

RIFLESSIONI A PROPOSITO DELLA NATURA GIURIDICA DEL PROCESSO PIÙ BREVE

1. Introduzione

Nel settembre 2015, S.S. Francesco ha introdotto una radicale modifica nell'ambito processuale con la promulgazione del Motu *Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* (= *MIDI*)¹. Tra le modifiche più profonde si trovano l'abolizione della doppia sentenza conforme e la possibilità di un processo *brevior* davanti al Vescovo per avere la nullità del matrimonio². Un'altra novità sono le Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale (= RP) che, unite alle norme del motu proprio anch'esse promulgate dal Sommo Pontefice, hanno lo stesso valore obbligatorio³.

¹ FRANCESCO, «Lettera apostolica in forma di “motu proprio” *Mitis Iudex Dominus Iesus* sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel codice di diritto canonico», del 8 settembre 2015. Si può consultare in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html.

² Altre caratteristiche vengono incluse nel proemio stesso del documento: un giudice unico, il Vescovo come giudice, l'appello alla sede Metropolitana e alla Sacra Rota, il compito delle Conferenze Episcopali. Cf. *MIDI*, Proemio.

³ «Riguardo alla questione sulle Regole procedurali, la risposta alla prima domanda è data dal m.p. *MIDI* nella parte finale, dove viene precisato che le Regole procedurali sono unite allo stesso *motu proprio* perché ritenute “necessarie per la corretta e accurata applicazione della legge rinnovata, da osservarsi diligentemente a tutela del bene

La finalità di questa riforma, come viene detto nell'introduzione del citato *MIDI*, è quella di offrire ai fedeli la possibilità di accedere ad un processo il quale dovrà essere più celere e semplice. Non si tratta di favorire la nullità dei matrimoni ma di rendere più agevole il cammino per l'ottenimento della sentenza.

Di particolare interesse per noi è l'affermazione al sesto paragrafo della Introduzione riguardante la natura del processo:

Ho fatto ciò, comunque, seguendo le orme dei miei Predecessori, i quali hanno voluto che le cause di nullità del matrimonio vengano trattate per via giudiziale, e non amministrativa, non perché lo imponga la natura della cosa, ma piuttosto lo esiga la necessità di tutelare in massimo grado la verità del sacro vincolo: e ciò è esattamente assicurato dalle garanzie dell'ordine giudiziario.

Richiama l'attenzione quest'affermazione perché nonostante sia vero quanto viene detto, in diversi casi esi-

dei fedeli" e nello stesso testo delle Regole procedurali nella parte introduttiva, dove si legge che "unitamente con le norme dettagliate per l'applicazione del processo matrimoniale, è sembrato opportuno [...] offrire alcuni strumenti affinché l'operato dei tribunali possa rispondere alle esigenze dei fedeli, che richiedono l'accertamento della verità sull'esistenza o no del vincolo del loro matrimonio fallito". Risposta del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi del 8 aprile 2016, Prot. N. 15363/2016. Si veda <http://www.delegumtextibus.va/content/dam/testilegislativi/risposte-particolari>. Su questo tema si può anche vedere l'esposizione di J. LLOBELL, «Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previste dal Motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*», in *Seminario di Studio Organizzato dalla LUMSA Università e dalla Consociatio Internationalis Studio iuris Canonici Promovendo (Roma 30 ottobre 2015)*, visitabile in <https://www.youtube.com/watch?v=j0coKGcwQUQ>. Lo scopo di queste RP non è quello di riproporre tutto il processo di nullità ma di «chiare le principali innovazioni legislative e, ove occorre, integrarle» D. BAMUERE SOLO, «Il motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*: alcune riflessioni canonistiche», *Veritas et Ius* 11 (2015) 67.

stono di fatto procedure amministrative indirizzate a ottenere la dichiarazione di nullità del matrimonio. Si tratta di procedure in via di eccezione. Per esempio, nelle facoltà concesse alla Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli troviamo questa disposizione: «D.- Esaminare, per via amministrativa, le cause di nullità matrimoniale ed emettere i relativi decreti definitivi in merito»⁴. Si potrebbe anche pensare alla dispensa dal matrimonio rato e non consumato (can. 1697 ss.), attraverso il quale si scioglie il vincolo matrimoniale con una procedura di carattere chiaramente amministrativo, o alla dichiarazione di morte presunta del coniuge (can. 1707), infine alla procedura per dichiarare la nullità propria della Segnatura Apostolica⁵.

Senza negare quanto affermato nel proemio, ci sentiamo spinti a cercare di verificare se la natura del nuovo processo *brevior*, risponde all'affermazione del Sommo Pontefice non solo nella forma, che sappiamo giudiziale, ma anche nella sua essenza.

2. La domanda sulla natura giuridica

Al momento di iniziare la nostra ricerca ci siamo dovuti confrontare con la domanda sulla domanda, cioè, che cosa vuol dire la «natura giuridica». Come tutti noi sappiamo, si tratta di uno dei quesiti che i giuristi si fanno più spesso. Certamente non si può non fare perché dalla risposta dipende la posizione nella quale il cultore del diritto si mette davanti alle istituzioni che gli si presentano e con le quali deve operare⁶.

⁴ CONGREGAZIONE PER L'EVANGELIZZAZIONE DEI POPOLI, «Facoltà speciali concesse di parola alla Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli del 31 gennaio 2009», Prot. 0570/09.

⁵ Su questo tema si può leggere la presentazione di R.L. BURKE, «La procedura amministrativa per la dichiarazione di nullità del matrimonio», in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Studi Giuridici 27, Città del Vaticano 1992, 93-105.

⁶ «Lo studio della natura giuridica del processo riveste un interesse pratico, malgrado richieda l'uso di concetti che appaiono molto teori-

Inoltre, dipenderà della risposta che la riflessione ci proponga il modo in cui si cercherà di colmare i vuoti legislativi che ogni normativa possiede. Nessuna legge può coprire e dare una soluzione a tutti i problemi che la realtà presenterà, e sarà allora che il giurista si domanderà sulla natura giuridica di quell'istituto che si vuole utilizzare come strumento per l'attuazione della giustizia. Ogni volta che il giurista si confronta con il caso concreto deve per forza realizzare un'attività interpretativa, mettendo insieme la norma e i fatti. Quest'azione non può essere lasciata al caso o al capriccio, deve necessariamente trovare ciò che viene chiamato il *canone di affinità*, cioè, i vincoli giuridici più vicini alla realtà che si esamina⁷.

Ancora, ogniqualvolta l'attività interpretativa della norma e dei fatti si sbaglia circa la natura giuridica da cui trarre materiale per operare, necessariamente produce una «fessura» giuridica attraverso la quale s'infiltrano le ingiustizie. Basti semplicemente notare come nel processo penale extragiudiziale la tendenza è quella di riempire ciò che non è stato dettagliato con norme del processo giudi-

ci. Infatti, non è indifferente attribuire alle norme e attività processuali una determinata natura giuridica, invece che un'altra. Pur trattandosi di scelte dottrinali, che in quanto tali non hanno carattere vincolante, la questione circa la natura giuridica è indispensabile per una corretta interpretazione e applicazione del processo. Infatti, una stessa legge processuale può essere sfruttata al massimo, o sprecata inutilmente, a seconda della mentalità con cui viene interpretata da parte di chi deve attuarla, sia come giudice, sia come parte, come difensore, o in qualsiasi ruolo. Cambia molto la comprensione di un'identica norma quando ad essa ci si avvicina con mentalità privatistica o pubblicistica, dispositiva o inquisitiva, di iniziativa di parte o di sottomissione all'attività del giudice. In conclusione, lo sfruttamento delle possibilità offerte dalla legge processuale, così come l'evitare una sua inadeguata applicazione, dipendono in grande misura dalla comprensione della sua natura giuridica». M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma 2001, 58.

⁷ Cf. J.L. ESTÉVEZ, «Sobre el concepto de "naturaleza jurídica"», *Anuario de Filosofía del Derecho* 4 (1956) 172.

ziale; se prendiamo l'Investigazione Previa del processo penale, si può osservare come nella pratica essa si trasformi in una tappa probatoria, con tutte le solennità tipiche del processo che a volte possono snaturare tale procedura. A volte si osserva che questa attività interpretativa «suppletoria» — per chiamarla in qualche modo — dipende dalla posizione che, chi deve metterla in atto, adotta davanti ad essa.

Si tratta, quindi, effettivamente di una domanda teorica, ma certamente non è una domanda retorica senza risvolti concreti.

In questo senso non è una domanda banale e inutile, anche se tutto sembra chiaro, specialmente se ci vogliamo servire veramente del processo *brevior* come un vero strumento al servizio della verità e della giustizia, attraverso le caratteristiche che gli ha voluto dare il legislatore supremo.

3. Cosa si intende per natura giuridica

A questo punto devo chiedere in prestito alcuni concetti dalla filosofia del diritto. Non è chiaro tra gli autori cosa si vuole cercare quando ci si chiede cosa s'intende per natura giuridica.

Una prima corrente di pensiero *identifica la natura con l'essenza*. Quando ci poniamo la domanda sulla natura giuridica, la prima risposta che viene alla mente è quella relativa all'identità dell'istituzione, cioè, ci domandiamo sulla sua essenza e, come conseguenza, prendiamo in mano anche quello che differenzia questa cosa dalle altre. Così possiamo dire che la cosa stessa diventa una sorgente di senso⁸.

Il nostro pensiero tende naturalmente a fare astrazioni fino a trovare ciò che nella cosa è irriducibile per raggiungere, in un secondo momento, altre perfezioni, altre qualità, che ci permettono di approfondire la comprensione del-

⁸ Cf. J.L. ESTÉVEZ, «Sobre el concepto» (cf. nt. 7), 163.

la cosa, che è al centro della nostra attenzione, attraverso le sue proprietà. L'essenza quindi, ha un doppio significato: «l'essenza astratta, il tipo generico o specifico, e l'essenza concreta, quando facciamo riferimento all'individuo»⁹.

Sintetizzando, l'essenza di una cosa si esprime attraverso la sua definizione, la quale dovrà necessariamente considerare genere prossimo e la differenza specifica.

Una seconda corrente di pensiero va oltre. La natura fa riferimento ad un istituto giuridico preciso, il quale certamente possiede una essenza ma questa viene mediata dalla legge, la quale considera ciò che esiste, che è oggetto di una stima sociale e gli dà una struttura precisa. La legge non può costruire tale istituto dal nulla, ma deve raccogliere gli elementi presenti nella realtà, organizzarli per costituire una cosa nuova, anche se è solo una modifica di una precedente. Come si vede, natura e *configurazione giuridica* risultano sinonimi ma non può esaurire ciò che noi consideriamo natura giuridica perché il diritto nella Chiesa va oltre ciò che appare nella realtà sociale propria e deve tener conto necessariamente del suo fine trascendente nella ricerca di una verità e di una giustizia del tutto peculiari.

Una terza opinione, più vicina alla prima, rende evidente che la ricerca della natura giuridica non è altro che cercare il *genere, tipo o categoria* nella quale inserire una realtà giuridica. Per esempio, quando un processualista si domanda sulla natura giuridica del processo o l'azione, cerca la categoria giuridica, dove incasellare uno o l'altro istituto. Si parlerà ad esempio del processo come situazione giuridica, o contratto, rapporto speciale, ecc., oppure dell'azione come diritto soggettivo potestativo, autonomo, o pretesa, ecc.¹⁰. Non credo che nemmeno questo modo di capire la natura ci possa aiutare, perché, sebbene sia parte

⁹ J.L. ESTÉVEZ, «Sobre el concepto» (cf. nt. 7), 163.

¹⁰ Un esempio di questa riflessione si può trovare in M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale* (cf. nt. 3), 59.

dell'operazione mentale che il giurista mette in atto, non riesce a determinare con precisione il concetto¹¹.

Come capire quindi la domanda sulla natura giuridica?

Credo che si debbano prendere diversi elementi delle teorie appena presentate. Il punto di partenza è il concetto d'*istituzione*, intesa come un sistema normativo che tipicizza e regola un determinato tipo di rapporti interpersonali e riconoscibili¹². Ogniqualevolta, come dicevamo prima, il giurista si confronta con i problemi realizza un lavoro interpretativo, domandandosi in primo luogo quale sia la realtà che abbiamo davanti, in altre parole *l'essenza* dell'istituto presente. In secondo luogo cercherà di vedere quell'essenza alla luce di un complesso normativo che possa offrire la prospettiva ermeneutica per la risoluzione del caso.

L'istituzione, inoltre, per riuscire a capirla, ci porta alla domanda sulla *causa* che l'ha generata, cioè, se è sorta dal capriccio del legislatore, se come conseguenza di altre istituzioni riempiendo una *lacuna iuris*, oppure se risponde ad un bisogno sociale concreto.

Una terza domanda che possiamo porre a quell'istituzione è sulla sua inevitabilità o contingenza. Alcune istituzioni, sparita la loro veste normativa, rimangono come realtà, come, per esempio, la persona. Altre, invece, non esisterebbero più. Proprio nell'ambito processuale potrebbe scomparire la regolamentazione del processo, ma non potrebbe essere esaurito il bisogno di fare giustizia.

Tenendo conto di quanto detto e prendendo le mosse dall'autore che seguiamo, si potrebbe dire che la domanda per la natura giuridica di un istituto è la ricerca della sua *ratio essendi*, «il perché trascendentale che ci rende chiaro un istituto; le forme pure di valore da dove proviene e a ciò che si riduce»¹³.

¹¹ Cf. J.L. ESTÉVEZ, «Sobre el concepto» (cf. nt. 7), 167.

¹² Cf. J.L. ESTÉVEZ, «Sobre el concepto» (cf. nt. 7), 173.

¹³ «el por qué trascendental que aclara, de una vez para siempre,

In questo modo possiamo affermare che la natura giuridica di un «sistema di rapporti interpersonali», cioè, l'istituto, non è che quel *vincolo* che lo mette in relazione con altre strutture giuridiche, che comprende il *motivo* della sua esistenza (bisogno concreto e storico — qui e ora — della società in cui è sorta), e la sua *ratio essendi* (il valore che l'istituto incarna e che contiene in sé il senso del suo esistere), con delle *caratteristiche* proprie (il modo concreto della ricerca della verità). Così essenza, vincolo, *ratio essendi* e caratteristiche proprie, sono gli elementi che, insieme, ci danno la risposta sulla natura giuridica di un istituto.

4. La natura giuridica del processo *brevior*

4.1 *Caratteristiche*

Se teniamo conto della *definizione* del processo *brevior*, non possiamo non fare riferimento al genere prossimo e alla differenza specifica. Siamo nel terreno dei processi, perciò lo dobbiamo considerare come un insieme di atti successivi, previsti previamente dal legislatore, indirizzati alla soluzione di un conflitto, sia perché si arrivi alla soluzione sia perché possa essere bloccato il cammino iniziato o ci sia un ripensamento della decisione presa (*res iudicata*, *restitutio in integrum*, ecc.)¹⁴. Si vede, quindi, che il processo che ci interessa rientra nel *genus* perfettamente, giacché,

el instituto; *las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce*. J.L. ESTÉVEZ, «Sobre el concepto» (cf. nt. 7), 178.

¹⁴ Cf. M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale* (cf. nt. 6), 36-37. L'autore distingue a continuazione il processo dal giudizio, indicando come in quest'ultimo si ritrova l'aspetto soggettivo dell'operazione mentale del giudice al momento di decidere, mentre il concetto di processo risulta più ampio che quello di giudizio. In seguito considera il concetto di procedura indicando che questa fa riferimento alla *ratio procedendi*, indicando le formalità del processo, le «solennità median- te le quali si svolge». *Ibid.*, 38-39.

come stabilito dal can. 1683ss, presenta gli elementi fondamentali di tale istituto: presentazione della domanda (con tutti i requisiti previsti), formulazione del dubbio mediante decreto, nomina dell'istruttore e dell'assessore, citazione delle parti, si raccolgono le prove, si notifica il difensore del vincolo, si presentano osservazioni e s'invisano al Vescovo il quale, se raggiunge la certezza morale, emette la sentenza, altrimenti rinvia con un decreto gli atti per il procedimento ordinario, ecc. Vediamo che nel *processus brevior* ritroviamo gli elementi tipici di un processo.

Ma, che tipo di processo è?

Ecco che dobbiamo affrontare un secondo elemento: le *caratteristiche* proprie che possono collocare questo processo in rapporto di vicinanza e differenza con altri processi simili. Si tratta di un *processo contenzioso*? Dal momento in cui le parti devono presentarsi insieme, si potrebbe pensare che di fatto si sia rinunciato all'aspetto contenzioso¹⁵. Infatti, davanti il Vescovo si presenta una *petitio* comune (can. 1683, 1°) perciò si potrebbe affermare che il contraddittorio è una *fictio iuris*, il che si potrebbe confermare con il fatto che la sentenza è meramente dichiarativa della nullità matrimoniale.

Qui, però, dobbiamo fare una distinzione. Contraddittorio non vuol dire che ci siano due petizioni diverse o fondate in motivi diversi, ma la bilateralità dell'azione, il che suppone che debbono presentarsi davanti alla pretesa presente nel dubbio almeno due posizioni con uguali diritti ad esprimersi durante il processo. Si deve tener conto che

¹⁵ «Il principio di contraddittorio in esame vuole informare tutte le vicende del rapporto processuale [...] costituisce la necessaria contrapposizione degli elementi [...] del *petitum* della parte attrice nei confronti della parte convenuta, resistente o meno». F. DOTTI, *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale*, Collana Tesi Gregoriana. Diritto Canonico 69, Roma 2005, 27.

circa i fatti giuridici, la controversia può essere reale o formale. Nel primo caso le parti mantengono posizioni contraddittorie sui fatti in questione [...] Nel secondo caso le parti mantengono posizioni coincidenti (tutte e due concordano sul fatto che il loro matrimonio sia nullo) e la controversia consiste nella necessità di una dichiarazione giudiziale e pubblica del fatto giuridico in questione¹⁶.

Il can. 1687 §1 determina che il Vescovo diocesano deve decidere la causa dopo aver esaminato le osservazioni che il «difensore del vincolo» avrà presentato. Il difensore del vincolo, secondo il can. 1432, ha come compito quello di esporre tutti gli argomenti che possono essere regionalmente addotti contro la nullità o scioglimento del matrimonio. Si tratta di una figura di carattere obbligatorio (*ad validitatem*) che è una delle cosiddette parti pubbliche del processo¹⁷ e «rappresenta» nel processo il vincolo, fondandosi sulla presunzione che il vincolo è valido fino a che non si provi il contrario¹⁸. Anche se le parti, quindi, presentano una richiesta comune non si può affermare che manchi il contraddittorio perché l'altra posizione, che deve essere ascoltata, è quella rappresentata del Difensore del Vincolo.

La seconda domanda sulle caratteristiche di questo processo è se si tratta di un processo *ordinario o speciale*. Se prendiamo come criterio la collocazione nel CIC risulta evidente che la regolamentazione si trova tra i processi speciali trattati nella Parte III del libro VII¹⁹. Un secon-

¹⁶ M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale* (cf. nt. 6), 51-52.

¹⁷ Cf. F. DOTTI, *Diritti della difesa* (cf. nt. 15), 79.

¹⁸ «Il Difensore del vincolo interviene infatti nel processo sempre quale parte convenuta obbligatoria». M. DEL POZZO, *Il processo matrimoniale più breve davanti il vescovo*, Subsidia canonica 19, Roma 2016, 117.

¹⁹ In questa sezione del CIC sono accorpati una serie di processi diversi tra i quali difficilmente si possono trovare delle caratteristiche comuni. Cf. S. BERLINGÒ, «La diversa natura delle procedure speciali», in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Studi Giuridici 27, Città del Vaticano 1992, 10 e 16.

do criterio riguarda la materia, giacché tutti i processi per la nullità del matrimonio sono parte dei processi speciali, perciò, si può dire che si tratta di un processo speciale dentro dei processi speciali²⁰.

Si deve aggiungere che si deve considerare come ordinario nel senso che è un processo scritto e non orale come quelli considerati nella sezione II dello stesso libro²¹.

Infine, si deve inserire questo processo tra i processi *sommari*²², poiché presenta tutte le caratteristiche di tali procedure, vale a dire, pochi passi, in pratica nessuna solennità processuale, semplicità, agilità e limitazione della conoscenza dei fatti a quelli più evidenti. La stessa legge ai cann. 1683, 2° e 1687 §1, determina in modo molto chiaro che il presupposto per attuare questo tipo di processo è che non ci sia bisogno di un'investigazione o istruttoria complessa, che si indichino tutte le prove che possano essere raccolte immediatamente dal giudice, ecc., il che suppone che i motivi siano talmente evidenti che il giudice-Vescovo abbia solo la possibilità di raggiungere la certezza morale o di rinviare la causa al processo ordinario. Con questo si rende chiaro che nella decisione del Vescovo la prima operazione logica è l'evidenza delle persone e dei fatti presentati, e da questo ne scaturisce una seconda (unita intimamente

²⁰ Cf. C. GARCÍA PEÑA, «El nuevo proceso “*breviore coram episcopo*” para la celebración de la nulidad matrimonial», *Monitor Ecclesiasticus* 130 (2015) 591. Nello stesso senso si esprimeva, riguardo al processo documentale, P.A. BONNET, «Il processo documentale (can. 1686-1688 CIC)», in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Studi Giuridici 27, Città del Vaticano 1992, 63.

²¹ Cf. M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale* (cf. nt. 6), 46.

²² «*Summarium iudicium definiri potest iudicium, in quo servatis sollemnitatibus quae iure naturali praescribuntur, eae formalitates iuris humani praetermittuntur, quae celerem Litis expeditionem retardant*». F.X. WERNZ, *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium. T. V, De iudiciis ecclesiasticis, liber primus de iudiciis in genere et de iudiciis contentiosis*, Prati 1914, 568 (citato da P.A. BONNET, «Il processo documentale» [cf. nt. 19], 88).

alla prima) quella della nullità del vincolo matrimoniale. Al contrario quando la prima operazione non ha un esito positivo, il Vescovo non entra nel merito della causa e rinvia tutti gli atti per utilizzare l'altra via processuale, quella normale. Questa è una caratteristica dei processi sommari.

4.2 *Processo giudiziale o amministrativo?*

Abbiamo voluto lasciare questa domanda per un paragrafo a sé per un trattamento speciale. È legittima la domanda sulla natura giuridica del processo *brevior*? Come dicevamo all'inizio, non è detto che alla nullità canonica *ex natura sua* si debba giungere in via amministrativa; di fatto nella legislazione sono contemplate alcune forme eccezionali. Nondimeno, non mancano anche alcuni autori che si sono posti questa domanda, perché la semplicità processuale unita al possibile esito di cui parlavamo prima, fanno certamente pensare ad un processo amministrativo²³.

Può sembrare una domanda sovrabbondante dato che tutta la terminologia utilizzata (giudicare, scritto di domanda, difensore del vincolo, sentenza, ecc.) non fanno che fare riferimento al processo giudiziale. Allo stesso momento, il fatto che il processo sia risolto dal Vescovo e in appello dal Metropolita, con una decisione personale da parte di coloro che godono di potestà esecutiva potrebbe essere anche il fondamento per affermare che sotto le vesti di un processo giudiziale si trovi in realtà una procedura amministrativa. La somiglianza con il processo penale extragiudiziale — condotto dall'ordinario — non può non far pensare a una certa affinità attraverso la ricerca della verità in forma semplice e celere.

Senza negare tutto questo e affermando il carattere giudiziale del processo, ci siamo domandati se solo le formalità bastano per fondare una tale affermazione. Quale è il criterio per determinare la natura di un processo?

²³ Cf. C. GARCÍA PEÑA, «El nuevo proceso» (cf. nt. 19), 590.

Un primo punto in questa riflessione si trova nella *pote-stà* esercitata in ogni tipo di processo. Mentre nel processo amministrativo, si dice, si esercita la potestà esecutiva, nel giudiziale, quella giudiziale. In questo caso per un atto che può avere nature diverse si richiedono potestà diverse, cioè, la sentenza richiede una potestà diversa da quella per un decreto. Il problema si presenta perché ambedue potestà sono parte di quella potestà chiamata potestà di governo.

Affidando l'adempimento della missione della Chiesa ad alcuni soggetti, Cristo ha conferito loro anche la potestà necessaria per compiere i compiti connessi. Potestà che appartiene in primo luogo a Cristo e in Lui trova il suo punto di unità. La missione, anch'essa una, viene distinta nella Chiesa in tre diverse forme di espressione: santificazione, insegnamento e governo. Tutte e tre sono complementari, quindi allo stesso tempo s'implicano mutuamente.

La missione di Cristo viene affidata a tutta la Chiesa, ma non senza distinguere i ruoli diversi che in essa i differenti membri svolgono e per i quali ricevono una grazia speciale, una potestà diversa. Quelli che ricevono la pie-nezza della potestà sono: il Santo Padre, il Collegio dei Vescovi e i singoli Vescovi nelle loro diocesi. Mentre i primi due esercitano la loro potestà sulla Chiesa universale, i Vescovi l'esercitano sulla diocesi che è stata loro affidata. In questa linea i cann. 331 e 381 affermano rispettivamente che il Papa sulla Chiesa Universale e il Vescovo diocesano nella propria diocesi hanno tutta la potestà necessaria per esercitare il loro ufficio pastorale (*munus pastorale*). Allora ci troviamo con due soggetti che godono di tutta la potestà di governo necessaria per l'esercizio del loro *munus regendi*²⁴.

²⁴ Il sesto principio di riforma del CIC accennava a quest'unità: «Certamente la potestà è una e risiede nel Superiore, Supremo e inferiore, [...] ed è completa nel rispettivo ambito. Il fatto che la potestà competa tutta intera a ciascuno per il servizio della comunità che gli è stata affidata, conferma l'unità della potestà e nessuno dubiterà che

Il can. 135 stabilisce che «La potestà di governo si distingue in legislativa, esecutiva e giudiziale». La norma riconosce un punto comune, la potestà di governo, in tre attuazioni diverse, come sono, appunto, la determinazione di una norma, la decisione di una causa e l'esecuzione di un atto di governo.

Questa distinzione risponde a una lunga tradizione della teoria politica, che trova già le sue radici nei filosofi greci, nella continua ricerca di quale sia la forma di governo più adatta per i popoli. Già Polibio nella sua teoria dell'*anaclosi* affermava che le forme di governo conosciute degeneravano l'una verso l'altra formando un ciclo dove la monarchia, l'aristocrazia e la democrazia, avevano la tendenza ad elevarsi ad esempio di virtù e a degenerare verso la tirannia, l'oligarchia e l'anarchia. Concludeva che la forma ideale era quella romana perché comprendeva in se il principio fondamentale di ognuna delle tre, introducendo contemporaneamente un equilibrio affinché la virtù di un principio (potere o forme di governo) potesse equilibrare il vizio dell'altro²⁵. Nondimeno altri autori lungo la storia hanno riflettuto sul tema, tra i quali forse il più attinente al nostro tema è il Montesquieu, che propugnava il bisogno di stabilire un equilibrio del potere distribuendolo tra diversi organismi, in modo tale che nessun potere prevalga sull'altro²⁶.

La questione sulla distinzione delle funzioni non è una distinzione meramente formale ma che sembra abbia un fondamento nella natura umana²⁷. Ma, mentre nella filo-

tale unità giovi moltissimo per la cura pastorale dei sudditi. L'uso di tale potestà nella Chiesa non può tuttavia essere arbitrario: lo vieta il diritto naturale, come pure il diritto divino positivo e il diritto ecclesiastico stesso». *Communicationes* 1 (1969) 82.

²⁵ Cf. R. MARTÍNEZ LACY, «La constitución mixta de Polibio como modelo político», *Studia Historica. Historia Antigua* 23 (2005) 376-377.

²⁶ Cf. C-L DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi*, Milano 1967, XI, 6; e XIX, 207.

²⁷ Cf. E. LABANDEIRA, *Tratado de derecho administrativo canónico*,

sofia politica appena accennata, la distinzione di funzioni e la distribuzione di esse in diversi organismi aveva come scopo quello di evitare che un potere si erigesse a tirano sugli altri, nella Chiesa questo criterio non trova un sostegno che sia consono con la natura del potere, perché nella Chiesa, fondata da Cristo, il potere è uno strumento a servizio del suo fine ultimo che è la salvezza delle anime.

Tornando al CIC possiamo vedere che il can. 135 non soltanto distingue le funzioni ma anche stabilisce un punto in comune: il principio di legalità che deve guidare la loro attuazione, cioè che dev'essere secondo il modo stabilito dalla legge. Il controllo dell'attuazione di tale principio nella Chiesa, però, non può essere inteso come nella società civile. Mentre il Sommo Pontefice agisce senza un vero controllo sulla legalità al di sopra di se stesso, a livello inferiore il controllo sulla legalità viene esercitato da un altro, in quanto si dà la possibilità di un giudizio degli atti di governo delle diverse funzioni nei livelli superiori. Così nessuna legge particolare potrebbe contraddire una legge universale, il decreto del Vescovo può essere sottoposto al ricorso gerarchico e la sentenza di prima istanza può essere appellata al tribunale superiore. Così, a differenza dello stato, nella Chiesa la potestà di governo si esercita nell'unità della persona che la esercita e tende naturalmente alla pienezza dell'unità nella comunione dei fedeli.

Il problema che si presenta è all'interno proprio di quest'unità. Il principio di unità non vuol dire necessariamente che si possa esercitare in modo confuso e senza regolamentazione, «al contrario, si può dire piuttosto che la razionalizzazione della funzione di governo ecclesiale viene richiesta per la sua stessa natura e finalità»²⁸.

Pamplona 1993², 2-4. L'autore cita l'Enciclica *Pacem in terris* 10 di Giovanni XXIII e la Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes*, 75, del Concilio Vaticano II, per fondare la sua affermazione.

²⁸ J. MIRAS – J. CANOSA – E. BAURA, *Compendio di Diritto Amministrativo Canonico*, Subsidia canonica 4, Roma 2007, 36.

Il settimo principio per la riforma del codice, approvato nel Sinodo dei Vescovi di 1969, metteva in risalto il bisogno di curare i processi per tutelare i diritti dei fedeli. A questo scopo è «necessario che si distingua chiaramente le varie funzioni legislative, amministrativa e giudiziale, e che si definisca con precisione quali funzioni debbano essere singolarmente esercitate dai vari organismi»²⁹. La linea direttiva offerta dal Sinodo intendeva la distinzione delle funzioni e la non necessità, in quanto supponeva la decentralizzazione, che queste fossero svolte dallo stesso organo³⁰.

Il can. 135 fece sua tale distinzione tra le funzioni che poi saranno regolate dall'intero codice. Si possono distinguere, tenendo conto delle norme, secondo: a) gli atti con cui si pronunciano: la funzione legislativa attraverso le leggi, la funzione amministrativa attraverso i decreti, la funzione giudiziale attraverso le sentenze; b) le procedure che ogni funzione deve seguire: i processi giudiziari regolati dal Libro VII, le procedure amministrative specialmente regolate dal libro I e dal Libro VII; c) gli organi che svolgono ogni funzione: il Papa come legislatore universale e il Vescovo come legislatore particolare, essi stessi e in più le loro curie per la funzione esecutiva e il tribunale per la funzione giudiziarie³¹.

Apparentemente questa distinzione sembra chiara ma ci rendiamo conto che nella realtà non lo è altrettanto, per-

²⁹ *Communicationes* 1 (1969) 83.

³⁰ Si veda anche J. MIRAS – J. CANOSA – E. BAURA, *Compendio di Diritto* (cf. nt 27), 36. Nello stesso senso Arroba Conde afferma che la radice comune tra le funzioni non deve «offuscare le profonde differenze tra la potestà giudiziale e la potestà amministrativa». In «Apertura verso il processo amministrativo di nullità matrimoniale e diritto di difesa delle parti», *Apollinaris* 75 (2002) 748. Si veda anche A. BUNGE, *Las claves del código. El libro I del Código de Derecho Canónico*, Buenos Aires 2006, 273.

³¹ Cf. J. MIRAS – J. CANOSA – E. BAURA, *Compendio di Diritto* (cf. nt 27), 36-37.

ché lo stesso organo di governo (Romano Pontefice e Vescovi), che possiede anche le altre funzioni, di fatto emana direttive di carattere universale che hanno il valore di legge (decreti generali), o porta avanti veri processi (processo penale, scioglimento dei vincoli in *favorem fidei*, nullità dichiarate dalla Segnatura Apostolica)³².

A questo punto la scelta è quella o di abbandonare ogni pretesa di distinzione o seguire il criterio meramente formale che abbiamo visto, ma non soddisfa, o si cerca di avere un altro criterio.

Crediamo, senza la pretesa di essere originali, che il problema non si trovi né nell'organo che esercita le funzioni né nella procedura utilizzata per gli atti di governo. Ci sembra che si debbano considerare le funzioni prima ancora come *attività* concreta che si svolge, poi, in un secondo momento, prendere in mano gli altri criteri presentati. Lasciando da parte la funzione legislativa che offre meno problemi, ci fermiamo a presentare alcune distinzioni della funzione giudiziale e di quella amministrativa.

Un elemento tipico dell'attività giudiziale è l'applicazione concreta delle leggi ai conflitti, che in forma più o meno diretta, poggiano sull'esistenza o meno di diritti soggettivi controversi e che esige una definizione da parte dell'autorità. Quest'attività si esprime attraverso le sentenze, più frequentemente, o i decreti giudiziali (can. 1720 del processo penale o il can. 1692 sulla separazione dei coniugi). Una prova della loro identica attività si trova nell'obbligo di chi dirige il processo di seguire il principio del contraddittorio, il rispetto del diritto alla difesa, la possibilità del ricorso all'autorità superiore. In quest'attività, sia il giudice sia l'Ordinario, per decidere il diritto in que-

³² «Si dovrebbe quindi scetticamente concludere che non si danno precisi criteri per distinguere nettamente fra loro gli atti della *potestas regiminis* per attribuirle all'una o all'altre delle funzioni sovrane». E. GRAZIANI, «La giustizia amministrativa nel processo canonico», *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* 12 (1974) 485.

stione, devono giungere alla certezza morale, la quale però deve ovviamente poggiare su ciò che è presente necessariamente nel processo³³. La giustizia inoltre, è un diritto delle parti, per cui esso stesso fonda il loro diritto all'appello quando, sulla base anche nei fatti provati, ricorrono al tribunale o all'autorità superiore.

In questo senso crediamo che il fatto che una procedura possa essere più o meno completa o sommaria non cambi la natura delle cose. Basta che ci siano gli elementi minimi stabiliti per i processi, come abbiamo già detto, perché si possa parlare di attività giudiziale e non amministrativa³⁴.

L'attività amministrativa, da un altro canto, ha come missione primordiale ed immediata vegliare per gli interessi della comunità, con particolare riguardo alla giusta integrazione ed armonizzazione delle esigenze personali dei fedeli nell'ambito delle superiori e complesse esigenze del bene comune, provvedendo ad opportune deroghe di quest'ultime in presenza di cause giuste³⁵.

³³ Questo punto che risulta chiaro per il processo giudiziario viene anche applicato al processo extragiudiziario, il quale non può fondare il decreto decisorio (can. 1720 §3) se non nelle prove che sono state presentate al reo affinché possa preparare convenientemente la sua difesa. Cf. D.G. ASTIGUETA, «La procedura extragiudiziale penale», in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO Canonico, ed., *Il diritto nel mistero della Chiesa. IV. Prassi amministrativa e procedure speciali*, Quaderni di Apollinaris 20, Roma 2014, 297.

³⁴ Curiosamente Arroba Conde, citando l'opera di L. Bernardini, *Ancora sulla procedura «brevior»*, mostra come già con il Motu Proprio *Causas Matrimoniales*, si domandava se il decreto di ratifica e la procedura abbreviata avessero natura giudiziale o amministrativa. Cf. «Apertura verso il processo amministrativo» (cf. nt. 29), 753 (si veda la nota 20).

³⁵ M. ARROBA CONDE, «Apertura verso il processo amministrativo» (cf. nt. 29), 749. L'autore segue in questo tema E. LABANDEIRA, *Tratado de derecho administrativo canónico* (cf. nt. 26), 129 e J. GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali del codice di diritto canonico*, Roma 2002, 494ss.

Corrisponde all'Ordinario l'applicazione delle decisioni prese nell'attività giudiziale (ad esempio cann. 1348 e 1350), o attuare la giusta discrezionalità che il Codice gli concede in quanto autorità esecutiva, per cercare di mantenere l'equilibrio tra ciò che è richiesto dal bene comune e il bene dei singoli. È in questo senso che si avvale dei decreti, delle dispense e dei privilegi. Mentre la decisione giudiziale si fonda sulla certezza morale ottenuta *ex actis et provatis*, la decisione esecutiva si fonda su una visione generale del rapporto legge-soggetto. In questi casi la decisione, sebbene sia preceduta dall'intervento del fedele (in forma di richiesta), non può essere intesa allo stesso modo che il diritto alla difesa, ma piuttosto il diritto del fedele di chiedere ai pastori quanto gli sia necessario per la sua vita di fede (can. 213)³⁶. In questi casi, i fedeli non hanno diritto a ricevere ciò che chiedono perché si tratta di un atto grazioso. Certamente potrebbero ricorrere al Superiore ma in qualità sempre di una grazia richiesta.

Come si può osservare, l'attenzione si concentra sul rapporto esistente tra richiesta del fedele, il suo intervento nella formazione della decisione, e il fondamento sul quale tale decisione deve poggiare. Se la richiesta parte da un diritto in conflitto, se la persona deve essere ascoltata e la decisione fondata su ciò che è presente negli atti, allora senz'altro siamo in presenza di un atto giudiziale, anche se la veste sia quella propria degli atti amministrativi (decreto, superiore, ricorso, ecc.)³⁷.

³⁶ Cf. M. ARROBA CONDE, «Apertura verso il processo amministrativo» (cf. nt. 29), 749-750.

³⁷ Su questo aspetto P.A. Bonnet metteva in risalto che l'attività giudiziaria tende a «mettere in atto il diritto quando vi sia uno stato di incertezza, vera o presunta, che renda controversa la normativa effettivamente applicabile al caso concreto». «Il processo documentale» (cf. nt. 19), 90. Curiosamente l'autore finisce nel suo articolo riferendosi al processo documentale che sebbene sia giudiziario per la sua natura formale, tuttavia nella sostanza sia amministrativo per il fatto di essere fondato sul *notorio*. *Ibid.*, 92.

Se ci domandassimo, a questo punto, se il processo *bre-vior* può avere carattere amministrativo, la risposta non può essere che negativa, non perché così lo vediamo riflesso attraverso la procedura prevista dalla legge, ma, fondamentalmente, perché, tenendo conto della distinzione presentata, non si può dire che ci siano veramente processi amministrativi veri e propri. Sono *procedures* diverse ma l'*attività* svolta ha carattere fondamentalmente giudiziale. In questo senso possiamo ipotizzare che la potestà messa in atto anche nei processi amministrativi, dove si dirimono diritti soggettivi, sia solo giudiziale e non esecutiva. E questo sembra essere un'esigenza della natura della materia sulla quale si deve decidere che, nei casi di nullità del matrimonio implicano un conflitto di diritti soggettivi³⁸.

Tenendo conto di quanto abbiamo presentato finora, vogliamo tornare all'affermazione che troviamo nella introduzione del *Motu proprio* che «le cause di nullità del matrimonio siano trattate per via giudiziale, e non amministrativa». Come abbiamo volutamente mettere in risalto all'inizio, sembra contraddittoria quest'affermazione con la realtà regolata dal Codice e da altre leggi. Se la Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli o la Segnatura Apostolica o lo stesso Pontefice possiedono e attuano la facoltà per intervenire amministrativamente sulla nullità canonica del matrimonio, non si può capire l'affermazione del *Motu proprio*. Senza però forzare il testo, crediamo che

³⁸ Ci sembra di cogliere la differente potestà in questo testo: «L'oggetto immediato di questi processi (amministrativi) è la sospensione o modifica dell'atto amministrativo; l'interessato inquadra quindi la sua pretesa in base all'origine del conflitto (l'atto di autorità di cui si pretende la modifica), e non direttamente in base alla categoria (veri diritti o mere pretese legittime) che hanno i beni soggettivi che egli ritiene compromessi dalla decisione dell'autorità. Mettendo in primo piano l'origine del conflitto, i processi previsti dal canone (c. 1400 §2) sono due: il ricorso gerarchico al superiore o al tribunale amministrativo». M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale* (cf. nt. 6), 54.

la si possa interpretare dicendo che la nullità matrimoniale non può essere determinata se non attraverso una «attività giudiziale» che possa offrire tutte le garanzie del giusto processo in quanto viene rispettato il giusto contraddittorio e la salvaguardia della verità.

5. La natura giuridica come *ratio essendi*

Quando ci siamo domandati cosa vuol dire la natura giuridica di un istituto giuridico abbiamo riscontrato che la risposta riconosce diversi livelli di analisi della realtà da esaminare. Nel paragrafo precedente ci siamo imbattuti con la natura come genere prossimo e differenza specifica tipica partendo dalla domanda «cosa è?». Ci siamo lasciati portare dall'analisi sui diversi tipi di processi per trovare quelli che si avvicinano al processo *brevior* per verificare non solo le somiglianze ma anche le differenze. Infine, la riflessione ci ha condotto sulla strada dell'analisi di ciò che fa sì che un processo sia giudiziale o amministrativo.

L'ultimo elemento che dobbiamo affrontare, riguardo alla natura giuridica del processo *brevior*, riguarda la sua *ratio essendi*. Abbiamo detto che si tratta del «perché trascendentale che ci rende chiaro un istituto, le forme pure di valore da dove proviene»³⁹. Anche qui dobbiamo soffermarci per assimilare questo concetto. Come giunge a noi un istituto può essere capito come la genesi storica, il processo che ha portato a che un istituto, pur derivando da altri, riceve un'identità che lo rende se stesso. Può anche essere capito come i motivi precisi che hanno spinto il legislatore a intervenire nel sistema giuridico per dargli un posto tra tutti i processi. Finalmente, prendendo le mosse di tutti e due gli enunciati precedenti, ci si domanda come questi elementi si rendano giuridicamente riscontrabili al di là di una mera ricerca teorica.

³⁹ Si veda a pagina 5. Il testo si trova nella nt. 13.

L'introduzione al *Motu proprio* ci offre due punti di partenza, come cornice teologica, che impregnano tutto l'ordinamento. In primo luogo la comprensione che la Chiesa ha acquisito lungo gli anni, approfondendo le parole di Cristo, del valore della indissolubilità del vincolo matrimoniale. Questo ha portato alla Chiesa a prevedere un modo efficace che possa offrire le garanzie necessarie per accertare la validità o meno del matrimonio.

Un secondo punto parte dalla considerazione che la Chiesa nella sua essenza è immutabile, ma si esprime attraverso le sue istituzioni giuridiche, che ne sono, tuttavia, un'espressione temporale e per tanto mutabili nel tempo. Pertanto, data la natura sacramentale della Chiesa (LG 1 e 8) non si può dire che ciò che è mutabile, relativo, storico, sia irrilevante riguardo a quello che è immutabile. Essenza e forme non vengono identificate ma nemmeno totalmente staccate⁴⁰. Il tutto, però, deve essere al servizio della salvezza concreta delle anime, nel momento storico salvifico che esse vivono, perciò ecco che il momento attuale, la realtà concreta delle anime, spinge il legislatore a cercare forme nuove per evitare una sclerosi, un invecchiamento del diritto che lo renda estraneo alla realtà concreta dei bisogni dei fedeli. Questa è la dinamica naturale del diritto, non solo della normativa canonica, che sempre aggiornandosi deve rincorrere la realtà per rispecchiarla⁴¹.

⁴⁰ «Inoltre si deve tener presente che non esiste una forma storica che rispecchi perfettamente ed esaurientemente l'essenza della Chiesa... Come non possiamo considerare l'essenza della Chiesa se non nella sua forma istituzionale storica concreta e nello stesso tempo comprendere quest'ultima se non a partire e in funzione della prima, così non possiamo considerare il diritto divino se non nella sua espressione, sebbene frammentaria e limitata, nel diritto ecclesiale positivo, e quest'ultimo se non a partire e in funzione del primo». G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale*, Cinisello Balsamo – Roma 2014⁵, n. 19.

⁴¹ Cf. P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale e pluralismo canonico. Studi sul processo canonico*, Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico. Sezione canonistica 22, Torino 1998, 4.

Ecco che l'introduzione ci mette davanti a dei punti cardinali che sono in tensione tra di loro: indissolubilità e la situazione delle parti, essenza e forme, norme e realtà, quello che permane e quello che deve adattarsi. Tensione che si rende creatrice perché permette al diritto di cercare di evolversi, anche con il pericolo di sbagliare, verso un'efficacia maggiore.

Nella ricerca di offrire una risposta questa evoluzione, come abbiamo detto lungo questa riflessione, aveva già avuto le sue manifestazioni, specialmente dopo il Concilio, nella ricerca di procedure più brevi tenendo conto di situazioni che così lo richiedevano. La stessa introduzione mostra il bisogno concreto storico di rispondere alla realtà di tanti matrimoni che sono nulli, ai quali però la agire dei tribunali risulta lontano; agire che rimane anche lontano dall'agire del Vescovi, che hanno di fatto e di diritto affidato la funzione giudiziale agli specialisti.

Senza perdere di vista l'obbligo di custodire il vincolo matrimoniale, si propone una nuova forma di affrontare certo tipo di nullità. Abbiamo già accennato, come di fatto risulta evidente a tutti coloro che hanno riflettuto su questa materia, alla celerità e snellimento della procedura togliendogli quasi tutte le solennità proprie del processo ordinario. Si tratta di una questione meramente opportunistica? Certamente possiede un elemento di politica legislativa, soggetta alla discrezionalità del legislatore, ma esiste una verità che sorge dalla realtà per rendersi viva: si tratta di un'esigenza della giustizia stessa. La giustizia nasce dall'*evidenza* della nullità che emerge dai fatti e dalle persone e dalla verifica di tale evidenza sorge l'urgenza di un trattamento *celere*⁴². Questo bisogno di giustizia, quando la nullità è evidente,

⁴² Cf. G.P. MONTINI, «L'accordo dei coniugi quale presupposto del *processus matrimonialis brevior* (can. 1683, 1° MI)», *Periodica* 105 (2016) 404. Servono per indicare criteri di evidenza gli esempi presentati da C. DE DIEGO LORA, «El proceso documental del nuevo Codex Iuris Canonici», *Ius Canonicum* 23 (1983) 668-670.

rende inutile, e dunque del tutto ingiustificata, un'ampia corposità formale del rito, che in questi casi pertanto costituirebbe non una salvaguardia, ma, a causa della sua stessa superfluità, un'offesa della giustizia, e quindi della carità⁴³.

È qui che ci sembra trovare la vera *ratio essendi* del processo *brevior*. Non si tratta della celerità (modo), non si tratta dell'ordinamento del processo (la normativa), non si tratta nemmeno dell'accudire al problema dei matrimoni falliti (motivazione pastorale), ma di quell'*evidenza* che, come valore, fonda la sveltezza del suo andamento⁴⁴. È dalla giustizia che nasce dall'evidenza che viene fuori la forza che esige il rispetto per la celerità e per l'osservanza della norma come prevista dal legislatore.

In conseguenza si deve osservare con fedeltà la semplicità degli atti rispetto alla verità evidente che sorge dai fatti. Tutti gli scrupoli che si possano verificare al riguardo, cercando di accertare la nullità cercando la certezza «assoluta», oltre lo spirito della legge, sarebbe non solo uno sbaglio ma un atto di ingiustizia. Nello stesso modo, chi non osservasse le minime forme, i pochi requisiti presenti nella legge sul fondamento di una propria convinzione o su altre ragioni, non sarebbe fedele allo spirito del Vangelo circa l'indissolubilità del vincolo matrimoniale.

Un secondo punto riguarda la presenza del Vescovo come giudice e pastore. Nei punti II-III dell'introduzione si presenta il desiderio di recuperare la figura del Vescovo come giudice e questo come una concretizzazione di quanto il Concilio Vaticano II ha affermato riguardo alla *portio Populi Dei* affidata al Vescovo con tutta la potestà necessaria per la cura pastorale (CD 11). Raccomanda for-

⁴³ P.A. BONNET, «Il processo documentale» (cf. nt. 19), 80.

⁴⁴ Se dall'evidenza sorge che i coniugi vivono una situazione di ingiustizia, e operare tale riforma in funzione della giustizia è lo scopo del processo, si vede che il fine della giustizia, sarebbe la vera *ratio essendi* secondo S. Tommaso. Cf. *Summa Theologie*, I-II, q. 1, art. 1, c.

temente la norma che non sia affidata agli ufficiali della curia, specialmente per il processo *brevior*, il trattamento delle cause. Già Pio XII affermava che «lo Spirito Santo chiama i vescovi non di meno all'ufficio di giudici»⁴⁵. Pensare perciò che questo ufficio non sia al servizio delle anime, sarebbe considerarlo al di fuori dei fini e dell'unità di azione tipici della Chiesa⁴⁶.

La pastoralità richiesta dalla norma e dal magistero non si trova solo nel fatto che il giudice sia un sacerdote, ma fondamentalmente nell'applicazione delle norme che proteggono sia la realtà ferita dei fedeli ma anche la realtà istituzionale del vincolo matrimoniale⁴⁷.

La pastoralità si rende evidente nell'avvicinamento dei fedeli al processo e del processo ai fedeli. In questo senso il desiderio della legge è che il Vescovo sia vicino ai fedeli, non declinando il suo compito agli operatori del tribunale, anche se sempre rimane questo pericolo data la mancanza di formazione canonica dei Vescovi. Nello stesso tempo, si chiede, infine, per quanto sia possibile, di far sì che il processo sia gratuito, come manifestazione dell'amore gratuito di Cristo.

6. Conclusione

Alla fine di queste riflessioni che ci hanno fatto camminare lungo il Codice, vorremmo fare solo alcune considerazioni riguardo al processo *brevior*.

⁴⁵ Pio XII, «Allocuzione ai Prelati della Sacra Rota Romana, del 29 ottobre 1947», *AAS* 39 (1947) 497.

⁴⁶ Cf. Pio XII, «Allocuzione ai Prelati della Sacra Rota Romana, del 4 ottobre 1944», *AAS* 36 (1944) 289.

⁴⁷ Cf. J.L. ACEBAL LUJÁN, «Principios inspiradores del derecho procesal canónico», in J. MANZANARES, ed., *Cuestiones básicas de derecho procesal canónico. XII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Madrid 22-24 abril de 1992*, Salamanca 1993, 22-23.

La prima considerazione è che questa procedura non è uno *strumento magico*, taumaturgico, che evita tutti i problemi delle nullità matrimoniali⁴⁸. Il fatto di una brevità e scarsità di solennità non vuol dire che non ci siano per niente o che si possano abbandonare tutte le formalità che la tradizione canonica ci offre. Le poche determinazioni nascono, come abbiamo appena accennato, in funzione della difesa delle garanzie che la dichiarazione di nullità necessita. Sono di meno perché l'evidenza della causa di nullità dispensa da tutto ciò che il sistema del processo ordinario esige, ma questo non può essere occasione per scorciatoie processuali che finiscono per impoverire il processo e tradiscono lo spirito della legge.

Inoltre, solo quei casi per cui si è pensato questo processo possono essere trattati con questa via processuale. Cercare di applicare ai casi non evidenti è un modo velato di facilitare un divorzio.

Una seconda considerazione riguarda *la reale fatica* che questo processo, perché possa funzionare bene, suppone. Toccherà al Vicario Giudiziale condurre l'indagine previa per raccogliere, ordinare, approfondire e completare tutta l'informazione in modo tale che arrivi al Vescovo con «l'evidenza» chiara e manifesta⁴⁹. Sembra percepire sotto alcuni interventi, specialmente di chi non lavora nei tribunali o non è canonista, che questo tipo di processo viene trattato come una «macchina automatica spendi-bibite». Dimenticano che il processo ha una finalità molto precisa, riguardo alla verità. Che questa verità possa essere

⁴⁸ Cf. A. STANKIEWICZ, «Il processo contenzioso orale», in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Studi Giuridici 27, Città del Vaticano 1992, 28-29.

⁴⁹ Di particolare importanza risulta il lavoro previo o investigazione preprocessuale da fare in parrocchia attraverso dei fedeli che sanno di diritto canonico e possono aiutare i coniugi ad avvicinarsi al tribunale con una richiesta accurata e precisa. Cf. C. GARCÍA PEÑA, «El nuevo proceso» (cf. nt. 19), 578.

più evidente non significa che non si debba «tradurre» in linguaggio giuridico, che non si debba lavorare fortemente per servire veramente la verità.

Una terza considerazione riguarda il *contraddittorio*⁵⁰. Come abbiamo messo in rilievo⁵¹, il contraddittorio risulta essenziale al processo, almeno come possibilità, perché questo possa garantire la ricerca della verità più completa. In questo senso, il ruolo del Difensore del Vincolo se dimostra imprescindibile. La legge prevede che il Difensore del Vincolo, presenti le sue osservazioni sul materiale preparato dal Vicario Giudiziario. Dal testo del can. 1687 §1 non si evince che queste osservazioni debbano essere per forza in opposizione alla nullità, possono pertanto essere anche conformi a quanto presentato dai coniugi. Un ruolo fondamentale, che esigerà certo una grande maturità canonica e libertà personale, per il fatto, specialmente, che è colui che può presentare l'appello della sentenza⁵². Se il Difensore rinunciassse al ricorso per non opporsi al Vescovo, non renderebbe un servizio alla verità e alla giustizia.

⁵⁰ In relazione al contraddittorio del processo documentale si afferma: «En rigor, no hay que confundir solemnidades del procedimiento con la exigencia ineludible de que sea imprescindible que haya de nacer la relación procesal por la citación de las partes y el Defensor del vínculo; y, además, que estos sean oídos en sus alegatos y atendidos en las pruebas que propongan, siempre que sean pertinentes, es decir que afecten al capítulo de nulidad planteado, a su posible dispensa, y a los vicios que el documento certificativo pueda adolecer». C. DE DIEGO LORA, «El proceso documental» (cf. nt. 41), 671.

⁵¹ Si veda nella pagina 6.

⁵² Si tenga conto che si possono verificare due situazioni diverse: a) che il Vescovo non raggiunge la certezza morale e emette il decreto di rinvio al processo ordinario, b) che la sentenza dichiara la nullità, nel qual caso non saranno i coniugi a presentare l'appello, ma resterà solo il Difensore del Vincolo come unica parte a opporsi a tale decisione. Ne segue che il ruolo di questo ufficiale è fondamentale ai fini della giustizia.

Infine, come abbiamo visto finora, il processo *brevior* risulta una sfida per gli operatori nei tribunali affinché rispettino l'intuizione positiva del Sommo Pontefice, il che richiederà certamente il fare esperienza di applicazione di tale processo, ma sempre nella fedeltà alla legge.

DAMIAN G. ASTIGUETA, S.J.