

Joaquín Llobell

Pontificia Università della Santa Croce

Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali *

- 1.–Premessa
- 2.–Sulla “positivazione” e la “formalizzazione” del diritto divino riguardo alla capacità di sposarsi
- 3.–La “formalizzazione” giurisprudenziale delle trasformazioni sociali
- 4.–La “tranquillitas ordinis” come elemento essenziale della giustizia
- 5.–Su qualche possibile distorsione del “favor veritatis” e della “tranquillitas ordinis” nelle cause di nullità del matrimonio
- 6.–I dati provenienti dal magistero e dalla legislazione di Giovanni Paolo II sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana
- 7.–Questioni problematiche sul concetto di “giurisprudenza rotale”
- 8.–I mezzi per impugnare le sentenze che violano la “giurisprudenza rotale”
- 9.–Conclusioni

SOMMARIO: 1.– Premessa. 2.– Sulla “positivazione” e la “formalizzazione” del diritto divino riguardo alla capacità di sposarsi. 3.– La “formalizzazione” giurisprudenziale delle trasformazioni sociali. 4.– La “tranquillitas ordinis” come elemento essenziale della giustizia. 5.– Su qualche possibile distorsione del “favor veritatis” e della “tranquillitas ordinis” nelle cause di nullità del matrimonio. 6.– I dati provenienti dal magistero e dalla legislazione di Giovanni Paolo II sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana. 7.– Questioni problematiche sul concetto di “giurisprudenza rotale”. 8.– I mezzi per impugnare le sentenze che violano la “giurisprudenza rotale”. 9.– Conclusioni.

* In PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, «*Ius in vita et in missione Ecclesiae*». *Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici, in Civitate Vaticana celebrati diebus 19-24 aprilis 1993*, Città del Vaticano, 1994, pp. 1231-1258.

1.– Premessa

Il valore della giurisprudenza della Rota Romana ha meritato da antica data l'attenzione della dottrina, che ha attribuito alle decisioni rotali grande importanza. La questione è stata poi, recentemente, oggetto di abbondanti studi, prendendo spunto dall'operato sia della Rota – prevalentemente nelle cause di nullità del matrimonio, attività che ha avuto un notevole riscontro nei due nuovi codici – che dello stesso Pontefice Giovanni Paolo II, in particolare dal disposto dell'art. 126 della cost. ap. *Pastor bonus*, che affida alla Rota il compito di provvedere "*unitati iurisprudentialiae*" nell'intero ordinamento canonico, latino ed orientale ¹. Perciò, riflettere sul valore normativo della giurisprudenza rotale ² sembra confacente alla tematica di questo Congresso che, sebbene intenda commemorare il decennale del codice latino, si propone anche di approfondire il ruolo del diritto nella vita e nella missione della Chiesa universale ³.

Sono comunque necessarie alcune precisazioni preliminari: *a)* la questione è tutt'altro che risolta ⁴. Infatti, il Pontefice, nei *Discorsi alla*

¹ Cf. cost. ap. *Pastor bonus*, *proemium* nn. 11-13, artt. 1 e 58 § 2; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al Sinodo dei Vescovi nella presentazione del «Codice dei Canoni delle Chiese Orientali»*, 25 ottobre 1990, nn. 3-5 e 8, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 344-355; cost. ap. *Sacri canones*, in *AAS*, 82 (1990), pp. 1038-1039; P. GEFAELL, *La presentazione del codice orientale*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 354-355. Benché il CCEO non abbia un canone parallelo al 1444 § 1, 1° del CIC, il can. 1062 § 4 del CCEO – col rinviare al can. 1059 – riconosce che la Rota Romana è tribunale ordinario di appello anche per le chiese orientali (cf. A. STANKIEWICZ, *De nullitate sententiae iudicialis propter absolutam iudicis incompetentiam*, in *Periodica*, 81 (1992), pp. 535-552).

² Sull'argomento vedi il nostro studio *La genesi della sentenza canonica*, in *Il processo matrimoniale canonico*, 2^a ed., Città del Vaticano, 1994, § 3, b), in cui ci riferiamo più ampiamente a quanto detto in un'altra occasione (cf. *Sentenza: decisione e motivazione*, in *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1988, pp. 313-315).

³ Il programma prevede infatti tematiche di portata del tutto universale, oltre ad includere una relazione del P. Ivan Zuzek sul rapporto tra i due codici.

⁴ Appena promulgato il nuovo codice, la problematicità (teorica e pratica) della questione era stata evidenziata da C. GULLO (cf. *Giurisprudenza e politica giudiziaria ecclesiastica*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 94/2 (1983), pp. 436-451). Lo studio muove da alcune puntuali fattispecie di "insofferenza nei rapporti fra tribunali di diverso grado" (p.

Rota Romana del 1992 e del 1993, ha voluto sottolineare sia la privilegiata natura della giurisprudenza rotale (nel 1992), che il compito del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi (nel 1993) ⁵;

b) lo studio del sistema normativo ecclesiale – in cui s'inseriscono queste riflessioni – comporta necessariamente l'analisi del ruolo del diritto divino (naturale e positivo), al quale la Rota e la dottrina si richiamano spesso per sostenere il valore normativo generale della giurisprudenza del tribunale apostolico;

c) per tentare di rendere operativo il predetto sistema, bisogna prospettare alcuni istituti tecnici che lo favoriscano. La trattazione riguarda quindi tematiche concernenti, secondo la terminologia di Hervada ⁶, materie appartenenti a diversi settori o rami dell'ordinamento canonico: diritto costituzionale, parte generale, organizzazione ecclesiastica e diritto processuale. D'altra parte, questa diversità di argomenti non può non incidere nella natura delle distinte tematiche che analizzeremo, che prospettano alcune questioni assiologiche ed altre di mera tecnica strumentale. Le materie studiate sono molto gravi, giacché avvolgono problemi attinenti alle fonti del diritto e alla intera concezione dell'ordinamento, nonché ad alcune delle questioni che sono state oggetto principale del dibattito dottrinale e giurisprudenziale del dopo Concilio sul diritto matrimoniale;

d) nell'ambito di una comunicazione congressuale, un tale tentativo non può che abbozzare gli argomenti scelti, che meriterebbero più ampia attenzione e sviluppi (talvolta ci limiteremo a proporre, senza particolari ripensamenti, quanto detto da altri), omettendo questioni rilevanti e

447), manifestando inoltre l'esistenza (allora) di non poche né secondarie divergenze fra le pronunzie della Rota Romana (vedi, in particolare, p. 451, nota 14).

⁵ Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 1992, n. 3, in AAS, 85 (1993), pp. 140-143; ID., *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, nn. 4-7, in *L'Osservatore Romano*, 30 gennaio 1993, p. 5.

⁶ Cf. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, traduzione italiana curata da G. Lo Castro, Milano, 1989, pp. 3, 22, ecc.; ID., *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona, 1989, pp. 76-77; ID., *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona, 1990, pp. 89-98.

schematizzando le impostazioni dottrinali analizzate (con la consapevolezza di incorrere in valutazioni imprecise). I riferimenti bibliografici non hanno alcuna pretesa di completezza e riguardano, prevalentemente, taluni rappresentanti della canonistica più recente di lingua italiana.

2.– Sulla “positivazione” e la “formalizzazione” del diritto divino riguardo alla capacità di sposarsi

Alla stregua della dottrina agostiniana e tommasiana sulla legge, alcuni autori – da impostazioni diverse e concludendo in modo non univoco ⁷ – hanno sottolineato la vigenza del diritto divino nell’ordinamento della Chiesa, manifestando il superamento della tesi della necessaria “canonizzazione” del diritto divino da parte del legislatore umano sostenuta, tra gli altri, da Del Giudice. Sebbene non sembri che possano esserci radicali discostamenti da tale prevalente impostazione dottrinale ⁸, nelle rispettive proposte di attuazione del principio sussistono tuttavia alcuni aspetti problematici. In particolare, vogliamo soffermarci

⁷ Cf. S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell’«economia» della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino, 1991, in particolare pp. 1-188; R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell’uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Torino, 1989, *passim*; P.A. BONNET, *De iudicis sententia ac de certitudine morali*, in *Periodica*, 75 (1986), pp. 75-79; ID., *Giurisprudenza. 2) Giurisprudenza canonica*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA TRECCANI, vol. 15, Roma, 1988, pp. 1-10; S. GHERRO, *Principi di diritto costituzionale canonico*, Torino, 1992, pp. 27-75; ID., *Normazione canonica e Popolo di Dio*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sul primo libro del “Codex iuris canonici”*, Padova, 1993, pp. 91-110; Z. GROCHOLEWSKI, *Aspetti teologici dell’attività giudiziaria della Chiesa*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 110 (1985), pp. 489-504; G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l’idea di diritto*, prefazione a J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. VII-LV; ID., *Il diritto della Chiesa, il diritto nella Chiesa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, (1990), pp. 285-305; ID., *L’uomo e la norma*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 159-194; M.F. POMPEDDA, *La giurisprudenza come fonte di diritto nell’ordinamento canonico matrimoniale*, in *Studio Rotale. Quaderni*, 1 (1987), pp. 47-72 e in S. GHERRO (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1988, pp. 3-33.

⁸ Per una esposizione, sostanzialmente condivisa, della questione riguardo al diritto processuale, vedi I. ZUANAZZI, *Considerazioni sulla funzione del processo e la natura della giustizia nella Chiesa*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Padova, 1991, pp. 179-229.

sull'incidenza che l'applicazione del diritto divino al matrimonio – qualora tale diritto non sia stato ancora “formalizzato” (secondo la terminologia di Hervada ⁹) dal legislatore – possa avere sulla *rationabilitas* di rapporti giuridici ancorati invece ad altre esigenze del diritto divino già “formalizzate” (cf. cann. 1095 ¹⁰ e 1098). La nostra analisi accennerà, inoltre, alla valenza innovatrice delle nuove esigenze (riguardanti sempre taluni requisiti della capacità e dei vizi del consenso) “positivate” in sede dottrinale e applicativa ed ai mezzi per la loro eventuale ulteriore “formalizzazione” da parte della giurisprudenza rotale. Infatti, poiché le pronunzie rotali vertono per la maggior parte sulle cause di nullità del matrimonio, la nostra analisi è incentrata su di esse.

Riguardo al matrimonio il legislatore ha formalizzato da secoli taluni precetti di diritto naturale che sono stati sinteticamente formulati dal vigente ordinamento; ad es.: “*matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet*” (can. 1057 § 1). Per diritto naturale, il consenso dei nubenti presuppone infatti la loro libertà, la loro capacità (“*iure habiles*”) e la consapevolezza di stabilire un *foedus matrimoniale*; il canone “formalizzerebbe” quindi il diritto divino. Questi elementi giuridici essenziali sono stati poi sviluppati dal legislatore nelle disposizioni sugli impedimenti (cann. 1073-1094), sul consenso (cann. 1095-1107) e sulla forma (cann. 1108-1123).

Detti sviluppi, se pur collegati con il diritto naturale, introducono, da una parte, prescrizioni che hanno una natura meramente storica, riguardante una discrezionale scelta del legislatore; i requisiti di forma ne costituiscono un buon esempio. D'altra parte, tentano di concretizzare (cioè di “formalizzare”) l'applicazione (a priori, quindi con valenza normativa, non solo giurisprudenziale) di alcune esigenze naturali che sono state sancite dal legislatore a livello di principi e che, perciò, hanno

⁹ Cf. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 18-23.

¹⁰ Vedi, tra l'abbondante bibliografia sull'argomento, R. BURKE, *Lack of discretion of judgement because of schizophrenia: doctrine and recent rotal jurisprudence*, Roma, 1986; J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio. I precedenti remoti del canone 1095 CIC'83*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), pp. 79-150; M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano, 1993, *passim*.

bisogno di tali sviluppi (ancora "formalizzanti") a partire dalla previa "positivazione" realizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ora, la discrezionalità del legislatore potrà riguardare solo la verifica dell'*autenticità* della "positivazione" di dette esigenze naturali e la scelta dei mezzi atti a proteggerle ¹¹.

La "presa di coscienza" delle *esigenze naturali* (la "positivazione", nel sistema di Hervada), talvolta riguarda aspetti di facile comprensione e di agevole espressione legale ("formalizzazione"); ad es., l'incapacità di chi manca completamente di uso di ragione o ha uno strettissimo grado di consanguineità con l'altro nubente, la nullità del matrimonio celebrato per violenza esterna grave o con impotenza fisica assoluta, ecc. Altri aspetti comportano invece una maggiore (graduata) difficoltà, ma la cultura teologica, antropologica e giuridica sono riuscite ad individuarli con piena convinzione di essere esigenze necessarie, dato il loro rapporto immediato con il diritto naturale, ed a coniarli in formule nitide; si pensi, ad es., all'errore sulla qualità individuante la persona o all'impotenza fisica relativa, antecedente e perpetua. Ci sono, poi, altri aspetti, pur collegati al diritto naturale, la cui positivazione e posteriore formalizzazione ha richiesto una travagliata riflessione dottrinale e giurisprudenziale, seguita da un intervento normativo, il cui valore retroattivo (per la natura dichiarativa o meno riguardo al diritto naturale) potrebbe non essere affatto chiaro. A questo proposito, è significativa la questione posta alla Congregazione sulla dottrina della fede "*Utrum ad copulam coniugalem requiratur necessario eiaculatio seminis in testiculis elaborati*", risposta in

¹¹ E. MARTINELLI, *Spunti per un approfondimento del concetto di discrezionalità nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in R. BERTOLINO – S. GHERRO – L. MUSSELLI (a cura di), *Diritto canonico e comparazione*, Torino, 1992, pp. 291-305.

senso negativo **12**, o quell'altra sulla retroattività del dolo (sancito come motivo di nullità autonomo dal can. 1098) **13**.

Un altro settore di materie, ancorate pure sul diritto naturale come ha voluto sottolineare il nuovo *Catechismo della Chiesa Cattolica* **14**, è quello volto ad identificare l'essenza del *matrimonio in facto esse*, precisando ulteriormente le rispettive capacità dei nubenti. I cann. 1055 § 1, 1095, 2° e 3°, 1097 § 2, ecc. – alla stregua dell'impostazione della cost. past. *Gaudium et spes*, nn. 48 e 49 – ne sono diretta espressione, ma pongono un nuovo problema giuridico; quello cioè di individuare – per giungere poi all'adeguata formalizzazione – il *minimum* d'intima comunione di vita e di amore, e le relative capacità dei nubenti nel momento del *matrimonio in fieri*, per poter considerare esistente un vincolo matrimoniale. In vero, non si può non provare una certa "ripugnanza" nell'analizzare il matrimonio da questa prospettiva, giacché l'amore esclude ogni atteggiamento minimalista; tuttavia, il giurista (come il medico) si trova spesso di fronte a situazioni patologiche che non consentono comunque di redigere *tout court* un certificato di estinzione del rapporto giuridico (nel matrimonio, di inesistenza del vincolo). Accettata una tale funzione del giurista, ne scaturisce il dovere di stabilire le capacità richieste, a livelli *minimi*, per potere contrarre un valido matrimonio. Il compito è tutt'altro che semplice se si tiene conto delle difficoltà di accertare situazioni di natura spirituale, la cui qualifica, d'altra parte, comporta – nelle situazioni non estreme – un

12 Cf. S. CONGREGAZIONE DELLA DOTTRINA DELLA FEDE, *Decretum circa impotentiam quae matrimonium dirimit*, 13 maggio 1977, 2° quesito, in *AAS*, 69 (1977), p. 426; sentenza *coram* Serrano, *videntibus novem iudicibus*, 27 gennaio 1986, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1-2 (1988), pp. 50-113; P.A. BONNET, *Il decreto della S. Congregazione per la dottrina della fede del 13 maggio 1977 ed il suo valore dichiarativo*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1-2 (1988), pp. 50-86; C. GULLO, *Irretroattività del decreto «circa impotentiam»*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1-2 (1988), pp. 86-112.

13 Cf. PONTIFICIA COMMISSIONE PER L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA DEL C.I.C., risposta del 12 dicembre 1986 all'arcivescovo di Friburgo-Brisg., in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 155 (1986), p. 482; F.R. AZNAR GIL, *La retroactividad o irretroactividad del dolo (can. 1098)*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. 10, Salamanca, 1992, pp. 411-455; C. GULLO, *Riflessioni sulla retroattività del can. 1098*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), pp. 225-234.

14 Vedi *Catechismo della Chiesa Cattolica*, pubblicato per ordine di Giovanni Paolo II (cf. cost. ap. *Fidei depositum*, 11 ottobre 1992), nn. 1601-1608 e 1625-1632.

arduo sforzo concettuale interdisciplinare (teologico, antropologico, psichiatrico, ecc.); e si se considera che, in principio e tranne prova in contrario, ogni persona umana è chiamata ad una donazione sponsale e, quindi, è capace per sposarsi ¹⁵. Si potrebbe concludere che, sebbene sia di diritto naturale l'inabilità dell'incapace per contrarre matrimonio, le diverse tipizzazioni (fenomenologiche e giuridiche) di «incapacità» non rendono la persona necessariamente (per diritto naturale) inabile. Il Pontefice ha dato precise indicazioni per applicare le incapacità sancite dal can. 1095 con rilevanza invalidante ¹⁶. Dette incapacità – in particolare quelle del n. 3° – dovrebbero avere una portata “limitata” giacché, altrimenti, potrebbe essere modificata sia la presunzione della capacità di sposarsi (cf. can. 1058) sia il *favor matrimonii* (cf. can. 1060), che certamente rispecchiano (formalizzandole) esigenze di diritto naturale. Una modifica in tal senso (se radicalizzata) potrebbe far sì che sempre possano essere dichiarati *incapaci* coloro che non *adempissero* di fatto gli obblighi essenziali del matrimonio, adoperando un'impostazione “determinista” che potrebbe sembrare giustificata dal testo del can. 1095, 3°, anche se ciò non è possibile perché il determinismo è incompatibile con l'antropologia cristiana ¹⁷.

3.– La “formalizzazione” giurisprudenziale delle trasformazioni sociali

Vi sarebbe un altro ambito di presa di coscienza (di positivazione) e di ulteriore normazione (formalizzazione) delle esigenze che la *natura* del matrimonio presenta nel suo espletarsi storico. Si tratterà di quelle “modificazioni normative che si sono determinate di per sé, nella prassi,

¹⁵ Vedi le nostre *Annotazioni sulla capacità per contrarre il matrimonio sacramento*, in S. GHERRO e G. ZUANAZZI (a cura di), *Perizie e periti nel processo matrimoniale canonico*, Torino, 1993, pp. 105-117.

¹⁶ Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, *passim*, in AAS, 79 (1987), pp. 1453-1459; ID., *Discorso alla Rota Romana*, 25 gennaio 1988, nn. 4-5, in AAS, 80 (1988), pp. 1178-1185; ID., *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 1992, cit., n. 3.

¹⁷ Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, cit., *passim*; ID., *Discorso alla Rota Romana*, cit., 25 gennaio 1988, nn. 4-5; ID., *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 1992, cit., n. 3.

nell'uso dei disposti, nell'incidenza sugli stessi delle trasformazioni sociali, del modo di pensare, della cultura del contemporaneo" 18.

Sandro Gherro ha segnalato la difficoltà di "trarre dalla constatazione delle cennate modificazioni normative le regole costituzionali che le giustificano e perciò le disciplinano". L'A. muove dal diritto divino "come limite che non si può valicare, o come fattore di trasformazioni normative" e dalla funzione petrina riguardo allo stesso diritto 19; inoltre, considera provato che le modificazioni recepite dalla Rota Romana "sono avvenute in armonia con la volontà dell'autorità ecclesiastica di vertice di cui il Tribunale medesimo è espressione" 20. Ritiene perciò "che le modificazioni medesime sono state *previamente autorizzate* dal legislatore: che Pietro ha, in materia, posto delle norme 'aperte', cioè destinate ad assumere diverso contenuto specifico secondo impone il contingente storico" 21.

A corollario del suo discorso, Gherro delinea il vigente sistema matrimoniale canonico imperniandolo su una "«norma aperta a trasformazioni autorizzate» (...). Ed infatti la continua trasformazione del costume e gli incalzanti 'aggiornamenti culturali' dell'uomo moderno richiedono un'adeguatezza dei precetti alle necessità del contingente (in pratica: un'autentica flessibilità dell'ordinamento) (...). Qui necessita predisporre per i *christifideles* un istituto conforme alle esigenze immediate della loro vita matrimoniale così come, le stesse, sono, di volta in volta, comunitariamente considerate in termini di essenzialità. Qui necessita proprio il considerato automatismo idoneo a rendere sempre efficiente la scelta dei principi generali che il legislatore ha posto deducendo direttamente da quelli di diritto divino, naturale e positivo. (...) Se, infatti, *sensus fidei* significa colleganza alla Verità rivelata e perciò anche al diritto divino, bisogna dire come (...) il medesimo si sostanzia

18 S. GHERRO, *Normazione canonica e Popolo di Dio*, cit., p. 103.

19 Cf. M. MIELE, "Munus petrinum" e funzione consultiva, in *Diritto canonico e comparazione*, cit., pp. 120-141.

20 Vedi l'articolo di Sandro Gherro sulla "riserva di giurisdizione" dei tribunali ecclesiastici italiani per i matrimoni canonici, in *L'Osservatore Romano*, 21 febbraio 1993, p. 4.

21 S. GHERRO, *Normazione canonica e Popolo di Dio*, cit., pp. 104-105. Il corsivo è dell'originale.

nella complessa realtà che trova cardine essenziale nei principi di diritto matrimoniale (pre)posti legislativamente all'istituto; e proiezione dinamica nel 'vivere il matrimonio' che i *christifideles* concretizzano nell'attuazione di quei principi, nel loro porsi, in definitiva, «*sub ductu Pastorum*». Il loro *senso di giustizia*, insomma, sarà *cristiano senso di giustizia* e potrà–dovrà trovare dimensione attuativa nell'ordinamento se sarà ispirato a questo «*ductus*», se sarà, pur in senso lato, conforme a legge, alla volontà di Pietro" 22.

4.– La "tranquillitas ordinis" come elemento essenziale della giustizia

L'impostazione di Gherro è riscontrabile, con sfumature e varianti di diversa portata, nella dottrina di altri qualificati autori 23. Non potendo considerare tante questioni che esigerebbero più attenta meditazione, accenneremo soltanto a quella del *rapporto fra giustizia e certezza*. Nel *Discorso alla Rota Romana* del 1993, il Pontefice ha ricordato che "diritto, giustizia e pace si richiamano, si integrano e si completano a vicenda" (n. 2). Poi, citando l'insigne giurista Francesco Carnelutti (citazione non priva d'intenzione riguardo all'unicità epistemologica delle esperienze giuridiche, non esclusa quella ecclesiale), Giovanni Paolo II ha affermato che il diritto è un mezzo che ha come fine la giustizia, "gli uomini hanno bisogno di vivere in pace. La giustizia è la condizione della pace (...). Il diritto è giusto quando serve a mettere ordine nella società" (*ibidem*). Il brano ha radici veterotestamentarie; Isaia, infatti, nella prima parte del suo libro – che risale all'VIII secolo a.C. – descrive i tempi messianici (e quelli escatologici) con le caratteristiche della giustizia, della pace, del diritto e della sicurezza: "Effetto della giustizia sarà la pace, frutto del diritto una perenne sicurezza" 24. Questo approccio metafisico alla giuridicità è diventato classico nelle trattazioni di Agostino di Ippona e di Tommaso

22 *Ibidem*, pp. 108-109. I testi tra parentesi o tra virgolette sono dell'originale.

23 Cf., ad es., nota 7.

24 "Ecce in iustitia regnavit rex (...) et erit opus iustitiae pax, et cultus iustitiae silentium, et securitas usque in sempiternum" (Is 32, 1 e 17, in *Nova Vulgata Bibliorum editio, Sacros. Oecum. Concilii Vaticani II ratione habita, iussu Pauli PP. VI recognita, auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgata*, ed. typica altera, Città del Vaticano, 1986).

d'Aquino, essendo particolarmente utile per la nostra indagine, con considerazioni di natura assiologica ²⁵.

Lo Castro ha descritto la problematicità che nell'ordinamento ecclesiale scaturisce dall'esistenza di norme divine, la cui autentica interpretazione e dichiarazione è riservata (dalle stesse norme) ai titolari della *sacra potestas*, secondo le modalità di esercizio definite pure da Dio e formalizzate umanamente tramite formule dogmatiche che esigono l'adesione interna ed esterna di quanti sono membri della Chiesa, dei *christifideles*. "Poiché le anzidette strutture possono storicamente svilupparsi ed arricchirsi soltanto in diretta attuazione del disegno fondante di Dio, ne dovrebbe derivare che nessuno spazio vi sia per un rapporto fra dimensione organizzatoria giuridica della struttura della società, da una parte, e la società stessa o le persone dall'altra (...). Nessuno spazio (...) per soluzioni che intendessero sviluppare e risolvere la tensione fra gli elementi antitetici di quella relazione in concrete soluzioni storiche. (...) Cos'è allora, cosa potrebbe essere, il diritto in questa concezione? Attuazione autoritativa della struttura o delle strutture ecclesiali, predeterminate dal volere di Dio, da parte del potere gerarchico che in questa terra lo rappresenta e l'esprime. La scienza che lo studia resta mortificata nella sua funzione conoscitiva o esplorativa; questa spetta principalmente alla teologia, mentre compete al magistero la sua proposizione autoritativa. Il diritto è strumento di applicazione di una conoscenza che non appartiene alla scienza del diritto, la quale dunque decade in tecnica dell'interpretazione di volontà normative" ²⁶.

²⁵ Sull'applicazione di tale impostazione al controllo giudiziario degli atti dell'amministrazione ecclesiastica e alla stabilità delle decisioni sullo stato delle persone, cf. i nostri *Il «petitum» e la «causa petendi» nel contenzioso-amministrativo canonico. Profili sostanziali ricostruttivi alla luce della cost. ap. «Pastor bonus»*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 124-131 e in AA.VV., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano, 1991, pp. 101-107; *Il giudicato nelle cause sullo stato delle persone. Note sulla dottrina di Carmelo de Diego-Lora*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 283-313. Cf. S. BERLINGÒ, "Cosa giudicata" e "ratio sacramenti", in *Giustizia e carità nell'«economia» della Chiesa*, cit., pp. 206-226.

²⁶ G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l'idea di diritto*, cit., pp. XXXVIII-XXXIX.

Volendo pensare che sia stato recuperato lo statuto epistemologico giuridico del diritto ecclesiale e che sia stata superata la metodologia meramente esegetica ²⁷, possiamo incentrare l'attenzione su una delle conseguenze della *rationabilitas* della norma umana, intesa questa (la *rationabilitas*) come aderenza – o almeno non distacco – riguardo al diritto divino (naturale e positivo). Hervada ha segnalato infatti che “la *rationabilitas* richiede: a) la conformità delle decisioni di governo col messaggio evangelico (...) ed in special modo col diritto divino; b) il realismo, ovvero l'adeguamento delle decisioni alle situazioni reali” ²⁸. Secondo questo “realismo giuridico”, nell'ambito dei provvedimenti che dichiarano la validità o la nullità di un vincolo matrimoniale, non è possibile parlare *stricto sensu* di funzione creativa della giurisprudenza: il matrimonio è o non è valido, secondo le prescrizioni del diritto naturale o positivo. Le rispettive sentenze hanno pertanto sempre natura dichiarativa, non costitutiva. Tuttavia, talune esigenze del diritto naturale (e la loro valenza irritante) non sono di facile precisazione, lasciando quindi spazio ad interventi dichiarativi della giurisprudenza.

Ebbene, fra le conseguenze immediate della *rationabilitas* è da annoverare la stabilità e la sicurezza dei rapporti giuridici. Ne deriverebbe che la formalizzazione (cioè l'intervento legislativo *stricto sensu*) delle esigenze naturali che possono essere state positivate dai *christifideles* (tramite il *sensus fidei*), dalla dottrina o dalla giurisprudenza (non esclusa quella dei tribunali apostolici) avrebbero bisogno di quell'intervento autoritativo che, forse, è stato affidato dal Pontefice alla Rota Romana per alcune puntuali fattispecie di lacuna di legge e fintantoché sussista tale lacuna. Per offrire ai soggetti dell'ordinamento (alle parti e ai giudici, nel processo) un criterio sicuro sull'esistenza della “norma giurisprudenziale” su materia lacunosa, prospettiamo alcuni istituti che possono essere utili

²⁷ Cf. S. GHERRO, *Peculiarità del diritto canonico e scienza del diritto*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 531-544; J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., *passim*, in particolare pp. 5-24; G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l'idea di diritto*, cit., pp. pp. XLVI-XLVIII; P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico. Introduzione, diritto costituzionale, parte generale*, Milano, 1985, pp. 15-19, 198-230. Per un'analisi delle principali impostazioni postconciliari fino al 1983, cf. C.R.M. REDAELLI, *Il concetto di diritto della Chiesa nella riflessione canonistica tra Concilio e Codice*, Milano, 1991.

²⁸ J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., p. 253.

alla Rota Romana (per adempiere la grave responsabilità affidatale dal Pontefice) e ai *christifideles* e ai tribunali inferiori (per avere un punto di riferimento quanto più chiaro possibile). In tale caso, non si verificherebbe *tout court* quell'*automatismo* proposto da Sandro Gherro per le "norme aperte a trasformazioni autorizzate". Qui la *diuturnitas* non agirebbe tanto per consolidare una *consuetudo* (certamente non *contra legem*, condividendo ora appieno l'impostazione di Gherro 29), bensì per consentire l'«espressione» formale della nuova norma, evitando all'*uomo moderno* le inquietudini provenienti da quegli "incalzanti *aggiornamenti culturali*" 30. Questi possono avere infatti un diretto influsso sul proprio stato personale (il dubbio sulla validità del vincolo matrimoniale), ostacolando, piuttosto che favorendo, il raggiungimento della *salus animae* 31.

Di conseguenza, potrebbe essere opportuno includere negli "elenchi dei diritti dei fedeli" 32 quel diritto – direttamente collegato con la *rationabilitas* dell'ordinamento e con la necessaria gerarchia normativa – riguardante la stabilità e la sicurezza delle norme che reggono le diverse situazioni giuridiche, in particolare il proprio stato personale. Se è vero che la *tranquillitas* e la *pax* appartengono all'essenza della giustizia – anche se il legislatore avesse accolto nel codice soltanto quei diritti che ritenne di dover ribadire o sottolineare nel momento della stesura della

29 Cf. S. GHERRO, *Normazione canonica e Popolo di Dio*, cit., p. 108.

30 *Ibidem*.

31 Cf. J. LLOBELL, *Il giudicato nelle cause sullo stato delle persone*, cit., pp. 293-297; E. PALEARI, *Considerazioni sul carattere creativo della giurisprudenza canonica in tema di nullità di matrimonio*, Urbino, 1979, pp. 24-31.

32 Cf. AA.VV., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società. Atti del IV Congresso Internazionale di Diritto Canonico. Fribourg (Suisse) 6-11 ottobre 1980*, Fribourg, 1981, *passim*; E. CORECCO, *Il catalogo dei doveri-diritti del fedele nel CIC*, in *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa. Atti del V colloquio giuridico (8-10 marzo 1984)*, Roma, 1985, pp. 101-125; A. DEL PORTILLO, *Fieles y laicos en la Iglesia*, 3ª ed., Pamplona, 1991, pp. 81-159; J.Mª GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derechos fundamentales y derechos públicos subjetivos en la Iglesia*, Pamplona, 1971; J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 92-140; P.J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel*, Pamplona, 1969.

norma 33 –, esse devono impregnare l'esercizio dei diritti e dei doveri. La *tranquillitas* e la *pax* sono concetti giuridici dai quali scaturisce uno specifico diritto (naturale) che, in qualche modo, ha bisogno di essere formalizzato per arginare il rischio di un'utilizzazione distorta del *favor veritatis* canonico, compromettendo il *favor matrimonii* e la *tranquillitas ordinis* che non possono radicarsi che sulla verità, in quanto questa è umanamente raggiungibile attraverso lo strumento giuridico del processo.

5.– Su qualche possibile distorsione del “favor veritatis” e della “tranquillitas ordinis” nelle cause di nullità del matrimonio

Il *favor veritatis* è il principio guida del processo canonico, in particolare di quello sulle cause di nullità del matrimonio 34. Comunque, questo *favor* potrebbe essere distorto da un discorso nel quale venissero mescolate proposizioni vere con altre inesatte. È vero che il compito del giudice nelle cause di nullità del matrimonio può avere soltanto natura dichiarativa: il matrimonio validamente celebrato – o legittimamente convalidato o sanato (cf. cann. 1156-1165) – continua ad esistere malgrado vi sia stata una doppia decisione conforme *pro nullitate*, così come il matrimonio nullo non esiste anche se i provvedimenti giudiziari abbiano dichiarato *non constare de nullitate in casu*. È inesatta invece la proposizione che nega al giudice la possibilità – tranne in casi molto semplici, riconducibili in pratica alle fattispecie che consentono il processo documentale (cf. can. 1686) – di conoscere obiettivamente la verità. D'altra parte, la distorsione del *favor veritatis* e della *tranquillitas ordinis* potrebbe derivare anche dalla permanente possibilità di “nuove scoperte” di capacità richieste ai nubenti o di esigenze del consenso che, in quanto positiverrebbero il diritto naturale, non potrebbero non avere che natura dichiarativa, applicabili

33 Cf. R.J. CASTILLO LARA, *Diritti e doveri dei christifideles*, in *I laici nel diritto della Chiesa*, Città del Vaticano, 1987, p. 31.

34 Cf. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 1° ottobre 1942, in *AAS*, 34 (1942), pp. 338-343; ID., *Discorso alla Rota Romana*, 2 ottobre 1944, in *AAS*, 36 (1944), pp. 281-290; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 4 febbraio 1980, in *AAS*, 72 (1980), pp. 172-178; J. LLOBELL, *La genesi della sentenza canonica*, cit., § 2, a) e *passim*; ID., *Il patrocinio forense e la “concezione istituzionale” del processo canonico*, in *Il processo matrimoniale canonico*, 2ª ed., cit., §§ 3 e 6.

quindi ai matrimoni celebrati quando dette positivazioni non fossero state ancora compiute.

Le proposizioni che riteniamo inesatte distorcerebbero il *favor veritatis* seguendo una argomentazione che – schematizzandola, col rischio di incorrere in valutazioni imprecise – avrebbe i seguenti passi (ugualmente eterogenei riguardo alla loro esattezza): se è stato accertato il fallimento del matrimonio, se la *salus animarum* dei coniugi è compromessa dall'impossibilità di coonestare *coram Ecclesia* la situazione irregolare di uno o di entrambi i coniugi, se nelle cause che recano un danno alle persone (inclusa la loro *salus animarum*) bisogna applicare il principio *in dubio pro reo*, se lo *ius conubii* (di coloro che hanno celebrato un matrimonio nullo) è di diritto naturale, se il giudice non può essere sicuro della validità del vincolo impugnato perché uno o entrambi i coniugi potrebbero essere incapaci o aver dato un consenso viziato (dalle diverse fattispecie di simulazione, di condizione invalidante, ecc.)..., allora il *favor veritatis* non potrebbe che comportare la prevalenza del *favor libertatis* sul *favor matrimonii*. Allora il principio diventerebbe quello di *dover* il giudice dichiarare la nullità del matrimonio nelle fattispecie descritte, che sarebbero la maggior parte qualora l'incapacità fosse riscontrabile secondo l'anzidetta impostazione determinista, fondata su una interpretazione distorta del can. 1095, 3°. Si tratterebbe anche di determinismo se la simulazione – o l'*error determinans voluntatem* (cf. can. 1099) o la condizione (cf. can. 1102) – fosse identificata con la mentalità divorzista, edonista o agnostica, che escluderebbero, ignorerebbero o condizionerebbero *tout court* l'indissolubilità, la procreazione o la sacramentalità. Oltre la palese distorsione del *favor veritatis* e dell'autentica *salus animarum* (cioè quella conforme alla volontà divina, dichiarata dal magistero della Chiesa), che è in realtà il principale problema che emergerebbe da una tale impostazione, ne deriverebbe un altro direttamente collegato con quello: i coniugi non potrebbero essere mai sicuri della validità del proprio matrimonio, dipendendo quella da eventi futuri, e s'inferirebbe una "grave ferita alla stabilità" dell'intero istituto matrimoniale **35**.

35 Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, cit., n. 7.

Non potendo in questa sede analizzare particolareggiatamente le capacità dei nubenti e i requisiti del consenso sufficienti per poter celebrare un matrimonio valido, accenneremo al problema del ruolo della giurisprudenza della Rota Romana riguardo alla positivazione, in astratto, di tali capacità e requisiti, muovendo dalla questione gnoseologica testé segnalata. Il legislatore, infatti, riconosce ai tribunali la capacità di giudicare *secundum veritate* ³⁶. Le accennate impostazioni le riteniamo inesatte perché (anche se non fosse questo il motivo principale) si discosterebbero da uno dei concetti giuridici essenziali confacenti al problema, cioè da quello di "certezza morale", così come è stato proposto da Pio XII e da Giovanni Paolo II ³⁷ in documenti che, malgrado la loro natura (sono infatti discorsi alla Rota Romana), difficilmente può sostenersi che non manifestino la *mens legislatoris* e, pertanto, abbiano valore giuridico vincolante (cf. can. 17). Quantunque i Pontefici applichino il concetto di certezza morale prevalentemente alla cosiddetta *quaestio facti* dei provvedimenti giudiziari, lo stesso concetto è utile ermeneuticamente per l'analisi dell'altra premessa dalla quale il giudice trarrà la sua decisione: la *quaestio iuris*. Perciò, il ricorso al diritto divino (naturale o positivo) dovrebbe essere particolarmente ponderato nel prospettare ulteriori innovazioni negli istituti giuridici che sono stati formalizzati da secoli e che sono stati aggiornati dai due nuovi codici, alla stregua delle indicazioni del Concilio Vaticano II e della giurisprudenza rotale.

Concretamente, riguardo al concetto di matrimonio e alla capacità per contrarlo, non è possibile ipotizzare *tout court* che, in detto travagliato approfondimento, sia stata ignorata qualche esigenza primaria sicuramente richiesta dal diritto naturale. Anche se siano sempre possibili ulteriori approfondimenti del diritto divino tramite i diversi mezzi di positivazione (ai quali sarà necessario garantire poi l'adeguata ricezione formale nell'ordinamento), ciò dovrebbe essere attuato con una squisita *prudentia iuris* – da parte del legislatore, della dottrina e della

Sulla c.d. «nullità di coscienza» cf. *infra* nota 80.

³⁶ Cf. J. LLOBELL, *Il giudicato nelle cause sullo stato delle persone*, cit., pp. 293-297.

³⁷ Cf. Pio XII, *Discorso alla Rota Romana*, 1° ottobre 1942, cit.; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 4 febbraio 1980, cit., nn. 4-6.

giurisprudenza – per evitare di approdare ad una situazione di incertezza riguardo a materie che hanno una diretta incidenza sulle coscienze. Infatti, se detta inquietudine – che scaturisce abitualmente dalle perplessità che possono suscitare nei *christifideles* alcune soluzioni giurisprudenziali a puntuali fattispecie – arrivasse a coinvolgere aspetti essenziali del disegno divino per la vita morale e sociale, ciò non potrebbe non incidere negativamente sullo scopo dell'ordinamento e dell'intera istituzione ecclesiale: la *salus animarum*. Perciò sembra necessario sottolineare l'essenziale valenza giuridica e salvifica della stabilità e della sicurezza delle situazioni personali, della giustizia intesa come *tranquillitas ordinis*. Tale accezione (ed esigenza) della giustizia rientrerebbe nella "costituzione materiale" dell'ordinamento ecclesiale **38**.

Nella difficile dinamica normativa accennata, la giurisprudenza della Rota Romana assolve un ruolo di primaria importanza. Da quanto finora abbiamo detto e dalle proposte che avvanzeremo tra poco, dovrebbe essere chiaro che non intendiamo affatto accogliere la teoria della "canonizzazione" sostenuta da Del Giudice né, tanto meno, proporre atteggiamenti di immobilismo riguardo all'applicazione del diritto naturale alle realtà sociali ed ecclesiali. Tuttavia, per eliminare ogni dubbio sulla nostra proposta, è bene avvertire che essa vuole aderire alla dottrina del Pontefice nel *Discorso alla Rota Romana* del 1993, secondo la quale "l'attività legislativa e l'opera giurisprudenziale servono (...) per assicurare il doveroso aggiornamento e per consentire una risposta unitaria al mutare delle circostanze ed all'evolvere delle situazioni" (n. 3 § 1). Nella stessa occasione, Giovanni Paolo II ha segnalato che la dottrina conciliare – formalizzata dai due nuovi codici con un notevole "sforzo legislativo" – "riuscirebbe vanificata (...), con gravi conseguenze, se l'interpretazione, e quindi l'applicazione [dei canoni] fossero lasciate all'arbitrio (...) di coloro ai quali è affidato il compito di farli osservare" (n. 3 § 3). Ed ha dichiarato che a detta "vanificazione" potrebbe contribuire "l'intento di una non meglio precisa «umanizzazione» della Legge canonica. Con tale argomento, infatti, si intende non di rado avallare una sua eccessiva

38 Cf. R. CLEMENTE, *Spunti per una identificazione del concetto di costituzione materiale nell'ordinamento canonico*, in *Diritto canonico e comparazione*, cit., pp. 106-119.

relativizzazione, quasi si imponessero, per salvaguardare asserite esigenze umane, una interpretazione e una applicazione della stessa che finiscono per snaturarne le caratteristiche. (...) Piegare la Legge canonica (...) all'inventiva interpretativa, in nome di un «principio umanitario» ambiguo e indefinito [ma che non di rado si richiama al diritto naturale], significherebbe mortificare, prima ancora della norma, la stessa dignità dell'uomo" (n. 6), dignità che proviene indubbiamente dal diritto divino 39. In poche parole, siamo convinti che la giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici (in particolare quella della Rota Romana) ha un compito "catechistico" (e salvifico) di prima importanza nell'ambito matrimoniale, che "deve tener conto delle esplicitazioni della dottrina che nel corso dei tempi lo Spirito Santo ha suggerito alla Chiesa, [essendo] anche necessario che aiuti a illuminare con la luce della fede le situazioni nuove e i problemi che nel passato non erano ancora emersi" 40.

6.- I dati provenienti dal magistero e dalla legislazione di Giovanni Paolo II sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana

Giovanni Paolo II, ripetutamente, si è riferito alla difficile delimitazione di alcune norme sostanziali matrimoniali, come quelle riguardanti le perturbazioni psichiche che invalidano il consenso matrimoniale (cf. can. 1095), o il dolo (cf. can. 1098), o l'errore che condiziona la libertà (cf. can. 1099) 41. In questi casi, il Pontefice temeva "il rischio di interpretazioni innovative imprecise o incoerenti" 42. Il Papa ammetteva

39 "Non si tratta evidentemente di adattare la norma divina o addirittura di piegarla al capriccio dell'uomo, poiché ciò significherebbe la negazione stessa di quella e la degradazione di questo: si tratta piuttosto di comprendere l'uomo d'oggi, di metterlo a giusto confronto con le inderogabili esigenze della legge divina, di indicargli il modo a lui più consentaneo di adeguarvisi" (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 1992, cit., n. 3).

40 GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Fidei depositum* per la pubblicazione del *Catechismo della Chiesa Cattolica*, 11 ottobre 1992, n. 3 § 1.

41 Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1984, n. 7 in AAS, 76 (1984), pp. 643-649; ID., *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 1986, n. 5, in AAS, 78 (1986), pp. 921-925.

42 GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 1986, cit., n. 5.

dunque *interpretazioni innovative* che potevano essere legittime se e in quanto non fossero *imprecise* o *incoerenti*.

Tali interpretazioni – riguardo materie direttamente dipendenti dal diritto divino – non potrebbero essere realizzate attraverso l'impiego del concetto di *epikeia*, giacché ciò imporrebbe di pensare ad una natura evolutiva del diritto naturale, e precisamente ad una sua evoluzione ontologica – diversa da quella gnoseologica – che è metafisicamente impossibile **43**.

Le interpretazioni innovative sono possibili invece nell'approfondire i contenuti della norma immutabile e fondamentale che regge l'istituzione matrimoniale: *consensus facit matrimonium* **44**. Comunque potrebbe sembrare ingenuo (o, addirittura, presuntuoso) tentare di configurare un concetto di consenso matrimoniale – e delle relative incapacità o vizi – essenzialmente diverso da quello utilizzato dal magistero, dalla dottrina e dalla giurisprudenza durante secoli. Come è stato sottolineato nel *Discorso alla Rota Romana* del 1993 (cf. nn. 5-7), detto concetto "tradizionale" non sembra possa essere *sostanzialmente dissimile* da quello attuale, raggiunto grazie agli arricchimenti provenienti dalla psicologia e dalla psichiatria nonché dalla riflessione canonistica impostata secondo *l'antropologia cristiana* **45**. A questo proposito, Giovanni Paolo II ricorda un criterio ermeneutico di capitale importanza (pur senza essere il principale) per il retto sviluppo dell'intero sistema canonico: il compito interpretativo-creativo dei tribunali della Chiesa *solo* corrisponde ai tribunali apostolici, la cui giurisprudenza "è sempre stata e deve continuare ad essere (...) un sicuro punto di riferimento" **46**; "per giurisprudenza deve intendersi, nel caso, esclusivamente quella emanante

43 "Senza cedere ad una superficiale mentalità permissiva [che potrebbe essere introdotta tramite l'uso fraudolento dell'*epikeia*] che non tiene nel dovuto conto le inderogabili esigenze del matrimonio-sacramento" (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 1986, cit. n. 5).

44 Giovanni Paolo II si è riferito in termini molto positivi alle indicazioni fornite in tal senso da Paolo VI: "splendido magistero sul consenso essenza del matrimonio" (*Discorso alla Rota Romana*, 4 febbraio 1980, cit., n. 8).

45 Vedi sopra nota 17.

46 GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 1986, cit., n. 7.

dal Tribunale della Rota Romana” 47. Codesta riserva pontificia manifesta una lapalissiana “centralizzazione” di valenza normativa 48, anche se è stato dimostrato l’influsso che la giurisprudenza dei tribunali locali ha avuto su quella rotale 49.

La “giurisprudenza rotale” possiede quindi un’importanza notevole per analizzare l’atteggiamento dei tribunali canonici nel momento decisionale riguardante la *quaestio iuris*. Da un lato, il giudice deve essere fedele alle norme che regolano gli elementi dell’*in fieri* che permetteranno la nascita del matrimonio *in facto esse*. Dall’altro, la determinazione “istituzionale” di questa norma “metafisica” 50 esige ulteriori precisazioni del testo codiciale, almeno nei casi esplicitamente menzionati da Giovanni Paolo II: cann. 1095, 1097, 1098, 1099 e 1101 § 2 51. Pertanto, il compito giudiziario della Rota può raggiungere – se si adempiono certe condizioni – carattere normativo, diventando vincolante non solo per le parti (e la fattispecie) in causa (cf. can. 16 § 3), ma anche (senza porci il problema della retroattività di questa norma) per quelle fattispecie toccanti lacune di legge sulle quali esiste quell’insieme di sentenze capace di essere qualificato come “giurisprudenza rotale” (cf. can. 19). Comunque, questo puntuale “decentramento” voluto dal Pontefice in favore della Rota – all’interno del “centralismo legislativo” vigente nel sistema di attribuzione della potestà legislativa presso la Curia Romana 52 –, dovrebbe essere

47 GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 1992, cit., n. 4.

48 Cf. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 227-229; J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale e modifica dei titoli di competenza nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 432-435.

49 Cf. C. GULLO, *Giurisprudenza e politica giudiziaria ecclesiastica*, cit., p. 450.

50 Cf. G. LO CASTRO, *L’uomo e la norma*, cit., pp. 172-181.

51 Cf. i discorsi alla Rota del 1984, del 1986 e del 1993 citati.

52 Cf. cann. 16, 360, 1075-1077; m.p. *Recognitio iuris*, 2 gennaio 1984, in *AAS*, 76 (1984), pp. 433-434; cost. ap. *Pastor bonus*, art. 18; *Regolamento Generale della Curia Romana*, 4 febbraio 1992, art. 110; J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa*, cit., pp. 432-435. Sull’approvazione in forma specifica, cf. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La “aprobación específica” en la “Pastor bonus” y la seguridad jurídica*, in *Persona y Derecho. Suplemento «Fidelium iura» de derechos y deberes fundamentales del fiel*, 3 (1993), 361-423; F.J. URRUTIA, *Quondam habeatur approbatio “in forma specifica”*, in *Periodica*, 80 (1991), pp. 3-17; A. VIANA, *El Reglamento general de la Curia romana (4.II.1992)*.

espletato adempiendo in qualche modo l'esigenza della "promulgazione" (cf. cann. 7 e 8) della norma dichiarata **53**. Il compito normativo della giurisprudenza rotale avrebbe, per Pompedda, natura nomopoietica – da *nomos* (norma) e *poieo* (produrre) –, sicché la Rota potrebbe dettare "leggi" *nuove* che espliciterebbero esigenze non primarie del diritto naturale **54**. Gherro considera, invece, che le modifiche normative provenienti dalla giurisprudenza rotale non possono essere considerate nomopoietiche poiché le sentenze dalle quali scaturisce tale giurisprudenza sono "necessariamente dichiarative" **55**.

Comunque, al di là della qualifica tecnica che sia data alla giurisprudenza rotale ora esaminata, sembra sufficientemente provato che Giovanni Paolo II – accogliendo il magistero di anteriori pontefici **56** – ha portato a termine un "salto qualitativo" nella considerazione del valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana **57**. Fino all'autunno

Aspectos generales y regulación de las aprobaciones pontificias en forma específica, in *Ius Canonicum*, 32 (1992), pp. 501-529.

53 Vedi *infra* § 7.

54 Cf. M.F. POMPEDDA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit. Noi abbiamo adoperato il termine "nomopoietico" in questo senso (cf. *La genesi della sentenza canonica*, cit., § 3, b).

55 Cf. S. GHERRO, *Normazione canonica e Popolo di Dio*, cit., p. 103.

56 Cf. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941, in F. BERSINI, *I discorsi del Papa alla Rota*, Città del Vaticano, 1986, n. 6; GIOVANNI XXIII, *Discorso alla Rota Romana*, 19 ottobre 1959, in F. BERSINI, *op. cit.*, n. 129; PAOLO VI, *Discorso alla Rota Romana*, 12 febbraio 1968, in F. BERSINI, *op. cit.*, nn. 221, 225 e 226; *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 1970, in F. BERSINI, *op. cit.*, nn. 247 e 248; *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 1971, in F. BERSINI, *op. cit.*, nn. 272, 273 e 278; *Discorso alla Rota Romana*, 31 gennaio 1974, in F. BERSINI, *op. cit.*, nn. 331 e 338; *Discorso alla Rota Romana*, 9 febbraio 1976, in F. BERSINI, *op. cit.*, n. 372; *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 1978, in F. BERSINI, *op. cit.*, nn. 383 e 388.

57 Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 24 gennaio 1981, in F. BERSINI, *op. cit.*, n. 433; *Discorso alla Rota Romana*, 26 febbraio 1983, in F. BERSINI, *op. cit.*, nn. 469, 470, 480 e 483; *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1984, in F. BERSINI, *op. cit.*, nn. 500-504; *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 1986, cit., nn. 5-7; *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, cit., n. 10.

In un'opera classica sulla sentenza, adoperando l'impostazione dialettica della scolastica, si finisce per negare il valore normativo della giurisprudenza rotale (cf. S. SCACCIA, *Tractatus de sententia et re iudicata*, Romae, 1628, gl. 14, q. 24, nn. 1-19, pp.

1987, i riferimenti pontifici su tale mansione erano riscontrabili prevalentemente – oltre che nell'indicazione del can. 19 – in documenti di natura non legislativa, in particolare nei discorsi alla Rota. Da allora il magistero di Giovanni Paolo II in materia ha raggiunto alcuni sviluppi normativi *stricto sensu*, comunque ancora operativamente insufficienti, sviluppi che erano stati auspicati dalla dottrina ⁵⁸. Più recentemente il Pontefice è tornato sulla questione nei *Discorsi alla Rota Romana* del 1992 e del 1993. La succinta analisi dei dati posteriori al *Discorso* del 1987 risulta abbastanza eloquente.

Il m.p. *Sollicita cura* (26 dicembre 1987) istituì il Tribunale di appello del Vicariato di Roma. Tra le cause segnalate dalla *pars motiva* della stessa norma per l'erezione del nuovo tribunale, interessa sottolineare ora la volontà del legislatore di risparmiare alla Rota Romana il lavoro proveniente dal fatto di essere l'unico tribunale di appello del Tribunale regionale del Lazio, in modo da potenziare il compito della Rota riguardo alla Chiesa universale, compito che implicitamente – alla luce del magistero pontificio precedente – interesserebbe pure l'accennata funzione nomopoietica ⁵⁹. Il legislatore ha accolto così il parere di un

652-656). Vedi un'interpretazione diversa del pensiero di Scaccia in Z. VARALTA, *De iurisprudentiae conceptu*, in *Periodica*, 62 (1973), p. 44, nota 11.

⁵⁸ In particolare è da segnalare lo studio monografico sulla questione realizzato da M.F. POMPEDDA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., *passim*. Cf. Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali apostolici*, in *Le nouveau Code de Droit Canonique. Actes du V^e Congrès International de Droit Canonique. Ottawa 19-25 août 1984*, Ottawa, 1986, vol. 1, pp. 467-468; C. GULLO, *Giurisprudenza e politica giudiziaria ecclesiastica*, cit.

L'argomento, classico tra la dottrina, era stato ampiamente preso in considerazione, con impostazioni contrastanti, da diversi autori in *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso internacional de Derecho Canónico. Pamplona, 10-15 de octubre de 1976*, vol. 1, Pamplona, 1979, pp. 197-212 e 987-1133.

⁵⁹ «*Ut Tribunal Apostolicum Rotae Romanae magis magisque in luce ponatur in exercitio sui muneris erga universam Ecclesiam idemque munus efficacius explere valeat, ac proinde eximatur de munere agendi in gradu appellationis omnes causas in quibus appellatur a sententia in prima instantia a tribunali Regionali Latii...*» (GIOVANNI PAOLO II, m.p. *Sollicita cura*, 26 dicembre 1987, *pars motiva*, in *AAS*, 80 (1988), pp. 121-124). Per un commento al m.p., nel quale sono considerate le diverse vicissitudini dei tribunali con sede presso il Vicariato di Roma, cf. J. LLOBELL, *Il tribunale di appello del Vicariato di Roma*, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), pp. 257-277.

ampio settore della dottrina, che era stato oggetto di una puntuale proposta di Grocholewski ⁶⁰.

L'art. 126 della cost. ap. *Pastor bonus* (28 giugno 1988) indica che la Rota Romana «*unitati iurisprudentiae consulit et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio est*». È chiaro che tale funzione unificatrice della giurisprudenza canonica e l'aiuto ai tribunali inferiori sono stati espletati dalla Rota, in modi diversi, prima della promulgazione della cost. ap. *Pastor bonus* ⁶¹: in quanto tribunale universale di appello, per l'autorità estrinseca ed intrinseca delle proprie decisioni nel momento ermeneutico della norma e per la valenza suppletiva in presenza di lacune di legge, a norma del can. 19. Tuttavia, la citazione dell'ultima cost. ap. sulla Curia Romana non sembra avere solo una portata dichiarativa. Così, infatti, è stata apprezzata dalla dottrina ⁶² che, comunque, ha sottolineato

⁶⁰ «Altro ostacolo allo svolgimento del ruolo della Rota Romana è costituito dal fatto che i processi, presso detto tribunale apostolico, durano assai a lungo (...). L'ostacolo di cui stiamo accennando appare inoltre aggravato per il già menzionato affidamento alla Rota romana del giudizio di seconda istanza di tutte le cause – veramente numerose – del Tribunale regionale del Lazio e del Tribunale diocesano di Roma. Detto affidamento, oltre ad aver raddoppiato il lavoro della Rota Romana, l'ha parzialmente degradata a tribunale locale di secondo grado, a scapito della sua missione universale. (...) In ordine allo sbrigliamento del lavoro, la Rota Romana in primo luogo dovrebbe essere esonerata dall'essere tribunale necessario di seconda istanza per tutte le cause di nullità matrimoniale della regione del Lazio in Italia (e per le altre definite in prima istanza dal foro diocesano di Roma)» (Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali apostolici*, cit., pp. 467-468).

⁶¹ Cf. P.A. BONNET, *Giurisprudenza canonica*, cit., *passim*; F. CECCI, *La funzione normativa della giurisprudenza nell'attuale ordinamento giuridico della Chiesa*, in PONTIFICIA UNIVERSITAS LATERANENSIS. PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRIUSQUE IURIS, *Thesis ad Lauream in Iure Canonico*, Roma, 1992, pp. 5-58; C. GULLO, *Giurisprudenza e politica giudiziaria ecclesiastica*, cit., pp. 438-446; Z. VARALTA, *De iurisprudentiae conceptu*, cit., pp. 48-50.

⁶² Cf., ad es., S. BERLINGÒ, *Dalla perizia alla consulenza nel processo matrimoniale canonico*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Padova, 1991, p. 4; P.A. BONNET, *Giurisprudenza canonica*, cit., pp. 3 e 8; S. GHERRO, *Principi di diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 129-130; Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *La Curia Romana nella cost. ap. Pastor bonus*, Città del Vaticano, 1990, p. 414; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia*, in *Ius Canonicum*, 30 (1990), pp. 423-448. Vedi il paragrafo *La funzione endoprocessuale della motivazione* nel nostro *La genesi della sentenza canonica*, cit., § 8.

che il disposto, per essere operativo, ha bisogno di ulteriori sviluppi. In particolare, è stata accennata la necessità di precisare il concetto di *giurisprudenza rotale* e di stabilire tramite quali mezzi potrebbe essere impugnata la sentenza di un tribunale inferiore (o di un turno della Rota) che violasse tale giurisprudenza ⁶³.

Nel *Discorso alla Rota Romana* del 1992, Giovanni Paolo II si è occupato ampiamente della questione, esplicitando il significato dell'art. 126 della cost. ap. *Pastor bonus*:

«È a tutti noto che l'interpretazione giudiziale – in forza del can. 16 § 3 – non ha valore di legge e obbliga esclusivamente le persone o concerne le cose per cui la sentenza è stata pronunciata (...). Ancora e proprio nell'ambito della interpretazione della legge canonica, particolarmente ove si presentano o sembrano esservi "lacunae legis", il nuovo codice – (...) can. 19 (...) – pone con chiarezza il principio per cui, fra le altre fonti suppletorie, sta la giurisprudenza e prassi della Curia Romana. Se poi restringiamo il significato di tale espressione alle cause di nullità del matrimonio, appare evidente che, sul piano del diritto sostantivo e cioè di merito, per giurisprudenza deve intendersi, nel caso, esclusivamente quella emanata dal Tribunale della Rota Romana. In questo quadro è quindi da intendere anche quanto afferma la Costituzione *Pastor Bonus*, ove attribuisce alla stessa Rota compiti tali per cui essa "unitati iurisprudentiae consulit et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio est" (art. 126)» (n. 4).

Infine, nel gennaio 1993, parlando alla Rota e "a tutti coloro che nella Chiesa lavorano nello specifico ambito dell'amministrazione della giustizia" (n. 1 § 3), il Pontefice si è riferito al compito che spetta al Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi per risolvere le lacune di legge (n. 4 §§ 1 e 2), ma ha aggiunto di seguito, citando l'art. 126 della cost. ap. *Pastor bonus*: "è tuttavia indubbio che ben più spesso occorrono situazioni in cui l'interpretazione (...) della Legge canonica (è) affidat(a) a coloro ai quali incombe nella Chiesa la potestà sia esecutiva che giudiziaria" (n. 4 § 3). Appare evidente il riferimento del Pontefice alla Rota, riguardo alle cause di nullità del matrimonio.

⁶³ Cf. R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia*, cit., pp. 445-448.

7.– Questioni problematiche sul concetto di “giurisprudenza rotale”

Una tale situazione normativa – legale e magisteriale (il magistero pontificio contenuto nei discorsi alla Rota ci sembra che abbia una certa valenza “normativa”, basata sui cann. 16 § 1 e 17) – lascia un notevole spazio a diverse considerazioni problematiche; qui accenneremo solo a qualcuna di esse.

Riguardo al concetto di *giurisprudenza rotale* è stata suggerita l'opportunità di utilizzare più frequentemente le decisioni *videntibus omnibus* ⁶⁴ quando – nel dover giudicare una nuova causa – sia riscontrabile un diverso orientamento tra le sentenze dei normali turni rotali. In modo simile ha agito la Rota Romana nella sentenza *coram* Serrano del 27 gennaio 1986, *videntibus novem iudicibus*, testé citata ⁶⁵. Un tale sistema assimilerebbe l'operato della Rota a quello delle corti civili di cassazione ⁶⁶. Per esempio, in Italia vi sono casi in cui la Corte di cassazione pronuncia a «sezioni unite» (nove giudici) quando, tra altri

⁶⁴ Cf. R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia*, cit., p. 446; SACRA ROMANA ROTA, *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*, 29 giugno 1934, art. 135 § 1, in *AAS*, 26 (1934), pp. 449-491; PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de processibus*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1976, can. 286.

⁶⁵ Sopra, nota 12.

⁶⁶ Secondo questa premessa, i compiti della cassazione civile spetterebbero, nell'ordinamento canonico, alla Segnatura Apostolica (in particolare alla sua “prima sezione”) e alla Rota Romana. Sull'equiparazione della prima sezione della Segnatura alla cassazione, cf., ad es., Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali*, cit., p. 403.

Nel 1973, Varalta propose che il compito “di cassazione” della Segnatura fosse espletato, anche sulle questioni di merito, riguardo anche alle sentenze dei tribunali inferiori, con una sorta di appello *omisso medio*, saltando cioè l'appello presso la Rota. La proposta era radicata nella derogata competenza della Congregazione del culto divino e della disciplina dei sacramenti sul controllo delle sentenze nelle cause di nullità del matrimonio, competenza che era stata trasferita alla Segnatura dalla cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae* (cf. Z. VARALTA, *De iurisprudentiae conceptu*, cit., pp. 50-57). Il suggerimento, che non è stato accolto dal legislatore, non sembra convincente perché favorirebbe la mescolanza dell'esercizio della potestà amministrativa e di quella giudiziaria (cf. P.A. BONNET, *Giurisprudenza canonica*, cit., p. 8).

motivi, si tratti di giudicare su una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici della stessa Corte **67**.

Nell'ordinamento canonico sembra comunque necessario armonizzare siffatta funzione della Rota Romana con l'altra affidata alla Segnatura Apostolica e al Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi. La Segnatura Apostolica è competente per controllare le sentenze rotali e quelle dei tribunali inferiori. Riguardo alla Rota, la competenza ha natura giudiziaria; riguardo ai tribunali locali la competenza vicaria *ex lege* è invece di natura amministrativa (cf. can. 1445 § 1, 1° e § 3, 1°; cost. ap. *Pastor bonus*, artt. 122, 1° e 124, 1°) **68**. D'altra parte, benché la giurisprudenza della Rota sia stata indicata da Giovanni Paolo II come prevalente di fatto sull'attività degli altri dicasteri romani (salva la funzione del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi) per riempire le lacune di legge, non sembra che detta prevalenza voglia significare qualche riduzione delle mansioni della Segnatura, precisamente per il motivo segnalato dallo stesso Pontefice: la Rota è l'unico dicastero con competenza ordinaria per giudicare sul merito nelle cause di nullità del matrimonio **69**. Infatti, quando la Segnatura riscontra nelle sentenze rotali

67 Cf. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 5ª ed., vol. 2, Torino, 1985, § 75, pp. 348-351.

68 Cf. C. DE DIEGO-LORA, *Vigilancia y control de legalidad de los tribunales eclesiásticos por el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica*, in *Ius Canonicum*, 25 (1990), pp. 113-149 e in *Estudios de derecho procesal canónico*, vol. 4, Pamplona, 1990, pp. 225-246; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia*, cit., pp. 442-445.

69 La Segnatura Apostolica non *giudica* mai sulla nullità del matrimonio con potestà ordinaria; si può dichiarare la nullità del matrimonio in via amministrativa in alcune speciali fattispecie (cf. R. BURKE, *La procedura amministrativa per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, pp. 93-105; Z. GROCHOLEWSKI, *La facoltà del Congresso della Segnatura Apostolica di emettere dichiarazioni di nullità di matrimonio in via amministrativa*, in P.U. GREGORIANA, *Investigationes theologico-canonicæ*, Roma, 1978, pp. 211-232; ID., *Dichiarazioni di nullità di matrimonio in via amministrativa da parte del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 37 (1981), pp. 177-204). In qualche eccezionale occasione la Segnatura ha agito in via giudiziaria, decidendo il merito in una causa di nullità del matrimonio, tramite l'opportuna commissione pontificia (cf., ad es., la sentenza *coram* Staffa, 29 novembre 1975, in *Apollinaris*, 49 (1976), pp. 31-48).

o dei tribunali inferiori qualche motivo atto a giustificare un nuovo giudizio sul merito in una causa di nullità del matrimonio, tale causa è rinviata alla Rota per il giudizio sul merito **70**. Le espressioni del Pontefice nel Discorso del 1992 escludono sicuramente dalla funzione normativa la giurisprudenza dei tribunali non appartenenti alla Curia Romana.

Per quanto riguarda invece il rapporto della giurisprudenza rotale con il Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi, il discorso alla Rota del 1993 non ci sembra che comporti alcun passo indietro nella dottrina del Pontefice sul valore normativo della giurisprudenza rotale. Piuttosto pensiamo che Giovanni Paolo II abbia voluto differenziare l'esercizio vicario della potestà legislativa da quella giudiziaria, anche se quest'ultima possa finire per avere valore normativo per riempire le lacune di legge.

Comunque, se la funzione di promuovere l'uniforme interpretazione della legge canonica affidata alla Rota Romana dalla cost. ap. *Pastor bonus* non è espletata soltanto nel caso singolo – tramite l'appello o la *nova causae propositio* –, ma è espletata anche tramite il particolare valore normativo della sua giurisprudenza nelle fattispecie di lacuna di legge, allora diventa essenziale stabilire con precisione il concetto di "giurisprudenza rotale". A tale scopo – che muove da un piano tecnico-dogmatico – può essere utile ricavare qualche istituto dall'ordinamento civile, benché la funzione unificatrice della giurisprudenza ad opera della Rota non sia identificabile con quella svolta dalla cassazione civile, giacché quest'ultima ha come finalità il controllo della puntuale applicazione della legge mentre, invece, la Rota dichiarerebbe la legge naturale, "formalizzandola", per riempire la lacuna della norma positiva umana **71**. Pare infatti giusto l'utilizzo in sede canonica degli istituti civili che hanno lo stesso scopo (cioè, nella fattispecie che ci occupa, i mezzi atti a precisare

70 Cf. SEG NATURA APOSTOLICA, *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae*, 25 marzo 1968, artt. 58 § 3 e 67, in *Enchiridion Vaticanum*, Bologna, 1984, vol. 8, pp. 522-587; M.F. POMPEDDA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 54.

71 Cf. C.J. ERRAZURIZ M., *Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia in diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), p. 215; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto canonico e "common law"*, in *Diritto canonico e comparazione*, cit., pp. 229-259.

e a “promulgare” una “norma” che deve essere applicata ad altri casi simili), quando nell’ordinamento ecclesiale sia riscontrabile una duplice lacuna di legge, vale a dire qualora la lacuna riguardi anche la determinazione dell’istituto atto a rendere efficace la norma suppletoria della lacuna che si vuole riempire.

La Corte di cassazione (italiana) è formalmente un giudice unico e supremo, così da assicurare «l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge» **72**. A questo scopo la Corte di cassazione – oltre al giudizio a “sezioni unite” accennato – condensa in «massime» le sue decisioni, tramite il cosiddetto ufficio del «massimario». Queste massime non sono vincolanti per futuri giudizi, ma hanno un enorme influsso, anche in considerazione del fatto che proprio alla Cassazione la questione potrebbe in definitiva essere sottoposta **73**. La Rota pubblica una raccolta delle proprie sentenze, cinque anni dopo la data delle rispettive decisioni; alcune riviste canonistiche offrono, in tempi più brevi, qualche sentenza; esiste, poi, un massimario della giurisprudenza rotale, di carattere privato **74**; inoltre alcuni uditori hanno pubblicato raccolte delle pronunzie in cui sono stati ponenti (ad esempio *coram* Pinto e *coram* Serrano **75**). Tuttavia, la funzione normativa affidata alla Rota rende necessario stabilire qualche mezzo autorevole, atto ad indicare con precisione la lacuna di legge riscontrata e il modo concreto di colmarla. A tale scopo potrebbe servire – oltre all’anzidetto ricorso alle sentenze *videntibus omnibus*, simili a quelle delle “sezioni unite” della Cassazione italiana – la creazione presso il tribunale apostolico di un ufficio di massimario. Data la natura normativa che avrebbero i provvedimenti della Rota, si potrebbe ipotizzare un qualche intervento del Pontificio Consiglio per l’interpretazione dei testi legislativi, simile a quello previsto dall’art. 156 della cost. ap. *Pastor bonus*. Tuttavia, un tale intervento non sarebbe

72 R.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento giudiziario), art. 65.

73 Cf. C. MANDRIOLI, *op. cit.*, § 74, pp. 339-342.

74 Cf. i quattro volumi di F. DELLA ROCCA, *Diritto matrimoniale canonico. Tavole sinottiche*, Padova, 1963, 1982, 1987 e 1992.

75 Cf. P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *L’incapacitas (can. 1095) nelle “sententiae selectae coram Pinto”*, Città del Vaticano, 1988; J.M^a SERRANO RUIZ, *Nulidad del matrimonio coram Serrano*, Salamanca, 1981.

adatto alla fattispecie perché l'art. 156 è impostato come un *servizio* di consulenza giuridica, poco confacente riguardo all'attività di un tribunale.

8.– I mezzi per impugnare le sentenze che violano la “giurisprudenza rotale”

Il discorso sui mezzi d'impugnazione della sentenza per violazione della “giurisprudenza rotale” rende necessario qualche chiarimento preliminare. In primo luogo, è da notare il valore ermeneutico – magari anche normativo – dei pochi precedenti giurisprudenziali della Rota su materie diverse dalle cause di nullità del matrimonio ⁷⁶. Si pensi, ad es., alla difficile questione del risarcimento del danno patrimoniale, di grande attualità, essendo stato ripreso per quanto riguarda la giustizia amministrativa dall'art. 123 § 2 della cost. ap. *Pastor bonus* ⁷⁷. La Rota si è occupata recentemente del risarcimento del danno, precisando il precedente indirizzo giurisprudenziale ed offrendo qualche utile suggerimento alla Segnatura per attuare la nuova competenza affidatale dalla cost. ap. *Pastor bonus* ⁷⁸.

In secondo luogo, il valore normativo affidato dal Pontefice alla Rota sembrerebbe essere limitato al “piano del diritto sostanziale e cioè di merito” (discorso alla Rota Romana del 1992, n. 4). La coerenza del sistema ermeneutico, nonché i riferimenti pontifici nei *Discorsi alla Rota* citati, consentono tuttavia di allargare il valore nomopoietico della giurisprudenza rotale anche alla legge processuale, là dove fosse identificabile una lacuna di legge. La giurisprudenza sul rito sarà particolarmente utile, ad es., per la precisazione del concetto di violazione del diritto di difesa, idoneo a rendere nulla la sentenza (fattispecie, questa, non sufficientemente delimitata dal codice) ⁷⁹, o del valore delle

⁷⁶ Cf. C. GULLO, *Giurisprudenza e politica giudiziaria ecclesiastica*, cit., pp. 437 e 447.

⁷⁷ Cf. Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali*, cit., pp. 408-411; J. LLOBELL, *Il «petitum» e la «causa petendi» nel contenzioso-amministrativo canonico*, cit., § 5 (pp. 144-148 e 119-122).

⁷⁸ Cf. sentenza *coram* Palestro, 15 giugno 1988, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), pp. 581-614; J. LLOBELL, *Aspetti del diritto alla difesa, il risarcimento dei danni e altre questioni giurisdizionali in alcune recenti decisioni rotali*, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), pp. 587-611.

⁷⁹ Cf. G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale “ob ius defensionis denegatum”*

dichiarazioni delle parti per raggiungere la certezza morale nelle cause di nullità del matrimonio **80**, o del concetto di gravame **81**. Discutibile sembra invece la posizione di alcuni indirizzi rotali, ad es., sul concetto di conformità *aequipollenter* fra due sentenze *pro nullitate*, in cause sullo stato delle persone, in cui la *causa petendi* era stata diversa o, addirittura, contraddittoria; siffatta impostazione potrebbe essere ritenuta difforme al concetto di conformità delle sentenze desumibile dal can. 1641, 1° **82**.

La formalizzazione legale di disposti processuali provenienti dalla giurisprudenza rotale è utile per superare l'impostazione che affida ai provvedimenti della Rota una valenza meramente dichiarativa, in quanto detti disposti processuali difficilmente potranno essere richiesti in modo necessario dal diritto naturale.

A seconda che la legge lacunosa sia di merito oppure di rito, l'impugnazione delle sentenze di nullità del matrimonio – che violassero l'anzidetta "norma giurisprudenziale" – dovrà essere intrapresa tramite i rispettivi istituti impugnativi. In sede di appello e di *nova causae propositio* **83** – nelle cause sullo stato delle persone non è possibile la *restitutio in integrum*, mancando il presupposto del giudicato (cf. cann. 1643 e 1645 § 1) – potrebbe essere invocata la violazione della "giurisprudenza rotale" *di merito*, violazione che potrebbe essere stata

nella giurisprudenza rotale, Città del Vaticano, 1991, *passim*.

80 Cf. M.F. POMPEDDA, *La questione dell'ammissione ai sacramenti dei divorziati civilmente risposati*, in *Notitiae*, 28 (1992), pp. 472-483 e in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, pp. 493-508; ID., *Il valore probativo delle dichiarazioni delle Parti nella nuova giurisprudenza della Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 437-468.

81 Cf. ROTA ROMANA, decreto *coram* Pompedda nella causa *Cerretana*, 14 dicembre 1992, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 597-602; J. LLOBELL, *La necessità della doppia sentenza conforme e l'«appello automatico» ex can. 1682 costituiscono un gravame? Sul diritto di appello presso la Rota Romana*, § 4, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 675-698.

82 Cf. J. LLOBELL, *Note sulla congruenza e la conformità delle sentenze di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), pp. 543-564; ID., *Recensione a S. Gherro (a cura di), «Studi sul processo matrimoniale canonico»*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), pp. 698-699.

83 Sulla *nova causae propositio*, cf. C. GULLO, *La «nova causae propositio»*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 365-388.

commessa sia dai tribunali inferiori sia da un turno della stessa Rota **84**. La natura nomopoietica della giurisprudenza rotale *di rito* consentirebbe invece la querela di nullità contro la sentenza che la violasse (cf. cann. 1620, 1622 e 1445 § 1, 1°), non essendo applicabile a queste cause la sanatoria prevista dal can. 1619.

Tuttavia, ancora *de lege ferenda*, potrebbe essere valutata l'opportunità di attribuire alla Rota Romana il giudizio di cassazione per violazione di legge (di merito e di rito) e la possibilità (dopo il giudizio rescindente) di portare a termine anche il giudizio rescissorio **85**. Sebbene siamo consapevoli delle difficoltà per l'ordinamento canonico di accogliere modifiche formali, di fatto la Rota adempie tale funzione tramite l'ampliamento delle fattispecie che consentono di accettare la *nova causae propositio*. Tramite il giudizio di cassazione (rescindente e rescissorio), la Rota potrebbe evitare di allargare il concetto legale di *nova causae propositio* per modificare sentenze che violano palesemente la legge, "cassandole" di fatto e, poi, giudicando la causa sul merito. Siffatta competenza, consentirebbe alla Rota di adempiere efficacemente la funzione di unificare la giurisprudenza ecclesiale.

9. – Conclusioni

La giurisprudenza rotale potrà avere valore vincolante per i casi simili, regolati dalla legge in modo lacunoso sia dall'ordinamento latino sia da quello orientale **86**, quando riunirà i seguenti requisiti:

a) *Autenticità* derivante dall'inequivocabile autorevole dichiarazione di essere pronunciata in un preciso senso per riempire una puntuale lacuna di legge. In assenza di tale formale garanzia, bisognerà ricercare se vi sia *uniformità morale* da parte delle decisioni rotali **87**. Una tale uniformità sarà riscontrabile – in senso positivo – quando

84 In senso diverso, cf. R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia*, cit., p. 447.

85 Cf. J. LLOBELL, *Il giudicato nelle cause sullo stato delle persone*, cit., pp. 308-310.

86 Cf. sopra, nota 1.

87 M.F. POMPEDDA, la denominava «orizzontale» (*La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 49). Cf. Z. VARALTA, *De iurisprudentiae conceptu*, cit., p. 50.

provenga dall'attività di distinti ponenti e turni; e – in senso negativo – quando non ci sia un atteggiamento discordante da parte delle decisioni rotali.

b) *Attualità* di questa giurisprudenza, poiché è noto che, nello straordinario sforzo della Rota per sviscerare le esigenze di validità e capacità consensuale, sono stati adottati alcuni criteri successivamente modificati dallo stesso Tribunale apostolico.

c) *Provvisorietà del carattere normativo* della giurisprudenza rotale. La natura nomopoietica cesserebbe nel momento in cui sia dato un intervento specificamente legislativo circa l'oggetto concreto **88**. Con tale intervento del legislatore non si darebbe più la condizione indispensabile per la forza nomopoietica autonoma della giurisprudenza rotale, cioè l'esistenza di una lacuna di legge **89**. Un caso significativo al riguardo è stato offerto dal decreto della Congregazione della dottrina della fede sull'impotenza matrimoniale testé accennato; infatti, Paolo VI manifestò esplicitamente la natura provvisoria della giurisprudenza rotale in riferimento a questo intervento normativo **90**.

88 Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, n. 4. Sulla natura dell'attività del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi, cf. GIOVANNI PAOLO II, m.p. *Recognitio iuris*, 2 gennaio 1984, in *AAS*, 76 (1984), pp. 433-434; cost. ap. *Pastor bonus*, art. 155; J. HERRANZ, *Il Pontificio Consiglio della Interpretazione dei Testi Legislativi*, in *La Curia Romana nella cost. ap. «Pastor bonus»*, cit., pp. 472-474; Javier OTADUY, *Naturaleza y función de la Comisión Pontificia para la interpretación auténtica del CIC*, in *Ius Canonicum*, 24 (1984), pp. 749-767.

89 Sul valore della "costante giurisprudenza" rotale, cf. S. GHERRO, *Principi di diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 73-77; C. GULLO, *Giurisprudenza e politica giudiziaria ecclesiastica*, cit., p. 446-451. Sembra chiaro che questa giurisprudenza "non può non essere considerata in sede di elaborazione di altre pronunce del magistero ordinario; che non può non costituire, altresì, un punto di riferimento per quelle del magistero straordinario" (S. GHERRO, *Principi di diritto costituzionale canonico*, cit., p. 74). Tuttavia, il punto di riferimento giurisprudenziale non potrebbe condizionare univocamente il magistero del Pontefice.

90 "L'elemento più rilevante (della giurisprudenza rotale) resta la vostra confermata disponibilità a seguire le indicazioni del Magistero: a questo proposito, il «Decreto» emanato, nel maggio scorso, dalla Sacra Congregazione per dottrina della fede e da Noi esplicitamente approvato, appare un «test» particolarmente significativo" (PAOLO VI,

Pertanto, quando un giudice (sia pure un turno rotale) trovasse una lacuna di legge (di merito o di rito) dovrebbe chiedersi, nella *quaestio iuris*, se sull'argomento vi sia "giurisprudenza rotale". Ciò sarebbe manifestazione di fedeltà alla norma che caratterizza il momento decisionale, e consentirebbe di evitare quelle arbitrarie interpretazioni della legge menzionate nel discorso alla Rota del 1993; interpretazioni che, relativizzando la norma, possono mortificare la dignità della persona umana e recare un elemento di inquietudine nelle coscienze dei *christifideles* e dei non battezzati.