ENRICO PALEARI

Professore incaricato di diritto privato comparato nell'Università di Urbino

LA NATURA DELLA SENTENZA CANONICA
DI NULLITA' DI MATRIMONIO

(*) Il presente studio che fa parte di una più ampia monografia avente per oggetto « *La doppia conforme del processo canonico di stato* » si propone di applicare i principi della giusprocessualistica moderna all'analisi del giudizio canonico di stato (matrimoniale). Il tentativo, attuato a fini comparativistici, non pretende di conseguire risultati di assoluta incontestabilità per quanto concerne il sistema dell'ordinamento canonico. Anzi, va fin d'ora anticipato, che in una sezione successiva del lavoro le conclusioni qui raggiunte saranno esaminate e discusse. Riteniamo tuttavia di dover raccogliere in questo breve saggio il complesso delle principali osservazioni fatte dai processualisti laici in merito al giudizio in questione, al fine di trarne le relative conclusioni. Il che, finora, non ci risulta essere mai stato tentato.

SOMMARIO: 1. La « *communis opinio* » e la sua giustificazione. — 2. La indisponibilità connessa con lo « *status* » matrimoniale e la conseguente presunzione ultraprocedurale di validità. — 3. Cause di « validità » e cause di « esistenza » di matrimonio. — 4. L'oggetto del processo canonico di stato matrimoniale in rapporto alla componente « inquisitoria ».

1. È nota la difficoltà di stabilire la natura dei giudizi di stato e in particolare quella del giudizio di nullità di matrimonio nel nostro diritto statale; ciò è provato dall'incertezza che ancora regna in suddetta materia nella nostra dottrina in cui è tuttora viva l'eco di famose polemiche⁽¹⁾. Per quanto, invece, concerne il processo canonico di nullità, si osserva il prevalere assoluto ed incontrastato dell'opinione secondo la quale esso giudizio sarebbe di natura meramente dichiarativa. Una siffatta affermazione si fonda su diverse considerazioni e, prima fra tutte, sulla constatazione che l'attività del giudice nei giudizi « *de quibus* » si limita ad accertare il modo di essere di una realtà preesistente. Tale opinione, peraltro, non si preoccupa di dar ragione del come si produca una trasformazione a seguito della pronuncia che dichiara la nullità del matrimonio, ma è evidente che essa postula che la trasformazione conseguente all'accertamento debba considerarsi del tutto indipendente ed estranea all'attività del giudice, ricollegandosi invece, come a sua diretta causa, alla disposizione legislativa la cui esistenza venne dal giudice accertata come applicabile nel relativo giudizio. In realtà un siffatto modo di vedere sembra

(1) Sulla natura del giudizio di stato nel diritto civile italiano v. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1949, in cui si sostiene in linea di massima il valore meramente dichiarativo del giudizio di stato. Per l'opposta concezione, cioè per l'attribuzione a tali giudizi di carattere costitutivo v. CICU, *In difesa del titolo di stato*, *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pag. 285 e segg.

trovarsi in armonia con la natura del matrimonio canonico, il quale, essendo caratterizzato dalla nota della perpetuità, non può comportare che nullità di carattere insanabile, essendo chiaro che: o esso sorge fin dal suo inizio pienamente valido e come tale suscettibile di spiegare perpetuamente i propri effetti, o viceversa esso presenta, all'atto stesso della propria costituzione, un vizio previsto come dirimente, e in tal caso può in qualsiasi momento venire impugnato, non essendovi luogo — per il predetto principio — a possibilità alcuna di sanatoria per decorso del tempo o, comunque, per il verificarsi di altre eventuali circostanze, quali la cessazione dell'impedimento o del vizio che ne avrebbero ostacolato il valido costituirsi ⁽²⁾. Risulta da ciò che l'oggetto del giudizio di nullità di matrimonio consisterebbe nell'accertamento della disformità

(2) Una sintetica e acuta puntualizzazione dal punto di vista comparativo della natura del giudizio di nullità di matrimonio nell'ordinamento statale italiano e in quello canonico è stata effettuata dello JEMOLO nel suo volume *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano, 1941, pag. 359 e segg. Il chiaro A. dopo aver ricordato che non sono mancati tentativi dottrinali intesi a distinguere anche nell'ordinamento canonico l'inesistenza del vincolo dalla nullità di esso, sostiene che la distinzione tra matrimonio inesistente e nullo « urta contro il fondamento stesso del diritto matrimoniale canonico ». Senonchè ci sembra di poter obiettare che il regime di indisponibilità a cui la disciplina assoggetta lo « stato » matrimoniale anche nell'ordinamento canonico rende assai problematica la tesi della natura meramente dichiarativa di tale giudizio, che pur discenderebbe dalle premesse dogmatiche dell'istituto. Il regime d'indisponibilità (adottato anche dall'ordinamento statale) ottiene l'effetto di equiparare il trattamento dei casi di nullità assoluta a quelli di nullità relativa, che come tali sussistono nella disciplina del matrimonio civile) riducendoli al denominatore comune della « annullabilità » (a sua volta però distinguibile in « insanabile » e in « sanabile ») con la conseguenza che il processo di nullità matrimoniale si debba considerare di natura costitutiva, indipendentemente dalla natura del vizio fatto valere. Siamo, peraltro, d'avviso che la distinzione tra inesistenza e nullità sia senz'altro sostenibile rispetto ad entrambi gli ordinamenti. Ma di ciò sarà espressamente trattato a suo luogo.

Per la natura costitutiva del giudizio di nullità di matrimonio nell'ordinamento italiano v. AZZARITI e MARTINEZ, *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice*, Napoli, 1940, pag. 602; CALAMANDREI, *Lineamenti del processo civile inquisitorio*, in *Studi Chiovena*, Padova, 1927, pag. 132 e segg.; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, pag. 63; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pag. 396; ZANZUCCHI, *Nuovo diritto processuale civile*, Milano, p. 152; Rocco (U.), *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1957, I, p. 288 e segg. Dove,

della fattispecie « *de qua* » dalla fattispecie negoziale tipica. Una tale opinione sembrerebbe trovare la propria ulteriore conferma nella concezione contrattuale del matrimonio canonico. E, per vero, ove il matrimonio fosse da equipararsi pienamente ad un negozio di diritto privato, non vi sarebbe difficoltà alcuna per l'accoglimento della tesi dominante perchè in tal caso ben si potrebbe dire che la sentenza, accertando una nullità che spiegherebbe i propri effetti « *ipso iure* », sarebbe da ritenersi senz'altro di natura meramente dichiarativa.

Ma è, peraltro, noto che ogni sindacato sulla validità del matrimonio è riservato alla competenza dell'autorità giurisdizionale, essendo sottratto nel modo più rigoroso alla disponibilità delle parti le quali hanno puramente il potere di richiedere al giudice l'accertamento della situazione in parola, donde la necessaria sussistenza di effetti precari.

2. Una siffatta constatazione solleva il problema circa il valore della presunzione di conformità a diritto di ciò che « *lato sensu* » potremmo chiamare il « titolo dello stato matrimoniale » ⁽³⁾. Non può, infatti, negarsi che, dovendosi gli effetti della nullità dichiarata riferire all'atto costitutivo dello stato, questo ultimo, durante il periodo di tempo precedente alla pronuncia di nullità, pur essendo dotato di un'esistenza puramente esteriore, spiega tuttavia, almeno in apparenza, la efficacia giuridica che gli competerebbe. Cosicchè può dirsi che l'azione di nullità viene concessa al preciso scopo di consentire la rimozione della situazione apparente di cui l'interessato nega la conformità al precetto di legge. È ovvio allora che la sentenza dichiarante la nullità (della fattispecie costitutiva) dello stato, risolve quest'ultimo con effetto retroattivo; ed è per l'appunto su

tuttavia, il giudizio di accertamento costitutivo viene ridotto alla figura di giudizio di accertamento mero, secondo una concezione ormai ripudiata dalla prevalente dottrina.

⁽³⁾ V. però circa l'opportunità di una tale espressione quanto forma oggetto della nota 4.

tale effetto che, manifestamente, la dottrina canonistica fonda un elemento di conforto per la propria tesi. Ma permane il fatto della indispensabilità dalla sentenza, in mancanza della quale il matrimonio, ancorchè nullo, continua a spiegare (sebbene in via precaria) i propri effetti in virtù di una presunzione di indiscutibile carattere ultra-processuale ⁽⁴⁾. In genere l'elemento in virtù del quale sorge la presunzione in parola è l'atto di matrimonio (documento), sebbene a tale proposito sia appena il caso

(4) La situazione di indisponibilità dei coniugi nei confronti del vincolo da essi contratto, che costituisce la ragione della indispensabilità del ricorso all'autorità giudiziaria per la pronuncia della nullità, costituisce un fenomeno che può in qualche modo essere accostato alla figura dell'« apparenza di diritto » e al « possesso di diritto ». Ma, ad evitare i rischi insiti in più o meno giustificate analogie, è solo il caso di notare la ragione giuridico-sociale del fenomeno, accantonando ogni altra considerazione di carattere sistematico. Ci limiteremo, pertanto, a osservare che il consenso dei nubenti, nel quale, secondo la dottrina canonistica, si compendia l'essenza del matrimonio (quale atto costitutivo dello stato) consiste in una reciproca obbligazione che i nubenti medesimi non solo si rivolgono scambievolmente, cioè nei loro reciproci confronti; ma assumono anche di fronte alla Chiesa, intesa come comunità giuridica; la quale — anzi — attraverso il riconoscimento dell'avvenuto scambio dei consensi, sancisce l'unione, attribuendole il valore giuridico di « matrimonio ». Tale riconoscimento da parte dell'ordinamento è sempre esistito ed ha sempre costituito la base della « giuridicità » dell'istituto anche nell'epoca storica in cui il matrimonio si contraeva con il semplice scambio dei consensi tra i nubenti, senza il concorso di qualsiasi elemento formale che valesse a solennizzare il carattere pubblico dello scambio in questione. È quindi del tutto conseguenziale a quanto osservato che la comunità giuridica (Chiesa) nei confronti della quale i coniugi hanno assunto le obbligazioni costituenti l'essenza del vincolo, deve intervenire ogni qualvolta essi pretendano (concordemente o unilateralmente) che il vincolo contratto non si sia validamente costituito a causa dell'esistenza di un vizio dirimente, e che essi quindi non siano tenuti all'osservanza delle obbligazioni relative allo stato matrimoniale. Ecco pertanto come si giustifica il fatto che il vincolo gode di quella presunzione ultraprocedurale di validità che potremmo — se l'espressione non fosse un po' insidiosa — chiamare « apparenza di diritto » onde dar ragione del fatto che il matrimonio affetto da nullità, a differenza di quanto avviene per un mero negozio apparente, si presume conforme a diritto fino all'espletamento del giudizio di nullità che si conclude con la pronuncia dell'invalidità.

Osserviamo che — a parte la più o meno felice denominazione — la costruzione adottata evita possibili equivoci a cui danno luogo altre figure e denominazioni in uso come quelle di « titolo » dello stato per indicare l'atto (documento) di matrimonio.

Infatti è pacifico che — anche in mancanza di qualsiasi prova documentale « privilegiata » — ogni qualvolta la celebrazione non possa venire (o comunque

di precisare che esso — per sè — non sia dotato di alcuna speciale efficacia, più intensa di quella che compete ad una semplice prova, essendo per contro riservata una efficacia di natura propriamente costitutiva all'«atto» inteso come «celebrazione» di cui l'atto (documento) altro non rappresenta che una semplice certificazione. Dovendosi, tuttavia, in base all'esistenza dell'atto (documento) presumersi quella dell'atto (celebrazione), interviene l'ulteriore presunzione di validità che non può essere superata se non attraverso l'esercizio della specifica azione di nullità.

Così stando le cose, la tesi della natura meramente dichiarativa del giudizio canonico «*de quo*» sembra in apparenza contrastata dalla considerazione che il ricorso all'autorità giurisdizionale è richiesto in modo inderogabile allo scopo di ottenere la rimozione dello stato di fatto contrario a diritto. Appare, invece, del tutto contingente e pertanto irrilevante l'esistenza di un reale contrasto di opinioni circa la validità o meno del matrimonio; anzi va addirittura osservato che, in presenza del titolo (atto di matrimonio), non è nemmeno giuridicamente concepibile che taluno si faccia a richiedere l'accertamento della «va-

non sia) posta in discussione, ha sempre luogo il regime connesso con la indisponibilità. (Per alcuni interessanti rapporti del fenomeno considerato con fenomeni analoghi come l'apparenza e il possesso di diritto, v. l'opera del SALVI, *Il possesso di stato di figlio legittimo*, Milano, 1952, pag. 46 e segg.).

Ci sembra che il ragionamento fatto non possa considerarsi concluso senza osservare il carattere per così dire simmetrico dei controlli effettuati dall'ordinamento nei confronti del matrimonio. E, per vero, alla presunzione ultra-processuale derivante dall'indisponibilità, fa riscontro il controllo preventivo da parte dell'ordinamento, integrantesi nell'istituto delle c.d. pubblicazioni e nel corrispondente potere di opposizione. Cosicché può dirsi che la comunità giuridica, essendo intervenuta al momento della formazione del vincolo per garantire che le condizioni prescritte dalla legge a pena di nullità fossero rispettate, interviene successivamente per garantire l'assoluta conformità a giustizia della pronuncia concernente la validità del vincolo.

Da ultimo non sarà superfluo accennare alla perfetta coincidenza per l'ordinamento canonico degli impedimenti con le cause di invalidità, coincidenza che dà alla disciplina delle impugnazioni matrimoniali il carattere di una simmetria e di una compiutezza del tutto rigorose.

lità» del vincolo, quale rimedio ad un preteso stato di incertezza cagionato da affermazioni in senso contrario fatte dalla controparte.

Pertanto ci sembra di poter affermare che l'oggetto del giudizio di stato matrimoniale consista nell'accertamento del diritto alla risoluzione con effetto retroattivo dello stato coniugale, il quale effetto peraltro è conseguente all'accertamento della irrilevanza della fattispecie costitutiva di esso. Nel senso che presupposto del diritto è l'esistenza del vizio di legittimità dell'atto (impedimento).

Va osservato che alla concezione del carattere meramente dichiarativo del giudizio di nullità del matrimonio ha contribuito il fatto che l'impugnativa del vincolo originariamente costituiva l'esercizio di un pubblico potere, quale appunto risulta dalla fungibilità delle persone alle quali esso competeva in origine ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Si può in sostanza considerare l'originario potere di « *accusatio* » come un potere di denuncia che dava inizio ad un procedimento di tipo inquisitorio-criminale, sia pure caratterizzato da note particolari rispetto a quest'ultimo.

Una tale prospettiva è necessariamente da collegarsi con il carattere « oggettivo » del procedimento a cui si accenna nel testo, carattere che, tuttavia, se ottiene l'effetto di degradare il potere del soggetto agente alla stregua di un puro mezzo di informazione privo di alcun vero e proprio « *jus agendi* », si dimostra però influente circa la questione che ci interessa; e cioè circa la natura dichiarativa o costitutiva del giudizio « *de quo* ». Va tuttavia rilevata la più o meno consapevole tendenza degli autori a collegare il carattere meramente dichiarativo del giudizio di nullità col carattere di giurisdizione di diritto obbiettivo dello stesso. (V. FERRABOSCHI, *La natura dell'azione nel processo matrimoniale canonico*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 222 e segg.).

Vale quindi la pena di notare che la estrema delicatezza della ricerca in oggetto è da attribuirsi soprattutto alla complessa evoluzione storica cui andò soggetto il processo canonico (di stato) matrimoniale. L'intrecciarsi in esso di momenti pubblicistici e privatistici il cui rispettivo valore ha subito notevoli variazioni attraverso i secoli facendo prevalere di volta in volta aspetti diversi dello strumento processuale con cui il giudizio stesso si identifica: « *accusatio* », « *inquisitio* », « *actio* » contribuisce a proiettare notevole oscurità sull'attuale natura di esso e induce altresì a prendere in considerazione possibili divergenze esistenti tra la natura della tutela giurisdizionale oggetto del processo e la tecnica a cui il giudizio medesimo si informa.

Sull'evoluzione storica del processo matrimoniale v. FERRABOSCHI, *La natura dell'azione nel processo matrimoniale canonico*, cit.

Il processo pertanto acquistava un carattere di giudizio a contenuto oggettivo, autorizzando una concezione che continuò a perdurare anche quando l'accusa venne in seguito limitata ai coniugi, investendoli di una vera e propria legittimazione, e al Promotore di Giustizia nei casi particolari previsti dalla legge. Va peraltro osservato che l'espressione « *matrimonii accusatio* » ha avuto il merito di impostare rettamente la situazione litigiosa nei suoi reali termini, evitando di far apparire come legittimo contraddittore il coniuge che appare quale convenuto; e, per vero, il coniuge o i coniugi « accusano » (cioè impugnano) il vincolo, il quale, rappresentato dal Difensore del Vincolo, costituisce effettivamente il contraddittore legittimo. Va ancora rilevato che, sia che l'azione venga promossa dai coniugi, sia che venga promossa dal Promotore di Giustizia, il contenuto di essa non può variare. Essa deve sempre consistere nell'accertamento della esistenza del diritto (potestativo) alla risoluzione dello stato (con effetto retroattivo). La circostanza che il titolare dell'azione faccia valere un tale diritto nei confronti di coloro che normalmente dovrebbero essere i legittimati non può in alcun modo costituire elemento che valga a mutare l'oggetto del processo.

3. Poichè, come si è ricordato, la disciplina canonistica prevede per il matrimonio soltanto *cause* di nullità insanabili, la dottrina ha sempre ripudiato come inconferente la distinzione tra la categoria delle *cause* di nullità in senso proprio e quella dei motivi di inesistenza. È divenuto così indifferente, con riferimento ai giudizi « *de quibus* », parlare di nullità o di inesistenza. Tuttavia, in dottrina, non era mancato chi aveva sollevato la questione se non fosse opportuno parlare di « inesistenza » nei casi in cui si ravvisasse del tutto mancante la forma sostanziale, cioè « la figura » esteriore attraverso la quale si manifesta la fattispecie costitutiva dello stato, ovvero sia il c.d. « *matrimonium in fieri* » ⁽⁶⁾. Va peraltro notato che in tale ipotesi non

(6) V. in particolare lo studio del FERRABOSCHI, *Nullità ed inesistenza del*

tanto si verifica una diversa intensità della causa dirimente, quanto la mancanza del presupposto sul quale si fonda il predetto fenomeno dell'« apparenza ». Infatti mancando la certezza relativa all'esistenza stessa della « fattispecie costitutiva » dello stato, viene conseguentemente a cadere quella presunzione di validità, cioè di conformità a diritto di essa fattispecie, che a sua volta fonda la presunzione di legittimità dello stato.

È strano che una così fondamentale considerazione sia sfuggita alla dottrina canonistica la quale — come si è più sopra osservato — non distingue l'ipotesi della insussistenza della fattispecie dalle differenti ipotesi di irrilevanza della stessa, giungendo anzi a negare qualsiasi valore sistematico e pratico a tale distinzione. Evidentemente la spiegazione di tale convincimento va ricercata nella radicata presunzione del carattere meramente dichiarativo del giudizio di nullità, verità questa che, a sua volta, si fonda sulla natura perpetua del matrimonio, che conseguentemente esclude l'ipotesi di nullità sanabili.

Ma è ovvio che un siffatto rilievo non può portare alle estreme conseguenze dianzi accennate, perchè il fenomeno dell'apparenza è del tutto distinto dal fenomeno della convalescenza del negozio annullabile (7). Va notato inoltre che, ove si dovesse aderire ad un così radicale punto di vista, resterebbe del tutto incomprensibile l'istituto della « *dissimulatio* » cui viene talvolta fatto ricorso in caso di matrimoni nulli, proprio facendo leva su quell'apparenza di diritto che è, invece, per definizione mancante nel caso della inesistenza in senso tecnico.

matrimonio in diritto canonico, in *Il diritto ecclesiastico*, 1951, fasc. II, p. 1, pag. 414 e segg., dove viene tentata un'analisi sistematica della questione che viene, tuttavia, risolta nel senso di negare ad essa ogni valore pratico.

In senso opposto, ma in un ordine di idee del tutto generale v. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pag. 61 e segg. in cui sono esposte considerazioni alle quali pienamente aderiamo ritenendole applicabili anche al campo particolare da noi studiato.

(7) In altre parole si verte sempre in tema di insanabilità a differenza di quanto avviene nella disciplina del matrimonio civile.

L'ipotesi della inesistenza del matrimonio, nel senso sopra indicato, per la estrema rarità del suo verificarsi, è stata solo assai fuggevolmente oggetto di considerazione della giurisprudenza; ma in un caso almeno in cui ci risulta essersi tale ipotesi verificata, può affermarsi che la tesi del carattere costitutivo del giudicato canonico di stato abbia ricevuto un'ulteriore conferma. Infatti la predetta sentenza (*S. Congregatio S. Offitii Bononien, Existentiae matrimonii*, Marsigli-Cantelli) che ha giudicato in merito ad una fattispecie in cui si discuteva circa la esistenza della celebrazione di un matrimonio in assenza di qualsiasi certificazione ad essa relativa, si è data carico di risolvere la questione se veramente, riguardo all'ordinamento canonico, si diano cause di esistenza di matrimonio siccome autonome e distinte da quelle di nullità. Si è già osservato che la dottrina non aveva sentito l'esigenza di trattare separatamente l'ipotesi del matrimonio nullo da quella del matrimonio non mai celebrato. E ciò sorprende se si pone mente che il matrimonio nullo ha avuto (fino all'atto della dichiarazione di nullità) una sua esistenza di fatto, dalla quale derivano pur sempre conseguenze non solo di mero fatto, ma altresì squisitamente giuridiche⁽⁸⁾, come le obbligazioni alimentari, la legittimità della prole in caso di matrimonio putativo, la « *inhabilitas ad agendum* » del « *coniux impedimenti causa* », ecc.. Ciò che comporta essere nettamente rilevabile una differente disciplina giuridica riguardo a un matrimonio celebrato (anche del tutto irritualmente, cioè invalido per vizio

⁽⁸⁾ Ci sembra che questo sia veramente il *punctum crucis* di tutta la questione. E, cioè, quale valore e significato giuridico deve essere attribuito a quegli effetti che prendono il nome di « precari »? In conformità della *communis opinio* essi dovrebbero considerarsi circostanze di mero fatto, ma, come è noto, ciò non si verifica quanto meno per alcune categorie di essi, donde l'insorgere di gravi difficoltà. Esse, a quanto indirettamente risulta, verrebbero superate dalla opinione corrente col dire che il matrimonio dichiarato inesistente, in realtà non è mai esistito, *salvi quegli effetti dei quali è appunto questione*. Senonchè ci sembra che un tale modo di vedere pecchi di eccessiva... disinvoltura. E che l'istituto della « *factio juris* » a cui viene fatto ricorso per dare un'adeguata spiegazione al complicato fenomeno, in verità raggiunga una spiegazione soltanto verbale, senza penetrare il reale significato della antinomia, che permane insoluta.

di forma) e riguardo invece ad un matrimonio della cui celebrazione per l'appunto si discute.

Come è stato rilevato dalla accennata sentenza, il regime processuale si manifesta diverso nei due tipi di controversie sotto importanti profili e in particolare per ciò che riguarda la proposizione con cui si contesta la lite, e quanto all'onere della prova. Nel caso infatti che taluno, di fronte all'affermazione di altri di aver con lui contratto matrimonio in determinate circostanze di tempo e di luogo, si faccia ad adire la via giudiziale, provocando l'altra parte a provare l'esistenza del preteso matrimonio, la formula della contestazione della lite sarà appunto: «... *an constet de existentia matrimonii in casu*». Inoltre non si farà ricorso al principio del « *favor matrimonii* » essendo il principio stesso (come già si è più sopra osservato) inerente all'esistenza, ancor che puramente formale, del vincolo.

Ad un siffatto giudizio non parrebbe in alcun modo contestabile la qualifica di giudizio di mero accertamento, rappresentando esso un classico esempio di « giudizio jactatorio » ⁽⁹⁾, cosicchè il raffronto di esso con gli ordinari giudizi di nullità pone in risalto il differente carattere che ad essi compete. Caratteristico è in particolare — come si è rilevato — che, mentre nel giudizio di accertamento mero sussiste tra i coniugi una vera e propria contestazione circa la sussistenza dello « stato », contestazione in cui si sostanzia la c.d. « incertezza » in senso tecnico o extraprocessuale ⁽¹⁰⁾, alla cui eliminazione è funzionalmente preordinato il giudizio di accertamento mero, nei casi, invece, delle consuete azioni di nullità, tale contestazione non ha necessariamente luogo, essendo giustificata la proposizione dell'azione dal divieto fatto alle parti di disporre circa una materia stretta-

⁽⁹⁾ Confronta in proposito la c.d. « *Jactitation of marriage* » nel diritto inglese (v. in generale CHESHIRE, *Private International law*, Oxford, 1948, pag. 446 e segg.; WOLFF, *Private international law*, Oxford, 1948, pag. 80, nota 3.

⁽¹⁰⁾ Circa i concetti di « incertezza » extraprocessuale e di « incertezza processuale » cfr. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, pagg. 42 e 43.

mente riservata alla disciplina del pubblico potere, con la ovvia conseguenza che la incertezza risulterà di natura puramente interna, e cioè processuale, e non costituirà un dato rilevante agli effetti della qualificazione di tale processo.

Le considerazioni da noi brevemente svolte ci sembrano ormai sufficienti per autorizzarci a classificare il giudizio concernente il matrimonio nullo, ma celebrato, — alla stregua dei principi della moderna scienza processualistica — come un giudizio di accertamento costitutivo. E, per vero, esso consiste nell'accertamento di una situazione, affermata dall'attore, situazione che conferisce all'attore stesso, qualora accertata come esistente, il diritto di veder risolto con effetto retroattivo lo stato che solo in apparenza gli compete. La sentenza pertanto, mentre accerta il diritto della parte, al tempo stesso vi dà attuazione, producendo l'effetto risolutivo retroattivo corrispondente all'accertamento conseguito. Può dirsi, cioè, implicito nella funzione del processo « *de quo* » il significato specifico di restaurazione rispetto ad una preesistente situazione anti-giuridica. Invece, secondo il concetto tradizionale della dottrina canonistica ci pare (come dianzi accennato) che si intenda far conseguire all'accertamento della situazione dirimente l'effetto della nullità in modo del tutto automatico, « *ope legis* ». In sostanza la « *communis opinio* » sembrerebbe coincidere con quella teorica di alcuni processualisti moderni secondo la quale la sentenza costitutiva si ridurrebbe in realtà a sentenza dichiarativa, in quanto l'effetto conseguente all'accertamento non sarebbe riferibile alla sentenza, ma semplicemente e direttamente alla disposizione legislativa. Senonchè, a parte la sostenibilità di una tale opinione che appare assai scossa in seguito alle severe critiche ad essa apportate ⁽¹¹⁾, ci sembra che la stessa prassi canonica sia in netto contrasto con una simile impostazione. E per vero,

⁽¹¹⁾ Sui giudizi costitutivi v. CHIOVENDA, *Istituz. cit.*, I, pag. 178; CARNELUTTI, *Sistema, cit.*, I, pag. 145; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, cit., pag. 22; SATTA,

anche ove sia stata pronunciata altra autonoma sentenza accertante la sussistenza di un impedimento dirimente, come nel caso di invalidità di battesimo di uno dei coniugi, non per questo potrebbe affermarsi l'automatica nullità del matrimonio contratto in violazione dell'impedimento (*disparitas cultus*); ma è bensì necessario che si faccia luogo a un successivo giudizio di nullità matrimoniale il quale, sebbene possa essere esperito nella forma sommaria in quanto relativo ad una nullità fondata su documento certo, non potrà però in alcun modo venir dispensato. Tanto basta per escludere che la risoluzione dello stato (con effetto retroattivo) debba ricollegarsi alla situazione sostanziale precedente invece che alla sentenza. Al contrario è proprio l'accertamento giudiziale della situazione antiggiuridica preesistente che integra lo strumento indispensabile attraverso il quale viene attuato il diritto del richiedente. Tale situazione, concretantesi in un impedimento al valido costituirsi del vincolo, non può in alcun modo non essere considerata come fonte del diritto (potestativo) che la sentenza contemporaneamente accerta ed attua. Tale costruzione ci sembra essere confortata dal meccanismo della disposizione che priva il coniuge «*impedimenti causa*» della legittimazione ad agire. Anzi a nostro avviso, anzichè parlare di carenza di legittimazione sarebbe il caso di parlare di carenza stessa del diritto in conseguenza del principio romanistico: «*quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire*» ⁽¹²⁾.

Dir. proc. civ., Padova, 1957, pag. 209; MICHELI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., pag. 61 e segg. Nella dottrina germanica v. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozess*, I, Leipzig, 1903, pag. 232; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932, pagg. 60 e segg.

(12) Chi, viceversa, considera il giudizio di stato come meramente dichiarativo è costretto a meno semplici e convincenti concezioni. Senza intendere qui di dare conto di tutta la ricca letteratura canonistica in proposito all'«*ius accusandi matrimonium*» per il che rimandiamo a GRAZIANI, *Giurisprudenza della S. R. Rota in tema di jus accusandi matrimonium*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1941, p. 376 e 1942, p. 22, 76 e 115, notiamo come sia del tutto inaccettabile (almeno per il diritto canonico attuale) la concezione del FERRABOSCHI secondo cui il divieto in parola costituirebbe una causa di indegnità a denunciare (v. FERRABOSCHI, *La*

Sembra opportuno rilevare che la difficoltà nel qualificare esattamente la natura del giudizio di stato trae origine dalla stessa natura giuridica di tale concetto il quale implica l'esistenza di uno stato di fatto, che acquista significato di diritto in quanto tragga origine da una particolare fattispecie costitutiva. Il considerare la sentenza « *de qua* » come meramente dichiarativa è un errore dovuto alla mancata considerazione specifica dello stato matrimoniale; il quale esiste accanto alla propria fattispecie costitutiva, la cui effettiva rilevanza costituisce il contenuto più evidente e, per così dire, caratteristico, del processo di nullità di matrimonio, ma non lo esaurisce, dovendosi considerare come vero contenuto della sentenza il comando diretto a ripristinare la situazione indebitamente immutata attraverso un effetto risolutivo retroattivo e cioè mediante la eliminazione dei c.d. effetti precari ⁽¹³⁾.

azione nel processo matrimoniale canonico, cit., p. 246). Risulterebbe, infatti, del tutto incompatibile con la qualifica di denunciante il potere di impulso processuale spettante alla parte nonché la sua facoltà di rinuncia agli atti del giudizio. Tutto ciò conforta la convinzione che il coniuge sia veramente parte nel giudizio matrimoniale; il che dovrebbe piuttosto indurre a considerare la predetta disposizione inibitrice come una misura riflettentesi sul c.d. interesse ad agire in applicazione nel noto brocardo: « *Nemo auditur alligans propria turpitudinem* ».

(13) L'effetto costitutivo consiste infatti non tanto e non solo nel rendere palese ciò che tale non era, ma piuttosto in una vera e propria *eliminazione degli effetti precari*.

In proposito ci sembra lecito osservare che, a parte ogni possibile approfondimento circa il reale valore degli « effetti precari », la mera sussistenza di essi si renda manifestamente incompatibile con l'attribuzione della qualifica di inesistente all'atto considerato. Ciò trova la sua giustificazione nella concezione che vede nel fenomeno della eliminazione degli effetti precari una situazione perfettamente analoga al verificarsi della condizione risolutiva nel negozio condizionato, mentre a sua volta la declaratoria di nullità assoluta (inesistenza) troverebbe il più perfetto riscontro nella mancata verifica della condizione sospensiva. In altre parole la divergenza tra le due figure sarebbe da ricercarsi nel contrario presupposto sotto cui ciascuna di esse è considerata dall'ordinamento: la validità per l'una, l'invalidità per l'altra. (V. per la esauriente messa a punto di tale delicata disamina l'opera del Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, specialmente pagg. 45-53).

4. A conclusione dei sintetici rilievi fatti nelle pagine che precedono non può mancare un'osservazione di carattere estrinseco, ma a nostro avviso indispensabile per poter valutare la portata della questione con maggiore obiettività e completezza. Non si può, per vero, dimenticare che l'elaborazione del tipo di processo c.d. costitutivo è conquista della scienza giusprocessualistica che risale a poco più di mezzo secolo, mentre le concezioni al lume delle quali si è formata la dottrina canonistica risalgono ad una origine remota nella quale, in definitiva, l'accertamento era considerato sinonimo di attività giurisdizionale, in contrapposto all'attività esecutiva o amministrativa.

Sarebbe quindi forse meno grave il divario tra le due concezioni qualora si dovesse giungere alla conclusione che la dottrina canonistica, allorchè sostiene la tesi della mera natura declaratoria del giudizio « *de quo* » intende qualcosa di meno preciso di quanto i giuristi laici sono soliti oggi esprimere con tale locuzione. Del resto, come si è già brevemente osservato, la natura del giudizio di nullità matrimoniale ha costituito, anche nell'ambito della dottrina laica, un argomento di particolare delicatezza. È così che, ancora recentemente, si sosteneva da parte di una autorevole dottrina, che si potessero distinguere nell'ambito di esso ipotesi di nullità assoluta e ipotesi di annullabilità, con la conseguente discriminazione di azioni meramente declaratorie e di azioni costitutive di nullità matrimoniale⁽¹⁴⁾. Al lume dell'odierna sistematica sembra invece più corretto considerare tutte le cause (motivi) di nullità di matrimonio nell'ordinamento attuale italiano come appartenenti alla categoria della annullabilità e distinguerli in cause di annullabilità sanabile e di annullabilità insanabile.

Ma ciò che costituisce il « *proprium* » del giudizio di stato così nell'ordinamento canonico come negli ordinamenti dei principali paesi è il carattere inquisitorio che a tali giudizi com-

(14) BUTERA, *Codice civile italiano, commentato*, Torino, 1939, pag. 193.

pete in virtù del pubblico interesse alla conformità a giustizia delle relative decisioni ⁽¹⁵⁾. Sarà quindi sul piano comune della componente inquisitoria, intesa come momento contrapposto a quello della disponibilità dei rapporti contenziosi, che andrà ricercato il più valido criterio di comparazione tra i due analoghi giudizi appartenenti ai rispettivi ordinamenti; sia pure non dimenticando che tale profilo ideale di indagine non potrà prescindere dalle ulteriori implicazioni che inevitabilmente accompagnano la conversione del momento sostanziale in quello processuale e che quindi non costituiscono per sè una nota caratteristica del processo da noi qui studiato.

In conclusione ci sembra di dover affermare che l'aver inquadrato, come si è tentato di fare nelle pagine precedenti, il giudizio canonico di nullità matrimoniale nel campo delle coordinate giusprocessualistiche della dogmatica attuale non possa rappresentare che un primo, provvisorio risultato inteso a permettere di scrutare in profondità quelle immanenti esigenze razionali che si celano sotto l'assiomatica evidenza della intuizione e che è preciso compito della scienza portare alla luce traendole dal dominio di una pratica tanto più ermetica quanto più permeata dalla empirica spontaneità che costituisce una forza elementare della umana natura.

Solo allora molti principii che ci sembrano incerti e nebulosi potranno essere chiariti in modo tale da poterli portare « *ad consequentias* » per usare una felice espressione adottata (in senso negativo) da un chiaro giurista proprio a proposito del principio del doppio grado ⁽¹⁶⁾. E, come sempre avviene attra-

⁽¹⁵⁾ Sul processo inquisitorio v. soprattutto CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in « *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda* », Padova, 1927, pagg. 133 e segg.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, pagg. 695 e segg.; CAPPELLETTI, *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, Estratto dagli *Annali della Università di Macerata*, Milano, 1959, pagg. 1-77.

⁽¹⁶⁾ REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, pag. 388.

verso una razionale sistemazione delle regole empiriche sarà possibile vagliare la legittimità e la portata precise dell'applicazione delle regole stesse, rendendo agevole la soluzione di delicate questioni, oggetto di dispute talvolta altrettanto sterili quanto interminabili e accanite. Così, per scendere al concreto, solo attraverso un tale approfondimento del grado di commensurabilità dei due sistemi, potremo renderci conto della legittimità di quella così discussa disposizione della legge concordataria che, imponendo al giudice della delibazione di una sentenza di nullità di matrimonio preconcordatario il sindacato sulla c.d. « causa ammessa », dà per iscontata la possibilità di porre su di un medesimo piano le due categorie di cause appartenenti ai due diversi ordinamenti ⁽¹⁷⁾. Ma un approfondimento del genere deve spin-

(17) Circa la letteratura sulla c.d. « causa ammessa » si fanno le seguenti segnalazioni precisando che l'interesse scientifico del tema trascende di gran lunga quello meramente pratico di disposizione transitoria.

VASSALLI, *Il foro civile e il foro ecclesiastico nella questione di nullità dei matrimoni preconcordatari*; CAPALTI, *La procedura per la trascrivibilità della nullità canonica in matrimoni preconcordari*, *Foro it.*, 1931, p. 900; ZACCHI, *l'art. 22 L. 27 maggio 1929 n. 847: trascrizione di sentenza dichiarativa di nullità di matrimonio religioso preconcordatario*, *Dir. eccl.* 1932, pag. 551; CAPALTI, *Quali nullità ecclesiastiche producono effetti civili nei matrimoni preconcordatari*, *Foro it.*, 1933, I, pag. 1706; FALCO, *Sentenze ecclesiastiche di annullamento di matrimonio preconcordatario e cause di nullità ammesse dal codice civile in Giurisprudenza it.*, 1933, I; BERNARDINI, *Sulla clausola « per una causa ammessa anche nel codice civile » dell'art. 22 della legge 27 maggio 1919 n. 847, con particolare riguardo al vizio di consenso originato da violenza o timore grave*, *Dir. eccl.* 1933, pag. 407; SAVALDI, *L'esame della Corte d'appello nella trascrizione di sentenze ecclesiastiche che dichiarano la nullità di matrimoni preconcordatari*, *Foro it.*, 1933, I, pag. 972; SINOPOLI, *Ancora sulla controversia relativa all'applicabilità dell'art. 23 della legge 27 maggio 1929, n. 847*, *Dir. Eccl.*, 1934, pag. 48; FUNAIOLI, *La corrispondenza della causa di invalidità del matrimonio canonico e civile preconcordatario*, *Annali diritto comparato*, 1936, fasc. III; LESSONA S., *Ancora sulla causa di nullità matrimoniale ammessa anche dal codice civile*, *Foro it.*, 1939, I, 481; PETRONCELLI, *Ancora sul concetto di « causa ammessa anche dal c.c. » in Dir. publ.*, a. 1947, pag. 232; NAPPI, *Sull'esercizio delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimonio preconcordatari*, *Monit. trib.*, 1947, p. 118; DELLA ROCCA, *Ancora sui limiti di applicabilità dell'art. 22 della legge 27 maggio 1929, n. 847*, *Dir. eccl.*, 1950, pag. 874; SPINELLI, *Ancora degli effetti sul matrimonio civile della dichiarazione di nullità di matrimonio canonico preconcordatario*, *Arch. ric. giurid.*, 1950, p. 398; GISMONDI, *Ragioni sostanziali ed elementi formali nella interpretazione dell'art. 22*

gersi assai lontano per consentire di abbracciare un campo sufficientemente vasto così da poter comprendere i principi dei due diversi ordinamenti e le premesse implicite dei rispettivi sistemi giuridici a cui essi si ispirano.

Pensiamo dunque che solo attraverso una approfondita penetrazione della natura del processo costitutivo inquisitorio, considerato come strumento inteso a dirigere l'iniziativa dell'interessato a favore di esigenze di pubblica utilità, sia possibile pervenire alla risoluzione di quelle divergenze che a prima vista sembrano insuperabili e destinate a scoraggiare ogni sforzo diretto verso il tentativo di una convincente unificazione concettuale dei due sistemi e soprattutto dei rispettivi strumenti di tecnica processuale. In definitiva, quindi, il quesito che ci interessa consiste in uno studio comparativo degli strumenti giurisdizionali in relazione alla situazione sostanziale ad essi sottoposta in vista del raggiungimento di un determinato scopo. Come si è avuto modo di intuire attraverso i cenni contenuti nel presente paragrafo, è necessario anzitutto sgombrare il terreno dalle rappresentazioni empiriche — che pure si sono dimostrate utili nella costruzione pratica — per poter acclarare la precisa natura dei fenomeni; e una volta chiarita la fenomenologia, cercare di spiegarla in funzione delle categorie ideologiche proprie di ciascun ordinamento,

legge matrimoniale, Foro it., 1951, I, pag. 632; COCCHETTI-MONTESANO, *Discussione sull'art. 22 legge 27 maggio 1929, n. 847*; PUGLIATTI, *Interferenza tra «metus» e simulazione nel matrimonio canonico, Dir. eccl.*, 1951, pag. 441.

È assai significativo osservare che tra tutti i commenti e gli studi di dottrina riguardanti la disposizione dell'art. 22 legge matrimoniale a proposito della c.d. «causa ammessa» solo uno abbia sollevato la questione pregiudiziale della effettiva comparabilità delle due categorie di cause.

Trattasi dell'interessante ed acuto saggio del Pugliatti sopra citato nel quale viene assai giustamente rilevato che tale confronto deve superare il criterio approssimativo suggerito da un ingenuo empirismo, e ricercare la sua giustificazione in un approfondimento della categoria concettuale di «causa» così da consentire di rilevare le analogie e le differenze che il concetto in parola assume nei due differenti sistemi giuridici in relazione anche ai principi processualistici. Il grave quesito è appena delineato; ma ciò non toglie che la geniale impostazione dell'illustre Giurista si presenti feconda di interessanti ed utili sviluppi in ordine ai quali ci riserviamo in più opportuna sede di effettuare qualche modesto tentativo.

tenendo, peraltro, sempre presenti i dati positivi, ad evitare il pericolo di arbitrio tanto insidioso in tentativi del genere. Da una indagine ispirata ai predetti criteri ed accorgimenti pensiamo non sia vano sperare in qualche risultato che consenta di rendere più chiari i rapporti tra diritto e processo nell'ambito della categoria dei c.d. « stati ». È intuitivo, infatti, che il quesito circa i limiti della « doppia conforme » del processo « *de quo* » non apparirà che un corollario in seno al più ampio rapporto accennato. Dopo di che vale ancora la pena di rilevare che mai, come nel settore considerato, le interazioni tra diritto e processo appaiono talmente intense e determinanti, così da poter costituire un campo di manovra ideale per quelle dottrine che vedono nel diritto processuale il momento caratteristico della stessa « giuridicità » in un ordinamento di tipo autoritario come quello che si identifica con lo Stato moderno e, senza alcun dubbio (anzi *a fortiori*) anche con l'organizzazione giuridica della Chiesa Cattolica.