argomentazione, sia in riferimento alla struttura dell'art. IV MIDI, sia alla diversità qualitativa fra sentenze affermative e negative (Peña 2017, 332, Boyer 2014-2015, 133-134; Segovia 158), mentre l'argomento sistematico risulta per altri meno persuasivo (Arroba 2018 *La interpretación*, 750-751 e 760).

TESTO PROVVISORIO

A tale argomento viene aggiunta la seguente considerazione (Erlebach 2017 *Algunas cuestiones*, 67-69), ossia che il rinvio diretto ai canoni sull'appello viene fatto dal can. 1680 § 1 solo per le sentenze che dal contesto sono quelle affermative. Da ciò discende che solo per esse i termini di appello sono perentori, mentre per le sentenze negative resterebbe prevalente il criterio ermeneutico del can. 1691 § 3 che fa riferimento alla speciale natura delle cause sullo stato delle persone. Tale argomentazione viene sviluppata dall'autore mettendo in luce come il contesto al quale si fa riferimento non è solo quello prossimo (ossia le disposizioni subito precedenti e subito successive) ma anche quello remoto, che fa riferimento alla scelta di dare immediata esecutività a una sentenza affermativa, in relazione alla quale vengono espressamente e direttamente richiamati i termini perentori del processo ordinario, mentre per le sentenze negative resta in vigore la disciplina più benevola (con un rinvio solo indiretto e subordinato alla disciplina comune dell'appello) che tiene conto della speciale natura delle cause circa lo stato delle persone (Erlebach 2018 *Novità legislative*, 305-309 e Erlebach 2017 *Appello in quanto impugnativa*, 664-667.669-670 e 673). Anche un altro studioso ed uditore rotale aderisce a tale impostazione (Salvatori 2017, 708, nota 8).

3) si fa presente anche una ragione per così dire storica, ossia che già nel 1971 Paolo VI con il mp *Causas matrimoniales* aveva introdotto un regime di appello differenziato per le sentenze affermative. Ciò fa comprendere come: «La parità di trattamento processuale delle sentenze affermative e negative di nullità matrimoniale non è un principio derivante dal diritto naturale, dalla necessità di tutelare l'indissolubilità del matrimonio e rispettare la volontà del Legislatore» (Montini 2018 *De iudicio* [...] II/2, 58).

4) un argomento molto forte appare essere anche la dichiarazione della Segnatura Apostolica in data 3 giugno 1989 (nella sua premessa n. 4) in AAS 81 (1989) 989, nonché il § 1 dell'art. 217 della Istruzione *Provida mater* del 15 agosto 1936, che dava una chiara indicazione in merito: «Cum sententiae in causis matrimonialibus numquam transeant in rem iudicatam, causae ipsae retractari poterunt coram tribunali superiori, non exceptis casibus in quibus appellatio defuerit vel deserta aut precepta fuerit».

La giurisprudenza della Segnatura Apostolica – che qualifica l'appello tardivo quale NPC, ma senza la necessità della presentazione di nuovi e gravi argomenti se vi è a monte una sola decisione negativa – è ricordata anche da diversi autori (Pappadia 2013, 528; Peña 2017, 324 e 333-334; Moneta 2017, 3, nota 3; Turnaturi 2008, 655-656; Arroba 2018 *La interpretación*, 759; Boyer 2014-2015, 134; Bettetini 2007, 431).

La posizione della Segnatura è richiamata anche da Erlebach (2017 *Appello in quanto impugnativa*, 670 e 2018 *Novità legislative*, 311-312), il quale ritiene però come forse più appropriato qualificare la possibilità di appello tardivo contro una sentenza negativa in analogia con la riassunzione della causa.

5) si fa anche notare che il comprimere in termini molto rigidi le possibilità di appello verso le sentenze negative si porrebbe in una linea di contrarietà rispetto allo spirito della riforma processuale del 2015: essa da un lato protegge le sentenze esecutive da appelli infondati in vista di superare con celerità eventuali situazioni matrimoniali irregolari. Ci si domanda invece che senso avrebbe, dall'altro lato, per il bene spirituale del fedele, privarlo della possibilità di un riesame di una decisione che non lo aiuta a sanare una situazione irregolare (Peña 2017, 332-333).

6) per quanto non vi sia ancora una vera e propria giurisprudenza della Rota Romana in merito, le prime pronunce appaiono orientarsi ad applicare la possibilità di conferma per decreto prevista dal can. 1680 § 2 alle sole sentenze affermative (Moneta 2017, 6 nota 8, richiama un decreto del febbraio 2016 c. Salvatori che si muove in tal senso; Arroba 2018 *La interpretación*, 758; Erlebach 2018 *Novità legislative*, 321, nota 68).

TESTO PROVVISORIO

7) in relazione all'argomento che desume dalla necessità di liberare dalle *tenebre* del dubbio nello stesso momento e nello stesso modo sia l'attore sia il convenuto, anche in caso di sentenza negativa – un tema molto sottolineato ad esempio in Llobell 2017 *La par condicio*, 688-689 – si potrebbe opporre un argomento del seguente tenore che conduce la detta esigenza alle estreme conseguenze.

Per essere del tutto coerenti con tale obiettivo, non basterebbe prevedere termini rigidi di appello anche per le sentenze negative, ma occorrerebbe applicare altresì il principio che il dedotto copre il deducibile, esigendo che nella (prima e unica) azione di nullità si spendessero tutti i titoli che si ritengono corrispondenti alla realtà del proprio matrimonio e idonei a renderlo invalido. Invece, la prassi canonica (sancita ad esempio dall'art. 289 § 3 DC) consente la proposizione di più successive cause di nullità matrimoniale per titoli diversi, per quanto ciò potrebbe comportare un disagio per il convenuto, magari convinto (e magari anche a ragione) della validità del proprio matrimonio e costretto a difendersi in successive cause. Un autore già membro della Commissione che ha predisposto il mp (Moneta 2017, 11) cerca di spiegare questo disagio che potrebbe causarsi per il convenuto – convinto in coscienza (non per motivi estrinseci o malevoli) della validità del suo matrimonio – nonché di difendere il regime più favorevole per l'attore (esecutività in tempi brevi e perentori di una sentenza affermativa, ma appellabilità *sine termino* di una sentenza negativa) dalla accusa di atteggiamento di *favor nullitatis* sostenendo che anche nel regime precedente il convenuto avrebbe potuto vedere la duplice sentenza negativa messa in discussione dalla richiesta di un nuovo esame della causa, mentre il suo veder confermato il proprio stato matrimoniale dalla sentenza negativa «non richiede una particolare attenzione pastorale».

Non si può tuttavia disconoscere la diversa natura e praticabilità di appello e NCP; così come osservare che anche la situazione di chi, non vivendo più con il proprio coniuge, sia tuttavia convinto di aver contratto con lui un matrimonio valido difficilmente potrebbe collocarsi al di fuori di una attenzione pastorale. Forse solo chi desidera contrarre nuove nozze a valle di un matrimonio fallito merita l'attenzione pastorale della Chiesa? O anche solo una attenzione pastorale maggiore di chi è convinto del contrario?

Altri ancora sostengono che la posizione soggettiva del convenuto quanto alla certezza della verità della sua condizione coniugale se da un lato non potrebbe che essere confermata da una sentenza negativa, dall'altro non avrebbe troppo a patire da una ampia possibilità di appello, se si considera che l'onere della prova incombe sull'appellante e non su di lui, mentre il giudizio di appello – se venissero rispettati i tempi previsti dalla legge – si dovrebbe concludere in tempi brevi (Arroba 2018 *La interpretación*, 757-758). Tale argomento tecnico appare maggiormente convincente, anche se la concreta esperienza processuale (richiesta di nuove perizie, capi proposti *tamquam in prima instantia*, riproposizione dei medesimi testi già ascoltati in primo grado e spesso ammessi piuttosto passivamente a un nuovo esame) mostra che non sempre i termini legali sono rispettati in appello.

Quale difensore del vincolo prosegue l'appello

Anche tale domanda, apparentemente banale e solo procedurale, racchiude le sue difficoltà e le sue insidie.

Alcuni autori (cf Z. Grochowski, *L'appello nelle cause di nullità matrimoniale*, in «Forum» 4/2 [1993] 31, nota 7 e Montini 2017 *Il Difensore*, 314-315, ma già in G.P. Montini, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. Pars dinamica*, Romae 2012, 528; Erlebach 2018 *Novità legislative*, 319) sostengono che lo possa utilmente fare il difensore del vincolo che lo interpone, come potrebbe ad esempio avvenire proponendo un atto di interposizione che non si limiti alla mera enunciazione della volontà di appellare, ma che già presenti le critiche alla decisione appellata che si vogliono far valere e le eventuali nuove prove che si vorrebbe fossero ammesse.

Anche la giurisprudenza riconosce che una interposizione di appello *rationibus ornata* può essere considerata come una sua prosecuzione, come ad esempio insegna il decreto c. Erlebach 8 febbraio 2018, in «Periodica» 107 (2018) 670.

TESTO PROVVISORIO

Effettivamente la proposta che il difensore del vincolo del tribunale *a quo* interponga e prosegua l'appello appare assai economica anche quanto al contenimento dei termini (Caviglia 2019, 357 che in nota 77 si appoggia alla opinione di Arroba e Izzi). Il difensore del vincolo superiore avrebbe sempre la possibilità di rinunciare, laddove ritenesse l'appello non giustificato, ai sensi del can. 1636 § 2 e dell'art. 287 DC. Con un ragionamento a pari si sostiene anche che – in caso di appello della parte convenuta su alcuni capi di nullità decisi affermativamente – il difensore del vincolo del tribunale *ad quod* potrebbe proporre appello incidentale circa i capi affermativi non appellati e che egli ritenesse non fondati «supplendo un'eventuale mancanza di diligenza del tutore del vincolo del grado inferiore» (Erlebach 2017 *Appello in quanto impugnativa*, 672).

Altri autori danno invece per presupposto che sia il difensore del vincolo del tribunale *ad quod* che prosegua l'appello: per questo, i termini di prosecuzione dovrebbero essere calcolati dal momento del ricevimento degli atti da parte sua (Peña 2017, 327).

In ogni modo, viene sottolineato che l'appello di un difensore del vincolo e le sue motivazioni – comunque proposte – andranno considerate con molta attenzione (Coyle 2018, 30) da parte del tribunale di appello.

Quale difensore del vincolo può rinunciare all'appello

Il Codice determina con chiarezza come il difensore del vincolo legittimato a rinunciare all'appello sia quello del tribunale *ad quod* (cf can. 1636 § 2). Occorre tuttavia prestare attenzione a non confondere la rinuncia all'appello (che avviene nella fase preliminare alla sua ammissione) e la rinuncia all'istanza, che si colloca invece dopo l'ammissione della causa all'esame ordinario e la citazione che dà inizio alla istanza medesima.

Invece – per quanto in questo caso ci si dovrebbe riferire non al difensore del vincolo ma al coniuge attore in causa – si precisa come in una causa relativa allo stato delle persone una rinuncia alla azione sia inconcepibile, in quanto la stessa norma positiva (can. 1492 § 1) dichiara che dette azioni non si estinguono (Salvatori 2017, 709, nota 10).

Diversi autori richiamano alla distinzione fra rinuncia all'appello e rinuncia alla istanza (Zambon 2018, 280-281; Montini 2009, 334; Montini 2017 *Il Difensore*, 316; Salvatori 2017, 712-713; Boyer 2014-2015, 141-142), aggiungendo la importante cautela che tale rinuncia, per non porsi in contrasto con il *munus* del difensore del vincolo, non potrà che essere seriamente motivata (Montini 2017 *Il Difensore*, 317-318 e Montini 2018 *Alcune questioni*, 504-505).

Sviluppando detta distinzione si può meglio determinare la competenza del difensore del vincolo in merito. Nel caso della rinuncia all'appello, la competenza del difensore del vincolo di primo grado che lo avesse anche proseguito nella forma indicata più sopra cesserebbe appunto con la *prosecutio appellationis* (Salvatori 2017, 716-717), tenendo anche conto che l'invito alle parti a presentare le proprie osservazioni ai sensi del can. 1680 § 2 terrebbe il luogo di citazione, di chiamata in giudizio, dando quindi inizio alla istanza di appello (Salvatori 2017, 715).

Invece, nel caso della rinuncia alla istanza, si sostiene che il difensore del vincolo (come anche la parte convenuta appellante, a meno che si sia fatta *pars diligentior* nel chiedere la dichiarazione di nullità del matrimonio) non potrebbero rinunciare alla istanza di appello (Salvatori 2017, 717). Personalmente faccio fatica a comprendere come – non essendo più necessaria una doppia sentenza conforme per ottenere la esecutività della decisione affermativa (quindi con la necessità da parte dell'ordinamento di avere *ex lege* un doppio grado di giudizio a valle di una sentenza affermativa – il difensore del vincolo possa rinunciare all'appello (non ancora ammesso) ma non alla istanza di appello. Tale dubbio viene rafforzato se solo si considera che – in qualsiasi momento avvenga la ri-

TESTO PROVVISORIO

nuncia all'appello o alla istanza (cf la accurata analisi in Salvatori 2017, 721-722) – la conseguenza di tale rinuncia sarebbe la seguente, ossia che un «abbandono dell'appello o dell'istanza di appello dopo una sentenza affermativa circa la nullità di matrimonio, non possa più avere la forza di un mero decreto di archiviazione, ma assuma la valenza di decreto dichiarante la *lis finita*» (ivi, 723). Infatti, se solo l'attore (anche nella forma di convenuto *diligentior*) potesse rinunciare alla istanza, non si capirebbe in che senso si potrebbe trattare di un vero appello, che per definizione è volto alla riforma della decisione (affermativa) precedente.

L'appello puramente dilatorio

Cosa si intenda per appello dilatorio – un concetto non proprio della tradizione canonica, almeno per le sentenze definitive sul merito, nonché piuttosto equivoco in quanto ogni appello è dilatorio nel senso che sospende l'esecuzione della sentenza in se stessa eseguibile (Rodríguez-Ocaña 2016, 118) – è stato oggetto fin dalla pubblicazione del mp MIDI di attenta considerazione.

Alla luce della storia (dove però le previsioni quanto agli appelli manifestamente infondati si riferivano alla materia non matrimoniale), emergerebbe che l'appello dovrebbe essere considerato dal punto di vista per così dire sostanziale e funzionale, in riferimento alle sue ragioni, richieste dal can. 1634 § 1: sarebbe quindi la mancanza di (valide) ragioni che configurerebbe la natura dilatoria dell'appello, senza che la possibilità di suo rigetto divenga però la regola, come era accaduto per le norme per gli USA del 1970 (del Pozzo 2018, 89-93). Così anche una analisi storica che si ritrova in un altro studio (Daniel 2016, 428-443) conduce a ritenere che un appello sia dilatorio quando è infondato in diritto (frivolo) o in fatto (evasivo) e solo funzionale a sostenere una posizione non meritevole di tutela giuridica e a ritardare l'esecuzione di una sentenza giusta.

Sempre dal punto di vista storico, viene rilevata la curiosa incertezza di un testo di Reiffenstuel (quanto alla sua integrità e quanto alla edizione del volume dal quale si afferma tratto) che è stato proposto come una sorta di autorevole fonte della attuale scelta normativa in merito agli appelli dilatori (Montini 2016 *Si appellatio*, 681-682) e che trascura di precisare che detta definizione si riferiva alle cause incidentali, non invece alle sentenze definitive della causa principale. Per le cause principali, la valutazione della qualità dilatoria dell'appello era rinviata alla fine dell'istanza e, alla luce dell'esame del merito, comportava la condanna alle spese per chi avesse proposto un appello temerario (Montini 2016 *Si appellatio*, 682-685; così anche Erlebach 2017 *Algunas cuestiones*, 78-79).

Sempre preliminarmente occorre rilevare come venga offerta una interessante lettura dei termini con i quali la fattispecie viene identificata. L'enfasi che la caratterizza (che sembra voler alludere alla eccezionalità di detta ipotesi) induce però a essere molto attenti in quanto la esperienza insegna come «le espressioni più arditamente restrittive siano funzionali a reali derive applicative assolutamente generali e contemporaneamente a tacitare la dottrina contraria» (Montini 2016 *Si appellatio*, 668 e 669), affermazione che viene documentata con l'esempio dell'applicazione dell'art. 23 § 2 delle norme a suo tempo concesse per gli Stati Uniti.

Infine va sottolineato che deve distinguersi con accuratezza la improcedibilità o inammissibilità di un appello per questioni di rito (ad esempio per inosservanza dei termini) e l'esame, pur preliminare, di merito previsto dal can. 1680 § 2; esame nel quale si dovrà porre molta attenzione alla verifica della esclusiva (*mere*) caratteristica dilatoria dell'appello proposto (aspetto sostanziale), nonché alla evidenza di tale circostanza (aspetto conoscitivo): Erlebach 2017 *Algunas cuestiones*, 76.80 e 82 e Erlebach 2018 *Novità legislative*, 321. Anche altri autori tengono ferma la distinzione (in tema di ammissione dell'appello) fra decisione di rito e decisione relativa al merito (Rodríguez-Ocaña 2016, 11).

TESTO PROVVISORIO

In ogni modo, anche qui operando una rielaborazione sintetica anche a partire da chi ne ha già tentato una sistematizzazione (ad esempio Zambon 2018, 281-285; Erlebach 2017 *Algunas cuestiones*, 82-87; Erlebach 2018 *Novità legislative*, 322-326), metto in luce l'affacciarsi di tre teorie.

1) la prima che potrebbe denominarsi *soggettiva* e che fa riferimento alle intenzioni, alle mire, dell'appellante: una soluzione che sembra da escludersi, anche se la formulazione normativa (come si afferma appoggiandosi anche su altri autori: Daniel, Montini, Recchia) – definita come «piuttosto incerta ed eterea» – offre il fianco a interpretazioni molto soggettive e discrezionali (cf del Pozzo 2018, 95-97 e 102; cf anche Erlebach 2018 *Novità legislative*, 324).

Anche Montini (2016 *Si appellatio*, 670-671 e 2018 *De iudicio [...] II/2*, 61) illustra tale posizione che – per quanto magari facendo poi riferimento anche ai motivi di appello adottati (come è ad esempio anche la posizione di Lüdicke citata in 670, nota 11) – ha di mira le inverificabili motivazioni interiori dell'appellante. Si tratta di una interpretazione che presenta troppi inconvenienti per poter essere accolta. Tenuto conto anche del contesto generale della riforma processuale – soprattutto l'abolizione della doppia conforme, che già velocizza i processi – deprimere ulteriormente la possibilità di esercitare il diritto di appello sottoponendolo a un filtro dal contenuto così discrezionale appare effettivamente sproporzionato (Montini 2016 *Si appellatio*, 680-681). Un altro autore di tutto rispetto, affrontando la questione dal punto di vista delle idee dibattute nel contesto sinodale (del 2014) evidenzia che se vi fu una richiesta esplicita di superare il sistema della doppia sentenza conforme, non venne presentata e discussa alcuna proposta di modificare il regime delle impugnazioni (Arroba 2018 *La interpretación*, 755): da tale considerazione emergerebbe un chiaro criterio ermeneutico delle nuove norme.

2) la seconda teoria potrebbe definirsi *oggettiva* e farebbe specifico riferimento ai motivi adottati dall'appellante nella sua prosecuzione di appello. Ad esempio, ritenuta eccessivamente restrittiva la interpretazione che vorrebbe indagare le intenzioni soggettive dell'appellante, si fa riferimento a una valutazione dei motivi di appello, delle eventuali osservazioni delle parti e delle motivazioni della sentenza appellata che porti alla certezza morale circa la fondatezza della domanda (Recchia 2016, 116-118), senza fare però riferimento agli atti del grado precedente di giudizio.

Giustamente si fa però osservare che la concentrazione dell'attenzione sui motivi adottati dall'appellante – cioè senza considerazione della sentenza nella sua argomentazione ma soprattutto degli atti di causa – potrebbe essere una interpretazione alla fin fine formalistica, che abbandona la ricerca della verità sostanziale, che è uno dei cardini del processo canonico (Montini 2016 *Dopo la decisione*, 112-113). Lo stesso autore fa altresì notare che la proposta della considerazione dei motivi di appello per valutarne la natura dilatoria, per quanto in se stessa non irrazionale, si scontra con la non necessità degli stessi, come attestato ad esempio dalle stesse norme rotali succedutesi nel secolo ventesimo (lo ricorda anche Erlebach 2017 *Algunas cuestiones*, 71, nota 16). La mancanza dei motivi di gravame né rende nullo l'appello (non ne sono un elemento essenziale), né lo rende manifestamente dilatorio. In questo senso si conclude: «La radicazione, seppure remota, dell'appello nel diritto naturale, la sua natura di impugnazione a motivazione libera e la legittimazione attiva all'appello giustificata dalla sola soccombenza, importano almeno dal punto di vista tendenziale la sua proponibilità libera da motivo o motivi specifici da presentare e quindi il suo effetto devolutivo integrale al giudice di appello per un *novum iudicium*» (Montini 2016 *Si appellatio*, 672-675 e 686 dalla quale ultima pagina è tratta la citazione diretta; cf anche Montini 2018 *De iudicio [...] II/2*, 61-62).

3) la terza teoria può infine definirsi *mista* o *integrale* e prevede il confronto fra atti di causa, sentenza impugnata e motivi adottati dall'appellante.

Uno dei maggiori sostenitori di tale teoria è l'Uditore rotale mons. Erlebach che in sostanza – alla luce della finalità propria dell'appello, ossia la riforma nel merito della decisione impugnata – ritiene dilatorio quell'appello non in grado di proporre alcuna ragione che renda probabile la riforma della precedente sentenza. Tali ragioni, però, non dovranno emergere solo dalle motivazioni

TESTO PROVVISORIO

dell'appellante o da quelle della sentenza impugnata, bensì anche da un esame di tutti gli atti di causa, alla luce dei quali sarà possibile per i giudici di appello raggiungere autonomamente la certezza morale circa il merito della causa.

Così, il loro decreto ai sensi del can. 1680 § 2 non solo certificherà la natura dilatoria dell'appello, ma anche confermerà la precedente decisione, creando il quasi-giudicato (Erlebach 2017 *Algunas cuestiones*, 80-82 e 85-86; Erlebach 2018 *Novità legislative*, 325-326).

Anche il Promotore di giustizia della Segnatura sostiene tale tesi (Montini 2016 *Si appellatio*, 675-679) e adduce quattro argomenti per sostenere la interpretazione che definisce *corretta* e che consiste metodologicamente nel prendere le mosse dal testo dello stesso can. 1680 § 2, che parla di conferma della sentenza precedente. Non sarebbe allora altro che quanto previsto nell'abrogato can. 1682 § 2. I motivi sviluppati sono: 1) la conferma della sentenza precedente corrisponde propriamente all'oggetto del giudizio di appello (cf can. 1639 § 1): quindi è una decisione sul merito della causa e non una mera decisione pregiudiziale sull'ammissibilità dell'appello; 2) tale giudizio richiede la certezza morale sul merito, conseguita sulla base dell'esame di tutti gli atti di causa e non solo sulla ponderazione dei motivi di appello; 3) la Segnatura ha più volte evidenziato la illegittimità della prassi che pretende una sorta di rigetto del *libellus appellationis* (alla stregua di quello introduttivo di un giudizio di primo grado) e ha limitato ai soli aspetti processuali (non di merito) la *quaestio de iure appellandi*; 4) la prassi relativa al previgente can. 1682 § 2 ammetteva la conferma, non ostante l'appello di una delle parti, ma a condizione che questo non intaccasse la certezza morale dei giudici. Anche l'*iter* processuale previsto dal can. 1680 § 2 fa comprendere come ci si trovi di fronte a un giudizio di merito e non solo a una valutazione previa della procedibilità dell'appello, come ad esempio risulta dalla attribuzione della decisione al Collegio e non solo al suo Preside o al vicario giudiziale (ivi, 679-680; si veda anche Montini 2018 *De iudicio [...] II/2*, 62-65). In ogni caso, come si era chiarito anche con la normativa previgente, in questa fase processuale non sono ammesse nuove prove (Jaques 2003, 172).

Molti altri autori si sono orientati in senso conforme.

Un canonista americano argomenta come un appello sia dilatorio non in relazione alle intenzioni dell'appellante, bensì in relazione al fondamento della decisione appellata. Dilatorio è l'appello non fondato e che impedisce l'esecuzione di una sentenza giusta. In questo senso si deve porre l'accento sulla funzione puramente (*mere*) dilatoria dell'appello infondato, in quanto per sé ogni appello ritarda il conseguimento del quasi-giudicato (Daniel 2016, 444). Il giudizio sulla qualità puramente dilatoria dell'appello non può basarsi soltanto sui motivi (tantomeno quelli soggettivi) dell'appellante, quanto piuttosto su come la sentenza appellata dimostri la sussistenza del motivo di nullità dichiarato alla luce degli atti e delle osservazioni delle parti (ivi, 451). In questo senso si vede una linea di continuità rispetto a quanto avveniva in precedenza in caso di conferma di una precedente sentenza affermativa. Ciò che cambia è solo come tale sentenza giunga al tribunale di appello: prima *ex officio*, ora solo per iniziativa di parte (ivi, 452).

Così anche Peña (2017, 314) identifica la natura dilatoria dell'appello (al di là della novità della formula legislativa) nella mancanza di suo fondamento oggettivo e nella impossibilità di raggiungere la certezza morale da parte dei giudici di appello. In altre parole (ivi, 328) la qualità dilatoria dell'appello si deve valutare sulle prove complessivamente presenti in atti più che su valutazioni relative alle intenzioni dei proponenti.

Così anche del Pozzo 2018 si orienta decisamente, almeno per il processo ordinario, a una valutazione di merito del tribunale di appello, comprensiva di una completa ponderazione degli atti di causa; mentre per il processo breve manifesta l'ipotesi di una griglia più stretta, con una «certa penetrazione tra giudizio di rito e apprezzamento di merito» (ivi, 112: una argomentazione che verrà più diffusamente analizzata quando tratterò della diversità fra le ipotesi delle quali ai cann. 1680 § 2

TESTO PROVVISORIO

e 1687 § 4). Lo stesso autore fa anche osservare che sarebbe sbagliato ritenere che l'attenzione si sia oggi spostata dalla intrinseca attendibilità della sentenza impugnata (non verificabile se non sulla base degli atti) al contenuto dell'appello proposto: resta invece ben ferma l'esigenza del conseguimento, da parte dei giudici di appello, della certezza morale (ivi, 114-115).

Paolo Moneta (2017, 13-15) – citando anche dottrina e decreti rotali a favore (c. Salvatori 11 ottobre 2016 e c. Todisco 23 giugno 2016 – si orienta pure per un giudizio di merito concernente la giustizia o ingiustizia della sentenza, valutata alla luce degli atti e delle motivazioni addotte dalle parti: «L'appello deve dunque apparire – alla luce di tutti gli atti della causa e non soltanto delle motivazioni addotte a suo sostegno – manifestamente *infondato*» (ivi, 14-15), anche se un elemento di valutazione potrà essere offerto dal comportamento processuale dell'altra parte laddove possa «desumersi con chiarezza che essa è stata costantemente animata non da un anelito di giustizia e da amore per la verità, ma da più bassi intenti di rivalsa verso colui che è stato il proprio coniuge» (ivi, 15).

Così anche Arroba (2018 *La interpretación*, 762-763 e 767) ritiene che se un una sorta di *filtro* possa apporsi alla possibilità di appellare esso debba consistere nel fatto che sulla base degli atti e delle prove l'appellante possa proporre una ricostruzione alternativa dei fatti o segnalare violazioni della legge o errori nella sua applicazione che rendano ragionevolmente probabile la riforma della decisione appellata; mentre invece la introduzione di altri filtri, soprattutto di carattere processuale, rischierebbe di allontanare troppo il processo canonico dalla tutela del diritto sostanziale (ivi, 763-764). Appare quindi chiaro, aggiungo io, che la valutazione dei giudici di appello circa la idoneità della impugnativa a rendere probabile la riforma della decisione di primo grado non potrà avvenire che sulla base di un esame completo della causa e della convinzione di non poter raggiungere – anche sulla base delle motivazioni dell'appello – la certezza morale della nullità del matrimonio.

Anche Boyer (2014-2015, 147-150 e 151-152) considera puramente indicative (e quindi non vincolanti) le motivazioni dell'appello e che la possibilità di confermare con decreto la precedente sentenza affermativa (sottolinea che tale decreto è una conferma nel merito, non solo una dichiarazione della inammissibilità dell'appello) dipende dalla possibilità del Collegio di appello di raggiungere la certezza morale quanto al fondamento della causa, sulla base dell'esame degli atti a disposizione dei giudici. Una conferma che potrebbe avvenire anche solo per alcuni dei capi decisi affermativamente e appellati. Il vincolarsi alle sole motivazioni dell'appello potrebbe allontanare la decisione dalla ricerca della verità obiettiva: pertanto il decreto di conferma delle precedente sentenza va visto nel quadro classico della giurisprudenza canonica, che non confonde l'istituto dell'appello con le sue motivazioni.

Quanto alla giurisprudenza, il decreto c. Erlebach 8 febbraio 2018 («Periodica» 107 [2018] 673-674) conferma che la natura dilatoria non concerne le intenzioni soggettive dell'appellante, bensì quella che viene definita come la qualità dell'appello, che va considerata alla luce sia delle ragioni che sostengono l'appello stesso, sia del contenuto degli atti di causa, i quali possono offrire una possibilità di giudizio circa la cosiddetta coerenza estrinseca della sentenza, che si somma alla sua coerenza intrinseca, ossia alla sua logica interna, al suo *iter* logico di sviluppo.

Anche Montini (2016 *Si appellatio*, 695-698) riporta alcune prime pronunce rotali che paiono orientarsi per la conferma della precedente decisione (affermativa) sulla base della certezza morale conseguita attraverso una valutazione completa del merito della causa.

Infine Ferrante (2018) commenta un decreto del 2017 c. Jaeger, il quale propone come possibilità di dare un contenuto alla qualità manifestamente dilatoria dell'appello facendo riferimento alla ragionevole probabilità del suo accoglimento, come argomentato in una prospettiva comparatistica rispetto a ordinamenti processuali civili. Secondo Ferrante, di fronte al rischio di derive soggettivistiche e

TESTO PROVVISORIO

arbitrarie, la infelice formulazione di appello *dilatorio* potrebbe essere utilmente letta secondo il ragionamento comparativo proposto dal decreto commentato.

Che derive arbitrarie, magari coonestate da una «grazia di stato o un presunto intuito pseudopastorale» (Arroba 2018 *La sentenza*, 224, ma cf anche la forte conclusione a p. 230) non siano rischi solo teorici viene richiamato da chi ha sottolineato in modo convincente, anche a valle della riforma del 2015, la necessità di motivare adeguatamente le sentenze, per non confondere il principio del libero convincimento del giudice – che deve essere basato su una valutazione completa e razionale dei dati oggettivi – col principio dell'intimo e soggettivo convincimento dello stesso giudicante. In questo senso: «L'obbligo di motivare è l'antidoto più efficace per evitare l'arbitrarietà» (ivi, 225). La stessa qualità e completezza della motivazione si raccomanda per la sentenza di appello (Pavanello 2014, 225-226).

Alla luce di queste ultime considerazioni si potrebbe concludere sul punto all'esame che una sentenza adeguatamente motivata potrà rappresentare anche un efficace antidoto contro appelli dilatori o, almeno, uno strumento idoneo a farne emergere con maggiore evidenza la non fondatezza nel merito, in diritto e in fatto.

La difficile coordinazione fra due disposizioni inerenti l'appello

Fin da subito la dottrina si è posta la domanda se la conferma della decisione di primo grado emessa dal tribunale (can. 1680 § 2) e il rigetto *in limine* dell'appello contro la sentenza del vescovo nel processo breve (can. 1687 § 4) siano la stessa cosa.

Anche in questo caso cerco di offrire un contributo sintetico, che propone cioè gli argomenti *pro et contra*.

Per la identità si schiera chi (Montini 2016 *Dopo la decisione*, 116) intende il testo del can. 1687 § 4 come un rinvio espresso in modo sintetico a quanto previsto nel can. 1680 § 2. Ciò si argomenta anche sulla base dell'assenza di una indicazione procedurale specifica nel can. 1687 § 4, che trova invece la sua logica disciplina in quanto già previsto al can. 1680 § 2, essendo poco verosimile che il soggetto deputato a valutare la sentenza affermativa resa nel processo breve decida senza sentire nessuno.

Si ragiona anche a partire dall'esito possibile di tale valutazione: o l'ammissione dell'appello e quindi il rinvio della causa al tribunale, oppure la conferma della decisione di primo grado (Montini 2016 *Si appellatio*, 688-691). Non si vedono altre possibili ragionevoli alternative. Così anche altri autori: Zambon (2018, 286, richiamandosi alla posizione di Recchia 2016, 119) e Caviglia 2019, 355, che espone il suo pensiero alla fine della lunga nota 72, nella quale analizza la posizione di vari autori e 357-358.

Per la diversità si schiera chi (Sciacca 2018, 79) rileva la diversità di disposizione letterale, che nel caso del processo breve andrebbe quindi a verificare le intenzioni dell'appellante, non già il merito della causa, avanzando tuttavia una giusta preoccupazione: «Ciò avviene dunque indipendentemente dalla convinzione del giudice circa l'oggetto del giudizio, ma sulla base di una valutazione che parrebbe invero maggiormente afferente al foro interno». Così anche altri sottolineano la diversità fra le due disposizioni, per quanto evidenziando che con questa norma si introduce un motivo di rigetto di una domanda giudiziale sulla base di ragioni sino ad ora ignote alla normativa codiciale (Rodríguez-Ocaña 2016, 128); oppure facendo notare che, nel *Sussidio applicativo* prodotto dalla Rota Romana, quando si propone una sintesi in merito all'appello avverso una sentenza emessa in un processo ordinario (p. 31), si parla di *rigetto* dell'appello anche in riferimento al can. 1680 § 2, inducendo l'idea che tale espressione possa essere conforme al concetto di conferma della precedente sentenza, della quale parla appunto il can. 1680 § 2 (Segovia 2016, 159-160).

TESTO PROVVISORIO

Si può dunque notare come gli autori che sottolineano la diversità delle due espressioni si trovano piuttosto in difficoltà a spiegare tale differenza senza doversi imbattere in elementi di difficoltà nel rendere chiaramente e senza residui dubbi ragione di tale affermata differenza.

Come già detto sopra e in questa linea, merita una più articolata attenzione la posizione di del Pozzo, il quale appunto sostiene la diversità fra le due disposizioni.

Nel caso del processo ordinario – dopo aver sottolineato quella che ritiene essere la novità dell'istituto (che comporterebbe peraltro un suo utilizzo eccezionale, favorevole cioè in genere all'ammissione della impugnazione) – appare alla fin fine ricondurlo alla dinamica (anche procedurale) del previgente can. 1682 § 2: ossia nei termini di una conferma di merito della decisione precedente, non messa in dubbio dalle argomentazioni dell'appellante (del Pozzo 2018, 97-101): «Il meccanismo procedurale non opera insomma come una sorta di “filtro discrezionale” dei presupposti dell'appello ma come una stima della meritevolezza dell'analitica trattazione» (ivi, 100), ossia della sua ammissione al processo ordinario.

Quanto invece al processo breve, parrebbe esserci una differenza anche se, con molta diplomazia, si afferma: «La completa novità dell'istituto del processo brevior e l'estrema sommarietà del disposto non agevolano il compito interpretativo» (ivi, 101), come viene confermato dai diversi pareri dottrinali che si sono formati in merito. In ogni modo si suggerisce che la «riconduzione della locuzione alla palese mancanza di fondamento piuttosto che all'intenzione soggettive dell'istante comunque risolve in buona parte la contestazione» (ivi, 102). Tuttavia, quanto alla natura di tale rigetto si sostiene si tratti di un vaglio previo e più ristretto rispetto a quello concernente il merito della causa (confermando quindi o meno la decisione di primo grado), ancorché si dia atto delle critiche alla asimmetria creata nel sistema (Llobell) e delle posizioni che equiparano le due procedure (Montini). La ragione della ritenuta diversità dei due istituti sarebbe il diverso dettato normativo fra can. 1680 § 2 e 1687 § 4, a suo giudizio non giustificabile come una mera variazione stilistica o lessicale e in merito alla quale occorrerebbe un chiarimento ufficiale (ivi, 102-103).

Peña (2017, 337) non prende posizione, ma solo sostiene che anche nel caso del can. 1687 § 4 sia necessario l'intervento del difensore del vincolo. Montini da parte sua (2016 *Si appellatio*, 690) legge tale richiesta come la conferma che la procedura da applicarsi anche in questo caso sia quella del can. 1680 § 2.

Per la risoluzione della questione trovo utile considerare – almeno per analogia – la controversa questione (cf ad esempio una ottima sintesi dei suoi argomenti in Montini 2009, 324-328) sorta sotto la vigenza del precedente can. 1682 § 2 e relativa all'obbligo da parte dei giudici di esaminare gli atti messi a loro disposizione come esplicitato dall'art. 265 § 3 DC. L'argomento principe a favore della necessità di esaminare gli atti è come si potrebbe conseguire la certezza morale necessaria se non sulla base degli atti stessi, ossia sulla conoscenza del merito della causa (cf can. 1608 § 2 e art. 247 § 3 DC). Tale argomento – aggiungo io – varrebbe oggi anche per coloro che sono deputati a valutare la pretesa natura dilatoria dell'appello contro la sentenza del vescovo, a meno che emergano chiari aspetti di inammissibilità, tipo l'inosservanza dei termini o la mancanza di gravame.

Ma l'argomento dirimente a favore della omogeneità delle disposizioni normative è a mio giudizio quello della *asimmetria* della quale parla il prof. Llobell: non si vede la ragione perché i criteri di ammissibilità di un appello contro una sentenza nel processo breve dovrebbero configurare un filtro più stretto rispetto a quello previsto per il processo ordinario. Sostenere che la sentenza di un vescovo, proprio in quanto vescovo, debba essere per definizione più certa di quella di un tribunale e che, quindi, debba essere più difficilmente appellabile nel merito (non solo nei presupposti di procedibilità), mi pare un ragionamento debolissimo, basato su una concezione (*absit iniuria verbis*) quasi magica della funzione episcopale. Sostenere dunque che nel caso di appello contro una sentenza di un tribunale la natura dilatoria del mezzo di gravame sarebbe da verificare (anche) quanto al merito della causa; mentre nel caso di appello contro una sentenza di un vescovo la natura dilatoria sarebbe da

TESTO PROVVISORIO

restringersi ai meri presupposti di ricevibilità (ad esempio per l'inosservanza dei termini), se non addirittura alle sole intenzioni dell'appellante, comporterebbe introdurre una differenza molto forte nel sistema, rendendo alcune sentenze della stessa natura – ossia entrambe affermative: è quindi un caso diverso da quello già considerato della disparità di possibilità di appello per sentenze affermative e negative – più facilmente appellabili di altre. Non vedo una ragione di una differenza così sensibile.

Aggiungo un ulteriore argomento: l'elemento comune ai due canoni è il concetto di appello dilatorio: per questo è del tutto logico prevedere che la reazione prevista di fronte a un appello di questo tipo sia omogenea, indipendentemente da chi abbia emesso la sentenza. Alla luce dell'elemento comune, si giustifica ancor più l'applicazione della procedura del can. 1680 § 2 anche al can. 1687 § 4. Nello stesso senso si fa presente come molti commentatori si sono mostrati «attratti dall'identità della clausola e quindi paiono disistimare che esista una diversa normativa» (Montini 2018 *De iudicio* [...] II/2, 65-67, la citazione diretta da p. 66). Detto in altre parole: appello dilatorio non può, ragionevolmente, significare in un caso una cosa e in un caso (analogo) un'altra.

In conclusione, di fronte a un appello avverso una sentenza affermativa – sia nel processo ordinario sia nel processo breve – due saranno le ipotesi possibili, una delle quali avrà per così dire due corni:

1) l'esame previo dell'appello conduce ai sensi del can. 1680 § 2 alla conferma della decisione appellata:

- o perché l'appello è improcedibile, ad esempio in quanto proposto fuori termini o in assenza di gravame. Questa valutazione concerne gli aspetti processuali dell'appello, la sua legittimità (Daniel 2016, 412-415). Tale distinzione fra requisiti processuali di procedibilità dell'appello e aspetti invece sostanziali è sottolineata ad esempio da Moneta (2017, 13), che alla nota 11 riporta un decreto rotale c. Todisco del 23 giugno 2016 che si muove nella stessa linea.

- o perché è dilatorio nel senso della spiegazione *integrale* di questo concetto, che appare quella più attendibile. Tale valutazione concerne invece il merito dell'appello, in relazione al quale non si dà però un mero rigetto *in limine*, bensì un esame della questione di fondo che potrà portare appunto anche a una conferma immediata della decisione appellata. In questo caso si è perfettamente in linea con quanto previsto dall'oggi abrogato can. 1682 § 2.

2) l'appello viene ammesso e il nuovo grado di giudizio che ne consegue segue lo schema dei cann. 1639 § 2-1640.

Espansione della possibilità di conferma per decreto di una decisione affermativa

Sembra chiaro che, a differenza del precedente can. 1682, oggi la conferma di una decisione affermativa possa essere attuata anche se tale decisione venne emessa in un ulteriore grado di giudizio (Llobell 2016 *Questioni circa l'appello*, 432; del Pozzo 2018, 115). Infatti: il can. 1679 afferma che la sentenza che *primum* ha dichiarato la nullità del matrimonio può divenire esecutiva se non impugnata; che contro questa stessa sentenza può essere proposto appello (can. 1680 § 1); che questo appello può essere disatteso, se manifestamente dilatorio, e la sentenza confermata per decreto (can. 1680 § 2) senza specificare che essa debba essere emessa in primo grado, come precisava invece il previgente can. 1682 § 2. Non sembra invece convincente sostenere che anche oggi una sentenza affermativa possa essere confermata con decreto solo se emessa in prima istanza, appoggiandosi sulla parte finale del can. 1680 § 2 (Rodríguez-Ocaña 2016, 120). Infatti il canone parla di conferma della *sententiam prioris instantiae* (cioè della istanza precedente) e non invece di una sentenza *primae instantiae*.

TESTO PROVVISORIO

Se tale quadro è esatto, se ne possono trarre alcune interessanti considerazioni.

Nel processo breve la sentenza del vescovo potrebbe essere confermata per decreto (o comunque essere disatteso l'appello) solo se emessa in primo grado, ai sensi del can. 1687 § 4. Infatti non si deve dimenticare che il vescovo può dare solo una sentenza affermativa e solo in primo grado. Infatti, se non in condizione di raggiungere la certezza morale, il vescovo deve rimandare la causa al processo ordinario. La sentenza che ne seguirebbe – negativa o affermativa che sia – sarebbe comunque del tribunale e non più del vescovo.

In secondo grado un vescovo come tale (specificamente quello identificato ai sensi del can. 1687 § 3) può solo o confermare una sentenza affermativa emessa in primo grado o mandarla al tribunale di appello per l'esame ordinario. Non potrebbe invece pronunciarsi su una sentenza negativa (emessa da un tribunale) o condurre in porto fino a sentenza (di qualsiasi tenore) un processo di secondo grado.

È una argomentazione che, a mio sommessso avviso, mostra come la grande enfasi sul ruolo di giudice da parte del vescovo sconti diverse significative limitazioni.

Motivazione del decreto di conferma e di ammissione ad esame ordinario

Ci si domanda se il decreto (di conferma) ai sensi del can. 1680 § 2 e del can. 1687 § 4 debba essere motivato.

Tale esigenza di motivazione pare nella logica delle cose, dovendo detto decreto illustrare perché si ritenga dilatorio l'appello, rispondendo alle motivazioni dello stesso e alle eventuali osservazioni del difensore del vincolo, laddove l'appello sia proposto dal convenuto.

Si potrebbe anche per analogia fare riferimento all'art. 265 § 4 DC che ha precisato quanto al can. 1617 che le motivazioni devono essere esplicite (Montini 2009, 328; Boyer 2014-2015, 153). Peraltro il can. 1617 richiede in ogni modo delle motivazioni.

Per riferimento analogico all'art. 265 § 5 DC si può ritenere che anche il decreto che ammette l'appello e invia la causa a esame ordinario in ulteriore grado di giudizio debba essere motivato (Montini 2018 *De iudicio* [...] II/2, 68), come del resto si prevedeva per l'analogo decreto secondo il previgente can. 1682 § 2 (Montini 2009, 329-330). Che tale decreto sia inappellabile appare indiscutibile, in quanto né impedisce il giudizio né pone fine a una sua istanza, anzi ne apre una. Non si comprende invece un certo sfavore che potrebbe cogliersi sulla necessità (o almeno utilità) della sua motivazione (Segovia 2016, 158). Infatti, se non venissero esplicitate le ragioni per le quali il Collegio di appello non ha potuto conseguire la certezza morale – magari anche assumendo subito anche delle iniziative istruttorie d'ufficio per colmare tali lacune – ci si domanda come le parti potrebbero sensatamente reagire all'ammissione della causa al rito ordinario in appello.

Quanto alla motivazione del decreto di ammissione della causa all'esame ordinario, mi permetto il rinvio a P. Bianchi 2014, che in ragione di quanto si sta argomentando mantiene una sua (modesta) utilità.

Impugnabilità della decisione di rigetto dell'appello

Ci si propone anche la domanda se il decreto di rigetto dell'appello (cf cann. 1680 § 2 e 1687 § 4) sia impugnabile e anche in merito a tale questione emergono posizioni diverse.

Taluno propone un ricorso analogo a quello del can. 1505 § 4 e, poi, la restituzione in integro o la querela di nullità (del Pozzo 2018, 105-106).

Nega invece l'impugnabilità del decreto, in quanto non ha valore di sentenza definitiva, Peña (2017, 329).

Anche Montini (2016 *Si appellatio*, 691-693) sostiene la non appellabilità e fa rilevare che ciò conferma l'affermazione che la decisione di rigetto dell'appello anche secondo il can. 1687 § 4 è una

TESTO PROVVISORIO

decisione di conferma della precedente sentenza affermativa (si crea cioè la doppia conforme e il quasi-giudicato). Invece, se la si leggesse come una mera decisione di procedibilità per ragioni puramente processuali, la decisione sarebbe impugnabile, causando degli esiti contrari alla *mens* della riforma, orientata alla celerità processuale.

Personalmente aderisco a tale ultima posizione, che impegnerà chi emette la relativa decisione a precisare chiaramente se stia solo dichiarando una non procedibilità dell'appello (ad esempio perché proposto fuori termini), oppure confermando nel merito la decisione affermativa impugnata.

Una questione particolare circa la conferma (parziale) di una sentenza di nullità

Quanto alla posizione (sostenuta da Peña 2017, 317-319) che, in presenza di una decisione divenuta esecutiva per uno o più capi di nullità, sia possibile coltivare un appello su altri capi in presenza di un legittimo interesse, Erlebach (2019, 43-44) suggerisce una ragionevole prudenza nell'emettere il decreto esecutivo in una situazione del genere, suggerendo una duplice possibile soluzione: a) sospendere l'emissione del decreto esecutivo sul capo non appellato vagliando con l'intervento delle parti quale interesse giuridico sarebbe meritevole di tutela non ostante la prevedibile emissione del decreto esecutivo sul capo non appellato; b) valutare il capo appellato ai sensi del can. 1680 § 2, giudicando della eventuale manifesta infondatezza della impugnazione.

Ad avviso di altri – se ben si coglie la loro posizione – la presenza di capi di nullità la decisione in merito ai quali sia divenuta esecutiva precluderebbe la procedibilità dell'appello su altri capi (Boyer 2014-2015, 145).

Quanto poi a cosa possa accadere presso il tribunale di appello, la stessa stimata autrice ribadisce la sua posizione nello stesso articolo (Peña 2017, 330, nota 22), ma dopo aver suggerito come prassi più ordinaria quella già prevista dall'art. 265 § 6 DC: ossia quella della possibilità di confermare uno o più capi, lasciando semplicemente non giudicati gli altri.

Ulteriori domande circa l'appello nel caso del processo breve

a) Una prima questione, che fin da subito ha proposto letture diverse, è relativa a quale sia il suffraganeo più antico di cui al can. 1687 § 3.

Viene anche rilevato come vi siano state letture diverse proposte persino da dicasteri della S. Sede (Peña 2017, 335-336; Rodríguez-Ocaña 2016, 125-126).

Fra gli autori Montini (2016 *Dopo la decisione*, 115) indica quello più anziano di nomina nella metropoli. Coyle (2018, 29) aderisce alla soluzione data dal Pontificio Consiglio per i testi legislativi – si tratta di quello della sede più antica – che avrebbe chiarito la confusione in merito alla individuazione del suffraganeo più antico. In ogni modo, altri (Sciacca 2018, 79) avanzano qualche dubbio che la *nimia familiaritas* fra metropoli e suffraganeo possa influenzare la decisione di quest'ultimo.

Per l'Italia un tavolo di lavoro (che ha visto rappresentati Conferenza Episcopale Italiana, Rota Romana, Segnatura Apostolica e Pontificio Consiglio per i testi legislativi: in merito alla valenza giuridica di tale realtà cf Llobell 2016 *Questioni circa l'appello*, 411-418) ha prodotto nel luglio 2016 la decisione che ci si deve riferire al vescovo della diocesi più antica della metropoli. Non mi risulta però che sia stato ancora elaborato il previsto elenco identificativo di tali diocesi, la cui precedenza storica non è sempre così facile da determinare.

b) La seconda questione è quella circa quale sia il tribunale di appello di cui al can. 1687 § 4. Premesso che – in divergenza dal processo documentale (ma «Sfugge assolutamente la ragione di questa divergenza»: Montini 2018 *De iudicio [...] II/2*, 69) – il rinvio è al tribunale di ulteriore grado la soluzione più ragionevole per la sua identificazione (Montini 2016 *Dopo la decisione*, 116) è quella che indica il tribunale di appello del tribunale che sarebbe stato competente a trattare la causa in primo grado secondo il processo ordinario (così anche Zambon 2018, 286), sia che si tratti di un

TESTO PROVVISORIO

tribunale diocesano, sia che si tratti di un tribunale interdiocesano (Montini 2018 *De iudicio* [...] II/2, 69-70).

Se però l'appello fosse stato diretto alla Rota Romana e il Decano lo avesse ammesso in quanto non dilatorio, riterrei che lo dovrebbe trattare la stessa Rota, perché l'appello è stato diretto colà e la Rota Romana è il tribunale di appello Apostolico per tutta la Chiesa latina. Nello stesso senso Montini 2018, *De iudicio* [...] II/2, 70.

L'esatto contenuto di una eccezione a una regola generale

Il nuovo can. 1680 § 3 ha ribadito la possibilità già prevista dall'oggi abrogato can. 1683, ossia quella di aggiungere, per le sole cause matrimoniali, nuovi temi di causa in ulteriori gradi di giudizio.

Ma cosa significa esattamente il *potest* che si legge nelle dette norme in relazione della ammissione di un nuovo capo in un grado superiore di giudizio?

Tale possibilità intende solo rimarcare la diversità rispetto al principio generale del can. 1639 § 1 che impedisce di introdurre una nuova *causa petendi* in appello? Oppure intende essere l'affermazione di una discrezionalità più ampia, come ad esempio sostenuto in un decreto c. Jaeger 31 ottobre 2011, in «Ius Ecclesiae» 24 (2012) 625-630? Ossia nel senso che, pur appearing presente il *fumus boni iuris* della nuova domanda giudiziale, sarebbe possibile disattenderla, ad esempio perché il grado di giudizio in essere volge ormai alla sua conclusione e non se ne vuole dilazionare troppo la decisione. Sommessamente e salvo miglior giudizio propenderei per la prima alternativa, ritenendo che un giudice competente non possa rifiutarsi di trattare una causa per la quale viene mostrato il possibile fondamento (cf il can. 1457).

Stante comunque la possibilità di introdurre una nuova *causa petendi* in appello per le cause di nullità matrimoniale, non è mancato chi ha accuratamente analizzato un problema peculiare presentatosi nella prassi. Precisamente quello dove, in presenza di un nuovo capo di nullità da trattarsi *tamquam in prima instantia*, avvenga una sorta di "scissione" di tale nuovo capo da quello o quelli già giudicati nel precedente grado di giudizio. In un caso come il presente si propongono diverse possibili ipotesi:

- 1) se il tribunale di appello fosse anche di primo grado e avesse titolo di competenza per la causa, non vi sarebbero violazioni delle norme processuali e il nuovo capo sarebbe deciso validamente anche un volta scisso da quello giunto in grado di appello.
- 2) se invece il tribunale di appello fosse anche di primo grado ma senza titolo di competenza, si tratterebbe di una incompetenza relativa, sanabile con la concordanza del dubbio, come oggi previsto dall'art. 10 § 3 DC. La sentenza sarebbe valida, e le eventuali mancanze dei ministri sarebbero perseguibili in forma disciplinare.
- 3) se infine il tribunale di appello fosse di solo appello, la sua incompetenza sarebbe invece assoluta *ratione gradus* in quanto la competenza sul capo trattato come in primo grado sussiste solo nella misura in cui quello appellato resta vivo. La competenza *tamquam in prima instantia* è infatti accidentale e questa facoltà riconosciuta per le cause matrimoniali non deve trasformarsi in un artificio per sovvertire la normale gerarchia dei tribunali.

Per una presentazione più completa della materia si veda lo studio di Llobell (2003) che, quanto alla terza ipotesi, tende a salvare la validità dell'operato del tribunale di appello laddove i capi (quello trattato in primo grado e quello introdotto in appello) fossero equivalentemente conformi: in tale caso il tribunale di appello giudicherebbe sullo stesso fatto giuridico, per quanto indicato con un *nomen iuris* diverso.

Della stessa questione si occupa un uditore rotale (Turnaturi 2008, 664-665) rifacendosi ad un proprio decreto: appare però che nel caso presentato non si sia trattato di una artificiosa scissione di ca-

TESTO PROVVISORIO

pi come nella ipotesi contemplata dal prof. Llobell, volta cioè ad attribuire pretestuosamente una competenza in primo grado a un tribunale di appello; ma solo che, in un processo di appello correttamente svolto, a un certo punto la parte abbia legittimamente rinunciato ai capi appellati, rimanendo in essere il solo capo concordato *tamquam in prima instantia* a tempo debito inserito nel dubbio di causa.

Si è anche ipotizzato che la possibilità offerta dall'odierno can. 1683 non sia spendibile in un grado di appello successivo a un processo *brevior*, dovendo il nuovo capo essere rimesso al vescovo-giudice del primo grado, pena una nullità insanabile della sentenza emessa dal tribunale di appello per incompetenza assoluta *ratione gradus* (Rodríguez-Ocaña 2016, 122-123). Osservo tuttavia che, nella ipotesi formulata, si sarebbe già al di fuori della logica del processo breve e che la causa sarebbe ormai instradata nel normale processo ordinario in secondo grado di giudizio. Stando così le cose, non si vedono ragioni ostative a che, nel corso di un secondo grado di giudizio a seguito di un appello ammesso avverso una sentenza affermativa resa in primo grado nel processo breve, possa essere introdotto un nuovo capo di nullità matrimoniale da esaminarsi *tamquam in prima instantia*.

Questioni circa il (legittimo) diritto di appello

Il Codice al can. 1631 ipotizza una possibile questione *de iure appellandi*, mentre l'art. 282 DC si esprime invece nei termini di una questione *de legitimitate appellationis*, che viene riferita alla legittimazione soggettiva dell'appellante, ad esempio se c'è la presenza di gravame; e alla ammissibilità oggettiva del provvedimento impugnato, ad esempio laddove si tratti un decreto o sentenza interlocutoria (Pappadia 2013, 520).

Sorge la domanda se vi sia differenza sostanziale fra le due espressioni e se la DC – dato il suo valore (più di decreto generale esecutivo che di istruzione) nella gerarchia delle fonti – potrebbe restringere l'eventuale previsione più ampia del Codice.

La questione viene affrontata in un ampio studio (Montini 2010), dove – dopo l'analisi della evoluzione storica della disposizione (ivi, 308-314) – si fa notare la differenza fra i due testi, ipotizzando che – alla luce dell'attenzione di DC di modificare il meno possibile il dato normativo – «nella modificazione apportata vi sia una precisa volontà esplicativa o interpretativa» (ivi, 315). Meno facile sarebbe però determinare in che senso possa essere messa in discussione la legittimità dell'appello: a) se in relazione alla facoltà astratta di proporre appello a fronte di un appello già ammesso, oppure b) se relativa all'atto di appello e alla possibilità di sua ammissione: come ad esempio se l'appello fosse stato proposto fuori termini, oppure relativamente a una sentenza non definitiva (ivi, 315-316). Viene invece scartata con decisione la liceità di applicare al *libellus appellationis* la possibilità di rigetto in analogia ad un libello proposto in primo grado (ivi, 318-319), cosa confermata da molteplici ragioni e anche attestata dalle successive (1910, 1934 e 1994) norme rotali sulle cause relative allo stato delle persone, dove non si richiedono (tanto meno *ad validitatem*) i motivi di appello (ivi, 320-325). Nel diritto canonico l'istituto dell'appello mantiene tutto il suo (originario) significato devolutivo al giudice superiore per una integrale nuova valutazione della causa (ivi, 326-327). Quindi l'esame delle motivazioni dell'appello non farebbe parte della questione del diritto di appello (ivi, 328-329).

La eventuale decisione affermativa sul diritto di appello non sarebbe impugnabile, né con appello (perché non ha valore di decisione definitiva), né con *restitutio in integrum*, in quanto non si crea (appunto per la non definitività della sentenza) la *res iudicata* (con maggiore completezza e complessità cf ivi, 336-339).

In conclusione, la questione del diritto di appello deve restringersi alla verifica dei presupposti processuali per il processo di appello, soprattutto quanto alla non appellabilità della precedente decisione. Non può invece essere trasformata in una verifica dei motivi di appello o in una sommaria valutazione del merito del giudizio di appello (ivi, 343).

TESTO PROVVISORIO

Lo stesso autore in un successivo contributo (Montini 2018 *Alcune questioni*, 501-512) osserva che, fermo che la risoluzione della *quaestio de iure appellandi* spetta al giudice *ad quem*, se quello *a quo* ritenga che l'appello sia illegittimo (ad esempio perché fuori termini), questi potrebbe nel frattempo emettere il decreto esecutivo: la pendenza della questione sul diritto di appello non ha infatti effetto sospensivo. D'altro, lato il possibile danno che potrebbe derivare dalla esecuzione della sentenza potrebbe essere ridotto attraverso la richiesta della sospensione della esecuzione disposta dal giudice *a quo* (in senso conforme anche Montini 2018 *De iudicio* [...] II/2, 98-99).

In merito infine alla impugnabilità della decisione negativa circa il diritto di appello non mancano opinioni articolate: ad esempio Sciacca (2018, 77-78) ponendo a confronto, da un lato, i cann. 1259, 5° e 1631; dall'altro il can. 1618 e gli artt. 77-78 delle Norme rotali, sostiene che la decisione che dichiara la non ammissibilità dell'appello sarebbe a sua volta appellabile, in quanto avente valore di sentenza definitiva, impedendo la prosecuzione del giudizio. Occorrerebbe tuttavia a mio giudizio distinguere se la decisione negativa concerna ragioni eminentemente procedurali (ma anche fare i conti con l'*expeditissime* del can. 1631); oppure se concerna una valutazione di merito ai sensi del can. 1680 § 2: in tale caso, essendosi creato il giudicato formale, la decisione non sarebbe ulteriormente appellabile.

Né manca chi avrebbe preferito che, invece che con il processo orale, la questione sul diritto di appello si risolvesse *per memorialia*, sistema ritenuto più celere e, quindi, più coerente con lo spirito della riforma (Rodríguez-Ocaña 2016, 116).

Un atteggiamento prudenziale in relazione all'appello

Dalle disposizioni dell'art. 283 §§ 3-4 DC discende il prudenziale comportamento di non trasmettere gli atti al tribunale di appello fino a che per tutte le parti siano trascorsi i termini per la interposizione dell'appello e per la scelta del tribunale di appello. Tale atteggiamento prudenziale rimane valido anche dopo la riforma processuale del 2015 e viene quindi ribadito nel suo valore (Montini 2016 *Dopo la decisione*, 125).

Il Codice (can. 1632 § 2, non usa invece tale espressione l'art. 283 § 2 DC) mostra la preferenza per il tribunale di *grado* superiore, espressione che deve essere intesa nel senso della dignità (Turnaturi 2008, 659-661), in quanto nel caso tutti i tribunali coinvolti sarebbero dello stesso grado, ossia dello stesso livello funzionale nella dinamica del processo. Naturalmente la prevalenza del tribunale di dignità superiore si esplica laddove l'altro tribunale non abbia già fatto legittimamente propria la causa con la citazione (Erlebach 2017 *Appello in quanto impugnativa*, 672).

Una interpretazione (poco comune) tramontata

Venendo meno il sistema della trasmissione di ufficio della sentenza affermativa al tribunale di appello, viene anche meno la opinione raramente sostenuta che anche l'attore a valle di una sentenza affermativa possa scegliere il tribunale di appello (cf Montini 2009, 321 nota 2 che ricorda un decreto c. Pompedda 14 dicembre 1992 e uno c. Sciacca 20 aprile 2007, ma anche la posizione contraria di Grochowski).

Il motivo della posizione affermativa in merito (per quanto sostenuta da pochissime voci, per quanto autorevoli) era che il gravame fosse costituito – per la parte attrice che aveva visto riconosciuta la sua richiesta di sentenza affermativa – dalla necessità di una ulteriore decisione conforme.

Ritiene «del tutto superata» tale tesi Erlebach (2018 *Novità legislative*, 311, nota 31), il quale informa che nella prassi della Rota Romana tale ipotesi era considerata come una semplice richiesta che la causa potesse essere trattata dalla Rota; una richiesta che poteva essere benevolmente accolta laddove le altre parti non avessero nel frattempo interposto legittimamente appello ad un altro tribunale.

TESTO PROVVISORIO

Il cosiddetto assorbimento di decisioni

Talvolta in una sentenza canonica di nullità matrimoniale si legge che uno o più capi siano assorbiti in una decisione affermativa relativi ad altri capi, oppure che con tale decisione affermativa si sia ad essi *iam provisum*.

Occorre però avere le idee ben chiare su cosa esattamente significhi l'assorbimento di una decisione in un'altra.

In sostanza – e come ben chiarito in un decreto c. Stankiewicz 22 marzo 1994, in «Ius Ecclesiae» 7 (1995) 654-662 – l'assorbimento equivale all'astensione dalla pronuncia; non invece a una implicita decisione né affermativa né negativa.

Dal punto di vista del diritto processuale italiano, il concetto ha dato vita a una descrizione che potrebbe essere applicata analogicamente a delle fattispecie riscontrabili anche nei processi di nullità matrimoniale e che ho trovato in un Protocollo di intesa stipulato 19 luglio 2018 fra il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense. Tale descrizione illustra quanto segue:

1) in senso proprio l'assorbimento viene inteso come un difetto di interesse alla pronuncia sul capo assorbito, perché la risposta su quello assorbente ha dato tutela nel modo più pieno alla parte che ha proposto le due domande.

Esempi potrebbero essere:

a) un capo proposto formalmente in subordine rispetto all'altro che non viene deciso e, appunto, dichiarato assorbito;

b) un capo che propone un difetto intrinseco del consenso rispetto a un mero vizio di forma nella sua manifestazione.

2) in senso improprio, l'assorbimento si avrebbe quando la decisione sul capo assorbente:

a) esclude la necessità o la possibilità di dare risposta alla domanda assorbita.

Esempio: la simulazione totale (mancanza radicale del consenso) che preclude la risposta su una simulazione cosiddetta parziale (ossia su un consenso cosiddetto atipico, in quanto si dirige verso un oggetto privo di qualche elemento essenziale della coniugalità).

b) comporta un implicito rigetto della domanda assorbita, in quanto incompatibile.

Esempio: una risposta affermativa rispetto al can. 1095, 1° che prevale sulla esclusione della prole da parte dello stesso soggetto che, privo dell'uso sufficiente di ragione, non potrebbe formulare un atto positivo di volontà esclusorio.

Ci si può porre ulteriormente la domanda di come ci si debba comportare circa quello assorbito nel caso di un appello sul capo assorbente. Una soluzione ragionevole appare essere la seguente:

a) non si darà appello incidentale ai sensi del can. 1637 § 3 e dell'art. 288 § 2 DC, in quanto esso non è stato deciso nel precedente grado di giudizio;

b) potrà invece essere ripreso *tamquam in prima instantia* o a richiesta di parte o, secondo alcuni, anche d'ufficio (Maragnoli 2007).

Bibliografia utilizzata

M.J. ARROBA CONDE, *Il m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus in relazione al concetto di giusto processo*, in AA.VV., *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano 2018, 9-34

TESTO PROVVISORIO

- M.J. ARROBA CONDE, *La interpretación de las normas de Mitis Iudex sobre la apelación y la ejecutividad de las sentencias*, in «Estudios Eclesiásticos» 93 (2018) 745-771
- M.J. ARROBA CONDE, *La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente al procedimento (can. 1620, 7)*, in AA.VV., *La “querela nullitatis” nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 145-166
- M. J. ARROBA CONDE, *La sentenza nel nuovo processo matrimoniale*, in AA.VV., *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano 2018, 213-230
- A. BETTETINI, *Stabilità della sentenza e sistema delle impugnazioni*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione “Dignitas connubii”. Parte prima: i principi* (a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo), Città del Vaticano 2007, 421-436
- P. BIANCHI, *Commento a un canone. La correzione della sentenza (can. 1616)*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 17 (2004) 395-412
- P. BIANCHI, *Il decreto di ammissione di una causa di nullità matrimoniale all'esame ordinario in secondo grado di giudizio*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 27 (2014) 187-221
- J.J. BOYER, *Quelques considérations autor de l'appel dans la procédure ordinaire du procès en déclaration de nullité du mariage après le motu proprio Mitis Iudex*, in «L'année canonique» 56 (2014-2015) 129-156
- A. CATTÀ, *Giusto processo e verità della decisione nel diritto canonico*, Roma 2017, 259
- A. CATTÀ, *Repertorio ragionato della giurisprudenza di rito della Rota Romana negli anni 2016-2017 con riferimento alla querela nullitatis e alla nova causae propositio*, in AA.VV., *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano 2018, 421-439
- C. CAVIGLIA, *I nuovi equilibri fra le diverse istanze nel processo più breve. L'istanza del bene del matrimonio: il ruolo del difensore del vincolo*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 32 (2019) 332-359
- P. COYLE, *An Examination of the Processus Brevior or Briefer Matrimonial Process before the Bishop in the Motu Proprio Mitis Iudex*, in The Canon Law Society of Great Britain and Ireland, «Newsletter» 2018, n. 192, 10-40
- F. DANEELS, *La querela di nullità contro le sentenze della Rota Romana nella giurisprudenza della Segnatura Apostolica*, in AA.VV., *La “querela nullitatis” nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 231-249
- W. L. DANIEL, *Recent rotal jurisprudence concerning the nullity of the definitive sentence*, in «Periodica de re canonica» 106 (2017) 491-536
- W. L. DANIEL, *The appellatio mere dilatoria in causes of nullity of marriage. A contribution to the general theory of the appeal against a definitive decision*, in «Studia Canonica» 50 (2016) 383-452
- M. DEL POZZO, *L'appello manifestamente dilatorio*, in AA.VV., *Prassi e sfide dopo l'entrata in vigore del m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus e del Rescriptum ex audientia del 7 dicembre 2015*, Città del Vaticano 2018, 83-117
- V. DE PAOLIS, *Le nullità processuali all'interno del sistema delle nullità nell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *La “querela nullitatis” nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 7-27
- Z. DUFINCOVÁ, *Questione della conformità equivalente delle sentenze pro vinculo*, estratto pro manuscripto della tesi dottorale, Romae 2012, 114
- G. ERLEBACH, *Algunas cuestiones sobre la apelación en las causas de nulidad matrimonial*, in «Ius Communionis» 5 (2017) 65-87
- G. ERLEBACH, *Appello in quanto impugnativa dopo l'entrata in vigore del motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo III*, Roma 2017, 661-679
- G. ERLEBACH, *Configurazione giuridica essenziale della querela di nullità*, in AA.VV., *La “querela nullitatis” nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 61-88
- G. ERLEBACH, *Esecutività della sentenza nelle cause di nullità matrimoniale. Per una verifica dell'esistenza dell'istituto*, in AA.VV., *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano 2018, 231-264
- G. ERLEBACH, *L'antica formula “an constet de matrimonii nullitate, in casu” e l'estensione dell'oggetto del giudizio*, in AA.VV., *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano 2018, 35-69
- G. ERLEBACH, *L'esecutività della sentenza e del decreto di conferma alla luce del Motu pr. Mitis Iudex Dominus Iesus*, di prossima pubblicazione in «Ius Communionis» 2019 [citerò dal testo italiano datomi cortesemente dall'autore]
- G. ERLEBACH, *L'impugnazione della sentenza e l'invio “ex officio” della causa al tribunale di appello nell'istr. “Dignitas connubii”*, in «Ius Ecclesiae» 18 (2006) 439-463
- G. ERLEBACH, *Novità legislative e applicazioni pratiche in tema di diritto di appello alla luce del Motu pr. Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *Adnotatio iurisprudentiae, Supplementum 4* (Atti del terzo Simposio di diritto canonico), Brno 2018, 300-327

TESTO PROVVISORIO

- M FERRANTE, *Primi orientamenti giurisprudenziali della Rota Romana sull'inammissibilità dell'appello "manifestamente dilatorio"*, in «Diritto e religioni» 13 (2018) 471-478 (commento a un decreto c. Jaeger 22 marzo 2017, ivi 465-470)
- S. GHERRO, *La nullità sanabile della sentenza. Con particolare riferimento alla mancanza di motivazione*, in AA.VV., *La "querela nullitatis" nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 167-179
- A. INGOGLIA, *Osservazioni sull'esecutività della sentenza pro nullitate matrimonii non confermata dal tribunale d'appello*, in «Il diritto ecclesiastico» 115 (2004) I, 47-57
- R. JACQUES, *Droit de la défense. Présenter de nouvelles preuves en appel*, in «Studia Canonica» 37 (2003) 163-174
- J. LLOBELL TUSET, *Cuestiones acerca de la apelación y la cosa juzgada en el nuevo proceso de nulidad de matrimonio*, in «Anuario de derecho canónico» 5 Supl. [Octubre 2016] 53-95
- J. LLOBELL, *Il ricorso contro il diniego del "novum causae examen" da parte della Rota Romana: la "dichiarazione" del Collegio Rotale del 27 febbraio 2009*, in «Ius Ecclesiae» 21 (2009), 495-503
- J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta "ratione gradus" per la scissione dell'iniziale capo appellato dal nuovo capo di nullità giudicato "tamquam in prima instantia" ex can. 1683. Sull'utilità della "conformitas aequi-pollens" per il decreto di "litis contestatio"*, in «Ius Ecclesiae» 15 (2003) 748-762
- J. LLOBELL, *La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente alle parti (can. 1620, nn. 4,5, e 6)*, in AA.VV., *La "querela nullitatis" nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 109-144
- J. LLOBELL, *La "par condicio" fra l'impugnazione delle sentenze affermative e negative nelle 4 cause di nullità del matrimonio ex m.p. "Mitis Iudex"*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo III*, Roma 2017, 681-704
- J. LLOBELL, *Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale (Con brevi considerazioni sul "Tavolo di lavoro" per l'Italia)*, in «Ephemerides Iuris Canonici» 56 (2016) 405-448
- D. MAMBERTI, *«Quamprimum, salva iustitia (can. 1453). Celerità e giustizia nel processo di nullità matrimoniale rinnovato*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo III*, Roma 2017, 645-659
- 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 nelle cause di nullità del matrimonio*, in «Ius Ecclesiae» 19 (2007) 191-201
- P. MONETA, *L'impugnazione della sentenza (artt. 269-294)*, in P.A. BONNET-C-GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte terza: la parte dinamica del processo*, Città del Vaticano 2008, 595-606
- P. MONETA, *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale» (www.statochiese.it) n. 21/2017, 1-16
- G. P. MONTINI, *Alcune questioni in merito al can. 1631*, in «Periodica de re canonica» 99 (2010) 305-343
- G.P. MONTINI, *Alcune questioni nuove circa l'appello dopo il MIDI, L'esecuzione della sentenza affermativa; il decreto esecutivo; il ruolo del giudice a quo in caso di appello controverso; la rinuncia all'appello*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 31 (2018) 492-508
- G.P. MONTINI, *Commento a un canone. Il tempo utile (can. 201 § 2)*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 16 (2003) 81-101
- G.P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. I/2. Pars statica addenda post Litteras Apostolicas motu proprio datas Mitis Iudex Dominus Iesus, Romae 2017*, 163
- G.P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. II/2. Pars dinamica addenda post Litteras Apostolicas motu proprio datas Mitis Iudex Dominus Iesus, Romae 2018*, 141
- G.P. MONTINI, *Dopo la decisione giudiziale: appello e altre impugnazioni*, in Redazione di «Quaderni di diritto ecclesiale» (a cura di), *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco. Una guida per tutti*, Milano 2016, 107-125
- G.P. MONTINI, *Gli elementi pregiudiziali del processus brevior: consenso delle parti e chiara evidenza di nullità*, in AA.VV., *Prassi e sfide dopo l'entrata in vigore del m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus e del Rescriptum ex audientia del 7 dicembre 2015*, Città del Vaticano 2018, 47-64.
- G. P. MONTINI, *Il Difensore del vincolo e l'obbligo dell'appello*, in «Periodica de re canonica» 106 (2017) 301-339
- G.P. MONTINI, *L'appello in una causa matrimoniale*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 22 (2009) 318-334
- G.P. MONTINI, *La querela di nullità e le altre impugnazioni*, in AA.VV., *La "querela nullitatis" nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 29-59
- G.P. MONTINI, *La richiesta di nuovo esame della medesima causa dopo una doppia decisione conforme (arrt. 290-294)*, in P.A. BONNET-C-GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte terza: la parte dinamica del processo*, Città del Vaticano 2008, 669-707

TESTO PROVVISORIO

- G.P. MONTINI, *La querela di nullità (artt. 269-278)*, in P.A. BONNET-C-GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte terza: la parte dinamica del processo*, Città del Vaticano 2008, 607-632
- G. P. MONTINI, *L'uso illegittimo del processus brevior. Rimedi processuali ordinari e straordinari*, in «Periodica de re canonica» 108 (2019) 35-72
- G. P. MONTINI, *«Si appellatio mere dilatoria evidenter appareat» (cann. 1680 § 2 e 1687 § 2 MIDI): alcune considerazioni*, in «Periodica de re canonica» 105 (2016) 663-699
- R. PALOMBI, *I soggetti legittimati alla proposizione della querela di nullità*, in AA.VV., *La "querela nullitatis" nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 199-213
- F. PAPPADIA, *L'impugnazione della sentenza*, in M. del Pozzo-J. Lobell-J. Miñambres, *Norme procedurali canoniche commentate*, Roma 2013, 503-536
- P. PAVANELLO, *Nota sulla sentenza nel processo di appello*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 27 (2014) 222-226
- P.V. PINTO, *L'appellatio iudicialis alla Rota Romana: segno e potestà del carisma petrino*, estratto della proluazione 14 febbraio 2013 al tribunale Siculo
- C. PEÑA GARCÍA, *L'appello nelle cause matrimoniali*, in H. FRANCESCHI-M.A. ORTIZ (a cura di), *Ius et matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Roma 2017, 309-338
- F. RAMOS, *La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente il giudice o la sua decisione (can. 1620, 1-2-3 e 8)*, in AA.VV., *La "querela nullitatis" nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 89-107
- A. RECCHIA, *I mezzi di impugnazione: alcune considerazioni*, in E.B.O. OKONKWO-A. RECCHIA (a cura di), *Tra rinnovamento e continuità. Le riforme introdotte dal motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Quaderni di *Ius Missionale* 9, Roma 2016, 105-125
- R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *"Mitis Iudex": fuero competente y sistema de apelaciones*, in «Ius Canonicum» 56 (2016) 105-134
- D. SALVATORI, *La rinuncia all'(istanza di) appello dopo una sentenza pro matrimonii nullitate alla luce del m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo III*, Roma 2017, Roma 2017, 705-725
- G. SCIACCA, *Diritto di appellare nel processus brevior e nel processo ordinario*, in AA.VV., *Prassi e sfide dopo l'entrata in vigore del m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus e del Rescriptum ex audientia del 7 dicembre 2015*, Città del Vaticano 2018, 65-81
- C. L. SEGOVIA, *La confirmación de la sentencia en el m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus. Elementos de continuidad*, in «Anuario de derecho canónico» 5 Supl. [Octubre 2016] 123-164
- J. M. SERRANO RUIZ, *La querela di nullità della sentenza: spunti per una rinnovata riflessione*, in AA.VV., *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano 2018, 265-287
- A. STANKIEWICZ, *Il procedimento della "querela nullitatis": il giudice*, in AA.VV., *La "querela nullitatis" nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 181-198
- E. TURNATURI, *L'appello (artt. 279-289)*, in P.A. BONNET-C-GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte terza: la parte dinamica del processo*, Città del Vaticano 2008, 633-667
- S. VILLEGGIANTE, *La trattazione incidentale delle querele di nullità*, in AA.VV., *La "querela nullitatis" nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, 215-229
- A. ZAMBON, *Esecutività della sentenza e impugnazione*, in AA.VV., *La riforma del processo canonico per la dichiarazione di nullità del matrimonio* (a cura del Gruppo Italiano Docenti di diritto canonico), Milano 2018, 267-289
- E. ZANETTI, *Il giudice e la ritrattazione o emendazione di una sentenza nulla (can. 1626 § 2)*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 17 (2004) 186-201