

ENRICO PALEARI

**CONSIDERAZIONI SUL CARATTERE CREATIVO
DELLA GIURISPRUDENZA CANONICA
IN TEMA DI NULLITA' DI MATRIMONIO**



SOMMARIO: 1. Oggetto e limiti della ricerca. — 2. Contrapposizione dialettica tra i concetti di « fedeltà » e di « creatività » e conseguente aporia nell'applicazione del diritto. — 3. La problematica dell'analogia e le sue ripercussioni sulla natura dell'applicazione del diritto. — 4. La questione della fedeltà interpretativa del diritto canonico e in particolare in materia di stato personale. — 5. Il giudizio canonico di stato e la sua peculiare funzione. — 6. Il significato del principio della duplice sentenza conforme.

1. - L'interesse per la tematica dell'interpretazione della legge ha avuto un notevole impulso negli ultimi decenni soprattutto per effetto dei cultori di diritto comparato il cui peculiare oggetto di studio è « la legge in azione » ossia la giurisprudenza ⁽¹⁾.

È stato soprattutto attraverso tali ricerche che l'opera del giudice ha ricevuto, per così dire, una « rivalutazione », in quanto la giurisprudenza è stata considerata un'attività non soltanto riproduttiva, ma altresì produttiva di diritto.

L'analisi dell'attività giurisprudenziale è divenuta pertanto un tema di particolare attualità ed ha costituito l'oggetto di contributi meritevoli della più viva attenzione che, concernendo materia di teoria generale, non potevano a meno di richiamare l'attenzione dei cultori di diritto canonico.

Già da tempo, per vero, l'attività interpretativa nell'ordinamento canonico era divenuta oggetto di ricerche penetranti e

(1) Astenendoci dal dar conto della copiosa letteratura italiana in oggetto ci limitiamo a qualche significativa citazione di talune opere fondamentali: ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato in Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952; DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, Riv. int. fil. dir., 1921, pag. 234 e segg.; GORLA, *Il contratto*, 2 voll., Milano, 1955; *Studio storico comparativo della Common law e scienza del diritto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1962, p. 25 e ss.; ROTONDI, *Dogmatica e diritto comparativo*, Pavia, 1926.

appassionate; ma attualmente l'interesse per tale argomento è divenuto più diffuso e gli studi intorno ad esso si sono moltiplicati (2).

In questo clima di « riscoperta » di un'attività così essenziale quale è quella dell'operatore del diritto giuocano anche un ruolo rilevante le prospettive di rinnovamento proprie della riforma conciliare (3). Se già nel passato l'attività dell'operatore del diritto appariva nell'ordinamento canonico funzione eccedente i limiti di una mera ricognizione della legge, attualmente il carattere nomopoietico della giurisprudenza appare costituire l'opinione prevalente in dottrina (4).

Su queste premesse, pur non pretendendo di criticare l'odierno atteggiamento, mi permetto di richiamare alcune acute osservazioni effettuate dalla più attuale dottrina laica in tema di applicazione della legge (5), per mostrare come sia delicato il « prendere posizione » circa la natura dell'attività giurisprudenziale in quanto in tale materia sembra assai difficile fare assegnamento su concetti dotati di valore effettivamente operativo e non meramente verbale.

Senza quindi arrischiarci a prendere posizione circa la

(2) Tra i lavori più significativi che si riferiscono alla prima metà del corrente secolo, v. D'ANGELO, *Le lacune del vigente ordinamento giuridico canonico* in « Saggi su questioni canonico-giuridiche », Torino, 1928; D'AVACK, *Considerazioni su alcune peculiarità dell'ordinamento giuridico della Chiesa* in « Archivio di diritto ecclesiastico », 1943; FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova, 1941; *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in « Archivio di diritto ecclesiastico », 1943; GIACCHI, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna* in *Foro Italiano*, 1939; *Formazione e sviluppo della dottrina dell'interpretazione autentica in diritto canonico*, Milano, 1935.

(3) L'ordine di idee a cui si ispira la presente indagine trova un significativo punto di riferimento in un'opera recentissima che mette a fuoco molteplici problematiche suscitate dalla riforma conciliare in materia di matrimonio (v. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Milano, 1978).

(4) V. in particolare FINOCCHIARO, *La giurisprudenza nell'ordinamento canonico* in *Jus Canonicum*, 1975, p. 113 e ss.

(5) V. BACOLINI, *Fedeltà al diritto e interpretazione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 285 e ss.

natura dell'attività giurisprudenziale nell'ordinamento canonico, ci limitiamo a qualche rilievo critico per mostrare gli equivoci e le contraddizioni che si possono riscontrare nella stessa impostazione di un'alternativa tra i valori di ricognizione e creazione di diritto con riferimento a tale attività.

Benché la giurisprudenza assolva ad uno degli scopi essenziali del diritto la natura di essa, come è risaputo, appare tuttora controversa perché la soluzione di tale quesito presuppone la risoluzione di gravi e delicate questioni di ordine teorico che non trova concorde la dottrina in argomento. Sembra tuttavia che il fondamentale punto di contrasto tra le discordanti opinioni possa riscontrarsi nella stessa impostazione che si dà all'« attuazione del diritto »; e cioè a seconda che la interpretazione della norma venga distinta dalla formulazione della regola concreta; oppure che tale distinzione venga distinta dalla formulazione della regola concreta; oppure che tale distinzione venga praticamente ad essere negata facendosi coincidere l'interpretazione con quella che è l'applicazione—in senso proprio—del diritto al fatto, di guisa che il fatto—in questa seconda ipotesi—non servirebbe semplicemente ad individuare la « figura iuris », ma condizionerebbe direttamente l'atto interpretativo (6).

(6) Molto schematicamente può dirsi che i due contrapposti atteggiamenti tendenziali in materia di interpretazione sono quello della « sussunzione » e quello della « giurisprudenza degli interessi », intendendo questa espressione come comprensiva delle diverse metodologie interpretative derivanti da quella originaria di Heck. Al quale proposito è dato constatare che la successiva elaborazione di tale interesse, e la sua sostituzione con i così detti « punti di vista ordinativi » necedottrina si è progressivamente affinata attraverso l'eliminazione del concetto di sari per orientare la decisione concreta del conflitto di interessi dando luogo alla c.d. giurisprudenza valutativa i cui sviluppi costituiscono ancor oggi oggetto di considerazione.

Per l'evoluzione della così detta « giurisprudenza degli interessi » e in particolare per la opinioni di Heck, Esser, Westermann, Reinhardt, Coing e Engisch, v. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, pp. 65-82 e pp. 179-208.

Riservandoci di precisare e sviluppare convenientemente il significato e le implicazioni di questa contrapposizione metodologica ci limitiamo per ora a ribadire che dall'adozione dell'uno piuttosto che dell'altro profilo discende una contrapposta concezione circa la natura dell'attuazione della legge che secondo la prima delle due concezioni sarebbe ricognitiva, mentre secondo l'altra sarebbe produttiva (7).

A questo punto va ribadito che, benché la dottrina attualmente dominante aderisca alla tesi di una interpretazione creativa, sono state sollevate gravi critiche ad una tale visione che porterebbe a sanzionare l'incertezza del diritto.

Come è stato accennato la questione, essendo di carattere squisitamente generale, si presenta pertinente anche — e vorremmo dire in modo particolare — per l'ordinamento canonico attese le sue peculiari caratteristiche.

È infatti risaputo che tale diritto, non pago dell'ottemperanza a mere regole formali, si sforza di adeguare nei limiti del possibile la propria opera ad un ideale di giustizia. Se, quindi, anche per il diritto canonico la risoluzione giudiziaria è ordinata alla definizione di una controversia, ciò non di meno il preminente rispetto per la verità e per la giustizia esige che tale risoluzione corrisponda effettivamente a detti valori. Ed in ciò sembra trovare la sua significativa espressione l'asserita subordinazione della « certezza » alla « giustizia » propria dell'ordinamento canonico.

Ma se si approfondisce convenientemente il significato dell'affermazione fatta riflettendo sul rapporto esistente tra i valori di « giustizia » e di « certezza » potrà apparire come sia gravida di equivoci la citata opinione secondo cui in diritto canonico la « certezza » è subordinata alla giustizia la quale non deve

(7) Circa le diverse prospettive attraverso le quali può essere considerata l'attività « applicativa » e le diverse conseguenze che ne derivano v., specialmente DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 64 e ss.

essere elusa o pregiudicata dall'impiego di artificiosi espedienti di natura tecnica.

Sembra, infatti, che a proposito del concetto di certezza si possano distinguere due differenti significati; a seconda che la certezza venga intesa come « preclusione » di ogni ulteriore controllo di verità o venga invece considerata come un requisito della stessa giustizia (8). Orbene, mentre riteniamo che la prima accezione urti contro l'indirizzo proprio del diritto canonico consideriamo la seconda pienamente conforme a tale indirizzo.

Non si può, in realtà, esimersi dall'osservare che se, per un verso può sussistere una contrapposizione tra « giustizia » e « certezza », per un altro verso la certezza si presenta come una imprescibile prerogativa della giustizia. Ciò che è giusto deve infatti essere tale in modo incontestabile; e questa incontestabilità della giustizia, questa sua insuscettibilità di smentita o di critica, questa sua inalterabilità per cui ogni manifestazione di giustizia non può essere soggetta a modificazioni senza venir privata di ciò che le è più proprio, ossia senza venir snaturata, questa incontestabilità non è altro che la certezza.

Perciò anche in un ordinamento come quello canonico non sembra esatto affermare in modo incondizionato che la certezza è sacrificata in omaggio alla giustizia; ma dovrà ritenersi che la certezza potrà se mai essere « provvisoriamente » subordinata allo scopo di consentire un ulteriore dispiegamento di mezzi intesi a conseguire una giustizia veramente ineccepibile. Ma ci

(8) Per il diritto canonico all'effetto dichiarativo proprio dell'accertamento non sempre si accompagna un ulteriore effetto impeditivo di ogni ulteriore contestazione perché in particolari materie caratterizzate dal loro valore etico la ricerca di una verità dotata del grado dell'assolutezza non può essere in alcun modo preclusa, ed è perciò che rispetto a tali materie non sussiste l'istituto del giudicato a proposito del quale giustamente ha affermato il CAPOGRASSI (Prefazione alla ristampa postuma dell'opera di LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950, p. 14): « già nella esistenza della cosa giudicata è un prescindere in certo modo e ad un certo punto dalla verità ».

Per il carattere preclusivo dell'accertamento in diritto civile v. FALZEA voce *Accertamento*, Enciclopedia del diritto, Milano, 1958, vol. I, p. 205 e ss.

è quindi causa ineliminabile di vera e propria crisi del diritto, pare che esista soprattutto nell'ambito dell'esperienza giudiziaria una tale connessione tra i valori di giustizia e di certezza nel senso suaccennato per cui non sembra pensabile di poter concepire un risultato conforme a giustizia ove difetti la certezza del « modello » a cui tale risultato si deve adeguare o quanto meno fare riferimento. In altre parole la mancanza di certezza intesa come evidenza della norma provoca la mancanza di giustizia ed è quindi causa ineliminabile di vera e propria crisi del diritto, in quanto si risolverebbe in una giustizia « cieca ».

Orbene, se le osservazioni fatte meritano approvazione, sembra possano essere sollevate gravi riserve sulla legittimità di una giurisprudenza creativa quanto meno in una materia di particolare rilevanza etica quale può essere la materia di stato e più particolarmente quella matrimoniale, qualora la creatività debba intendersi nel senso che la moderna dottrina di cui daremo conto attribuisce a tale espressione, e cioè come attribuzione di consistenza ad una struttura per sè stessa adiafora e incolore quale sarebbe la norma interpretanda ⁽⁹⁾. Intendendo limitare a tale particolare settore le nostre considerazioni gli interrogativi che si possono porre sono principalmente i seguenti :

Corrisponde a verità che la giurisprudenza ecclesiastica (più precisamente la giurisprudenza rotale) abbia svolto un'attività creativa?

È configurabile in detta materia (a prescindere dal regore proprio delle norme di « ius divinum » un simile modo di applicazione della legge?

Come risulta da quanto già accennato e, come è del resto ovvio, il tema in oggetto è intimamente connesso con problematiche sia propriamente ermeneutiche, sia di natura processuale.

Può essere considerata sintomatica nei riguardi delle affermazioni fatte la tecnica processuale propria del giudizio di stato

⁽⁹⁾ V. BAGOLINI, *op. cit.*, p. 288 e ss.

la quale è ispirata al noto principio della doppia sentenza conforme, principio manifestamente rivolto al conseguimento di una giustizia incontestabile (ossia certa) ⁽¹⁰⁾. Ed è pertanto alla stregua di tale realtà giudiziaria che noi intendiamo saggiare l'attendibilità dell'opinione che attribuisce alla giurisprudenza canonica un'efficacia creativa avvertendo che, pur rinunciando alla pretesa di effettuare su tale delicatissimo tema affermazioni perentorie, ci ripromettiamo di attirare l'attenzione della dottrina sulle inquietanti implicazioni che il problema propone e che suggerisce grande cautela nel valutare siffatta opinione.

Astenendoci per ora da un'analisi delle caratteristiche del giudizio canonico di stato — e più particolarmente dello stato matrimoniale — ci limitiamo ad osservare che l'ipotesi di una attività creativa della giurisprudenza trae origine dalla circostanza che nel corso dell'istruttoria giudiziale la natura dal fatto costitutivo dedotto può subire delle precisazioni e integrazioni che valgono a modificarne l'aspetto così da suscitare il dubbio sulla identità del fatto accertato in giudizio rispetto a quello dedotto nell'allegazione dell'atto introduttivo.

Nelle predette ipotesi si possono peraltro verificare diverse eventualità: può darsi che la modificazione verificatasi comporti la trasformazione della domanda che potrà apparire fondata a un diverso capo di nullità. Può darsi che la trasformazione verificatasi induca a ritenere la domanda non rispondente ad alcuna norma in materia, determinandone il conseguente rigetto. Ma potrà, altresì, darsi che la modificazione sia stale da far ritenere che il fatto modificato sia tuttavia rilevante, pur non coincidendo perfettamente la sua struttura con quella della « figura iuris » sotto cui esso andrebbe sussunto.

È infatti ben noto che nel corso dell'istruttoria probatoria si realizzano due differenti verifiche caratterizzate per altro dalla

(10) V. PALEARI, *Il principio della doppia sentenza conforme nel processo canonico di stato*, Milano, 1961; PIERONEK, *Le principe de la double sentence conforme*, Eph. iuris canonici, 1977, n. 3-4 e 1978, p. 97 e ss.

nota della contestualità perché in essa concorrono due momenti inscindibili: l'aspetto della rilevanza e quello dell'esistenza ⁽¹¹⁾.

Come vedremo il momento delle rilevanza, che sembra essere cristallizzato all'atto della contestazione della lite, può risultare in realtà modificato durante il corso dell'istruttoria e ciò perché l'elemento di fatto proposto dall'attore a fondamento della propria domanda può risultare suscettibile di rettifica a seguito delle indagini istruttorie.

Perciò tale fatto costitutivo non coincide sempre con una rappresentazione conforme alla fattispecie normativa, di guisa che — come è stato detto — la rilevanza che il fatto presenta al momento in cui viene dedotto può essere nel corso dell'istruttoria mutata, annullata, oppure modificata in modo da creare notevoli perplessità circa la possibilità di poterlo sussumere egualmente sotto la fattispecie originaria a cui era stato riferito al momento in cui fu dedotto.

È questa l'ipotesi che ha dato origine alla concezione di una giurisprudenza creativa; espressione, come si è detto, assai equivoca che intendiamo analizzare con opportuno rigore.

2. - La funzione del processo (o meglio del « giudizio ») in quanto è funzione verificatrice riflette il rapporto sostanziale tra diritto e fatto integrante l'oggetto della controversia e ne fornisce per così dire la diagnosi. Sembra quindi che si possa considerare come risultato del processo il giudizio su detto rapporto. I cui termini sono: il fatto e la norma. Senonché a questo punto subentra il problema circa la stessa possibilità di confronto tra la norma (una rappresentazione astratta) ed il fatto consistente come tale in un complesso di determinazioni concrete ⁽¹²⁾.

(11) V. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.

(12) Sul giudizio giuridico che esprime sinteticamente l'attività giurisprudenziale non è il caso di citare la copiosa e interessantissima letteratura. Tra le opere più significative v. CAPOCRASSI, *Giudizio, processo, scienza verità*, Riv. Dir. proc., 1950, I, p. 1 e ss.; CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, Riv. Dir. proc., 1949, I, p. 165 e ss.; DE MARINI, *Il giudizio di equità cit.*, p. 55 e ss.

È a questa stregua che sorge l'incertezza di cui si è accennato, vale a dire se l'applicazione del diritto consista nel valutare la (piena) corrispondenza, ossia l'identità, tra la configurazione normativa e lo schema del fatto; o se, per contro in tale operazione la struttura del fatto possa condizionare la « prospettiva » adottata dall'interprete nel valutare il significato della norma che ne verrebbe in tal modo influenzato.

Altro è infatti che la norma venga considerata una struttura « fissa » (cioè dotata di un significato univoco), altro è invece che la struttura della norma risenta del mondo soggettivo dell'interprete, rimanendone influenzata. In tale èultima ipotesi è la struttura stessa della norma che diviene oggetto di problematica in quanto essa non può apparire dotata di univocità, bensì soggetta a variazioni dipendenti dai coefficienti valutativi e ideologici propri del giudice. Come è stato assai rettamente osservato un simile criterio interpretativo si pone in insanabile contrasto con il principio di fedeltà perché, ove l'interpretazione della legge venisse effettuata a tale stregua, non avrebbe nemmeno più senso un riferimento qualsiasi alla fedeltà in quanto se ciò a cui il giudice dovrebbe essere fedele è da lui stesso creato il valore della fedeltà alla legge diventa illusorio. Per vero — come pure è stato osservato dalla citata dottrina — se la struttura della norma in sè stessa, indipendentemente dall'azione interpretativa del giudice deve considerarsi una forma adiafora che riceve la sua consistenza per effetto dell'azione del giudice, una fedeltà alla struttura è espressione puramente verbale priva di contatto con la realtà ⁽¹³⁾.

La dottrina qui ricordata dopo aver consultato la logica conseguenza insita in una concezione pragmatica della interpretazione, ossia la vanificazione della stessa idea di fedeltà interpretativa, dimostra con ineccepibile coerenza l'inconciliabilità tra i valori di « fedeltà » e di « creatività » in tema di interpretazio-

(13) V. BAGOLINI, *op. cit.*, p. 293 e ss.

ne. Si tratterebbe sostanzialmente di una vera e propria contrapposizione in senso logico e come tale insuscettibile di componimento! Non sarebbe quindi possibile configurare una forma di interpretazione che, pur rispettando la fedeltà lasci adito alla creazione. Un simile compromesso, pur autorevolmente ipotizzato in dottrina, dovrebbe ritenersi assolutamente insostenibile. Infatti sembra che il concetto di « continuità » nel quale dovrebbe ravvisarsi lo strumento di conciliazione tra le due opposte prerogative possa aver senso soltanto sul presupposto di una sufficiente conoscenza della « struttura » della norma, perché in caso diverso non avrebbe senso ipotizzare una « continuità » nei confronti di una « direttiva » indeterminata. E in effetti la dottrina che ha enunciato il principio di continuità ha esplicitamente affermato che col riferimento a tale criterio essa intendeva esprimere la necessità di un'armonica corrispondenza dello sviluppo interpretativo rispetto al significato originario della norma; e precisava che tale significato poteva essere ricostruito mediante il ricorso a quel linguaggio ideale che è rappresentato dalle categorie giuridiche senza delle quali il diritto « non potrebbe né formularsi né applicarsi ». Tuttavia, sempre secondo l'opinione criticata, l'interprete nel penetrare il significato delle espressioni verbali costituenti l'enunciato delle norme (e perciò delle categorie giuridiche a cui esse corrispondono) dovrebbe basarsi sulle proprie valutazioni personali senza poter verificare la validità della propria interpretazione! ⁽¹⁴⁾.

La contraddittorietà della dottrina criticata consiste dunque nel fatto che la creatività in sede applicativa presuppone l'indeterminazione in sede interpretativa ⁽¹⁵⁾. La dottrina che ha perpicuamente chiarito l'irriducibilità del contrasto tra la concezione ricognitiva e quella creativa, dimostrando l'inanità di ogni tentativo di mediazione fra tali due alternative visioni, si è data

⁽¹⁴⁾ V. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959, p. 208 e ss.

⁽¹⁵⁾ V. GAGOLINI, *op. cit.*, p. 295 e ss.

altresì carico di individuare la causa che giustificerebbe l'adozione dell'una piuttosto che dell'altra visuale interpretativa. Con molta acutezza la dottrina in discorso ha infatti osservato che, a seconda che l'interprete premetta l'esame del fatto a quello della norma o invece l'esame della norma a quello del fatto, si verificherà una prevalenza del momento volitivo-decisionale su quello analitico-deduttivo oppure avverrà l'opposto vale a dire che il momento razionale prevarrà su quello volitivo.

Tale acuta conclusione si fonda sulla constatazione che l'operatore nella sua presa di contatto con la realtà allo scopo di interpretarla non riesce a sottrarsi ad un « *idolum scholae* » consistente nel privilegiare il presente nei confronti delle altre dimensioni temporali (passato e futuro), cosicché egli, ove anteponga cronologicamente l'esame del fatto controverso a quello della norma appare influenzato dalla « volontà » decisionale e perciò rischia di forzare indebitamente i limiti della norma; mentre nell'ipotesi opposta nella quale prevale il momento interpretativo come conoscenza razionale della norma l'operatore correrà il rischio di non adeguarsi alle particolarità delle situazioni reali, che potranno essere sacrificate allo scrupolo analitico ⁽¹⁶⁾.

Sembra quindi che non ci sia scampo per l'operatore del diritto; in quanto egli rischierebbe in ogni caso di venir meno al suo compito — che è quello di un corretto giudizio giuridico — nell'un caso per aver sostituito criteri politici al rigore propria del diritto; nel caso opposto per non aver saputo scorgere al di là delle apparenti divergenze la reale adeguatezza del fatto controverso nei confronti di una norma ad esso virtualmente applicabile.

Questo sembra essere il panorama dell'attività interpretativa nell'ambito di un moderno ordinamento legislativo. È il fatto di domandarsi se queste conclusioni critiche sono riferibili anche

(16) V. BAGOLINI, *op. cit.*, p. 308 e ss.

all'ordinamento canonico o se per esso può farsi un diverso discorso in considerazione della sua peculiarità.

3. - Giunti a questo punto ci pare, peraltro, che possa risultare illuminante agli effetti di tale confronto il prendere in considerazione un procedimento proprio dell'attività giudiziaria il cui impiego e la cui disciplina sembrano presentare notevole affinità nell'ordinamento italiano e in quello canonico. Intendiamo riferirci all'analogia il cui impiego, come è noto, è previsto espressamente in entrambi gli ordinamenti e trova pure nelle rispettive legislazioni criteri di limitazione molto affini ⁽¹⁷⁾.

Nel prendere in esame tale procedimento non è privo di significato osservare che, benché con l'espressione di « analogia » potrebbe intendersi un vero e proprio procedimento di interpretazione (ed infatti un'interpretazione analogica appare del tutto ipotizzabile accanto alla interpretazione sistematica e teleologica), le disposizioni positive concernenti tale procedimento non si riferiscono ad un tipo di interpretazione, bensì all'*applicazione* « analogica » della legge ⁽¹⁸⁾.

Orbene, nell'ipotesi di « analogia » intesa nel senso ad essa attribuito dalle disposizioni legislative l'operatore deve estendere una qualificazione ad una situazione di fatto non prevista e per far ciò, ossia per poter pervenire all'individuazione della norma di grado superiore (principio) che ricomprende in

⁽¹⁷⁾ La letteratura sull'analogia è vastissima e perciò ci dispensiamo di darne conto. Limitandoci alle opere canonistiche in argomento ne citeremo tra le principali: BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento canonico. Il diritto ecclesiastico*, 1957, I, p. 121 e ss.; BENDER, *Legum ecclesiasticarum interpretatio et suppletio*, Romae, 1961; CICOGNANI, *Commentarium ad librum I Codicis*, Romae, 1925; D'ANGELO, *Le cause del vigente ordinamento giuridico canonico in Saggi su questioni canonico-giuridiche*, Torino, 1928; FELICIANI, *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Milano, 1968; LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, 1938; MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, Paris, 1949; RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, Milano, 1954; VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae, 1930.

sé tanto il caso non previsto quanto la norma ad esso simile deve individuare il coefficiente comune ad entrambe le fattispecie, coefficiente che suol essere denominato « ratio iuris » e costituisce un termine intermedio tra la specificità della norma (« species ») e la generalità propria dei principi supremi dell'ordinamento ⁽¹⁹⁾.

A questo proposito va, peraltro, osservato che il grado di astrattezza proprio del principio comune cui si è fatto cenno risulta, per logica necessità, maggiore di quello della norma sottostante in quanto il c.d. principio appare depurato dai riferimenti strutturali presenti nelle singole norme. Perciò, il criterio di scelta del predetto coefficiente comune consiste in un giudizio preminentemente funzionale; ma una tale scelta non può a meno di comportare un certo rischio di arbitrio in quanto il criterio funzionale implica una valutazione (sull'identità della « ratio »), valutazione che non può essere giustificata se non ricorrendo al argomenti che si appellino piuttosto alla persuasione che alla verifica intesa in senso rigorosamente proprio. Sembra infatti, lecito opinare che la scelta della norma a cui dovrebbe competere l'« eadem ratio » possa apparire giustificata da un'esigenza eminentemente politica proprio in quanto intesa ad instaurare un giudizio prevalentemente rapportato al criterio dell'opportunità pratica, dal momento che la norma e il caso, per presupposto, devono risultare diversi sotto il profilo strutturale. Orbene, alla stregua di tali premesse, non è da escludere che detta scelta

(18) V. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica*, Torino, 1965, p. 46.

(19) V., in proposito, FELICIANI, *L'analogia*, cit., p. 67 e ss. il quale, peraltro, sembra non fare distinzione tra « interpretazione analogica » e « applicazione analogica » dal momento che l'esempio scelto per illustrare il concetto di analogia appartiene alla prima categoria (Integrazione del can. 647 par. 2 n. 4 mediante il ricorso all'analogia del disposto del can. 1465); mentre i gravi problemi connessi con tale forma di « suppletio » si riferiscono all'applicazione analogica. Sulla già accennata differenza tra i due concetti richiamiamo ancora l'esposizione del LAZZARO che cita in proposito una interessante nota del GALLO (M.), *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata* in Riv. it. di diritto penale, 1949, p. 560 e ss.

possa essere motivata dalla più o meno avvertita tendenza dell'operatore a « a contrario » ⁽²⁰⁾, dal che discenderebbe una non ingiustificata diffidenza nei riguardi del procedimento analogico ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Il procedimento analogico presuppone un giudizio circa la ratio del caso non contemplato e della norma ritenuta ad esso simile; ma a tali effetti è indispensabile determinare l'esatta identità di detta norma il che non è sempre agevole. È per questo che a nostro avviso l'uso del procedimento comporta un notevole margine di arbitrio. La « ratio » infatti deve essere contemplata nella sua congrua dimensione e cioè non deve essere dilatata oltre misura così da farle perdere la sua specificità. Nel qual caso, secondo quanto insegna il SUAREZ (*De Legibus* L. VI C II n. 23) « Infinita esset extensio in legibus facienda ». E quanto più una « ratio » è specifica tanto più è difficile determinarne i limiti ossia il rapporto della regola con le eccezioni. Quindi anche ammettendo per presupposto il carattere « rationabilis » della legge, tale razionalità non può sempre essere penetrata con assoluta certezza. Per vero, come è stato correttamente osservato, la possibilità di individuare la « ratio adaequata » di una norma dipende da requisiti di tecnica legislativa che non sempre si possono riscontrare presenti in ogni disposizione normativa. A questo proposito il SUAREZ insegna (*De Legibus* cit. L VI, C III, n. 19) « Duo autem ad adaequationem necessaria sunt; unum ut ratio per se sola moveat sufficienter et efficaciter ad legem condendam; aliud ut sid veluti finis unicus integre intentus per legem ».

⁽²¹⁾ Da quanto è stato esposto risulta chiaro che l'argomento adottato da un'accurata e scrupolosa dottrina per dimostrare la natura meramente dichiarativa dell'analogia ha per noi il significato esattamente contrario. Ci riferiamo alle osservazioni del FELICIANI (*L'analogia* cit., p. 119) secondo il quale: « ... l'argomento più decisivo contro la creatività dell'analogia è dato dal fatto che la norma analogica non solo non è nuova, ma non è nemmeno ius almeno nel senso in cui lo sono la legge e la consuetudine ... Si può senz'altro parlare di norma analogica, ma a patto che sia ben chiaro trattarsi di una massima di decisione e non di una fonte di qualificazioni giuridiche ». Orbene noi siamo perfettamente d'accordo con il chiaro autore; ma proprio dal fatto che l'analogia è concepibile soltanto come momento applicativo è lecito desumere che il legislatore consente (ed anzi suggerisce) l'uso di tale espediente quale « correttivo » in sede pratica, rimettendo al giudice una valutazione che, tuttavia, deve essere limitata al caso particolare in quanto priva di quella garanzia di certezza che dovrebbe essere propria di una fonte legislativa.

Pertanto se, in conformità alla linea di pensiero da noi sostenuta, si ha da intendere come creativo tutto ciò che non può essere « con certezza » considerato come ricognitivo, riteniamo che l'argomento portato dall'insigne giurista provi appunto il carattere almeno « potenzialmente » creativo dell'analogia.

In sostanza la nostra opinione finisce per concordare con quella del MICHIELS, *Normae generales*, Roma, 1927, I, p. 589 e ss. secondo il quale « sicut consuetudo facti seu materialiter sumpta a populo ponitur et revera creatur », alla

In base alla sostanziale concordanza circa i concetti dianzi esposti, la dottrina, al pari della pratica, ha ritenuto di poter tracciare una netta distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva, sostenendo che si verificherà la prima ipotesi allorché l'operatore perviene all'applicazione della norma al caso in forza di un ragionamento interpretativo in virtù del quale egli si persuade che la fattispecie normativa, in apparenza non adeguabile al caso, tale risulta invece nella effettiva realtà, di guisa che il caso di specie può in essa venir regolarmente sussunto; che, per contro, si realizzerà la seconda ipotesi, cioè l'analogia, allorché l'operatore, riconosciuta la eterogeneità del caso rispetto a qualsiasi norma, si vale del criterio della « somiglianza » onde qualificare il caso di specie.

In altri termini la differenza tra i predetti procedimenti sta dunque nella constatazione che l'interpretazione estensiva si fonda su di un vero e proprio giudizio di rilevanza (ossia sul giudizio di adeguatezza « strutturale » della norma, adeguatezza che in definitiva si dimostra esistente, ancorché in apparenza non risultasse tale), mentre il procedimento di analogia in definitiva prescinde da un criterio di rilevanza e si fonda prevalentemente su di un criterio funzionale ⁽²²⁾.

stessa stregua il giudice in virtù del corrispondente disposto legislativo « *revera materialiter creat et constituit normam* ». L'autorizzazione legale ad affidarsi alla propria valutazione per integrare la portata della norma non può quindi escludere il carattere almeno potenzialmente creativo di tale integrazione. Ed anzi, aggiungiamo che ogni vera integrazione non può essere che creazione; in caso diverso non si tratta di integrazione, ma di mera individualizzazione di una disposizione generale, operazione che a nostro avviso rientra nel concetto di sussunzione.

(22) In realtà una simile distinzione conseguirebbe a quella tra atteggiamento dichiarativo (sussunzione) e atteggiamento costitutivo o inventivo il quale ultimo dovrebbe considerarsi come limitato all'integrazione della norma come accennato nella nota precedente. Ma, se si estende all'intera categoria dell'applicazione normativa il carattere della costitutività, secondo quanto sembra pretendere la più recente dottrina — quanto meno riguardo agli ordinamenti secolari — non appare più possibile dare un fondamento valido alla distinzione stessa. Come è stato accennato un tale modo di concepire l'applicazione della legge consegue alla premessa di una presunta « incommensurabilità » della norma, quale struttura astratta nei confronti del caso come tale « concreto ».

Qualora però si consideri la normale e consueta attività giudiziaria non si può a meno di rilevare che la prospettiva propria dell'operatore appare identica in entrambe le ipotesi; vale a dire che, in linea pratica, applicazione conseguente a interpretazione estensiva e applicazione analogica appartengono entrambe al genere « applicazione » (23). Questa osservazione in appa-

Da ciò si argomenta (v. ASCARELLI, *In tema di interpretazione e applicazione della legge*, Riv. dir. proc., 1958, pp. 15-16) che « Proprio data la sua astrattezza la norma non coglie e non può mai cogliere la concretezza in nessun caso... Il caso nella sua concretezza mai può esaurirsi nello schema della norma... La norme è così sempre e solo quella interpretativamente formulata in funzione di una sua applicazione e *in realtà non esiste se non nella sua applicazione*; prima e dopo tale operazione rimane soltanto un testo che sarà sempre superato ogni volta che se ne farà un'applicazione... ».

In contrario, per altro, è stato sostenuto che « la struttura e il contenuto di un comando astratto e di un dato in concreto può essere la stessa una volta determinato quali operazioni si sia impegnati a fare; in tal caso è già previsto e prescritto che nel primo vi sono delle variabili esistenziali le quali nel secondo vengono mediante operazioni adatte e prescritte *riempite* con dati concreti » (v. MAGNI, *Interpretazione del diritto italiano sulle credenze di religione*, Padova, 1959, pp. 58-59). In altre parole viene affermato che la parte invariante della struttura del precetto è identica in astratto e in concreto (perché è sempre un « astratto »).

Un'acuta prospettazione del problema suaccennato è inoltre avanzata da un'autorevole dottrina la quale si domanda quale ruolo abbiano i giudizi di valore nei procedimenti di sussunzione. E precisa che « il problema ha interesse... se si presume che i giudizi di valore *si insinuino* nei procedimenti di interpretazione tramite sussunzioni. Lo si dà invece per risolto, se si ammette che l'interprete, in piena coscienza della sua creatività, venga ad integrare quanto di indeterminato hanno lasciato i precetti legislativi. In tal caso non si potrebbe parlare di un *problema* della presenza di *giudizi di valore*, dal momento che tale attività si presenta, essa stessa, una valutazione della realtà (V. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 276).

Per parte nostra aderendo sostanzialmente all'opinione citata per ultima, riteniamo che la portata dei giudizi di valore nella sussunzione varia sia in funzione del settore in cui la norma si inquadra, sia in funzione delle stesse caratteristiche secondo cui la norma appare strutturata, essendo chiaro che in talune ipotesi l'adozione di criteri di indubbio rigore analitico esimo l'interprete dall'effettuare autonome valutazioni.

(23) V. FUMAGALLI CARULLI, *Soggettività dell'interpretazione e diritto della chiesa* (Dir. Eccl., 1970, parte I, p. 108).

« Giustamente è stato osservato a proposito del processo di applicazione della norma che accanto alla scelta operata nel ridurre la norma in termini concreti (giudizio interpretativo in senso stretto), vi è un'altra non meno importante operazione

renza ovvia e scontata si manifesta per contro carica di significato ove si rifletta che è implicita nel momento applicativo l'attribuzione di priorità alla considerazione del caso da decidere rispetto a quella della norma interpretanda e la conseguente tendenza dell'operatore ad attribuire rilevanza al fatto malgrado l'eventuale problematicità della sussunzione di esso sotto una norma specifica.

Infatti nell'ipotesi di (applicazione conseguente a) interpretazione estensiva l'attenzione dell'operatore « dovrebbe » rivolgersi « prima » alla norma di cui egli avrebbe modo di appurare il significato reale eccedente la portata di quello apparente e solo successivamente si rivolgerebbe al caso di specie per sussumerlo nella fattispecie il cui significato sarebbe precedentemente acquisito; per contro nell'ipotesi di procedimento analogico l'operatore dirigerebbe l'attenzione preventivamente al caso di specie sottopostogli e sarebbe così tendenzialmente indotto a reperire comunque una norma idonea a regolare il caso stesso, conseguentemente privilegiando in sede interpretativa i dati ritenuti comuni rispetto a quelli differenziali.

Avviene così che l'identità della prospettiva psicologica propria dell'operatore in entrambe le ipotesi considerate si risolve nella pratica impossibilità di distinguere se in concreto l'applicazione sia stata il risultato di interpretazione estensiva oppure di analogia.

Ci troviamo di fronte ad uno « scarto » tra valore astratto e valore operativo della distinzione ⁽²⁴⁾.

di scelta che consiste nella riduzione del fatto storico e fatto tipico (giudizio classificatorio) in termini, cioè, tali da essere adeguato alla volontà della norma. La seconda operazione è logicamente anteriore alla prima dal momento che il giudizio di esistenza del fatto apora anche come criterio di ricerca della norma.

(24) V., in proposito, BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, Giur. It., 1968, P.I., sez. I col. 695 e ss. che, prendendo lo spunto da una sentenza della Cassazione, arriva alla conclusione che mentre « la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia viene impiegata dai giudici per lo più per stabilire un limite alla libertà interpretativa... la realtà è molto più complessa... Il giudice impiega la distinzione, diciamo così, « chiara »

In realtà la differenza tra interpretazione estensiva e analogia sta tutta nel fatto che l'una dovrebbe essere « interpretazione » mentre l'altra è considerata « applicazione ». Ma poiché, anche nel caso di presunta interpretazione estensiva l'operatore si pone — come si è detto — dal punto di vista di chi applica precludendosi così la possibilità di una rigorosa interpretazione della norma, in sostanza la distinzione tra le due figure tecniche si riduce ad un giuoco di parole, ossia ad una mera formulazione verbale in quanto non è possibile desumere dalla motivazione se le ragioni addotte rappresentano i criteri direttivi che hanno « guidato » il giudice nel giudizio di sussunzione o siano per contro mere « giustificazioni a posteriori » atte ad attribuire valore persuasivo ad un giudizio fondato esclusivamente sull'intuizione o quanto meno su valutazioni approssimative. Mentre, quindi, astrattamente la distinzione tra interpretazione estensiva (o più propriamente applicazione in base a interpretazione esten-

tra interpretazione estensiva ed analogia quando può giustificare una estensione non autorizzata ricorrendo alla pura e semplice manipolazione delle parole; ma quando la manipolazione delle parole non lo soccorre in un caso in cui considera opportuna l'estensione di una norma eccezionale o di una norma penale, si serve di un altro espediente: chiama interpretazione estensiva quel procedimento che, in base alla precedente distinzione è considerata analogia, cioè si ispira ad un altro criterio di distinzione, se pur questa volta non chiaro o intenzionalmente lasciato in ombra che gli permetta di compiere un'operazione diversa mantenendo lo stesso nome. Il che è la conferma del fatto che importa il risultato che si vuol raggiungere, non il procedimento adoperato per raggiungerlo. Ancora una volta: non è il procedimento a disposizione del giudice che determina il risultato, ma il risultato cui si vuol giungere che determina la regola che viene di volta in volta adottata. Che il procedimento analogico venga chiamato in certe situazioni interpretazione estensiva non è tanto il riconoscimento da parte del giudice di un limite alla propria libertà interpretativa... quanto il modo per giustificare un limite superato».

Queste autorevoli ed acute osservazioni ci inducono a considerare con preoccupazione l'eventuale instaurarsi di una tendenza creativa nell'ambito di particolari settori del diritto canonico nei quali lo scrupoloso rispetto della legge appare come una insostituibile salvaguardia di insopprimibili valori etici e soprannaturali.

Diffidenza nei confronti dell'interpretazione estensiva sembra manifestare anche il MACNI, *Interpretazione del diritto italiano sulle credenze di religione*, cit. p. 50 il quale attribuisce alla sola interpretazione stretta la qualifica di interpretazione esclusivamente analitica.

siva) e applicazione analogica dovrebbe avere una portata essenziale, in pratica una tale distinzione può venire del tutto obliata a seguito di manipolazioni verbali che rendono impossibile di risalire all'effettivo criterio adottato.

In conformità alle precedenti considerazioni sembra lecito attribuire al divieto di analogia in determinati settori del diritto un significato profondo che troverebbe la sua causa nell'intima convinzione del legislatore che il giudice nell'applicazione del diritto sia naturalmente indotto ad anteporre la considerazione del « caso » a quella della norma con la conseguenza di influenzare l'originaria struttura della norma stessa con i propri coefficienti soggettivi secondo quanto più sopra è stato ripetutamente mostrato ⁽²⁵⁾. Tale inconveniente, per altro, viene avvertito come un ineliminabile effetto della incompletezza dell'ordinamento, e della correlativa necessità di completarlo. Perciò una certa flessibilità applicativa è « scontata » come lo scotto di tale indispensabile esigenza e perciò l'analogia non solo è tollerata, ma altresì entro certi limiti è prescritta. Tuttavia tale criterio « approssimativo » è escluso laddove la particolare natura degli interessi in giuoco esige il massimo scrupolo nell'applicazione della legge, esige, cioè, un'applicazione in termini di autentica « fedeltà ».

Concludendo il nostro pensiero intendiamo affermare che nell'analogia è chiaramente dato per ammesso ciò che non di rado è comune anche all'ordinaria applicazione della norma, e cioè, quel difetto di scrupolosa aderenza alla stessa che in teoria dovrebbe costituire un'indefettibile prerogativa dell'attività giudiziaria.

(25) Non possiamo a meno di concordare sostanzialmente con la candida ammissione effettuata da un'autorevole dottrina. V. BENDER, *Legum ecclesiasticarum* cit., p. 279: « Videtur impossibile praeberere doctrinam generalem ad discernendas leges latas in similibus. Iudicium relinquendum est iurisprudentiae et discretionis eorum qui canon 20 servare debent. Pro praxi hoc non confert incommoda ex eo quod adagium *errare humanum est* etiam valet pro iudicibus ».

Peraltro, così come è stato più sopra mostrato, allorché il diritto è stato applicato e il processo formativo della decisione si è tradotto in un testo, non appare più possibile distinguere ciò che dovrebbe essere frutto di mera interpretazione estensiva da ciò che è risultato di applicazione analogica: si è visto che tale distinzione, astrattamente netta e lineare, si riduce in pratica ad un giuoco di parole prestandosi alle più svariate manipolazioni. Gli è che così l'analogia come l'applicazione a seguito di interpretazione estensiva appartengono al genere comune della « applicazione » e perciò sono entrambe soggette a eventuali sconfinamenti e forzature di cui non è possibile stabilire quantitativamente l'esatta misura ⁽²⁶⁾.

Siamo pertanto d'avviso che soltanto la prescrizione della « stricta interpretatio » possa impedire l'uso dell'analogia perché, come si potuto dimostrare questa modalità applicativa non è suscettibile di pratica verifica potendo assumere le sembianze della mera « comprehensio » ossia della interpretazione estensiva. Queste sembrerebbero le conclusioni più attendibili in merito alla « vexata quaestio » relativa ai due procedimenti accennati.

(26) Secondo quanto è stato convenientemente mostrato emerge che l'opinione della « creatività » si basa sul presupposto dell'esistenza in sede applicativa di un inevitabile scarto tra il significato di ogni figura normativa e quello del caso concreto che ad essa pur sembra riferibile. Tale « scarto » si dovrebbe considerare una lacuna in quanto determina un'alternativa per l'interprete tra l'adozione del procedimento analogico e quella dell'argomento « a contrario ». A tale proposito è stato infatti autorevolmente affermato che « allorché due soluzioni, entrambe possibili, esistono e la decisione tra le due soluzioni spetta all'interprete una lacuna esiste proprio nel fatto che l'ordinamento ha lasciato indeciso quale delle due sia quella adottabile per cui la lacuna si verifica non già per la mancanza di una norma espressa per la determinazione di un determinato caso, ma per la mancanza di un criterio per la scelta di quale delle due regole, quella esclusiva e quella inclusiva debba essere applicata » (BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1960, p. 154). È chiaro, per altro, come una concezione del genere finisca per trasformare l'ordinamento giuridico in un sistema di lacune anziché in un sistema di norme (v. in proposito CORSARO, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, voce *Lacune*, p. 260).

Ma volendo spingere la nostra indagine su questo delicatissimo punto fino alle conseguenze estreme potremmo arrivare a dubitare persino della distinguibilità — anche in astratto — tra tali procedimenti. È stato, infatti, osservato come le singole norme specifiche combinandosi con la norma generale come prevede il ricorso all'analogia risultino, per così dire, composte oltre che dall'espressa previsione di ciascuna di esse, anche da un'appendice compendiabile nella formula «e casi analoghi»⁽²⁷⁾. Or bene, se questo è vero, ne discende che il sussumere un caso concreto sotto la previsione espressa della norma oppure sotto tale previsione comprensiva del richiamo analogico è sempre sussumere sotto l'intera fattispecie normativa.

Un tal modo di impostare il delicato quesito mostrerebbe che la distinguibilità fra interpretazione estensiva ed analogia non avrebbe neppure una base concettuale e che quindi tanto varrebbe parlare indistintamente dell'una o dell'altra.

Sembra, quindi, che la conclusione pratica che se ne può trarre è la seguente: che quando è vietata l'interpretazione estensiva è sicuramente vietata anche l'analogia e così pure nell'ipotesi reciproca.

In altre parole: sembra che sussistano due fondamentali modalità interpretative: l'una che possiamo chiamare « stretta » ossia fedele e l'altra che non esige dal giudice lo scrupolo della fedeltà, e che può essere indifferentemente chiamata estensiva, analogica od altro ancora, in quanto mentre la fedeltà (al modello) è un criterio univoco, la creatività, essendo un concetto meramente negativo, integra un criterio plurivoco che ammette una gradazione nell'ampiezza dell'arbitrio interpretativo esercitato nel singolo caso dall'operatore⁽²⁸⁾.

(27) V. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, cit., p. 209.

(28) Riteniamo su questo punto di dover aderire all'autorevole opinione del BOBBIO (*L'analogia* cit., p. 139) secondo cui *l'interpretatio stricta* « si presenta per quello che essa sola può essere, cioè come il contrario dell'interpretazione fondata sull'argomento dell'analogia, e allora è l'interpretazione fondata sull'argu-

Infatti, ribadendo quanto si è più sopra osservato, la motivazione della decisione non può costituire sufficiente elemento per valutare l'ampiezza del margine di libertà adottato dal giudice nell'applicare la norma, in quanto, qualora egli si distacchi dalla genuina fedeltà alla stessa, il grado di approssimazione a cui egli si è attenuto non potrà risultare percepibile attraverso un'orgomentazione che, appartenendo al genere della retorica anziché a quella della logica, mira alla mera « probabilità ».

Concludendo: riteniamo che, se è vero che l'applicazione della legge comporta fatalmente non soltanto un margine di distacco (o di « scarto » che dir si voglia), ma altresì un corrispondente margine di incertezza non essendo possibile valutare con esattezza l'entità di detto distacco, è lecito domandarsi se debba ritenersi del tutto illusorio lo stesso divieto di analogia e in ultima analisi anche lo stesso precetto di « stretta interpretazione » dal momento che, secondo quanto sembra doversi ammettere in base ad attendibili considerazioni di ordine psicologico il giudice sarebbe naturalmente indotto iputtosto ad anteporre la considerazione del fatto a quella della norma anziché seguire l'ordine inverso.

4. - Passando ora a considerare quale incidenza i rilievi fatti possano avere sul campo specifico del diritto canonico sembra di dover in linea di massima osservare che tale ordina-

mentum a contrario; ma è evidente che in questo caso essa non può, se non abusivamente chiamarsi restrittiva, dato che essa ha per risultato non già di restringere la norma, ma semplicemente, il che è ben diverso, di non estenderla, ed è quindi non restrittiva, ma dichiarativa ».

A questo punto, tuttavia, non ci rendiamo conto come l'eminente A., dopo aver contrapposto l'interpretazione dichiarativa a quella fondata sull'argomento analogico, insista nel negare il carattere creativo dell'analogia. Tuttavia non si deve dimenticare che il Bobbio in un scritto successivo (*Novissimo Dig.*, I, Torino, 1957 voce *Analogia*, p. 605) sembra attribuire all'analogia valore costitutivo. Nel senso di una indubbia differenza tra interpretazione estensiva e procedimento per analogia v. MACNI, *Logica matematica e scienza giuridica*, Dir. Eccl., 1950, p. 243 e ss.

mento dovrebbe risultare — per così dire — preventivamente garantito dagli inconvenienti dovuti ad incertezza interpretativa in virtù del carattere di elasticità che gli è proprio ⁽²⁹⁾.

Infatti la suscettibilità intrinseca a tale diritto di subire adattamenti, attenuazioni e deroghe in sede interpretativa presuppone che il rigore applicativo possa essere sacrificato in omaggio a considerazioni di preminente rilievo.

Ciò che, per altro, non significa che la legge, ancorché flessibile, non debba essere « certa » per lo meno quanto al suo reale significato, sembrando anzi che la stessa adattabilità di essa ai casi concreti debba presupporre una precisa conoscenza del suo originario contenuto.

Tale opinione sembra trovare conferma nel principio espressamente sancito dall'attuale legislazione (can. 15 c.i.c.), principio che affonda le sue radici in una concezione di assoluta coerenza etico-giuridica risalente all'Angelico (ma pienamente

(29) Sulla natura dell'ordinamento canonico v. specialmente HERVADA, *El ordenamiento canonico*, Pamplona, 1966, che riporta le principali opinioni in proposito dei più noti canonisti italiani e spagnoli.

Per quanto attiene al problema dell'interpretazione interessa la nozione di apertura o di chiusura dell'ordinamento che consegue alle differenti concezioni riferite nell'opera e più propriamente tra una concezione classica (propria della scuola spagnola) che attribuisce al diritto divino carattere giuridico autonomo fondato su di un finalismo trascendente, e la concezione, tecnicamente più progredita, che si fonda sulla nota teoria dell'ordinamento giuridico e sul principio della « canonizatio » del diritto naturale (v. *op. cit.*, pp. 26-99). Riteniamo per altro che il problema di cui ci occupiamo possa anche prescindere da tale distinzione di opinioni in quanto esso appare un problema di natura generale che riguarda l'applicazione della norma indipendentemente dal contenuto che essa possa di volta in volta presentare, pur riconoscendo che le conseguenze pratiche che dalla soluzione di tale problema metodologico derivano possano avere una differente portata in relazione ai diversi contenuti normativi secondo quanto sarà mostrato nel corso della presente indagine.

Ritenendo superfluo di dar conto della letteratura circa le caratteristiche dell'ordinamento canonico e le relative conseguenze in tema interpretativo rinviando per un'esauritiva elencazione di tali opere a DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, 12^a ed. con la collab. di G. CATALANO, Milano, 1970, pp. 13-14 ed alla bibliografia riportata da FEDELE, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, voce *Diritto canonico*.

portata « ad consequentias » da S. Alfonso de' Liguori) secondo cui una disposizione equivoca non è idonea ad integrare un comando ⁽³⁰⁾.

Ci sembra che un siffatto ordine di idee sia un indice dell'intima, equilibrata saggezza propria del diritto della Chiesa che, pur demandando in gran numero di casi la specifica applicazione della legge al criterio personale del giudice, richiede tuttavia che non esistano possibili equivocità sul significato originario della disposizione da applicare ⁽³¹⁾.

Comunque se — come è noto — per un gran numero di rapporti e di casi l'ordinamento canonico manifesta la propria elasticità, esistono tuttavia dei rapporti in ordine ai quali tale prerogativa cede di fronte ad altra e ben diversa modalità applicativa.

Se è vero, infatti, che l'elasticità è una caratteristica che trova la sua ragion d'essere nella esigenza propria del diritto canonico di provvedere nel modo più agevole ed efficace alle necessità dei fedeli riguardo alla loro salvezza spirituale attraverso un'applicazione delle norme scevra per quanto possibile da

⁽³⁰⁾ V. GIACCHI, *Formazione e sviluppo della dottrina dell'interpretazione autentica in diritto canonico*, Milano, 1935, pp. 48-65 in cui il chiaro A. illustra con grande scrupolo e sensibilità critica l'origine concettuale e l'evoluzione storica del principio ponendolo in relazione con le fonti più antiche e con la successiva elaborazione da parte dei teologi posttridentini che fecero di tale principio uno dei fondamenti della dottrina « de conscientia dubia ».

⁽³¹⁾ Sembra significativa l'affermazione di un autorevole canonista (v. ROBERTI, *De processibus*, 4^a ced., 1956, vol. I, p. 374) secondo cui quella prerogativa di unificare la giurisprudenza che spetta alla Cassazione nell'ordinamento civile « iure canonico potius pertinet ad Pont. Commissionem Codici authentice interpretando »; per vero una simile asserzione sembra implicare una univocità nell'interpretazione della legge che appare ignota all'ordine giuridico italiano. Non può infatti porsi in dubbio che l'autorevole Giurista non si sia resa conto che uno strumento legislativo non corrisponde ad uno strumento giurisprudenziale. Ma, nonostante tale sostanziale differenza di funzioni, i due strumenti sono stati ritenuti equivalenti agli effetti di una uniformazione della giurisprudenza, sul presupposto che la legge interpretativa riceva dagli organi giudiziari una univoca interpretazione.

limitazioni ed ostacoli puramente formali, è altrettanto vero che in quei settori in cui la considerazione della suprema salute esigerà un'applicazione della norma più rigida e aderente della volontà legislativa, al criterio dell'elasticità subentrerà l'opposto criterio.

Ed è proprio limitatamente a tale peculiare settore che intendiamo porre a contributo — per così dire — le precedenti osservazioni per trarne talune conseguenze.

È noto, infatti, che esistono situazioni giuridiche in ordine alle quali la suprema istanza della « *salus animarum* » richiede il più scrupoloso rispetto nell'interpretazione della legge.

Premminente nell'ambito di tali rapporti è quello degli « *status personali* » e in particolare dello « *status* » coniugale. Per quanto attiene alla disciplina di detto « *status* » vale — come è noto — il principio della massima stabilità espresso dalla necessità che l'inesistenza giuridica del vincolo debba essere dichiarata giudizialmente in base ad una decisione attestante l'accertamento di una causa di nullità prevista dalla legge.

Orbene, poiché il rigore che presiede allo svolgimento del giudizio di nullità di matrimonio trova una delle sue antonomastiche espressioni nell'esigenza del « *favor iuris* » e della « *moralis certitudo* » che deve caratterizzare la prova della causa di nullità, dovrà intendersi che tale certezza non potrà risultare limitata alla prova delle mere circostanze di fatto, ma dovrà anche (e previamente) riguardare la stessa adeguatezza del fatto alla figura normativa la quale, perciò, non potrà apparire soggetta a problematicità di sorta. Sarebbe infatti del tutto incongruo esigere una così scrupolosa dimostrazione circa l'esistenza del fatto ove non fosse garantita una non minore certezza riguardo alla rilevanza di esso e, conseguentemente, in ordine alla « *figura iuris* » alla quale la circostanza di fatto deve corrispondere.

La logica della disciplina canonistica in materia di nullità di matrimonio sembra ricevere una particolare conferma dall'osservazione che esigenze diverse, ma pur connesse con le finalità

della normativa matrimoniale, trovano in suddetta disciplina il più assoluto rispetto.

Appare, infatti, significativo che il rigore e lo scrupolo nella interpretazione delle norme che prevedono cause di nullità di matrimonio rappresenta l'aspetto reciproco del principio per cui la capacità (in senso lato) al matrimonio deve ritenersi la regola e le cause di incapacità l'eccezione; e in quanto norme irritanti e inabilitanti devono essere sottoposte al regime di cui al can. 19 c.i.c. .

È quindi del tutto corente che lo stesso criterio di giustizia in virtù del quale tutti possono accedere al matrimonio, salve le eccezioni espressamente previste, abbia a valere con pari rigore anche nel caso in cui il singolo avendo interesse alla dichiarazione di nullità, invochi a proprio vantaggio la disposizione in base alla quale il matrimonio gli sarebbe stato vietato.

Anche sotto un diverso profilo l'armonia del sistema in su-bietta materia sembra risultare del tutto evidente, e cioè in base alla considerazione che il matrimonio non ammette alternative intermedie tra l'esistenza (e la conseguente efficacia) e l'assoluta inesistenza. Anche sotto questo riguardo per vero la nettezza dei limiti di esistenza del negozio che si riflettono su quella del sacramento non può formare oggetto di remore o di concessioni. Un minimo spostamento nell'ambito dell'interpretazione normativa riguardante una causa di nullità può essere gravido di conseguenze di enorme portata. È per questo che in un simile campo la legge deve essere soggetta ad interpretazione stretta.

Il rigore nell'interpretazione coincide con la certezza della fedeltà alla legge; ciò che rientra « sicuramente » nell'ambito della legge non rischia di alterare un ordine essenziale per il « bonum publicum ».

In altre parole il dubbio impone all'interprete di astenersi dall'accogliere una soluzione « in senso positivo » che potrebbe comportare il rischio di forzare il reale significato della norma.

Quanto si è più sopra accennato ha lo scopo di mostrare

come l'espressione di « certezza » alla quale fa riferimento il criterio applicativo in materia di giudizio di stato non ha nulla a che fare con la c.d. certezza « preclusiva », vale a dire con l'espedito tecnico inteso ad attribuire una presunzione invincibile di verità a situazioni che ancora potrebbero essere suscettibili di contestazione; al contrario qui per « certezza » si intende un attributo della verità stessa, di guisa che tra possibili significati ascrivibili alla figura normativa da interpretare dovrà esserle attribuito quello che, in virtù di una scrupolosa analisi potrà apparire « vero » con il più elevato grado di certezza.

Inutile quindi ribadire che nel settore in discorso non potranno aver luogo quelle considerazioni particolari che in altri settori suggeriscono un'applicazione elastica della legge; in esso è per contro richiesta una scrupolosa adesione da parte del giudice alla valutazione del legislatore quale essa appare nel modo più inequivoco dalle espressioni formulate nel precetto. In detto settore infatti la pacificazione delle coscienze e la conseguente tutela spirituale dei fedeli può solo essere garantita dal « sicuro » rispetto della normativa applicabile. E tale sicurezza non può, essa stessa, venir realizzata se non attraverso un'interpretazione della norma che escluda, nei limiti dell'umana possibilità, soluzioni suscettibili di dubbio. Ciò che, ovviamente, presuppone la preventiva conoscenza del significato della norma attraverso l'individuazione dei connotati specifici della relativa fattispecie.

Questo scrupolo di adeguamento alla disciplina normativa è, dunque, il carattere peculiare del giudizio di stato nei riguardi del quale il principio del doppio grado necessario non integra una garanzia relativa soltanto al regolare espletamento dell'attività probatoria, bensì anche alla ineccepibilità del giudizio giuridico effettuato dal giudice di prima istanza. Si tratta, cioè, anche di un controllo circa il giudizio di sussunzione del fatto controverso nei confronti della norma effettuato dal primo giudice, intendendo per « sussunzione » la riconduzione del fatto alla norma operata sulla base dell'assoluta adeguatezza dell'uno ri-

spetto all'altra: ciò che, manifestamente, postula il sicuro possesso del significato della norma applicata.

A questo punto, richiamando concetti ben noti ma dotati di significativa operatività agli effetti propositivi, sembra opportuno osservare che il prezzo della maggior « certezza » della verità acquisita dall'interprete consiste in una contrazione del suo margine di libertà. La « stricta interpretatio », ove non la si intenda né come interpretazione restrittiva, né come mera interpretazione letterale, ha il significato di interpretazione che ottempera al criterio della certezza. E indubbiamente essa garantisce il « reale » significato della norma anche se non può garantire di coglierlo in tutta la sua « possibile » estensione.

Il criterio — della « stricta interpretatio » — appare intimamente connesso con il « favor iuris » e in linea generale con un simbolico « principio di inerzia » proprio del resto dell'attività giudiziaria, principio in virtù del quale una situazione sottoposta a giudizio non può essere ritenuta contraria a diritto ove non consti di una sufficiente ragione suffragante tale contrarietà ⁽³²⁾. Perciò anche sotto siffatto profilo sembra coerente che in un giudizio di tanta gravità solo l'evidenza e la incontestabilità della ragione di nullità debba costituire per il giudice condizione imprescindibile per una pronuncia positiva; sì che egli debba attenersi al criterio della certezza, adottando nell'interpretazione della norma la regola della massima cautela.

(32) Riteniamo in proposito assai significativa la costruzione canonistica concernente la « scientia minima » richiesta « ad validitatem » da parte dei contraenti, costruzione che si fonda sul concetto di « intentio generalis ». Questa costruzione appare altamente sintomatica dell'esigenza di stabilità propria del sistema matrimoniale canonico il quale attraverso l'adozione di un illuminato equilibrio, tende a salvare l'istituto da ogni possibile attentato, pur senza contraddire il carattere eminentemente consensualistico dell'atto formativo del vincolo. Su tale delicato interferire di prospettive giuridiche e psicologiche v. FUMAGALLI CARULLI, *La relazione dinamica tra il can. 1802 e il can. 1081 c.i.c. in Il matrimonio dopo il Concilio* cit. Inoltre riguardo all'interpretazione dei principii informatori del diritto matrimoniale canonico rinviamo alla trattazione che ne fa il DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Milano, 1943, p. 5 e ss.

Infatti, prima ancora di stabilire se una circostanza che si pretende essere stata causa di nullità si sia effettivamente verificata, appare indispensabile assicurarsi se la stessa fosse in astratto idonea ad impedire la formazione del vincolo: e tale indagine deve essere effettuata con quel rigore interpretativo che presuppone una cognizione della norma del tutto scevra da qualsiasi problematicità, vale a dire che si deve trattare di interpretazione in termini di certezza.

Non sembra superfluo osservare ulteriormente che in un giudizio come quello di stato che, a ragione, può essere definito « giudizio *dichiarativo necessario* »⁽³³⁾, ogni attività creativa deve essere bandita proprio per il fatto che la necessità della dichiarazione giudiziale, anche in assenza di contestazione tra i coniugi, è rivolta ad impedire qualsiasi possibile trasgressione alla legge. Ed in considerazione di ciò appare manifesto che un'attività creativa del giudice urterebbe contro l'esigenza dell'incondizionata aderenza alla norma. Perché, come è agevole intuire qui « certezza » vale « fedeltà » nell'applicazione della legge; ossia applicazione secondo il significato normativo non soggetto ad opinabilità. In un siffatto processo non è assolutamente configurabile che la struttura della legge possa considerarsi come un'entità priva di sufficiente determinazione che riceve la sua consistenza dall'azione « creatrice » del giudice, ma dovrà al contrario ritenersi che il giudice nell'applicazione della norma dovrà fare uso soltanto di quel significato normativo che risulta competere alla norma al di fuori di ogni serio e ragionevole dubbio⁽³⁴⁾.

Se ora ci si domanda in qual modo il giudizio di nullità

(33) V. PALEARI, *Il principio della doppia sentenza conforme*, cit. pp. 62-66.

(34) Vale la pena di rilevare che, ove il carattere innovativo (o creativo) dell'applicazione normativa dovesse considerarsi un'inevitabile conseguenza del divario tra l'astrattezza della norma e il carattere concreto del caso controverso, non esisterebbe possibilità di applicazione in termini di fedeltà neppure per le norme di diritto divino, ipotesi questa la cui configurabilità non potrebbe che risultare in assoluto contrasto con un principio indefettibile dell'ordinamento che prevede l'assoluta inderogabilità di tali norme.

di matrimonio possa praticamente assolvere alle esigenze alle quali esso risulta istituzionalmente ordinato sembra doversi riconoscere che tale assolvimento appare oltremodo arduo attesa la constatazione, ripetutamente accennata e difficilmente contestabile, che il giudice, essendo portato a interpretare la norma alla luce del « caso » sottopostogli, si troverà da esso condizionato nella sua opera di interprete e, conseguentemente, indotto ad introdurre in essa coefficienti valutativi suscettibili di influire sulla struttura normativa.

Sembra tuttavia di poter affermare che le modalità tecniche a cui risponde il giudizio di nullità matrimoniale possano, almeno tendenzialmente, costituire una garanzia di non illusoria efficacia.

5. - Riteniamo quindi di dover richiamare, sia pure in modo sommario, le caratteristiche del giudizio di stato nell'intento di mostrare che, se è vero che il suo funzionamento può dar luogo a contaminazioni delle originarie *figurae puris*, con conseguente pericolo per la puntuale osservanza del « favor matrimonii », tale funzionamento comprende tuttavia accorgimenti tecnici tali da scongiurare, almeno tendenzialmente tale pericolo ⁽³⁵⁾.

Accingendoci a questa breve esposizione ricordiamo, che, pur essendo innegabile che in tale processo la parte conserva il monopolio di disposizione nell'ambito dell'interesse sostanziale — per cui esso può sempre considerarsi un procedimento di tipo accusatorio — non altrettanto avviene nell'ambito della signoria processuale. L'ampiezza dei poteri istruttori riservati all'Ufficio è infatti tale per cui sotto il detto profilo un simile procedimento

(35) Su tali caratteristiche del processo di nullità di matrimonio v. PALEARI, *Il principio* cit., in cui si delinea — per quanto concerne il giudizio in oggetto — una giustapposizione del processo inquisitorio (nel quale l'indisponibilità delle situazioni dedotte in giudizio suggerisce di dare il massimo rilievo all'esigenza di giustizia) al processo dispotivo che pure costituisce il normale prototipo del giudizio civile quale risulta nella sua struttura fondamentale lo stesso processo di stato.

assume le caratteristiche del tipo inquisitorio ⁽³⁶⁾. Ed è proprio da una tale ampiezza dei poteri dell'Ufficio in relazione all'attività istruttoria che possono discendere significative conseguenze rispetto al problema che ci interessa.

Tali conseguenze sono connesse con la considerazione del fattore « rilevanza » insito nella prova; infatti è noto che, se l'oggetto preminente ed essenziale della prova stessa è rappresentato dal c.d. fatto principale o costitutivo dedotto dall'attore nella sua allegazione, tuttavia l'oggetto della prova si estende anche ad altri fatti che, a differenza del fatto principale, non sono forniti di giuridicità propria, ma si trovano in un particolare rapporto col fatto principale per cui dalla loro esistenza è dato risalire, per logica illazione, al fatto principale e consentire perciò un giudizio sulla fondatezza della domanda.

Pertanto si può dire che l'istruzione probatoria può venir realizzata in due modi differenti e complementari: o attraverso prove vertenti direttamente su un fatto principale, o attraverso prove aventi ad oggetto fatti secondari, con l'avvertenza che in quest'ultima ipotesi l'oggetto della prova assume il ruolo di premessa per un'induzione nei confronti dell'esistenza del fatto principale ⁽³⁷⁾.

Sulla base di tali osservazioni si può perciò ritenere che l'Ufficio — in virtù appunto degli ampi poteri che ad esso competono — può pervenire a conclusioni che potrebbero essere più proprie di un'istruttoria primaria anziché di un'istruttoria secondaria quale è quella spettante ad un giudizio di parti ⁽³⁸⁾. In altre parole possiamo dire che il « proprium » dell'istruttoria nel

⁽³⁶⁾ V. PALEARI, *Il principio*, cit., pp. 82-96. Per la dottrina laica v. CAPPELLETTI, *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, Milano, 1959, pp. 1-77.

⁽³⁷⁾ V. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 27 e ss.

⁽³⁸⁾ Circa il concetto di istruzione processuale e delle relative distinzioni in primaria e secondaria v. l'analisi, acuta e scrupolosa, condotta con grande informazione di dottrina in BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, soprattutto p. 71 e ss.

giudizio in questione consiste nel suo carattere eminentemente « acquisitivo » (ossia nell'ampia libertà di ricerca e di accertamento dei fatti secondari), carattere che può non solo e non tanto influire sulla originaria qualificazione del « fatto principale », ma può anche conseguire l'effetto di modificarne la stessa identità. Infatti — come si è accennato — il risultato positivo della prova (sul fatto secondario) fornisce al giudice la certezza sull'esistenza di una circostanza che, a sua volta, può fondare un'inferenza relativa all'esistenza di un fatto (principale) il quale potrà essere per avventura « non identico » a quello rappresentato dall'attore nella sua affermazione.

A questo punto sorge il problema circa la reale qualificazione del fatto principale in tal modo modificato. Per vero, potrà trattarsi di una modifica tale da consentire al fatto un diverso *nomen iuris*, e in tal caso come è ovvio non sorgono difficoltà particolari. Ma potrà trattarsi di una modifica che ponga in discussione la stessa rilevanza del fatto principale, in quanto risulti incerto se il fatto — in tal modo modificato — possa ancora aspirare ad essere sussunto in una fattispecie normativa oppure debba essere considerato irrilevante.

È questa l'ipotesi che intendiamo sottoporre ad analisi perché è sotto tale aspetto che può presentarsi il problema della presunta « reattività » della interpretazione o meglio dell'applicazione normativa.

Da quanto è stato brevemente accennato è dunque emerso che nel corso del giudizio può verificarsi una problematicità circa la qualificazione del c.d. « fatto principale » per effetto dell'efficacia acquisitiva propria della fase istruttoria di tale processo.

Il problema può prospettarsi nei seguenti termini: quale rapporto esiste tra il fatto allegato modificato attraverso l'indagine istruttoria e la « figura iuris » che si pretende ad esso omologa?

Vi è un margine di elasticità che consenta di attribuire alle

norme fatti in certo senso « anomali » rispetto a quelli che ordinariamente vengono in esse sussunti?

In altri termini la concretezza del fatto (principale) ha una sua « rilevanza » anche sotto il profilo giuridico, oppure il fatto concreto rileva solo in quanto il suo schema sia effettivamente « identico » e non soltanto simile al fatto normativo? ⁽³⁹⁾.

Per rispondere a tale quasito sembra necessario ricordare che in qualsiasi processo l'oggetto del giudizio si presenta come affermazione della sussistenza di una realtà e di una qualificazione giuridica: affermazione sulla cui base viene fatta domanda al giudice di provvedere. Ed a tale proposito è stato opportunamente rilevato che si può pensare all'oggetto del giudizio solo in termini di affermazione per il motivo che la domanda, in quanto si fonda sull'affermazione, non si può considerare altrimenti che come l'affermazione stessa in una sua direzione particolare.

Quindi ciò che caratterizza il giudizio è l'affermazione nella

(39) Il problema evocato nel testo rinvia a quello della rigorosa identificazione delle *figurae iuris*; e pone in evidenza non poche incertezze legislative. Infatti le figure che potremmo chiamare « casi-limite » si sono moltiplicate in ragione del crescente afflusso di cause di nullità e della trepidazione pastorale della Chiesa di sistemare nei limiti del possibile la coscienza dei fedeli in un'epoca particolarmente inquieta. Basti in proposito pensare ai tentativi di attribuire un maggiore respiro alla figura dell'« *error qualitatis redundans* » attraverso la concezione della « *persona magis integre et complete considerata* ».

Non è possibile nel breve spazio di una nota affrontare problemi di così eccezionale profondità; ma riteniamo che, anche su un punto tanto delicato il magistero della Chiesa si sia già espresso in modo sufficientemente chiaro perché sia possibile trovare in esso un valido riferimento. Ci sembra infatti che potrà dirsi realizzata una tale fattispecie ogni qualvolta risulti che la presunta vittima sia caduta in un errore ostativo e non semplicemente motivo. Solo la divergenza tra la volontà del contenuto dell'atto e la volontà della relativa dichiarazione può ritenersi circostanza impeditiva di una « determinazione di volontà » implicante la responsabilità del soggetto. Sul punto può essere illuminante il confronto con la dottrina dell'errore propria del codice italiano del 1942 che, in tema di contratti, prevede la mera annullabilità anche in caso di errore ostativo.

La differenza che si fonda sull'« *intuitus personae* » proprio del matrimonio persuade circa il fondamento della opposta normativa canonistica (v. PIETROBON, *L'errore nel negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 247 e ss.).

quale è dato riscontrare una rappresentazione intimamente legata ad una valutazione (qualificazione). Procedendo nell'analisi dell'affermazione sembra interessante stabilire quale sia il rapporto che, nell'ambito di essa sussiste tra la rappresentazione e la qualificazione, perché soltanto dalla risoluzione di tale questione sarà possibile determinare il limite oltre il quale si siano superati i confini della realtà affermata e perciò ci si trovi « al di fuori » dell'affermazione. Per rispondere a tale essenziale quesito si deve stabilire se la determinazione della realtà affermata dipende dalla sua qualificazione o dalla sua rappresentazione, e se dipende dalla prima in quale misura la rappresentazione partecipa dell'affermazione.

In proposito è stato esattamente osservato che, essendo l'affermazione l'oggetto predestinato di una valutazione di natura giuridica, la sua identificazione non può dipendere da una semplice rappresentazione che, in quanto mera « res facti », non può essere fine a sé stessa ; ma la ipotetica realtà rappresentata deve al contrario considerarsi come individuata dalla qualificazione perché una qualsiasi realtà viene rappresentata unicamente ai fini di esprimere quella qualificazione che, solo in virtù della rappresentazione che, per così dire la incarna, acquisisce la concretezza di « fatto costitutivo ».

Possiamo quindi concludere che la rappresentazione partecipa dell'affermazione nei limiti della qualificazione attribuitale, in quanto può dirsi che la rappresentazione funge da mero supporto della qualificazione, servendo a quest'ultima soltanto al fine di materializzarla e di renderla così suscettibile di prova ⁽⁴⁰⁾.

(40) La tesi già da noi sostenuta in *Il principio* cit. è stata condivisa da PIERONEK, *Le principe de la double sentence conforme*, Eph. iuris canonici, 1977, n. 3-4, p. 267 « Il semble que suivant en cela E. PALEARI on puisse indiquer le double rôle joué par *causa petendi* dans les cas de nullité de mariage, car elle est en même temps base juridique qui individualise la plainte, et motif, si elle est prouvée au cours du procès. Or, il semble que tout titre de nullité de mariage, en presumant que la plainte doit avoir un caractère détaillé, remplit tout d'abord

Ma se tale è la natura del « fatto principale » (ossia della « causa petendi ») si dovrà ritenere che non si ha « novità » di sorta ove ai fatti costitutivi precedentemente allegati ne vengano sostituiti altri *dotati della medesima qualificazione*.

In termini più rigorosamente tecnici quest'ordine di idee può essere espresso dicendo che solo il fatto costitutivo dedotto per primo può veramente ritenersi tale, ossia risultare veramente una « causa petendi » mentre i fatti eventualmente dedotti in un tempo successivo in aggiunta od in sostituzione dello stesso, decadono automaticamente al mero livello di « prove » e ciò perché, per l'appunto, un tale fatto per sé stesso non aggiunge nulla alla « giuridicità » propria della « causa petendi » dedotta con il fatto precedente. Esso esprime solo un nuovo mezzo per verificare quella realtà di diritto che costituisce l'assunto dell'attore e che è immanente nella qualificazione da lui effettuata, verità che si risolve nella mera applicazione della nota affermazione secondo cui il giudizio storico sul fatto è sempre in funzione giuridica.

In altri termini appare esatto concludere che il significato dell'affermazione come momento causale della domanda, ossia come « causa petendi » inerisce unicamente all'aspetto valutativo, ossia alla qualificazione che ad essa compete.

In proposito riteniamo che una significativa conferma di quanto asserito si possa riscontrare nella stessa struttura del processo canonico nel quale la qualificazione del fatto costitutivo viene sanzionata nella « concordantia dubii ». Dal che è dato infatti arguire che, se è vero che necessita la rappresentazione di un fatto concreto perché una « qualificazione » possa risultare suscettibile di apprezzamento in sede di giudizio, non per questo dovrà dirsi che la « causa petendi » consiste nel fatto concreto al quale è stata attribuita una determinata qualificazione, ossia

la fonction de base juridique de la plainte, et chacun des ditres, si à une certaine étape du procès il a été prouvé, devient automatiquement le motif de la sentence, sans cependant continuer à jouer le rôle de base juridique de la sentence ».

che essa coincida coi c.d. « fatti costitutivi » secondo la concezione propria, della teoria della sostanziazione.

Per vero è agevole constatare in proposito che, una volta che l'equazione fatto-norma venga definitivamente fissata in base alla « concordantia dubii » tutte le ulteriori circostanze eventualmente dedotte in giudizio, ove rientrino nella norma invocata, non risulteranno più dotate di valore costitutivo, ma di semplice valore probatorio. Riteniamo che sia questo il significato del principio ispiratore della teoria della individuazione la quale afferma che la « causa petendi » consiste nel rapporto giuridico che sta alla base della domanda e, conseguentemente ritiene deducibili in essa tutti gli eventuali fatti concreti corrispondenti alla medesima qualificazione giuridica.

Alla stregua delle accennate conclusioni appare del tutto coerente la logica operativa del giudizio canonico di nullità in quanto esso, pur risultando ispirato alla teoria dell'individuazione ⁽⁴¹⁾ — per sua natura tendente alla concentrazione processuale — assolve tuttavia all'esigenza di scrupoloso adeguamento alla realtà obiettiva per mezzo di quello strumento processuale straordinario che va sotto il nome di « retractatio causae », il carattere sussidiario e complementare del quale è chiaramente deducibile da quella che appare la più caratteristica delle sue funzioni che consiste nel consentire l'esperimento di una prova rimasta inoperante (prova che, in quanto tale, rientra ovviamente nell'ambito della « causa petendi » precedentemente invocata) ⁽⁴²⁾.

Ciò posto, riuscirà agevole comprendere come il problema che può praticamente presentarsi mediante l'alternativa se, una

(41) Circa le teorie processualistiche della sostanziazione e della individuazione v. soprattutto GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, p. 32 e ss.

(42) V. COLAGIOVANNI, *De nova causae propositione*, Monitor eccl., 1964, I-II, pp. 264-268 e III, pp. 265-271; DEI CORPO, *De retractatione causae matrimonialis*, Neapolis, 1969.

volta esperito con doppia sentenza conforme un giudizio di nullità, si possa far ricorso alla « retractatio causae » oppure ad una vera e propria proposizione di nuova domanda, possa trovare una soluzione soltanto alla stregua di un criterio distintivo tra la qualificazione della circostanza che si deduce come nuova prova e quella dei fatti costitutivi allegati nel giudizio impugnato.

Una tale perplessità potrà presentarsi in ogni caso in cui possa riscontrarsi nella circostanza successivamente dedotta una figura di origine giurisprudenziale e quindi simile, ma non coincidente, con la fattispecie normativa invocata nel corso del giudizio precedentemente espletato. Quid juris ad esempio nel caso di circostanze riguardanti il « metus reverentialis » dopo una doppia sentenza negativa riguardante una fattispecie di « metus communis »? Se le circostanze successivamente dedotte (metus reverentialis) vengono assimilate alla fattispecie generale della « vis et metus » si dovrà far luogo a richiesta di « retractatio causae » e perciò la proposizione dell'istanza sarà soggetta a tutte le limitazioni derivanti dai presupposti previsti dai can. 1989 e 1903 c.i.c.; se, per contro il « metus reverentialis » sarà considerato come una fattispecie autonoma, si potrà far luogo ad un nuovo giudizio prescindendo dalle accennate limitazioni. Pertanto è chiaro che il problema in oggetto non ha soltanto interesse teorico, ma condiziona positivamente la prassi processuale.

Il riaccendersi di un'attività dottrinale sul processo canonico di nullità è segno dell'interesse che la delicata problematica riguardante l'identificazione delle azioni suscita in chi, non pago di argomentazioni giudiziarie superficiali e approssimative, esige che il giudizio giuridico espresso nelle decisioni si fondi su motivate precisazioni sui limiti di applicabilità di ogni singola configurazione normativa; si deve in proposito riconoscere che il moltiplicarsi delle vertenze giudiziarie in subietta materia ha messo in luce il fenomeno delle c.d. affinità tra talune « figurae iuris » fenomeno che sembra mettere in crisi la stabilità della giurisprudenza con grave pregiudizio della fiducia in una giusti-

zia veramente ispirata ad un criterio sicuro e stabile, criterio in difetto del quale è vano parlare di « idem » e di « aliud » di « conformità » o di « non conformità » ⁽⁴³⁾.

Questa delicata problematica che sotto il profilo del processo si esprime nella contrapposizione tra i concetti di « causa » e di « prova », trova riscontro sotto il profilo sostanziale in quella tra « diritto » e « fatto ».

6. - Dalla breve esposizione che precede emerge che nel giudizio di stato devono essere soddisfatte due concorrenti esigenze, e cioè: il più scrupoloso accertamento delle circostanze di fatto, ed un'altrettanto scrupolosa identificazione della « giuridicità » di tali circostanze: è attraverso la soddisfazione di entrambe che tale giudizio può garantire al massimo il rispetto della disciplina propria del matrimonio.

La prima di tali esigenze è assicurata attraverso il carattere « acquisitivo » proprio dell'istruttoria di detto giudizio che consente al giudice di valersi di verità di fatto acquisite indipendentemente dall'iniziativa delle parti; ma, proprio per effetto della ampiezza dei poteri istruttori del giudice si è visto come può

(43) Per la rassegna dei casi in cui la Segnatura Apostolica si è pronunciata circa la conformità di due sentenze pro-nullitate v. PIERONEK, *op. cit.*, Eph. iuris can., 1978, p. 97 e ss.

L'A. riporta la motivazione di una importante sentenza in materia « *Necessitas duarum sententiarum... conformes pro re iudicata — quod valet pro iure analogo de causarum de statu personarum — postulatur ut securitas habeatur terminative quidem, circa praesumptionem veritatis obiecti, sive iuris de quo agitur saltem in hodierna doctrina canonica nostra... immediate autem circa praesumptionem veritatis tituli seu rationis petendi in qua obiectum sive ius litigiosum ninitur. In casu ergo nostro agitur de obtinenda securitate circa praesumptionem veritatis scilicet et nullitatis matrimonii et respectivorum titulorum in quibus innititur: metus sc. et simulationis boni fidei, immo immediate circa titulos solum consequentialiter, etsi principaliter, circa nullitatem ipsam matrimonii. Profecto tenetur ut certo nullum ad effectus can. 1987 quia metus ac simulatio certa similiter fuerunt at non aliter. Quando ergo dicitur res iudicata pro veritate habetur... veritas refertur ad rem seu ad ius obiectum litis una cum titulo a quo dependet. Non datur altera veritas sine altera.* » *Iurisprud. S.T.S.A. dec. 12 Apollinaris*, 1971, p. 14.

risultare aumentata la difficoltà di attribuire con certezza la giuridicità del « fatto » ad una determinata « figura iuris », essendo possibile il verificarsi di casi caratterizzati da rilevanza dubbia. È questa l'ipotesi in cui più facilmente il giudice può essere indotto a forzare il rigore della struttura normativa, dando origine a configurazioni fondate sul criterio della « somiglianza » anziché su quello della identità strutturale, ed a conseguenti allargamenti delle figure normative, ossia a figure giurisprudenziali. Questa conseguenza si manifesta come contrastante con l'altra complementare esigenza che richiede il più scrupoloso approfondimento della norma, al fine di poter cogliere la corrispondenza tra la fattispecie normativa e il requisito dell'atto il cui difetto è più o meno perspicuamente rappresentato nella fattispecie stessa.

Senonché all'espletamento di tale operazione di carattere eminentemente interpretativo si oppone l'ostacolo dovuto all'ottica dell'operatore il quale, come è noto, non procedere dal generale al particolare attraverso successive deduzioni, ma — come è stato precedentemente rilevato — parte dal caso concreto e, in base all'analisi dello stesso, « saggia » per così dire la regola giuridica che ad esso sembra meglio corrispondere.

Pertanto, come è già stato mostrato, la conseguenza di tale atteggiamento psicologico consiste nell'indurre l'operatore a privilegiare il « fatto » nei confronti della norma di guisa che — come è stato giustamente osservato — « il confine tra l'interpretazione giudiziaria della legge e il perfezionamento del diritto attraverso l'attività del giudice è diventato così fluido da sottrarsi ad ogni determinazione sistematica » (44).

Orbene, se di fronte alla difficoltà di soddisfare contemporaneamente anche quest'altra esigenza che integra un aspetto complementare ed inscindibile della funzione propria del giu-

(44) V. WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1957, pp. 6-7.

dizio di stato, come tale assolutamente unitaria, ci domandiamo quale strumento di garanzia l'ordinamento abbia inteso instaurare, crediamo di poter rispondere che esso sembra doversi ravvisare nel principio della duplice sentenza conforme.

In un nostro precedente studio avente per oggetto l'analisi e la funzione del detto principio ci siamo sforzati di dimostrare come la ragione pratica di esso dovesse porsi in relazione con la natura stessa del giudizio di nullità dello stato matrimoniale. E spiegavamo che la puntualizzazione propria di tale giudizio si rivela nella tendenza a trasferire il proprio oggetto dal livello effettuale a quello causale così che l'azione di nullità di matrimonio deve ritenersi in realtà un'azione di accertamento positivo di un fatto giuridico impeditivo.

In altre parole il giudizio di nullità di stato può definirsi un giudizio sulla fattispecie giuridica, vale a dire un giudizio nel quale la considerazione della « rilevanza » appare privilegiata nei confronti della considerazione della « efficacia ».

Non è il caso di ricordare come questo aspetto peculiare del detto giudizio è connesso con lo scrupolo di fedeltà alla norma, scrupolo proprio di un procedimento di natura pubblicistica come lo confermano non pochi altri caratteri del procedimento stesso, secondo quanto è stato precedentemente accennato.

Orbene la ragione pratica del principio della doppia sentenza conforme appare emergere con particolare evidenza ove si ponga mente alla circostanza che l'ottica propria del giudice della revisione (ossia del giudice di appello) è esattamente opposta rispetto a quella naturalmente assunta dal giudice di primo grado. Il giudice a cui spetta la revisione del giudizio di primo grado ripercorre a ritroso il cammino del primo giudice e si trova così a partire dalla norma che egli valuta in base a criteri analitici, sistematici, dogmatici; ma, comunque scervi da una preventiva considerazione degli interessi in giuoco; tali quindi, da potersi in certo modo contrapporre a quelli usati dal primo

giudice eventualmente influenzato dai propri coefficienti valutativi suggeritigli dalla preventiva considerazione del « fatto ».

Il giudice d'appello, in virtù della propria specifica funzione, sarà del tutto immune dalla tendenza di « perfezionare il diritto » ma, al contrario, sarà tendenzialmente indotto a individuare con il massimo scrupolo l'effettiva portata della disposizione normativa al fine di collaudare il buon uso che di essa abbia fatto il primo giudice nell'applicarla al caso sottopostogli.

Non intendiamo con ciò sostenere che la garanzia insita nel sistema del doppio grado obbligatorio abbia valore assoluto; si tratta di un espediente i cui limiti di pratica efficienza dipendono da circostanze contingenti e in particolare dall'accortezza e dallo scrupolo dei giudici, ma è certo che un simile strumento si presenta come particolarmente idoneo a neutralizzare quei « vizi » intrinseci alla stessa operazione del giudicare che tuttavia devono essere eliminati per quanto possibile in materia di tanta gravità e delicatezza ⁽⁴⁵⁾.

(45) Sembra opportuno rilevare che se è vero che la funzione dell'appello obbligatorio proprio del principio della duplice sentenza conforme integra una salvaguardia della fedeltà applicativa in quanto prevede la possibilità di un controllo sulla conformità dei due giudicati, tale principio influisce già preventivamente sul giudice di primo grado inducendo ad una scrupolosa considerazione della disposizione normativa ritenuta applicabile al caso.

Ed in effetti sembra doversi attribuire a tale azione psicologica l'estrema rarità delle ipotesi di rimessione della causa al giudice di terza istanza per presunto difetto di conformità delle due precedenti sentenze.

Va, inoltre, rilevato che il settore delle cause di nullità è uno di quelli in cui è dato riscontrare una coerenza tale da consentire al giudice l'adozione del metodo sistematico di interpretazione. Per vero, segnatamente per quanto attiene alle cause di nullità di diritto naturale, l'aspetto negativo (ossia l'efficacia dirimente) della singola circostanza corrisponde esattamente al requisito a cui essa si oppone, cosicché dall'esame del requisito quale emerge dalla dottrina teologico-canonistica risulterà con sufficiente chiarezza il significato della circostanza impeditiva. Ciò, per altro, non esclude il pericolo di un tendenziale progressivo distacco interpretativo dalla rigorosa aderenza al modello normativo per effetto di correnti evolutive che sulla scorta di ardite equiparazioni si propongono di estendere i confini della norma oltre i limiti che la tradizione e la comune opinione le attribuiscono. In tal senso v. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio dopo il concilio*, cit. p. 43 che esprime giustificate preoccupazioni a proposito della progressiva esten-

Possiamo simbolicamente rappresentare questo principio di scrupolosa salvaguardia della legge attraverso la conformità di una duplice sentenza come un sistema di luci incrociate atte ad illuminare una oscura e indistinta realtà da due opposte visuali. In esso la saggezza della Chiesa ha ravvisato uno strumento di elevata giustizia del quale l'analisi dottrinale può confermare la reale efficacia che si rivela superiore a quanto potrebbe apparire ad un'indagine superficiale.

sione del concetto di impotenza come causa di nullità del matrimonio e del suo sconfinamento attraverso la formulazione del nuovo capo di nullità della « incapitas » assumendi onera matrimonii ».