

**LA PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI, LA «CONCLUSIO IN CAUSA» E LA
DISCUSSIONE DELLA CAUSA
(Istruzione «*Dignitas connubii*», Titolo IX, artt.
229-245).**

Ancora sul diritto di difesa delle parti in causa *

1. Introduzione

1.1. Il diritto di difesa delle parti in causa e la pubblicazione degli atti. Cenni preliminari

1.2. La profonda diversità del processo di nullità del matrimonio secondo che vi partecipino o no veri avvocati. La questione dell'«amministrativizzazione» del processo matrimoniale

2. La pubblicazione degli atti (cap. 1, artt. 229-236)

2.1. Circa il momento “normale” per rendere pubblici gli atti «relativi al merito della questione o “atti di causa”», in particolare le prove (art. 229 § 1 collato cum artt. 134 e 159). Il diritto di difesa al servizio dell'accertamento della verità entro tempi ragionevoli (art. 72)

2.1.1. La pubblicazione degli atti nel CIC 1917

2.1.2. La pubblicazione delle singole prove appena prodotte

2.2. I titolari del diritto di conoscere gli atti «non ancora noti» e a “ristudiare” quelli già visti (DC, art. 229 §§ 2 e 3)

2.3 Il titolare dell'obbligo di far conoscere gli atti processuali (DC, art. 229 § 4)

2.4. La segretezza di «qualche atto» (DC, art. 230)

2.4.1. Circa i motivi del problema

2.4.1.1. La pastoralità delle cause di nullità del matrimonio e il rispetto del “foro esterno”

2.4.1.2. La liceità delle prove e la giurisdizione statale. Cenni sulla «privacy» in ambito processuale

* Relazione al Corso *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione «Dignitas connubii»*, organizzato dall'Arcisodalizio della Curia Romana e dall'Associazione Canonistica Italiana, Roma, 7 dicembre 2006. In P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii»*. Parte terza: la parte dinamica del processo, Libreria Editrice Vaticana, 2008, pp. 509-558.

2.4.2. Condizioni per la legittimità della segretezza operata dal decreto giudiziale

2.5. La tutela del diritto di difesa delle parti pubbliche e private

2.5.1. La nullità della sentenza (DC, art. 231)

2.5.2. L'obbligo dei coniugi «de secreto servando» (DC, art. 232)

2.5.3. La sede in cui esaminare gli atti (art. 233)

2.5.4. La pubblicità dell'atto segreto per i titolari della capacità «postulandi». Il problema nella fattispecie dell'autotutela (artt. 234 e 235)

2.5.4.1. La determinazione giurisprudenziale della cosa giusta: la non "assolutizzazione" del "garantismo processuale"

2.5.4.2. L'accettazione non "meccanicista" dell'art. 234 e l'utilizzo del concetto di certezza morale

2.5.4.3. Il diritto "assoluto" dell'avvocato di conoscere la prova segretata (art. 234), e quello "relativo" di ottenerne copia (art. 235)

2.5.4.4. Il diritto delle parti pubbliche di conoscere tutte le prove segretate

2.5.4.5. La situazione nella fattispecie dell'«autotutela»

2.6. Il completamento dell'istruttoria ad istanza di parte e l'obbligo della nuova pubblicazione degli atti (art. 236)

3. La «conclusio in causa»: concetto ed effetti processuali (cap. 2, artt. 237-239)

3.1. L'inquisitorialità istruttoria del processo di nullità del matrimonio consente la modifica «ex officio» della formula del dubbio?

3.2. L'inesistenza dei termini perentori nelle questioni di merito nel processo di nullità del matrimonio là dove vi siano seri motivi per la loro proroga

3.3. L'obbligo del giudice di pronunciarsi sul merito e l'intervento del terzo

4. La discussione della causa (cap. 3, artt. 240-245)

4.1. Natura dell'obbligo delle «defensiones» delle parti private (il «restrictus responsionis») e delle «animadversiones» del difensore del vincolo («separatim» e con dibattimento orale: l'immediatezza processuale). Il diritto del difensore del vincolo di parlare per ultimo (artt. 240, 242-244)

4.2. La valenza non formalistica del principio «quod non est in actis, non est in mundo» e la ricerca dell'armonia fra la celerità del processo e il raggiungimento della certezza morale (artt. 241 e 245)

SOMMARIO: 1. Introduzione. 1.1. Il diritto di difesa delle parti in causa e la pubblicazione degli atti. Cenni preliminari; 1.2. La profonda diversità del processo di nullità del matrimonio secondo che vi partecipino o no veri avvocati. La questione dell'«amministrativizzazione» del processo matrimoniale. – 2. La pubblicazione degli atti (cap. 1, artt. 229-236). 2.1. Circa il momento “normale” per rendere pubblici gli atti «relativi al merito della questione o “atti di causa”», in particolare le prove (art. 229 § 1 collato cum artt. 134 e 159). Il diritto di difesa al servizio dell'accertamento della verità entro tempi ragionevoli (art. 72); 2.1.1. La pubblicazione degli atti nel CIC 1917; 2.1.2. La pubblicazione delle singole prove appena prodotte; 2.2. I titolari del diritto di conoscere gli atti «non ancora noti» e a “ristudiare” quelli già visti (DC, art. 229 §§ 2 e 3); 2.3 Il titolare dell'obbligo di far conoscere gli atti processuali (DC, art. 229 § 4); 2.4. La segretezza di «qualche atto» (DC, art. 230); 2.4.1. Circa i motivi del problema; 2.4.1.1. La pastoralità delle cause di nullità del matrimonio e il rispetto del “foro esterno”; 2.4.1.2. La liceità delle prove e la giurisdizione statale. Cenni sulla «privacy» in ambito processuale; 2.4.2. Condizioni per la legittimità della segretezza operata dal decreto giudiziale; 2.5. La tutela del diritto di difesa delle parti pubbliche e private; 2.5.1. La nullità della sentenza (DC, art. 231); 2.5.2. L'obbligo dei coniugi «de secreto servando» (DC, art. 232); 2.5.3. La sede in cui esaminare gli atti (art. 233); 2.5.4. La pubblicità dell'atto segreto per i titolari della capacità «postulandi». Il problema nella fattispecie dell'autotutela (artt. 234 e 235); 2.5.4.1. La determinazione giurisprudenziale della cosa giusta: la non “assolutizzazione” del “garantismo processuale”; 2.5.4.2. L'accettazione non “meccanicista” dell'art. 234 e l'utilizzo del concetto di certezza morale; 2.5.4.3. Il diritto “assoluto” dell'avvocato di conoscere la prova segretata (art. 234), e quello “relativo” di ottenerne copia (art. 235); 2.5.4.4. Il diritto delle parti pubbliche di conoscere tutte le prove segretate; 2.5.4.5. La situazione nella fattispecie dell'«autotutela»; 2.6. Il completamento dell'istruttoria ad istanza di parte e l'obbligo della nuova pubblicazione degli atti (art. 236). – 3. La «conclusio in causa»: concetto ed effetti processuali (cap. 2, artt. 237-239); 3.1. L'inquisitorialità istruttoria del processo di nullità del matrimonio consente la modifica «ex officio» della formula del dubbio?; 3.2. L'inesistenza dei termini perentori nelle questioni di merito nel processo di nullità del matrimonio là dove vi siano seri motivi per la loro proroga; 3.3. L'obbligo del giudice di pronunciarsi sul merito e l'intervento del terzo. – 4. La discussione della causa (cap. 3, artt. 240-245); 4.1. Natura dell'obbligo delle «defensiones» delle parti private (il «restrictus responsionis») e delle «animadversiones» del difensore del vincolo («separatim» e con dibattimento orale: l'immediatezza processuale). Il diritto del difensore del vincolo di parlare per ultimo (artt. 240, 242-244); 4.2. La valenza non formalistica del principio «quod non est in actis, non est in mundo» e la ricerca dell'armonia fra la celerità del processo e il raggiungimento della certezza morale (artt. 241 e 245).

1. INTRODUZIONE

1.1. IL DIRITTO DI DIFESA DELLE PARTI IN CAUSA E LA PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI. CENNI PRELIMINARI

Il primo volume della presente opera sull'istr. *Dignitas connubii* (in seguito DC) è stato dedicato all'esame delle questioni assiologiche che vi sono implicate. Invece, i due successivi volumi sono stati disegnati dai curatori come un'analisi prevalentemente esegetica dell'Istruzione.

L'osservazione è particolarmente pertinente all'inizio di questa esposizione perché devo trattare i numerosi argomenti dell'intero titolo IX: "La pubblicazione degli atti, la «conclusio in causa», la discussione della causa" (artt. 229-245); ed è ben noto che la disciplina codiciale sulla pubblicazione degli atti occupa un posto principale nel sistema della tutela del diritto di difesa (cfr. can. 1598). Ebbene, sempre i curatori di quest'opera sulla DC, hanno voluto che il mio contributo al primo volume (di valenza prodromica) riguardasse proprio il diritto di difesa ¹. D'altra parte, i principi maggiormente implicati nel Titolo nono della DC riguardano l'armonica ricerca della verità e della tutela del diritto di difesa, in un processo giudiziale celere in cui siano rispettate le esigenze della genuina certezza morale canonica, tematiche tutte puntualmente esaminate dal citato primo volume ². Quindi, quest'analisi degli artt. 229-245 della DC sarà prevalentemente esegetica, anche perché, come è stato segnalato ³,

¹ Cfr. *La difesa di quale diritto di difesa nell'istr. «Dignitas connubii»?*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii». Parte Prima: I principi*, Libreria Editrice Vaticana, 2007, pp. 353-386.

² Cfr., fra gli altri, P. BIANCHI, *Certezza morale e libero convincimento del giudice*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii». Parte Prima*, cit., pp. 387-401; G. BONI, *Il diritto del fedele al giudizio*, in *ibidem*, pp. 79-184; V. DE PAOLIS, *I fondamenti del processo matrimoniale secondo il Codice di Diritto Canonico e l'Istruzione «Dignitas connubii»*, in *ibidem*, pp. 47-78; ID., *Il sistema delle nullità processuali all'interno dell'ordinamento canonico*, in *ibidem*, pp. 403-420; S. GHERRO, *Certezza e formalismo*, in *ibidem*, pp. 249-260; L. SABBARESE, *Semplicità e celerità*, in *ibidem*, pp. 261-284.

³ Cfr. C. PEÑA GARCÍA, *Introducción al Tit. IX*, in C.M. MORÁN BUSTOS - C. PEÑA GARCÍA, *Nullidad de matrimonio y proceso canónico. Comentario adaptado a la Instrucción «Dignitas Connubii»*, Madrid, 2008, pp. 391-392. Il commento dell'intero tit. IX è di Carmen Peña. Per altri studi dei disposti della DC sull'argomento, cfr. F. GIL DE LAS HERAS, *Las pruebas, las causas incidentales, la publicación y la conclusión de la causa en la Instrucción «Dignitas connubii»*, in R. RODRÍGUEZ-OCAÑA - J. SEDANO (Eds.), *Procesos de nulidad matrimonial. La Instrucción «Dignitas connubii»*, Pamplona, 2006, pp. 207-233; C. GULLO - A. GULLO, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, ed. 2, Libreria Editrice Vaticana, 2005, pp. 221-241; G. MARAGNOLI, *«Dignitas Connubii», una nuova «Istruzione» della Santa Sede sui processi canonici di nullità del matrimonio*, in *Iustitia*, 58 (2005), pp. 229-249; ID., *La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio*, in H. FRANCESCHI - J. LLOBELL - M.Á. ORTIZ (a cura di), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii». Il Corso di aggiornamento per operatori del diritto presso i tribunali ecclesiastici, Roma, 13-18 settembre 2004*, Roma, 2005, pp. 83-143; F. VEGA SALA,

il capitolo sulla pubblicazione degli atti è, probabilmente, quello in cui la DC adempie meglio la sua natura di "*Instructio*", cioè di quelle norme che, secondo recita il can. 34 § 1, "propriamente rendono chiare le disposizioni delle leggi e sviluppano e determinano i procedimenti nell'eseguirle" 4. Infatti, i precetti del solo can. 1598 vengono spiegati e precisati in ben otto articoli della DC, a dimostrazione delle molte questioni poste dal CIC 1983 nella sua applicazione alle cause di nullità del matrimonio, per quanto concerne sia l'obbligo di far conoscere gli atti processuali alle parti, sia l'eccezionale possibilità di segretare qualche atto nei confronti di uno dei coniugi, o di entrambi qualora l'atto segretato abbia origine *ex officio* 5.

Publicación de las actuaciones y derecho de defensa, in R. RODRÍGUEZ CHACÓN (Ed.), *Temas candentes de derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado (Actas de las XXVI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, 19-21 abril 2006)*, Madrid, 2007, pp. 119-148.

4 Sulla natura giuridica della DC, cfr. E. BAURA, *Il valore normativo dell'Istruzione «Dignitas connubii»*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii». Parte Prima*, cit., pp. 185-211; F. DANEELS, *Una introduzione generale all'istruzione «Dignitas connubii»*, in *Ius Ecclesiae*, 18 (2006), pp. 317-342; J. GONZÁLEZ AYESTA, *Valor jurídico de la Instrucción «Dignitas connubii» en el marco del sistema normativo canónico de fuentes del derecho*, in R. RODRÍGUEZ CHACÓN - L. RUANO ESPINA (Eds.), *Los procesos de nulidad de matrimonio canónico hoy*, Madrid, 2006, pp. 25-50; J. LLOBELL, *La natura giuridica e la recezione ecclesiale dell'istr. «Dignitas connubii»*, in *Ius Ecclesiae*, 18 (2006), pp. 343-370; G.P. MONTINI, *L'istruzione «Dignitas connubii» nella gerarchia delle fonti*, in *Periodica de re canonica*, 94 (2005), pp. 417-476; Javier OTADUY, *El principio de jerarquía normativa y la Instrucción «Dignitas connubii»*, in R. RODRÍGUEZ-OCAÑA - J. SEDANO (Eds.), *Procesos de nulidad matrimonial*, cit., pp. 45-80.

5 Detti otto articoli della DC cercano di incorporare il magistero di Giovanni Paolo II (cfr., specialmente, *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, *passim*, in particolare, nn. 2, 6, in *AAS*, 81 (1989), pp. 922-927) e di chiarire le domande e le perplessità poste dalla giurisprudenza e dalla dottrina. La norma infatti risponde alle domande poste, ad es., da S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 105/1 (1994), pp. 486-500. Cfr., inoltre (con metodi d'indagine e conclusioni non sempre condivisibili), J.L. ACEBAL LUJÁN, *El derecho de defensa en las causa de nulidad matrimonial*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. 11, Salamanca, 1994, pp. 279-306; J. BERNHARD, *A propos de la publication de la sentence dans les procédures en déclaration de nullité de mariage*, in K. LÜDICKE - H. MUSSINGHOFF - H. SCHWENDENWEIN (a cura di), *«Iustus Iudex». Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern*, Essen, 1990, pp. 387-399; P. BIANCHI, *La pubblicazione degli atti di causa:*

can. 1598, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 12 (1999), pp. 70-94; P.A. BONNET, *Processo. 13) Processo canonico: profili generali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 24, Roma, 1991, pp. 8-10; F. DANEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 ianuarii 1989 ad Rotam Romanam*, in *Periodica*, 79 (1990), pp. 243-266; ID., *De tutela iurium subiectivorum: quaestiones quaedam quoad administrationem iustitiae in Ecclesia*, 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. 175-192, in particolare sul can. 1598 pp. 189-192; G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1991, pp. 258-284; A. FARRET, *Publication des actes et publication de la sentence dans les causes de nullité de mariage*, in *Studia Canonica*, 25 (1991), pp. 115-138; Z. GROCHOLEWSKI, *I fondamenti del diritto di difesa*, in *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, 2006, pp. 7-23; C. GULLO, *Diritto di difesa o difesa del diritto? (Analisi critica della legislazione e della giurisprudenza canoniche sul diritto di difesa)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 6 (1977), pp. 294-328; ID., *Diritto di difesa: un diritto inesistente!*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2/91 (1980), pp. 236-241; ID., *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, Città del Vaticano, 1994, pp. 677-693; M.P. HILBERT, *De publicatione actorum*, in *Periodica*, 81 (1992), pp. 521-553; A. JACOBS, *Le droit de la défense dans les procès en nullité de mariage. Étude de la jurisprudence rotale*, Paris, 1998, pp. 183-219, 311-367, 471-496; G. MARAGNOLI, *Il diritto di difesa delle parti nel processo canonico: una «lettera circolare» della Segnatura Apostolica*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 871-881; A. MENDONÇA, *The Right of the Parties to Inspect the Acts and Its Relation to the Validity of a Definitive Sentence in a Marriage Nullity Process*, in *Studia Canonica*, 33 (1999), pp. 293-347; P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, ristampa aggiornata, Bologna, 1995, pp. 116-117; M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, in *Studia Canonica*, 28 (1994), pp. 123-154; F. MORLOT, *Le droit de défense, en particulier dans la publication des actes*, in *Studia Canonica*, 30 (1996), pp. 133-162; F.J. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici. Costituzione, organizzazione, norme processuali*, Roma, 1998, pp. 409-413; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *De actorum publicatione, de conclusione in causa et de causae discussione. Cann. 1598-1606*, in A. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (Eds.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1996, vol. 4, pp. 1477-1520; ID., *La tutela del derecho al proceso en las causas de nulidad matrimonial*, in *Ius Ecclesiae*, 11 (1999), pp. 41-70; C. SALINAS ARANEDA, *Notificación del decreto de publicación de las actas*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 57 (2000), pp. 239-247; D.A. SMILANIC, *The Publication of the Acts of the Case. Canon 1598 § 1, Doctrine and Jurisprudence*, Roma, 2001; A. STANKIEWICZ, *De nullitate sententiae ob vitium substantiale in actorum publicatione deque propositione querelae nullitatis incidenter in gradu appellationis*, (motiva «in iure» et excerpta ex motivis «in facto» ex decreto rotali, 28 iulii 1994, Arundellien. Brichtelmestunen.), in *Periodica*, 84 (1995), pp. 553-570; L.G. WRENN, *Right of Defense for Respondent*, in CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Roman*

Questo sviluppo normativo, teoricamente di natura meramente “esplicativa”, pone, ancora, il problema della funzione nomopoietica della giurisprudenza in ogni sistema giuridico “vivo”, nel quale, inevitabilmente, la legge contiene “lacune del diritto”, come prevede il can. 19. Al riguardo, mi sia permesso riportare un bel brano della recensione di un noto professore di diritto comparato dell’Università di Uppsala (Svezia) all’opera di un professore italiano (Mauro Cappelletti), ormai un classico del “costituzionalismo processuale comparato”: «Visto che ogni legge fatalmente comporta lacune ed oscurità, inevitabilmente il giudice assume un più deciso ruolo di “*law-maker*” al momento dell’interpretazione (o meglio dell’applicazione) di questi nuovi testi». In realtà, si tratta di una «attività normativa “integrativa”», piuttosto che un’autentica creazione del diritto. È «stata la *tecnica legislativa* più che l’aumentato numero di leggi a dare ai giudici – o perlomeno a certe corti – il nuovo ruolo di “*law-makers*” anche al di fuori dei paesi di *common law*. È l’utilizzazione di clausole generali, legislazione per obiettivi, leggi quadro, ecc. [come il disposto del can. 1598 § 1: «*iudex ad gravissima pericula evitanda aliquod actum nemini manifestandum esse decernere potest, cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat*»] – quindi piuttosto la *carezza* che la *sovrabbondanza* di regole dettagliate – che fa assumere al giudice il nuovo ruolo». Riguardo al diritto di difesa, il giudice deve assicurare che non sia meramente teorico e formale («*justice is open to all, like the Ritz Hotel*», appunta con ironia Cappelletti), bensì realmente ed effettivamente disponibile per tutti 6.

Infatti, il diritto di difesa ha un valore intrinseco, richiesto dalla dignità della persona umana. Non è un mero garantismo “illuminista” estraneo alla natura del diritto canonico. La tutela sostanziale del diritto di difesa è un’esigenza del diritto naturale, che l’Illuminismo avrebbe semmai contribuito a recuperare, sia per gli ordinamenti statali, sia per il diritto

Replies and CLSA Advisory Opinions 1992, Washington, 1992, pp. 134-138; I. ZUANAZZI, *Lo «ius ad probationes» come espressione del diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 11 (1999), pp. 71-122.

6 P.H. LINDBLOM, *A proposito di un libro già famoso: Cappelletti, «The judicial Process in comparative Perspective»*, in *Rivista di diritto civile*, 38 (1992), pp. 549, 555.

positivo della Chiesa, come Benedetto XVI ha indicato in diverse occasioni, alcune molto significative ⁷.

La consapevolezza della necessità di un detto recupero ecclesiale, riguardante il diritto dei fedeli di conoscere le prove di un processo celebrato nei propri confronti (il diritto alla pubblicazione degli atti) è palesemente riscontrabile nell'opposizione del Cardinale Primate d'Ungheria alla possibilità delle testimonianze segrete, previste dai cann. 253 e 279 dello schema del «*Liber quintus. De iudiciis ecclesiasticis*» del CIC 1917, inviato nel 1914 ai membri della gerarchia ecclesiastica affinché manifestassero le loro *animadversiones* ⁸. Il Cardinale sosteneva con chiarezza: «*testium, quorum nomina secreto servantur, fassiones ad probandam in processu veritatem nihil valent*»; «*testes secreti, nulli testes sunt, nihil probent*». Qualora dette testimonianze fossero mantenute nel codice, era necessario che la legge esigesse esplicitamente l'esistenza di un pubblico interesse e che il giudice dovesse motivare la scelta della segretezza ⁹.

⁷ Cfr. BENEDETTO XVI, *Allocuzione per l'incontro con l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*, 16/17 gennaio 2008, in www.vatican.va; il mio *Il diritto e il dovere al processo giudiziale nella Chiesa. Note sul magistero di Benedetto XVI circa la necessità di «agire secondo ragione» nella riflessione ecclesiale*, in *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 55-75.

⁸ «*Can. 253 § 2. Quoties nomina testium secreto servantur, poterunt partes quos testes suspectos habeant, denuntiare, additis suspicionis rationibus, qui inter testes excussos revera reperiantur, iudicis est suspicionis rationes attente perpendere*»; «*Can. 279 § 1. Iudicis erit ob graves causas testem admittere ad testimonium dicendum, obligata ipsi fide eius nomen reticendum iri eiusque testimonio vel aliqua ipsius parte iudicem ita tantum usurum ut a quo prolatum sit nunquam appareat. § 2. Admissa a iudice testificatione sub hac conditione, secretum semper et ubique etiam penes superiora tribunalia religiose servandum est, reticendo testium nomina praecavendoque ne indicia erumpant ex quibus manifesta fieri possit testis persona firmo praescripto can. 368. § 3. Imo in criminalibus causis vel quae societatis bonum respiciunt si probabile adsit periculum vexationis, vindictae alteriusve mali contra testes, iudex debet ex se testium nomina secreto tegere. § 4. In casibus de quibus sermo est in paragraphis praecedentibus potest iudex praecipere ut testimonium vel testimonii pars conscribatur in folio secreto servando*» («*Liber quintus. De iudiciis ecclesiasticis*», Romae, 1914, in J. LLOBELL - S. MIRALDI - P. ZUNINO, *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi, documenti e indici*, vol. 3, Milano, in corso di stampa).

⁹ Cfr. JOANNES Card. CSERNOCH, *Princeps Primas Regni Hungariae, Archiepiscopus*
btcafq

1.2. LA PROFONDA DIVERSITÀ DEL PROCESSO DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO SECONDO CHE VI PARTECIPINO O NO VERI AVVOCATI. LA QUESTIONE DELL'«AMMINISTRATIVIZZAZIONE» DEL PROCESSO MATRIMONIALE

Nel sistema del rispetto del diritto di difesa delle parti riguardante la pubblicazione degli atti, vi è una questione enormemente pratica la quale finisce per incidere profondamente sulle questioni assiologiche e non soltanto sull'applicazione delle norme processuali: la presenza o meno degli avvocati ¹⁰. Tale questione influisce sul sistema processuale giudiziario e sui suoi principi in modi molto diversi, anzi, persino contraddittori e corrosivi dell'intero impianto giudiziale, ritenuto necessario da Giovanni Paolo II e da Benedetto XVI per assicurare la valenza dichiarativa e non costitutiva dei provvedimenti sulla validità o la nullità del vincolo matrimoniale. Infatti, quando le parti non hanno una sufficiente conoscenza del diritto, la natura del loro intervento assomiglia più ad una richiesta amministrativa che non ad un processo giudiziale. È questo uno dei motivi principali del "rischio" dell'«amministrativizzazione» delle cause di nullità del matrimonio, più volte segnalato o, sempre di più, auspicato ¹¹, malgrado la ponderata decisione di Giovanni Paolo II e di Benedetto XVI di affidare alla via giudiziale il provvedimento sulla validità del

Strigoniensis, *Animadversiones in Canones Schematis Codicis Iuris Canonici, qui agunt De Judiciis Ecclesiasticis seu L. V*, sub cann. 253, 279-280, in *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917*, vol. 3, cit.

¹⁰ Cfr. C. DE DIEGO-LORA, *El derecho fundamental de los fieles a una justicia técnica letrada en la Iglesia*, in *Fidelium iura*, 3 (1993), pp. 265-280; P. MONETA, *Il diritto alla difesa tecnica nel processo matrimoniale canonico*, in *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 83-94.

¹¹ Cfr., ad es., da impostazioni molto diverse, M.J. ARROBA, *Apertura verso il processo amministrativo di nullità matrimoniale e diritto di difesa delle parti*, in *Apollinaris*, 75 (2002), pp. 745-777; ID., *Peculiarità dell'iter processuale nelle cause matrimoniali dopo l'Istruzione «Dignitas connubii»*, in J.I. ARRIETA (a cura di), *L'Istruzione «Dignitas connubii» nella dinamica delle cause matrimoniali*, Venezia, 2006, pp. 41-58; J.M^a DÍAZ MORENO, *La corta duración del matrimonio, como indicio de nulidad*, in M. CORTÉS - J. SAN JOSÉ (Coords.), *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. XVIII, Salamanca, 2007, pp. 467-486, in particolare, pp. 483-484; P. MONETA, *La procedura consensuale nelle cause di nullità di matrimonio canonico*, in *www.olir.it*, maggio 2005, pp. 1-9; S. VILLEGIANTE, *Il discorso di S.S. Benedetto XVI del 28 gennaio 2006 alla Rota apre le porte al nuovo processo matrimoniale canonico?*, in *Angelicum*, 83 (2006), pp. 685-704.

matrimonio; scelta che è pienamente consapevole sia delle difficoltà che comporta il processo giudiziario, sia della inevitabile tendenza a dare valenza costitutiva (anziché meramente dichiarativa) al provvedimento, insita nell'anzidetta «amministrativizzazione», malgrado la buona volontà di coloro che, nel proporre la via amministrativa, pensano semplicemente ad uno snellimento pastorale della procedura matrimoniale ¹². Comunque, un motivo, spesso non segnalato (forse perché non se ne è consapevoli), dell'«amministrativizzazione» e dell'insofferenza nei confronti del processo giudiziale è che il processo giudiziario necessita, essenzialmente, della presenza attiva dei coniugi nella causa (almeno di quello che è parte attrice), senza intaccare la terzietà del giudice decidente. Questo intervento attivo e rispettoso dell'indipendenza giudiziaria richiede l'attività di un esperto in diritto canonico a sostegno dei coniugi che vogliono partecipare alla causa. Perciò, l'esistenza o l'inesistenza di veri avvocati, a mio parere, ha segnato il lavoro degli autori della DC, i quali hanno dovuto

¹² Cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, in *AAS*, 98 (2006), pp. 135-138. Per quanto riguarda la volontà di Giovanni Paolo II di mantenere il processo giudiziario basti ricordare le notevoli pressioni per abrogare l'obbligo della doppia sentenza conforme e per snaturare il processo giudiziale matrimoniale, e la risolutezza con cui promosse DC con la struttura e le caratteristiche del testo promulgato (cfr. *La doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale: problemi e prospettive*, Città del Vaticano, 2003; F.G. MORRISSEY, *The proposed new Instruction for the Processing of Marriage Nullity Cases*, Conference of Chancery and Tribunal Officials, San Antonio, TX. March 18-20, 2003, *pro manuscripto*; in questo testo è pubblicato il chiamato «*Novissimum Schema 2002*» dell'istr. *Dignitatis connubii*, preparato dalla seconda Commissione, delle tre che sono intervenute per elaborare il testo promulgato).

Sulla storia del testo dei diversi progetti del documento che, alla fine, è diventato la DC, cfr. F. DANEELS, *Una introduzione generale all'istruzione «Dignitas connubii»*, cit., pp. 318-322. Come segnala l'A., dalla dottrina è dato conoscere due schemi precedenti il testo definitivo di DC: Commissio Interdicasterialis «per il primo progetto di una Istruzione sui processi matrimoniali» (1996-2000), *Primum Schema Recognitum «De processu ad nullitatem matrimonii declarandam»*, Roma, luglio 2000 (citato *Schema Recognitum 2000*); Nuova Commissione Interdicasteriale per la redazione del progetto definitivo di normativa sui processi di nullità del matrimonio (2001-2002), *Novissimum Schema*, Roma, 2002, in F.G. MORRISSEY, *The proposed new Instruction for the Processing of Marriage Nullity Cases*, cit. (citato *Novissimum Schema 2002*). È significativo lo studio del Presidente della terza Commissione: J. HERRANZ, *L'Istruzione «Dignitas connubii» e la trattazione delle cause di nullità del matrimonio nei tribunali ecclesiastici*, in *Communicationes*, 38 (2006), pp. 192-221.

applicare il codice a situazioni ecclesiali, culturali e sociali spesso antitetiche.

Da una parte, infatti, la DC tenta di esplicitare tutti gli istituti riscontrabili nella normativa e nella giurisprudenza dei dicasteri della Curia Romana per risolvere problemi posti da condizioni giuridiche che potremmo considerare "massimaliste", proprie dell'abbondanza di patroni altamente qualificati, tipiche del "primo mondo canonistico", il quale non coincide necessariamente con lo sviluppo né culturale, né economico, né, per altri versi, ecclesiale. Ad es., in Polonia esistono la Facoltà di Diritto Canonico dell'Università Cattolica di Lublino, dall'8 dicembre 1918 ¹³, e quella dell'Università «Cardinale Stefan Wyszynski» a Varsavia (dello Stato Polacco), che affonda le sue origini nell'Accademia Teologica creata nel 1954. Nel 1999 è stato creato l'Istituto di Diritto Canonico della Pontificia Accademia Teologica di Cracovia. Inoltre, l'abbondanza di vocazioni sacerdotali ha permesso che vi siano molti polacchi licenziati e dottori in Diritto canonico. Tuttavia, fino a pochissimo tempo fa, non vi erano avvocati né "di fiducia" né "patroni stabili", rimanendo, talvolta, lettera morta il diritto degli Avvocati rotali di cui alla DC, art. 105 § 2 ¹⁴. Addirittura, a manifestazione dell'incomprensione dell'importanza degli avvocati, sembrerebbe che, presso qualche tribunale, alcune volte, recentemente, siano stati nominati dei patroni (come risposta alle sollecitazioni della Segnatura Apostolica nella sua missione di vigilanza sui tribunali, in particolare in seguito al notevole incremento delle cause di nullità del matrimonio in Polonia ¹⁵) per una finalità prevalentemente formalista: quella di consentire ai rispettivi vicari giudiziali di poter riempire

¹³ Quasi immediatamente ne fu Decano Gommarus Michiels, autore dei noti commenti al CIC 1917.

¹⁴ Cfr. S. C. DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, rescritto del 23 giugno 1923, in AAS, 16 (1924), p. 105; ID., istr. *Provida Mater Ecclesia*, 15 agosto 1936, art. 48 § 4, in AAS, 28 (1936), pp. 313-361; GIOVANNI PAOLO II, *Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España*, promulgate dal m.p. *Nuntiaturae Apostolicae in Hispania*, 2 ottobre 1999, art. 41, in AAS, 92 (2000), pp. 5-17.

¹⁵ Cfr. M. DEL POZZO, *Statistiche delle cause di nullità matrimoniale 2001-2005: "vecchi" dati e "nuove" tendenze* (con diverse tabelle desunte da SECRETARIA STATUS. RATIONARIUM GENERALE ECCLESIAE, *Annuario statisticum Ecclesiae 2005*, Città del Vaticano, 2007), in H. FRANCESCHI e M.Á. ORTIZ, *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma, 2009, pp. ...

la casella riguardante gli avvocati del tribunale nell'annuale dovuto rapporto alla Segnatura **16**. Comunque, presso altri tribunali polacchi, i nuovi patroni (stabili e di fiducia) adempiono correttamente la loro mansione.

D'altra parte, la DC è stata pensata e formulata anche per tribunali senza avvocati, per quelli diocesi che si trovano in condizioni "minimaliste", nel tentativo della DC di venire incontro a quelle chiese particolari e conferenze episcopali, molto numerose, la cui situazione giuridica potrebbe essere qualificata di "terzo mondo", sebbene in altri ambiti appartengano al primo mondo **17**.

Inoltre, i dicasteri competenti della Curia Romana (nonché i tribunali locali e la dottrina) sono a conoscenza di non infrequenti abusi da parte sia di alcuni tribunali (senza distinzione di sviluppo giuridico) sia di taluni avvocati **18**. L'esegesi della norma non può non tener conto di questa profondamente diversa "sociologia canonistica" alla quale la DC tenta di porgere aiuto per applicare fedelmente la legge, a cominciare dal diritto divino sullo *ius connubii* e sull'indissolubilità, e non solo le prescrizioni processuali codiciali. Noi studiosi "romani", nelle nostre esposizioni, dovremmo essere più "cattolici" e meno "italiani" o "spagnoli", Nazioni che nella fattispecie si equivalgono sia per lo sviluppo delle strutture giudiziarie, sia per l'abbondanza di studi e pubblicazioni sul processo matrimoniale canonico in entrambi Paesi **19**.

16 «Inoltre, al fine di ottenere in tutta la Chiesa quella fondamentale unità della giurisprudenza che le cause matrimoniali esigono, è necessario che tutti i tribunali di grado inferiore guardino con attenzione ai Tribunali Apostolici, ossia al Tribunale della Rota Romana (...) e al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, al quale spetta, "oltre a esercitare la funzione di Tribunale Supremo", il compito di vigilare "sulla retta amministrazione della giustizia nella Chiesa" (*Pastor bonus*, art. 121)» (DC, *prooemium*). Cfr. SEG NATURA APOSTOLICA, *Litterae circulares Signaturae Apostolicae ad Praesides Conferentiarum Episcopaliū de Tribunalium ecclesiasticorum statu et activitate*, 28 dicembre 1970, in AAS, 63 (1971), pp. 480-486; DC, artt. 9 § 3, 10 § 4, 16 § 1, 2°, 20, 24 § 1, 69 § 2, 105 § 2.

17 Cfr. M. DEL POZZO, *Statistiche delle cause di nullità matrimoniale 2001-2005*, cit.

18 Cfr., ad es., ARCIVESCOVO MODERATORE DEL TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE, *Decreto di ammonizione di un avvocato*, 29 giugno 2006, in *Ius Ecclesiae*, 18 (2006), pp. 524-528.

19 Per un esempio della comprensibile abituale "italianizzazione" o
btcafq

2.LA PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI (CAP. 1, ARTT. 229-236)

La complessità ermeneutica del can. 1598 è dimostrata dal fatto che questo canone è stato sviluppato in ben otto articoli della DC (artt. 229-236), i quali hanno voluto sottolineare che il diritto di difesa appartiene primariamente ai coniugi, senza che sia possibile utilizzare legittimamente i loro patroni (la cui esistenza ha senso come aiuto delle parti) per affievolire il diritto dei titolari del bene oggetto della decisione (il vincolo matrimoniale). Perciò i diversi articoli della DC insistono nel segnalare che il diritto di conoscere gli atti appartiene «alle parti "e" ai loro avvocati».

2.1. CIRCA IL MOMENTO "NORMALE" PER RENDERE PUBBLICI GLI ATTI «RELATIVI AL MERITO DELLA QUESTIONE O "ATTI DI CAUSA"», IN PARTICOLARE LE PROVE (ART. 229 § 1 COLLATO CUM ARTT. 134 E 159). IL DIRITTO DI DIFESA AL SERVIZIO DELL'ACCERTAMENTO DELLA VERITÀ ENTRO TEMPI RAGIONEVOLI (ART. 72)

Art. 229 § 1. Dopo aver acquisito le prove il giudice, prima della discussione della causa, proceda alla pubblicazione degli atti (cf. can. 1598, § 1).

Art. 134 § 1. Alle parti che stanno in giudizio personalmente o tramite un procuratore si notificano tutti gli atti che per legge debbono essere notificati. § 2. Alle parti che si rimettono alla giustizia del tribunale debbono essere notificati il decreto con cui è stata stabilita la formula del dubbio, un'eventuale nuova domanda presentata, il decreto di pubblicazione degli atti e tutte le decisioni del collegio. § 3. Alla parte dichiarata assente dal giudizio si notificano la formula del dubbio e la sentenza definitiva, salvo l'art. 258 § 3. § 4. Alla parte assente a norma dell'art. 132 perché è ignoto il luogo in cui abita, non si fa alcuna notifica di atti.

Art. 159 § 1. Il difensore del vincolo e gli avvocati delle parti hanno il diritto: 1° di essere presenti all'esame delle parti, dei testi e dei periti, a meno che, limitatamente agli avvocati, il giudice, abbia stabilito per particolari circostanze di cose o di persone doversi procedere segretamente; 2° di prendere visione degli atti giudiziari, benché non ancora pubblicati, e di esaminare i documenti prodotti dalle parti (cf. cann. 1678, § 1; 1559). § 2. Le parti non possono assistere all'esame di cui al § 1, n. 1 (can. 1678, § 2).

"spagnolizzazione", nella nostra fattispecie, cfr., S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti»*, cit., p. 495; C. PEÑA GARCÍA, *Comentario al Tit. IX*, cit., pp. 391-419.

Art. 72. Giudici e tribunali provvedano affinché, salva la giustizia, tutte le cause si concludano al più presto, di modo che non si protraggano più di un anno nel tribunale di prima istanza, e non più di sei mesi nel tribunale di seconda istanza (can. 1453).

La DC, art. 88 § 1, ripete testualmente il can. 1472 § 1 in cui gli atti giudiziari sono distinti fra «quelli relativi al merito della questione o atti di causa» e «quelli attinenti alla procedura o atti del processo». La pubblicazione stabilita dal can. 1598 § 1 e dalla DC, art. 229 § 1, riguarda, prevalentemente, gli “atti di causa”. Infatti, la pubblicazione degli “atti del processo” rientra essenzialmente nell’esistenza dell’atto stesso, come, ad es., è segnalato esplicitamente dall’art. 128 sulla citazione della parte convenuta: «Se la citazione (...) non è stata notificata nei modi di legge alla parte convenuta, gli atti del processo sono nulli», tranne nelle fattispecie in cui il convenuto è presente nella causa senza tale “atto del processo”. Inoltre, la pubblicazione di cui trattiamo riguarda tutti gli “atti di causa” e non soltanto le prove di fatto prodotte. Ad es., la proposizione di una prova da parte di uno dei coniugi o del difensore del vincolo e il decreto sulla sua reiezione (cfr. DC, artt. 56, 157, 158) rientrano fra gli “atti di causa”, quantunque da essi non sia scaturita alcuna prova. Infatti, le parti (l’altro coniuge e il difensore del vincolo) che non sapevano della prova respinta, nell’apprendere un tale atto riguardante il merito della causa, possono ricordare altre prove collegate con quella rifiutata o, addirittura, riproporla al tribunale per nuovi motivi e con altri quesiti.

2.1.1. La pubblicazione degli atti nel CIC 1917

Il CIC 1917 ordinava la pubblicazione degli atti nei cann. 1858-1859. L’innovazione formale del CIC 1983 riguarda, quindi, la tutela del dovere di pubblicare gli “atti di causa”, attuata con l’esplicita sanzione irritante della violazione di detto dovere. La situazione è simile e intimamente collegata con la comminatoria, nel can. 1620, 7°, della nullità insanabile della sentenza fondata su un processo che abbia negato sostanzialmente il diritto di difesa **20**.

20 Cfr., ad es., per tutti, C. GULLO, *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, cit., pp. 677-693, *passim*.

Invero, la pubblicazione delle prove non può non essere considerata elemento “essenziale” del processo, nella linea del vigente can. 124, presente nel CIC 1917 al can. 1680 § 1: «*Nullitas actus habetur cum in eo deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt*». Infatti, è stato solennemente affermato che «*actorum publicatio est gressus in quo omnes quaestiones ad ius defensionis spectantes in luce ponuntur*» ²¹. Non intendo soffermarmi sul fatto che il generico “diritto di difesa” stia alla base dello stesso concetto di Diritto e, quindi, appartenga e sia tutelato dal diritto naturale. Basta la classica definizione romanistica della giustizia, fatta sua dalla Chiesa (l’ha usata anche Benedetto XVI nel suo primo Discorso alla Rota Romana): «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*» (*Inst.* 1, 1 § 1) ²².

Questo congruo sistema era accolto dall’impostazione “giurisprudenziale” tipica del *Corpus Iuris Canonici* e fu accolto, sin dai primi voti redatti dai consultori nel 1907 e 1908, dal CIC 1917: «*publicatio fit per traditionem, unicuique parti factam, exempli authentici et integri omnium attestationum, instrumentorum, aliarumque probationum*» ²³. Perciò,

²¹ M.P. HILBERT, *De publicatione actorum*, cit., p. 521.

²² Cfr. *Dig.* 1, 1, 10; *Inst.* 1, 1 § 3; *Isidori Hispalensis Episcopi Etymologiarum sive Originum*, 5, 25, 2-3, in <http://www.thelatinlibrary.com/isidore.html>; TOMMASO D’AQUINO, *Summa theologiae*, 2-2, q. 57, art. 4, ad 1; *ibidem*, q. 58, art. 1, co; PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 1° ottobre 1940, in *L’Osservatore Romano*, 2 ottobre 1940, n. 228, p. 1 (in G. ERLEBACH (a cura di), *Le allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana (1939-2003)*, Città del Vaticano, 2004, § 13); PAOLO VI, *Discorso alla Rota Romana*, 4 febbraio 1977, in *AAS*, 69 (1977), pp. 147-153 (in G. ERLEBACH (a cura di), *Le allocuzioni dei Sommi Pontefici*, cit., § 331), e un lungo ecc.: cfr., per tutti, BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, cit., p. 136.

²³ «*Completis auditione testium, aliisque probationibus, ad instantiam partis diligentioris, iubet iudex publicari testium attestationes, instrumenta seu scripturas, et reliquum processum (cap. 22, “De sententia et re iudicata”; cap. “Accepimus”, 4, et cap. “Contingit” 5, “De fide instrumentorum” [cfr. X.2.27.22; X.2.22.4 e 5]); quae publicatio fit per traditionem, unicuique parti factam, exempli authentici et integri omnium attestationum, instrumentorum, aliarumque probationum*» (*Voto di Many 1908 (Pars II: “De iudiciis contentiosis”, sectio I: “De iudiciis contentiosis in genere”)*, can. 166 § 1, in J. LLOBELL - E. DE LEÓN - J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1, *Cenni storici sulla codificazione. «De iudiciis in genere», il processo contenzioso ordinario e sommario, il processo di nullità del matrimonio*, Milano, 1999, pp. 644-645). «*Partes aut earum procuratores probationum receptioni adesse possunt. Quare ipsis, in quantum fieri potest, opportuno tempore communicandi*

sostenere che il diritto di difesa e la tutela dell'obbligo giudiziale di pubblicare gli atti non fossero sostanzialmente riconosciuti e protetti dal codice pio-benedettino potrebbe manifestare una considerazione parziale della successiva giurisprudenza rotale e una lettura positivista dei prescritti codiciali nei quali, senza rinunciare alla querela di nullità canonica, non pochi motivi di nullità, in particolare quelli concernenti gli "atti di causa", erano assorbiti dalle impugnazioni sul merito (l'appello, il *novum examen*, e la *restitutio in integrum*), in particolare nelle cause più frequenti e delicate: quelle sullo stato delle persone, la cui decisione non diventa mai giudicato. Infatti, il diritto al *novum examen* della causa garantiva che ogni vera ingiustizia potesse essere ripristinata dalla Rota Romana, quantunque il sistema non soddisfacesse le esigenze formali di tutela dei diritti. D'altra parte, oltre all'obbligo della pubblicazione degli atti nei cann. 1858-1859, nel regolare la prescrizione di pubblicare le nuove prove al can. 1861 § 2 indicava – quantunque in modo formalmente insufficiente – la natura irritante della violazione di detta norma: «*Si novas probationes admittendas (...) audita altera parte, cui congruum tempus concedat ut novas probationes cognoscere et se defendere possit; aliter iudicium nullius est momenti*». In una sana ermeneutica, detta indicazione non poteva non proteggere la necessità della pubblicazione iniziale stabilita dai cann. 1858-1859 24.

2.1.2. La pubblicazione delle singole prove appena prodotte

Il sistema del *Corpus Iuris Canonici* e del CIC 1917 – e della PME – rifletteva il difficile equilibrio fra la pubblicità degli atti e l'inquisitorialità istruttoria nel diffidare (chi sa se giustamente) della pubblicazione delle prove prima della fine (almeno di quella prevista) dell'istruttoria. Comunque, l'impianto normativo accettava che la conoscenza di una nuova prova, fino a quel momento ignota alla parte, giustificasse un legittimo supplemento istruttorio: «§ 1. *Post evulgatas testificationes, testes iam*

sunt, dies probationis recipiendae» (O. FISCHER, Professor ord. Iuris in Universitate Vratislaviensi, *Votum de iudiciis non criminalibus, in genere*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1907, § 40 (citato Fischer 1907), in *ibidem*, p. 551).

24 «*Plus semper in se continet quod est minus*» (VI^o *regula iuris* 35). Cfr. G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., pp. 253-277; A. JACOBS, *Le droit de la défense*, cit., pp. 196-217.

auditi denuo super iisdem articulis ne interrogentur, neque novi testes admittantur, nisi caute et ex gravi ratione et in quolibet casu omni fraudis et subornationis periculo remoto, altera parte audita, et requisito voto promotoris iustitiae, si iudicio intersit, et defensoris vinculi, quae omnia iudex decreto suo definiat (cfr. can. 1786). § 2. Verum, si ex inquisitione emerint facta, quae partes ignorare poterant, facultas eisdem relinquatur vel testes excussos iterum ad testificandum evocandi vel alios inducendi» 25. Una tale mentalità diffidente, per motivi diversi, forse non ben precisati, continua ad essere molto diffusa fra la giurisprudenza e la dottrina.

Invece, sebbene la questione non sia stata messa in evidenza, il sistema del CIC 1983 prevede la conoscenza di ogni atto di merito fin dal momento in cui esso è stato prodotto, considerata la dialogicità processuale, opportunamente sottolineata dai *praenotanda* dello *Schema del 1976*: «*Paritas processualis inter Defensorem Vinculi et patronum partis*». *Negari nequit systema Codicis esse totum in favorem vinculi, et istos collocatos esse in evidente inaequalitate iudiciaria. Aequa compositio fit in schemate, ambos admittendo ad examen partium, testium, peritorum, et ad acta processus, etsi nondum publicati, invisenda» 26.*

Perciò è riduttivo incentrare il problema della pubblicazione delle prove e dell'esercizio del relativo diritto di difesa al momento finale dell'istruttoria, cioè quando il vero e proprio intervento delle parti dovrebbe essere arrivato al termine. Una tale impostazione risponde alla citata vecchia mentalità del codice abrogato e alla prassi (diffusa in molti tribunali) secondo cui le eccezionali limitazioni alla conoscenza delle prove nel momento del loro espletamento – previste dai cann. 1559 e 1678 (cfr. DC,

25 PME, art. 135. Cfr. CIC 1917, cann. 1782, 1786, 1858; PME, artt. 134, 175 e 178.

26 PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de processibus*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1976, *Praenotanda*, n. 55, p. XIV, e in *Communicationes*, 8 (1976), p. 194, successivamente: *Schema 1976*. La necessità di garantire l'uguaglianza tra le parti pubbliche e private era stata già evidenziata dalla cosiddetta *Relatio Sabbatani del 1970: Opera consultorum in apparandis canonum schematibus. 2. – De iure processuali recognoscendo*, ottobre 1970, n. 30, in *Communicationes*, 2 (1970), p. 190.

art. 159 § 1, 1° e § 2 27) – diventano la norma (sulla segretazione di una prova al momento della “pubblicazione finale”, *vide infra* § 2.4., DC, art. 230).

Invece, alla stregua del CIC, la DC (art. 159 § 1, 1° e § 2) ha insistito sul diritto delle parti “attive” (art. 134 § 1) di conoscere ogni singola prova, al momento della sua proposizione e immediatamente dopo essere stata prodotta (cfr. artt. 164, 199-200, 204 § 2, 206). I cann. 1559 e 1678 vietano in modo assoluto (almeno apparentemente) la presenza dei coniugi (parliamo delle cause di nullità del matrimonio “normali”, quelle in cui vivono entrambi gli sposi) alla deposizione dei testi (e dell’altro coniuge), mentre prevedono un tale diritto per i patroni, con puntuali eccezionali deroghe. Viceversa, il can. 1678 (DC, art. 159 § 1, 1° e § 2) concede ai coniugi il diritto «di prendere visione degli atti giudiziari, benché non ancora pubblicati, e di esaminare i documenti prodotti dalle parti». Tale diritto è affermato indirettamente dal § 2 che nega ai coniugi *soltanto* la possibilità di *assistere* all’esame dei testi (la fattispecie del n. 1 del § 1) e, quindi, riconosce agli sposi lo stesso diritto del difensore del vincolo e degli avvocati di cui al n. 2 del medesimo § 1: «di prendere visione degli atti giudiziari, benché non ancora pubblicati, e di esaminare i documenti prodotti dalle parti» 28. Ogni criterio – legale e giurisprudenziale – riguardante l’esegesi della legge ratifica questa semplice conclusione: *in dubio pro libertate*, diceva il Digesto, e il can. 18, accogliendo l’ermeneutica classica, sancisce: «*leges quae liberum iurium exercitium coarctant strictae subsunt interpretationi*» 29. Inoltre, il fatto che i citati *Praenotanda* dello *Schema 1976* (n. 55) – i quali non riflettono la “*voluntas legislatoris*” 30 – si riferiscano soltanto ai patroni e non alle parti, non può

27 Il can. 1678 non ha parallelo nel CIC 1917 né nella PME.

28 L’insistenza è opportuna perché, spesso, non è riconosciuta né dai tribunali, né dalla dottrina (cfr. ad es., P. BIANCHI, *La pubblicazione degli atti*, cit., p. 73; M.P. HILBERT, *De publicatione actorum*, cit., pp. 525, 526-527). Altri ne parlano, ad es., C. GULLO - A. GULLO, *Prassi processuale*, cit., p. 224.

29 «*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*» (*Dig.* 50, 17, regula iuris 20, Pomponius, libro 7 ad Sabinum); «*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*» (*Dig.* 50, 17, regula iuris 56, Ulpianus, libro 3 de legatis ad edictum urbicum). Cfr. VI° *Regula iuris* 30.

30 Cfr. J.L. GUTIÉRREZ, *La interpretación literal de la ley*, in *Ius Canonicum*, 35

affievolire il diritto di difesa che compete sostanzialmente alle parti (i coniugi) e, soltanto strumentalmente, ai loro patroni. L'argomento acquista maggiore pregnanza se consideriamo che presso numerosi tribunali non vi sono avvocati, né "di fiducia" né "patroni stabili". Ne deriva, *ex natura rei*, che i diritti dei patroni, in quanto tali, che non sono vietati alle parti competono anche ai coniugi.

Infatti, l'esigenza del dialogo fra tutte le parti affinché il tribunale possa giungere alla conoscenza della verità, la necessità di non protrarre le cause senza motivo e il buon senso giuridico si oppongono alla consuetudine di pubblicare le prove soltanto alla fine della fase istruttoria. La norma del can. 1598 § 1 sull'obbligo di garantire la conoscenza degli atti alle parti dopo che è stata completata l'acquisizione delle prove (DC, artt. 229-236) non è l'«apice» del diritto di difesa, bensì la sua «ultima spiaggia», la formula minima per consentire all'altra parte (spesso quella convenuta, fino a quel momento ignara delle prove prodotte dall'attore) di controbattere allegando a sua volta prove che, quando saranno state acquisite, consentiranno la sua difesa e forniranno un più ampio contributo alla ricerca della verità.

Inoltre, ai diritti corrispondono degli obblighi. Nella fattispecie, quelli dell'istruttore di informare tempestivamente le parti, in primo luogo delle prove che saranno espletate, affinché possano proporre delle domande all'altro coniuge, ai testi o ai periti; e, in secondo luogo, dell'avvenuta realizzazione della singola prova, opportunamente verbalizzata e firmata, la quale deve essere messa a disposizione della parte affinché la possa studiare serenamente presso la cancelleria del tribunale o lo studio del suo avvocato. Dette informazioni avverranno tramite i patroni, qualora esistano. Altrimenti, direttamente ai singoli coniugi, con l'unica condizione che quello dei due che è parte convenuta abbia deciso di stare «in giudizio personalmente» (DC, art. 134 § 1; cfr. art. 101 § 1). Questo diritto delle parti riguarda *tutte le prove*, tranne che qualcuna sia stata, eccezionalmente, segretata (*vide infra* § 2.4): quindi quelle proposte *ex officio* dall'istruttore, dall'altro coniuge o dal difensore del vincolo e, anche, quelle proposte dalla stessa parte. Dobbiamo insistere su fatto che i

(1995), pp. 534-535.

patroni non sono i titolari del diritto di difesa né i migliori conoscitori della vicenda dirimente il vincolo matrimoniale, sottoposta all'accertamento giudiziario. Quindi, è obbligo dei patroni dare tempestiva informazione ai coniugi del loro diritto di esaminare ogni prova appena sia stata prodotta, tranne che la parte nel mandato di patrocinio vi abbia rinunciato. Qualora non vi siano patroni, l'istruttore deve informare sollecitamente le parti "attive".

Invece, riguardo alle «parti che si rimettono alla giustizia del tribunale», la DC (art. 134 § 2) ha chiarito che deve essere notificato loro «il decreto di pubblicazione degli atti» (quello "finale" di cui all'art. 229). L'*Instructio*, quindi, ha precisato la giurisprudenza rotale che sull'argomento non era univoca, fra l'altro perché la fattispecie della "remissione alla giustizia del tribunale" non era accolta esplicitamente dal CIC 1983 ³¹. Infatti, quando il can. 1606 (DC, art. 245 § 2) si riferisce alle parti che si rimettono «alla scienza e coscienza del giudice», tale previsione riguarda soltanto la fase di discussione della causa, non l'impostazione precedente delle parti (*vide infra* § 4.1). La norma sulla discussione può riguardare entrambi i coniugi e il difensore del vincolo (art. 56 § 5); invece, la generica "remissione alla giustizia del tribunale" per l'intera vicenda processuale può essere adottata soltanto dalla parte convenuta (privata o pubblica), essendo incompatibile con la posizione di parte attrice. Il rispetto della verità e della coscienza del difensore del vincolo è manifestato dall'art. 56 § 5 della DC in cui, fermo

31 Probabilmente per questo motivo, Giovanni Paolo II non si riferì a tale posizione processuale della parte convenuta e si limitò a trattare della generica rinuncia al diritto di difesa (art. 134 § 3). Infatti, secondo l'impostazione rotale, fatta propria dalla DC, l'obbligo della notifica della «formula del dubbio» non può non includere ogni sua legittima modifica (cfr. art. 136): «Secondo la sana giurisprudenza della Rota Romana, si devono notificare nelle cause di nullità matrimoniali alla parte, che abbia rinunciato all'esercizio del diritto alla difesa, la formula del dubbio, ogni eventuale nuova domanda della parte avversa, nonché la sentenza definitiva» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, cit., n. 5). Per un autorevole commento a questo discorso, cfr. F. DANEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius*, cit. «*Pars absens a iudicio declarata non fuit, ideoque ius habuit obtinendi notificationem de publicatione actorum, ut acta causae inspicere posset ad normam iuris*» (A. STANKIEWICZ, *De nullitate sententiae ob vitium substantiale in actorum publicatione*, cit., p. 569). Sulla giurisprudenza rotale al riguardo, cfr. G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., pp. 244-247, 258-269; A. JACOBS, *Le droit de la défense*, cit., pp. 123-137, 273-279.

restando il divieto di agire *pro nullitate matrimonii*, è previsto che «se in qualche caso particolare non ha nulla da proporre o da esporre ragionevolmente contro la nullità di matrimonio, può rimettersi alla giustizia del tribunale».

L'esperienza dimostra che la fase processuale in cui si adopera più tempo è quella dell'istruttoria della causa. Perciò, l'applicazione della legge nel senso proposto potrà essere un utile mezzo per adempiere il disposto della DC, art. 72: «giudici e tribunali provvedano affinché, salva la giustizia, tutte le cause si concludano al più presto, di modo che non si protraggano più di un anno nel tribunale di prima istanza». Inoltre, come testé detto, la pubblicità di cui parlo deve comportare l'informazione alle "parti" (sempre che non abbiano patroni) delle prove "proposte" dall'altra parte (pubblica o privata) o *ex officio*, appena sono state ammesse dall'istruttore, in modo di consentire di preparare i quesiti che tali parti vorrebbero fossero proposti all'altro coniuge, ai testi, ai periti, ecc. (cfr. DC, art. 164).

L'adempimento diligente di questi obblighi dell'istruttore può far risparmiare "molto" tempo in questa fase del processo (non esagero se dico molti mesi e persino, non di rado, più di un anno). Quindi, la questione è di notevole trascendenza per evitare i citati motivi di esasperazione ecclesiale dovuta alle lungaggini processuali, le quali stano alla base delle comprensibili legittime richieste di snellimento delle cause, richieste che, spesso, finiscono per sollecitare l'«amministrativizzazione» delle cause di nullità del matrimonio.

2.2. I TITOLARI DEL DIRITTO DI CONOSCERE GLI ATTI «NON ANCORA NOTI» E A "RISTUDIARE" QUELLI GIÀ VISTI (DC, ART. 229 §§ 2 E 3)

Art. 229 § 2. La pubblicazione degli atti avviene con decreto del giudice, per mezzo del quale alle parti e ai loro avvocati è data la facoltà di prenderne visione. § 3. Pertanto con tale decreto il giudice deve permettere alle parti e ai loro avvocati di prendere visione, presso la cancelleria del tribunale, degli atti loro non ancora noti, salvo l'art. 230 (cf. can. 1598, § 1).

La dottrina e la giurisprudenza hanno insistito sulla titolarità dei coniugi del diritto di conoscere gli atti perché sono loro i detentori del diritto di difesa, finalizzato ad accertare la verità sulla validità del loro matrimonio. Detta insistenza risulta difficilmente comprensibile se non si è a conoscenza di un non infrequente abuso presso alcuni tribunali, sebbene la

prevaricazione sia sempre sorprendente per giuristi con una normale sensibilità per la giustizia. Si tratta della nomina di “patroni del tribunale per sostituire la parte convenuta”. Infatti, ad es., la giurisprudenza rotale informa di una causa americana in cui alla parte che voleva chiedere che fossero interrogati alcuni testi, il tribunale rispose che occorreva inoltrare tale richiesta al patrono “pubblico” della parte (quello nominato *ex officio*), il quale agiva non a nome del coniuge bensì «*nomine ipsius Tribunalis*» 32.

Quantunque non esista un formale diritto, esplicitamente tutelato, di rivedere gli atti già noti – infatti la norma dice che l’obbligo di questa pubblicazione, e il relativo diritto, riguarda soltanto «*acta nondum nota*» –, la *rationabilitas* sul diritto di difesa sembra richiedere la possibilità di esaminare l’insieme degli atti, anche quelli già esaminati, di cui non si abbia copia autentica, cosa che mai avverrà per i coniugi che agiscono a nome proprio. Nel contempo, il giudice potrà, da un lato, concedere un breve termine per tale riesame qualora le prove abbiano potuto essere esaminate precedentemente e, d’altro lato, respingere facilmente e con una semplice motivazione un supplemento istruttorio richiesto su una prova già nota al richiedente – fornita prima della pubblicazione previa alla *conclusio in causa* – o non conosciuta per negligenza della parte o del suo patrono nell’esaminare la prova che l’istruttore ha messo a loro disposizione in seguito alla sua espletazione (cfr. DC, artt. 157, 158, 236, 239). L’omissione della diligenza processuale dovuta non può essere fraudolentemente utilizzata come manovra ostruzionista. Il giudice deve consentire il diritto di difesa che la legge e la natura delle cose offrono alle parti; qualora queste non lo esercitino per motivi loro imputabili, devono prendersi la propria responsabilità. Comunque, questa impostazione, tipica del principio dispositivo, non è “perentoria” come conseguenza del *favor veritatis* e della natura meramente dichiarativa e della non esistenza del “giudicato materiale” nelle cause sullo stato delle persone 33.

32 G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., p. 256, nota 388. Cfr. F. DANEELS, *De tutela iurium subiectivorum*, cit., pp. 189-192. *Vide infra* nota 103.

33 Nella giurisprudenza rotale vi è stata una evoluzione riguardo alla rilevanza irritante della non pubblicazione di quelli atti che provocano una reale violazione del diritto di difesa (cfr. G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., pp. 258-269).

Sul concetto di “giudicato materiale” cfr. il mio *La difesa di quale diritto di difesa*

In definitiva, come è stato segnalato dalla Corte Costituzionale italiana, ma il discorso ha valenza di «*ius gentium*»: in tema di pubblicazione degli atti, «nel bilanciamento fra l'interesse del notificante e quello del notificatario la discrezionalità del legislatore incontra un limite nel fondamentale diritto del destinatario della notificazione di essere posto in condizione di conoscere, con l'ordinaria diligenza e senza necessità di effettuare ricerche di particolare complessità, il contenuto dell'atto e l'oggetto della procedura instaurata nei suoi confronti, non potendo ridursi il diritto di difesa del destinatario del medesimo ad una garanzia della conoscibilità puramente teorica dell'atto notificatogli» 34.

2.3 IL TITOLARE DELL'OBBLIGO DI FAR CONOSCERE GLI ATTI PROCESSUALI (DC, ART. 229 § 4)

Art. 229 § 4. Col nome di «giudice» nel presente titolo si indicano, se non risulta altrimenti o non è richiesto in altro modo dalla natura della questione, il presidente e il ponente.

I titolari dell'obbligo di pubblicare gli atti, di cui all'art. 229 § 4, sono stati segnalati dalla DC all'art. 46 § 2, 18° («è compito del presidente del collegio decretare la pubblicazione degli atti e la *conclusio in causa*, e presiederne la discussione (cf. artt. 229-245)») e all'art. 47 § 2: «al ponente, o relatore, dopo l'ammissione del libello, spettano *ipso iure* gli stessi poteri del presidente di cui all'art. 46, § 2, nn. ... 18 ..., salva la facoltà del presidente di riservare a sé qualche atto processuale».

L'uditore – e l'istruttore membro del collegio giudicante senza essere il presidente o il ponente – è tenuto a «trasmetterle [le prove] al giudice una volta raccolte» (DC, art. 50 § 3). Il criterio ermeneutico del can. 18 potrebbe indurre a sostenere che il plurale “raccolte” stia a significare l'integrità dell'istruttoria immediatamente previa alla pubblicazione precedente alla *conclusio in causa* e che, quindi, considerato il diritto di conoscere ogni prova appena verbalizzata, la decisione di emettere il

nell'istr. «Dignitas connubii»?», cit., p. 383, nota 66.

34 Massima alla sentenza della Corte Costituzionale, 23 settembre 1998, n. 346, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 43 (1998), p. 2620; per l'intera sentenza, cfr. pp. 2619-2628. Cfr. C. PUNZI, *Funzione, scopo e risultato della notificazione: incostituzionalità delle norme sulle sole notificazione degli atti a mezzo del servizio postale*, in *ibidem*, pp. 2628-2631, e in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova, 2000, pp. 1509-1516.

rispettivo decreto spetti all'uditore. Invece, dall'insieme delle norme sull'uditore – e sull'istruttore membro del collegio giudicante senza essere il presidente o il ponente – emerge che i suoi poteri scadono, relativamente ad ogni prova, al momento del perfezionamento formale di questa in se stesso considerato, ossia quando la singola prova acquista valenza documentale. Dall'avveramento di questa situazione, l'autore formale di ogni prova è tenuto a trasmetterla al ponente o al presidente del collegio. Soltanto a questi ultimi appartiene la pubblicazione *coram partibus*: sia quella di una sola prova appena prodotta, sia quell'altra dell'insieme probatorio di cui al can. 1598 (cfr. DC, art. 229 § 4).

Riguardo ai soggetti che devono gestire la raccolta giudiziale delle prove vi è una poliedrica situazione: *a*) il presidente del turno **35**; *b*) il ponente della causa che non è il presidente **36**; *c*) il giudice membro del collegio giudicante che non è ponente, al quale il presidente o il ponente abbiano affidato il compimento dell'intera istruttoria, o di uno o più atti istruttori (art. 50 § 1); *d*) il giudice del tribunale che non fa parte del turno per la causa in questione, nominato dal presidente (art. 50 § 1), talvolta per adempiere il disposto della legge **37**; *e*) l'uditore non giudice nominato dal presidente nell'elenco previsto dall'art. 50 §§ 2-4); *f*) l'eccezionale uditore previsto dall'art. 51; *g*) l'istruttore o l'uditore "rogatorio" (art. 29) **38**.

35 «*Plus semper in se continet quod est minus*» (VI^o *regula iuris* 35).

36 *Ibidem*.

37 «*Cuando una causa llevada a la Rota requiera instrucción, el ponente debe practicarla; pero puede también ser encomendada a otro juez del turno, a no ser que se trate de una causa criminal, en cuyo caso el oficio de instructor lo confía el decano a otro juez extraño al turno*» (GIOVANNI PAOLO II, *Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España*, cit., art. 51).

38 Per un'acuta e ampia trattazione delle diverse vicende implicate, cfr. G. MARAGNOLI, *La funzione e i poteri del giudice istruttore*, cit., pp. 85-92 e *passim*. Maragnoli sostiene, tra l'altro, che secondo la logica della DC ponente e giudice istruttore siano la stessa cosa. In altri termini, la DC secondo lui (*ivi*, pp. 86-88) non ammette che possa essere affidata a un giudice della terna diverso dal ponente tutta l'istruzione della causa, ma (caso mai) solo qualche singolo atto istruttorio, ad esempio per ragioni di maggiore vicinanza geografica del terzo giudice a un teste che non vuole recarsi alla sede del tribunale. Malgrado condivide, *de iure condendo*, il parere di Maragnoli per favorire l'immediatezza istruttoria (cfr. J. LLOBELL, *La delega della potestà giudiziaria nell'ordinamento canonico*, in *Escritos en honor de Javier Hervada*, Pamplona, 1999, pp.

2.4. LA SEGRETAZIONE DI «QUALCHE ATTO» (DC, ART. 230)

Art. 230. Per evitare pericoli gravissimi il giudice può stabilire che qualche atto non sia reso noto alle parti, garantendo comunque sempre che rimanga impregiudicato il diritto di difesa (cf. can. 1598, § 1).

Il testo della norma codiciale che prevede la possibilità della segretazione di qualche atto (can. 1598 § 1) ha una ricca storia, ben illustrata dalla relativa integrale pubblicazione ufficiale degli atti della *Plenaria del 1981*, successiva sia alla stampa del volume della sintesi di detta adunanza plenaria, sia alla sua riproduzione in *Communicationes* 39. Tale possibilità ha suscitato interpretazioni giurisprudenziali abnormi da parti di alcuni tribunali periferici che hanno provocato, presso la Rota Romana, numerose querele di nullità, *ex officio* e ad istanza di parte (private e pubbliche), contro dette decisioni illegittime. Di conseguenza, la dottrina al riguardo è fra quelle più abbondanti in tematiche processuali 40.

2.4.1. Circa i motivi del problema

2.4.1.1. La pastoralità delle cause di nullità del matrimonio e il rispetto del "foro esterno"

La PME prevedeva che non fosse fatta conoscere alle parti l'identità di qualche testimone (cfr. artt. 130 § 2, 138 § 2). La possibilità di segretare gli atti era stata contemplata dagli autori dei Principi per la riforma del CIC approvati dal Sinodo del 1967 (*vide infra* nota 43), perché tale eccezionale facoltà esisteva nel sistema allora vigente, in particolare nella procedura

470-472), penso che il disposto dell'art. 50 § 1 (can. 1428 § 1) non consenta detta impostazione, che sicuramente non è seguita, sistematicamente, dai tribunali per le cause di nullità del matrimonio presso il Vicariato di Roma.

39 Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em.mis atque Exc.mis Patribus Commissionis ad Novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1981, e (per il libro «de processibus») in *Communicationes*, 16 (1984), pp. 52-90; PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Acta et documenta PCCICR. Congregatio Plenaria diebus 20-29 octobris 1981 habita*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1991, pp. 469-479.

40 *Vide supra* nota 5.

penale presso il Sant'Uffizio 41. La situazione presso la Congregazione per la dottrina della fede è stata soltanto parzialmente modificata a partire dal 2001 42. Comunque, il *principio settimo* approvato dal Sinodo del 1967 aggiungeva un'importante innovazione all'impianto legislativo che si voleva modificare: detta segretazione non poteva intaccare il diritto di difesa: «*In optatis est ut tamquam regula generalis habeatur quod quilibet processus sit publicus, nisi iudex propter rerum et personarum adiuncta aestimaverit, certis in casibus, secreto esse procedendum. Requiritur autem ut, in processu sive iudiciali sive amministrativo, recurrenti vel reo manifestentur omnes rationes quae contra ipsum invocantur*» 43.

La possibilità di tale procedura segreta era prevista soltanto per le cause penali o disciplinari, poiché il principio si riferiva unicamente «*recurrenti vel reo*» 44. Quindi la fattibilità della segretazione delle prove per le cause di nullità del matrimonio diventò una *quaestio disputata* fra i consultori sin dagli iniziali lavori sul libro «*de processibus*». Infatti, nell'*adunatio* del 10

41 Cfr. S.S. CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio de modo procedendi in causis sollicitationis*, 16 marzo 1962, art. 52 e "Formula" «P», in <http://www.bishop-accountability.org/downloads/crimenlatinfull.PDF>; il mio *I delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Quaderni della Mendola*, vol. 5: *Le sanzioni nella Chiesa*, Milano, 1997, pp. 237-278.

42 «*In causis ob delicta, de quibus in art. 3 [delicta contra sanctitatem sacramenti Paenitentiae: absolutio complicis, sollicitatio ad turpia, violatio directa sigilli sacramentalis], Tribunal nomen denuntiantis sive accusato sive etiam eius Patrono significare non potest, nisi denuntians expresse consenserit*» (GIOVANNI PAOLO II, «*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» (30 aprile 2001) e successive modifiche (7 novembre 2002 - 14 febbraio 2003), art. 20 § 1, in *Ius Ecclesiae*, 16 (2004), pp. 313-321). Cfr. il mio *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, in D. CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 2005, pp. 63-143.

43 *Principium VII. De ordinanda procedura ad tuenda iura subiectiva*, in SINODO DEI VESCOVI 1967, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, in *Communicationes*, 1 (1969), p. 83. Cfr. J.L. GUTIÉRREZ, *La formazione dei Principi per la riforma del «Codex Iuris Canonici»*, in J. CANOSA (a cura di), *I Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano, 2000, pp. 5-29.

44 Infatti, la procedura del Sant'Uffizio non sarebbe stata regolata dal nuovo Codice ma da una *lex propria*, come già avveniva nel 1967 (*vide supra* note 41 e 42).

febbraio 1969 – oltre a decidere la fusione dei cann. 1858 e 1859 –, due consultori proposero «*ut consideretur possibilitas subtrahendi publicationi quasdam probationes ad damna vitanda*». Il relatore ricordò che la questione era «*antiqua et insoluta*», persino dopo l'art. 130 della PME. In seguito ad uno scambio di proposte e pareri, il segretario suggerì una bozza di testo: «*... nisi in adiunctis peculiaribus periculum adsit damni inferendi partibus. In hoc casu communicatio soli patrono fieri potest eidemque committitur ut partis defensionem quam efficacius procuret*» **45**. Tale progetto non ebbe alcun riflesso sullo *Schema 1976* **46**, quantunque contenga il nocciolo della soluzione al problema offerta dalla giurisprudenza rotale e dall'art. 234 della DC.

Successivamente (l'11 dicembre 1978), nella discussione del can. 257 dello *Schema 1976*, qualche consultore indicò tre motivi per non far conoscere integralmente le prove alle parti. La Commissione non accolse la proposta perché comprometteva sostanzialmente il diritto di difesa. Tuttavia, prese atto che vi era un problema, e che si sarebbe tentato di risolverlo in altra occasione, come difatti avvenne durante la *Plenaria del 1981* **47**. È utile accennare a questi tre motivi, considerata la difficoltà di pubblicare tutte le prove che continuano a sollevare alcuni tribunali, i quali fanno diventare norma l'eccezione. Infatti, secondo detto consultore, la pubblicazione integrale sarebbe inopportuna perché: 1) le relazioni fra i coniugi possono diventare ulteriormente conflittuali; 2) i testi possono subire conseguenze negative in seguito alla loro deposizione; e 3) nei Paesi in cui la giurisdizione canonica non è riconosciuta, le dichiarazioni e l'operato processuale – delle parti, dei testi, dei periti e degli stessi membri del tribunale – possono dar luogo ad un'azione penale nei loro confronti dinanzi ai tribunali statali.

Il primo motivo per segretare le prove scaturirebbe dalla pastoraltà del processo canonico, che non dovrebbe favorire le situazioni conflittuali, bensì essere strumento di pace e di concordia fra le parti. Il problema è

45 *Communicationes*, 39 (2007), pp. 86-87.

46 Cfr. *Schema 1976*, cit., can. 257, e in *Communicationes*, 11 (1979), pp. 134-135.

47 Cfr. *Communicationes*, 11 (1979), pp. 134-135; *Communicationes*, 16 (1984), p. 68 e PCITL, *Congregatio Plenaria diebus 20-29 octobris 1981 habita*, cit., pp. 469-479.

ben noto ed è stato oggetto di molti studi. Al riguardo può bastare richiamare il primo Discorso di Benedetto XVI alla Rota Romana:

«Il processo canonico di nullità del matrimonio costituisce essenzialmente uno strumento per accertare la verità sul vincolo coniugale. Il suo scopo costitutivo non è quindi di complicare inutilmente la vita ai fedeli né tanto meno di esacerbarne la litigiosità, ma solo di rendere un servizio alla verità. L'istituto del processo in generale, del resto, non è di per sé un mezzo per soddisfare un interesse qualsiasi, bensì uno strumento qualificato per ottemperare al dovere di giustizia di dare a ciascuno il suo. Il processo, proprio nella sua struttura essenziale, è istituto di giustizia e di pace. In effetti, lo scopo del processo è la dichiarazione della verità da parte di un terzo imparziale, dopo che è stata offerta alle parti pari opportunità di addurre argomentazioni e prove entro un adeguato spazio di discussione. Questo scambio di pareri è normalmente necessario, affinché il giudice possa conoscere la verità e, di conseguenza, decidere la causa secondo giustizia. Ogni sistema processuale deve tendere, quindi, ad assicurare l'oggettività, la tempestività e l'efficacia delle decisioni dei giudici» **48**.

Il problema manifesta quanto sia complicato riuscire a distinguere tra il foro interno e il foro esterno, in particolare qualora non si abbia presente la difficoltà e non ci si sforzi per superarla. La tematica fu segnalata dal secondo Principio per la riforma del CIC approvato dal Sinodo del 1967 **49**.

Invero, la cost. past. *Gaudium et spes* ricordava: «la pace non è la semplice assenza della guerra, né può ridursi al solo rendere stabile l'equilibrio delle forze contrastanti (...) essa viene con tutta esattezza definita "opera della giustizia" (Is. 32, 7). È il frutto dell'ordine impresso nell'umana società dal suo Fondatore e che deve essere attuato dagli

48 BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, cit., p. 136.

49 «*Confirmare autem oportet et indolem iuridicam nostri Codicis his quae forum externum respiciunt, et necessitatem fori interni prout a Ecclesia optimo iure per saecula viguit. Normae igitur in recognito Codice tradentur respicientes omnia quae ad forum externum attinent atque etiam, ubi animarum salus id exigat, normae quae pertinent ad provisiones in foro interno elargiendas. Fori externi et interni optima coordinatio in Codice Iuris Canonici existat oportet, ut quilibet conflictus inter utrumque vel dispareat vel ad minimum reducatur. Quod in iure sacramentali et in iure poenali peculiariter curandum est*» (*Principium II. De fori externi et interni positione in iure canonico*, in *Principia*, 7 ottobre 1967, cit., p. 79). Cfr. H. PREE, *Forum externum und forum internum. Zur Relevanz des Gewissensurteils im kanonischen Recht*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 168 (1999), pp. 25-50.

uomini che aspirano ardentemente ad una giustizia sempre più perfetta» (GS, n. 78). Sull'idea insistette Giovanni Paolo II nel suo primo Discorso alla Rota Romana: «il diritto processuale è un fatto di Chiesa, come strumento di superamento e di risoluzione dei conflitti» 50. Nel 1990 il Papa aggiungeva: «L'istituzionalizzazione di quello strumento di giustizia che è il processo rappresenta una progressiva conquista di civiltà e di rispetto della dignità dell'uomo, cui ha contribuito in modo non irrilevante la stessa Chiesa con il processo canonico. Ciò facendo, la Chiesa non ha rinnegato la sua missione di carità e di pace, ma ha soltanto disposto un mezzo adeguato per quell'accertamento della verità che è condizione indispensabile della giustizia animata dalla carità, e perciò anche della vera pace. (...) i processi, in determinati casi sono richiesti dalla legge come la via più idonea per risolvere questioni di grande rilevanza ecclesiale, quali sono, ad esempio, quelle sull'esistenza del matrimonio» 51.

Quindi, snaturare gli elementi essenziali del processo con presunte esigenze "pastorali", cercando in qualche modo di riportarlo al foro interno, significherebbe ostacolare la capacità redentrice delle cause di nullità del matrimonio. Infatti, la non adeguata distinzione fra i due fori induce facilmente all'incomprensione della valenza pastorale del processo matrimoniale giudiziale – persino anche nel caso di una sua «amministrativizzazione» – e spinge alla cosiddetta «nullità di coscienza» 52. Comunque, è necessario ricordare che, la vita umana e quella cristiana

50 GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 17 febbraio 1979, n. 3, in AAS, 71 (1979), pp. 422-427.

51 GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, n. 7, in AAS, 82 (1990), pp. 872-877.

52 Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai Vescovi della Chiesa Cattolica circa la recezione della comunione eucaristica da parte dei fedeli divorziati risposati*, 14 settembre 1994, nn. 4 e 8, in AAS, 86 (1994), pp. 974-979; O. SAIER, K. LEHMAN, W. KASPER (Vescovi dell'Oberrhein), *Accompagnamento pastorale dei divorziati: 1) Lettera pastorale; 2) Principi fondamentali per l'accompagnamento pastorale*, 10 luglio 1993, in *Il Regno-documenti*, 38 (1993), pp. 613-622; ID., *Lettera*, ottobre 1994, in *Il Regno-documenti*, 39 (1994), pp. 581-583; P. BIANCHI, *Nullità di matrimonio non dimostrabili? Una questione da approfondire*, in *Vita e pensiero*, 78 (1995), pp. 28-47; J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 109/1 (1998), *passim*, in particolare, pp. 778-786; L. MELINA, *Il ruolo della coscienza nell'accesso alla comunione eucaristica dei divorziati risposati*, in «Anthropotes». *Rivista*

non possono prescindere dal dolore e dalla sofferenza, come, invece, vorrebbe l'impostazione di alcuni cristiani che sembrano dimenticare le schiette parole di Gesù: «a tutti diceva: "Se qualcuno vuol venire dietro a me, rinneghi se stesso, prenda la sua croce ogni giorno e mi segua. Chi vorrà salvare la propria vita, la perderà, ma chi perderà la propria vita per me, la salverà» (Lc 9, 23-24). Ciò che è strumento di salvezza per gli sposi è conoscere, con la certezza morale con cui si pronunciano i giudici della Chiesa, la verità sul loro vincolo matrimoniale e, con la grazia di Dio e con un non piccolo sacrificio, cercare di adeguare la propria vita alle esigenze morali e giuridiche che vi sono implicate **53**.

2.4.1.2. La liceità delle prove e la giurisdizione statale. Cenni sulla «privacy» in ambito processuale

La diffusa preoccupazione di non pubblicare gli "atti di causa" per proteggere i testi (il secondo motivo indicato dal citato consultore nel 1978) emerge dall'ampio spazio che Giovanni Paolo II ne diede nel Discorso alla Rota Romana del 1989, incentrato sul diritto di difesa. In questo momento (tornerò su questa allocuzione pontificia), vale la pena trascrivere un brano in cui il Papa chiarisce che il divieto della segretezza non significa la comunicazione delle prove a chi non è parte in causa:

«Talvolta si asserisce che l'obbligo di osservare la normativa canonica al riguardo, specialmente circa la pubblicazione degli atti e della sentenza, potrebbe ostacolare la ricerca della verità a causa del rifiuto dei testimoni a cooperare al processo in tali circostanze. Innanzitutto deve essere ben chiaro che la "pubblicità" del processo canonico verso le parti non intacca la sua natura riservata verso tutti gli altri... Fatte queste premesse, non posso non rilevare che il pieno rispetto per il diritto alla difesa ha una sua particolare importanza nelle cause per la dichiarazione di nullità del matrimonio ... perché tali cause esigono ... una ricerca della verità particolarmente diligente... D'altronde una persona deve avere il coraggio di prendere la propria responsabilità per ciò che dice, e non può aver paura, se ha davvero detto la verità».

«I fedeli, infatti, si rivolgono ordinariamente al tribunale ecclesiastico per risolvere il loro problema di coscienza. In tale ordine dicono spesso certe cose che altrimenti non direbbero. Anche i

di studi sulla persona e la famiglia, 11 (1995), pp. 35-47.

53 Il magistero al riguardo di Giovanni Paolo II e di Benedetto XVI è costante; cfr., ad es., BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, cit., pp. 137-138.

testimoni rendono spesso la loro testimonianza sotto la condizione, almeno tacita, che essa serva soltanto per il processo ecclesiastico. Il tribunale – per cui è essenziale la ricerca della verità oggettiva – non può tradire la loro fiducia, rivelando ad estranei ciò che deve rimanere riservato» 54.

Per evitare gli inconvenienti indicati dal Papa, e quando i motivi sono oggettivamente gravi, può essere giustificata la scelta di rinunciare a deporre (cfr. cann. 1546, 1548 § 2, 2°; DC, artt. 192, 194 § 2, 3°). Tuttavia, chi esibisce al giudice la prova deve essere consapevole che tale prova può condizionare la sentenza e, quindi, la vita degli sposi. Perciò, deve capire il diritto dei coniugi, quantunque il suo esercizio sia doloroso, di conoscere detta prova e di potersi difendere. Come indicava Giovanni Paolo II, è necessario educare all'uso responsabile della libertà, ad assumersi le conseguenze dei propri atti. È più facile che sia legittimo non dichiarare o non produrre un documento che segretare tale prova, perché il diritto delle parti di difendersi condiziona quell'altro diritto di essere giudicati secondo verità (cfr. art. 157 § 2). Quindi, la segretazione non sarebbe giustificata dal semplice rischio di perdere l'amicizia, persino con i propri congiunti, o di subire importanti conseguenze negative di tipo patrimoniale (eredità, ecc.). Nemmeno la semplice "possibilità" di un uso improprio della prova dovrebbe giustificare la sua "segretazione". Infatti, tale rischio è facilmente ipotizzabile e, quindi, quasi sempre sarebbe possibile nascondere le prove, violando il diritto di difesa e ostacolando, contro la volontà del legislatore, il cammino verso una sentenza conforme alla verità.

Gullo ha analizzato attentamente la questione 55. In sintesi, conclude che il vero problema è la frivola o la falsa dichiarazione, possibilità che sarebbero favorite qualora il giudice fosse tenuto a segretare le prove soltanto per evitare i disagi di chi le produce. Invece, non è cinismo rallegrarsi che la giustizia civile – condannando i veri calunniatori (e tali sarebbero coloro che, leggermente o fallacemente, attribuiscono a una persona una malattia che la rende incapace di sposarsi) – aiuti i tribunali

54 GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, cit., nn. 8 e 9.

55 Cfr. C. GULLO, *La pubblicazione*, cit., p. 683. Un settore importante della dottrina aderisce ai tre citati criteri segnalati, in diverse sedi, dalla Commissione codificatrice (cfr., ad es., M.P. HILBERT, *De publicatione actorum*, cit., pp. 530-531).

ecclesiastici a giudicare giustamente, secondo la verità. Se i tribunali, i testi, i periti e quanti intervengono nelle cause di nullità del matrimonio agiscono secondo verità, non ci saranno accuse nel foro civile e, se ci saranno, la difesa sarà agevole, quantunque la situazione sia fastidiosa, a riprova della presenza del dolore nella vita terrena che merita da Cristo la promessa del Paradiso: «Beati i perseguitati per causa della giustizia, perché di essi è il regno dei cieli» (Mt 5, 10). Al riguardo vi sono due interessanti provvedimenti di tribunali civili di Praga (Repubblica Ceca), i quali, poco dopo la “caduta del muro”, dichiararono – in un sistema postcomunista in cui i rapporti Chiesa-Stato erano da ricostruire – l’autonomia dell’ordinamento canonico nell’adoperare i mezzi atti al raggiungimento dei propri fini e, di conseguenza, affermarono che la sentenza canonica, la quale – in applicazione della normativa ecclesiale – dichiara nullo un matrimonio per l’incapacità della parte convenuta, non può “diffamare” il coniuge ritenuto incapace secondo i parametri del proprio ordinamento ⁵⁶.

D’altra parte, non avrebbe senso che gli ordinamenti statuali che riconoscono efficacia civile alle sentenze canoniche (ad es., quelli dell’Italia e della Spagna) negassero – invocando la tutela della “*privacy*” – i mezzi istruttori necessari per garantire la giustizia del provvedimento ecclesiastico che dovrà essere deliberato dalla magistratura civile. Qualora avvenisse una tale incongruenza interordinamentale, la stessa dovrebbe essere denunciata all’organo giurisdizionale statale competente per tutelare il rispetto degli accordi internazionali da parte dei tribunali ordinari. Altrimenti ci si troverebbe nell’assurdità di poter ugualmente condannare il teste che dichiara la verità in un processo penale statale o, addirittura, al magistrato che condanna un delinquente.

L’ordinamento italiano, dopo un lungo periodo di forti reticenze giurisprudenziali e dottrinali, ha accettato il diritto dei tribunali ecclesiastici di ottenere i documenti medici utili a decidere secondo verità e giustizia le cause di nullità del matrimonio che potranno essere deliberate dai tribunali

⁵⁶ Cfr. Sentenze del Tribunale Urbano di Praga, 2 dicembre 1998 e 23 giugno 1999, *pro manuscripto*. Per altri più remoti precedenti occorsi nell’ordinamento italiano, cfr. G. MANTUANO, «*Libertas convicii*» davanti ai tribunali ecclesiastici e diritto penale dello Stato, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 82/2 (1971), pp. 162-190.

statali in seguito alla loro eseguibilità ecclesiale. Detto diritto non può essere ostacolato con una illegittima invocazione della tutela della "privacy" 57. Inoltre, l'ordinamento italiano applica al processo canonico il disposto dell'art. 598 del codice penale: «Non sono punibili le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro patrocinatori nei procedimenti dinnanzi all'Autorità giudiziaria, ovvero dinnanzi a un'autorità amministrativa, quando le offese concernono l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo» 58. Invece, la

57 Cfr. Italia, Consiglio di Stato, decisione, 14 novembre 2006, *Circa l'acquisizione di cartelle cliniche nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 269-273; M. DEL POZZO, *Il coordinamento interordinamentale tra giurisdizione civile ed ecclesiastica nell'acquisizione di cartelle cliniche nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 273-290, dove si riportano altri provvedimenti del Garante della "privacy" e di Tribunali Amministrativi Regionali.

58 Cfr. L. PERSICO (Procuratore della Repubblica Aggiunto presso il Tribunale di Bologna), *L'esimente forense dell'art. 598 c.p. si applica anche agli scritti diretti al Tribunale ecclesiastico*, in <http://www.filodiritto.com/diritto/penale/procedurapenale/esimenteforensescrittidirettitepersico.htm> (dicembre 2007); i diversi contributi pubblicati in *Matrimonio canonico e ordinamento civile*, Libreria Editrice Vaticana, 2008.

Per l'analisi di provvedimenti contrastanti con questi "vigenti" e per l'analisi della problematica, in ambito non solo italiano, cfr. S. CARMIGNANI CARIDI, *Il diritto di difesa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 179-238; L.P. COMOGLIO, *Diritto di difesa e condizioni di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali*, in *Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose* (www.olir.it), ottobre 2005; L.P. COMOGLIO, *La difesa nel «giusto processo» italiano e in alcuni Paesi dell'Unione Europea*, in *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 239-263; C. GULLO, *Questioni sulla liceità delle prove nelle cause matrimoniali*, in H. ZAPP - A. WEIB - S. KORTA (a cura di), *«Ius Canonicum in Oriente et Occidente»*. *Festschrift für Carl Gerold Fürst zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/M., 2003, pp. 865-877; A. INGOGLIA, *Inammissibilità di prove illecite «quoad substantiam» e «quoad modum acquisitionis» nel processo canonico di nullità del matrimonio. (Prime considerazioni sull'art. 157 della recente Istruzione "Dignitas connubii")*, in *Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose* (www.olir.it), febbraio 2006; V. MARANO, *Diritto alla riservatezza, trattamento dei dati personali e confessioni religiose. Note sull'applicabilità della legge n. 675/1996 alla Chiesa cattolica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1998/1, pp. 305-320; ID., *La protezione dei dati personali fra diritto statale e «garanzie» confessionali*, in *Ius Ecclesiae*, 18 (2006), pp. 61-81; G. MIOLI, *Prove lecite, prove utili e poteri del giudice istruttore alla luce della «Dignitas connubii»*, *pro manuscripto*, 2005; L. MUSSELLI, *Libertà di giurisdizione della Chiesa e poteri del giudice penale in materia probatoria*, in *Cassazione penale*, 45

segretazione di un atto potrebbe porre problemi per la delibazione civile delle decisioni canoniche perché tale provvedimento potrebbe ledere esigenze costituzionali ⁵⁹.

Quindi, l'ordinamento canonico non dovrebbe rinunciare a quelle prove che sono necessarie per giudicare secondo la verità, in particolare in materie in cui è direttamente implicata la *salus animarum*, quantunque tale impostazione possa comportare problemi interordinamentali ⁶⁰.

2.4.2. Condizioni per la legittimità della segretazione operata dal decreto giudiziale

La prima *condicio sine qua non* perché la segretazione di una prova possa essere ammessa è che ciò sia necessario «per evitare pericoli gravissimi» (art. 230). Invero, la tutela dei testimoni, dei periti e degli altri che intervengono nella causa è una necessità oggettiva riconosciuta dagli ordinamenti civili in cause particolarmente pericolose come sono, ad es., i processi contro terroristi, narcotrafficienti e altri membri della chiamata "delinquenza organizzata", fra l'altro per cercare di superare la comprensibile paura dalla quale scaturisce l'omertà e l'impossibilità pratica

(2005), pp. 1617-1620; C. REDAELLI, *Tutela della libertà religiosa e normativa civile sulla privacy*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 11 (1998), pp. 310-329; S. SANDRI, *Il processo matrimoniale canonico e la tutela della buona fama e della «privacy» della persona*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 11 (1998), pp. 96-105; ID., *I procedimenti volti ad ottenere il riconoscimento civile delle sentenze canoniche di nullità. I. Principi generali e procedura*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 14 (2001), pp. 414-425; *II. Le singole fattispecie di nullità e la loro possibile contrarietà all'ordine pubblico*, in *ibidem*, 15 (2002), pp. 435-444.

⁵⁹ Cfr. F.M. MOLINARI, *Sulla illegittimità costituzionale del divieto di pubblicazione degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 39 (1996) pp. 810-818; Corte Costituzionale Italiana, sentenza 24 febbraio 1995, n. 59, in *ibidem*, pp. 808-810.

⁶⁰ Cfr. SEGNAURA APOSTOLICA, *Declaratio de usu periti in causis nullitatis matrimonii*, 16 giugno 1998, in *Periodica de re canonica*, 87 (1998), pp. 619-622 (vide U. NAVARRETE, *Commentarium*, in *ibidem*, pp. 623-641); CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto generale «Disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza»*, 20 ottobre 1999, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 10 (1999), pp. 375-397. Un'interpretazione "eccessivamente rispettosa" di una eventuale impostazione statale giuseppinista, potrebbe essere riscontrata nel citato *Novissimum Schema 2002*, art. 31: «*Iudex ne admittat probationes quae ... sint illicitae ... attentis legibus civilibus*» (vide *supra* nota 12).

dell'adeguata difesa sociale. Detta equa protezione può seguire modalità diverse, fra cui quella di anonimizzare l'autore della prova, come è previsto, ad es., dalla legge spagnola **61**.

Tuttavia, presupposta la estrema gravità del pericolo, vi sono due elementi irrinunciabili a tutela del *favor rei*: a) la natura giudiziaria della decisione della segretezza, e b) la garanzia del diritto di difesa dell'accusato, nel senso più sostanziale di tale diritto, da parte dei magistrati che decidono tale anonimizzazione in applicazione della discrezionalità loro concessa dalla nobile classica *iuris prudentia*. A differenza del m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, che affida la decisione di anonimizzare la dichiarazione all'autore della medesima **62**, il codice e la DC riconoscono che tale grave determinazione spetta soltanto al presidente o al ponente della causa, considerato che il mero "uditore" (sia o no giudice *stricto sensu*: cfr. DC, art. 50 § 1), come testé accennato, non può nemmeno far conoscere la prova, appena verbalizzata, alle parti, dovendo inviarla al ponente della causa (cfr. DC, art. 50 § 3; *vide supra* § 2.3).

Il secondo requisito della legittimità della segretezza è che essa sia eccezionale: soltanto «qualche atto», indica l'art. 230. La segretezza, quindi, non può coinvolgere un numero rilevante di prove della causa. A maggiore ragione, non può riguardare la maggior parte delle cause trattate da un tribunale o decise in un'intera conferenza episcopale. Questo disposto del can. 1598 § 1, accolto dall'art. 230, fu autorevolmente interpretato da Giovanni Paolo II nel citato discorso alla Rota del 1989 **63**:

«Riguardo alla menzionata possibile eccezione [che qualche atto non sia fatto conoscere a nessuno] è doveroso osservare che sarebbe uno stravolgimento della norma, nonché un grave errore d'interpretazione,

61 Cfr. *Ley Orgánica de protección a testigos y peritos en causas criminales*, 23 dicembre 1994, in *Boletín Oficial del Estado* (Spagna), 24 dicembre 1994, n. 28510; M. ORTELLS RAMOS, *Notas sobre la protección de peritos y testigos en el proceso penal español*, in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Castellón, 1999, pp. 713-720.

62 *Vide supra* nota 42.

63 Cfr. il mio *Sulla valenza giuridica dei discorsi del Romano Pontefice al Tribunale Apostolico della Rota Romana*, in *L'Osservatore Romano*, 6 novembre 2005, pp. 7-8, e in *Ius Ecclesiae*, 17 (2005), pp. 547-564.

se si facesse della eccezione la norma generale. Bisogna perciò attenersi fedelmente ai limiti indicati nel canone» **64**.

La legge prevede una terza condizione affinché la segretezza in parola sia legittima: l'autore del decreto deve adottare tale provvedimento «garantendo comunque sempre che rimanga impregiudicato il diritto di difesa». L'affermazione appare un'aporia. Infatti, dalla promulgazione del CIC 1983, la giurisprudenza della Rota Romana e la dottrina hanno compiuto un notevole travaglio per tentare di riuscire a far quadrare questo cerchio. Parte delle loro conclusioni le abbiamo già accennate, ma la norma della DC che, proveniente dalla giurisprudenza rotale, vorrebbe risolvere il problema è quella dell'art. 234 in cui si prevede che il patrono possa avere conoscenza dell'atto segretato per la parte. Di detta soluzione parlerò nell'analizzare tale articolo (§ 2.5.4): la metodologia "esegetica" implica questi limiti a scapito della sistematicità del discorso.

Il provvedimento con cui il presidente o il ponente decidono la segretezza di un atto è un decreto di natura giudiziale che, evidentemente, non ha natura meramente ordinatoria. Quindi, deve essere motivato (cfr. can. 1617; DC, artt. 127 § 3, 261 **65**) ed è passibile d'impugnazione dinanzi al collegio, la cui decisione è inappellabile (cfr. DC, artt. 221 e 222). Questa decisione fa parte degli "atti di causa" che devono essere pubblicati per il difensore del vincolo e gli avvocati (*vide infra* §§ 2.5.4.3 e 2.5.4.4) ed inviati al tribunale di appello.

2.5. LA TUTELA DEL DIRITTO DI DIFESA DELLE PARTI PUBBLICHE E PRIVATE

2.5.1. La nullità della sentenza (DC, art. 231)

Art. 231 - La violazione del disposto di cui all'art. 229, § 3 comporta la nullità sanabile della sentenza; e nel caso in cui il diritto di difesa sia stato di fatto negato, la nullità insanabile (cf. cann. 1598, § 1; 1622, n. 5).

Ho testé ricordato che l'esplicitazione della nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa non era prevista dal CIC 1917 – quantunque fosse stata proposta da uno degli autori degli iniziali voti dei consultori della Commissione di codificazione (1908) **66** – e che è stata stabilita dal

64 GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, cit., n. 6.

65 *Vide supra* nota 9.

66 «*Non valet sententia: Si (...) probationes adversarii non fuerunt opportuno*

can. 1620, 7° del CIC 1983. Comunque, la tutela del diritto di difesa era possibile a norma dei cann. 1679 e 1680 del CIC 1917, malgrado il carattere restrittivo delle leggi irritanti. D'altra parte, erano e sono previste altre fattispecie di tutela del diritto di difesa delle parti, qualora costoro, i loro rappresentanti processuali o i loro patroni non abbiano la capacità prevista dalla legge per compiere efficacemente detta difesa **67**. Quindi, il can. 1620, 7° si è limitato ad accogliere la giurisprudenza consolidata della Rota Romana e la dottrina unanime **68**. Questa novità formale ha destato diversi problemi ermeneutici. Uno dei motivi è dovuto alla non sufficiente differenziazione con la nullità (anche questa innovativa) prevista dal can. 1598 § 1 per l'omessa pubblicazione degli atti. L'art. 231, accogliendo l'orientamento di un recente settore della giurisprudenza e della dottrina **69**, ha differenziato la mera violazione dell'obbligo "formale" della

*tempore communicatae» (Voto di Noval 1908 (Pars II: «De iudiciis contentiosis», sectio I: «De iudiciis contentiosis in genere»), can. 215 [217], 1°, in Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917, vol. 1, cit., p. 597). Questo canone di uno dei tre "voti" iniziali (di Fischer 1907, Noval 1908 e Many 1908) sui quali la Commissione codificatrice studiò per la prima volta la querela di nullità della sentenza fu inserito da Roberti nello schema «A» can. 394 (cfr. F. ROBERTI, *Codicis iuris canonici schemata. Lib. IV. De processibus. I. De iudiciis in genere*, in Civitate Vaticana, 1940, p. 434). La nullità per difetto di pubblicazione delle prove non fu accolta dal successivo schema (cfr. le discussioni delle Consulte del 19 e 24 giugno 1908; *Schema interlocutorio 1 1909 (titoli 17-22)*, can. 19, in *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917*, vol. 1, cit., pp. 746, 1160-1165). Per le corrispondenze degli schemi pubblicati da Roberti con i documenti originali dell'Archivio Segreto Vaticano, cfr. *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917*, vol. 1, cit., pp. 1247-1275. Per una critica di detti schemi, cfr. *ibidem*, pp. 173-192. Inoltre, la nullità per difetto di pubblicazione era prevista implicitamente anche dal voto di Many 1908: «Sententia definitiva nulla est ipso iure: Quando ipse processus nullitate est infectus, ob defectum alicuius formae substantialis» (P. S. MANY, C.S. Sulpitii, Consultor, *Votum, Liber Quintus, De iudiciis, Pars Secunda, De iudiciis contentiosis, Sectio I: De iudiciis contentiosis in genere (Titulus VI-XXII)*, Romae, Typis Vaticanis, 1908, can. 183, 6°, in *ibidem*, p. 648).*

67 Cfr. il mio *La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente alle parti (can. 1620, nn. 4, 5 e 6)*, in *La «querela nullitatis» nel processo canonico*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, pp. 109-144.

68 Cfr., ad es., G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., pp. 89-161; A. JACOBS, *Le droit de la défense*, cit., pp. 122-253; il mio *La certezza sul proprio stato matrimoniale e la nullità della sentenza*, in *L'atto giuridico nel diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, 2002, pp. 269-277.

69 Infatti, i riferimenti alla nullità sanabile non sono frequenti (cfr. G. ERLEBACH, *La*

pubblicazione degli atti dalla reale violazione del diritto di difesa. La prima fattispecie provoca la nullità sanabile della sentenza; la seconda la nullità insanabile. Precedentemente, la giurisprudenza e la dottrina erano soliti limitarsi ad affermare la nullità insanabile di quella sentenza in cui l'omessa pubblicazione avesse causato una vera impossibilità di provvedere alla difesa. Invece, la nullità sanabile prevista dall'art. 231 – per proteggere autonomamente l'obbligo di pubblicare gli atti – era a malapena considerata, fra l'altro proprio perché essendo sanabile, di fatto la nullità veniva facilmente sanata dalla decorrenza del termine di tre mesi dalla pubblicazione della sentenza (DC, art. 273).

2.5.2.L'obbligo dei coniugi «de secreto servando» (DC, art. 232)

Art. 232 § 1. Il giudice, prima dell'esame degli atti, può esigere che le parti emettano il giuramento o, se del caso, la promessa di non utilizzare quanto conosciuto da tale esame se non per esercitare il loro legittimo diritto di difesa in foro canonico (cf. can. 1455, § 3). § 2. Se la parte si rifiuta di emettere il giuramento, o, se del caso, la promessa, a meno che una legge particolare non disponga diversamente, si presume che abbia rinunciato alla facoltà di prendere visione degli atti.

La pubblicazione degli atti non è un diritto assoluto delle parti: è strumentale al diritto di difesa, il quale, a sua volta, è finalizzato all'accertamento della verità e, quindi, alla giustizia della sentenza. Perciò è equa la possibilità di condizionare l'obbligo della pubblicazione ad un uso ragionevole, come prevede l'art. 232 **70**.

Da questa impostazione provengono diversi articoli della DC che prevedono la facoltà del giudice di imporre il giuramento «*de secreto servando*», fra cui questo art. 232 sulla pubblicazione degli atti (cfr., ad es., artt. 73 § 3 e 167 § 3).

Non di rado si può produrre una confusione a questo riguardo: quella di pensare che l'intervento nella causa – non soltanto come parti, ma anche come testi, periti, ecc. – possa “espropriare” il libero, quantunque discreto

nullità della sentenza giudiziale, cit., pp. 258-269; A. JACOBS, *Le droit de la défense*, cit., pp. 311-367; 471-496).

70 Invece, un settore dottrinale, prima della DC, escludeva la legittimità di detta condizione (cfr., ad es., K. LÜDICKE, *Commento al can. 1598*, §§ 6-8, in ID. (a cura di), *Münsterischer Kommentar zum «Codex Iuris Canonici»*, Essen).

e prudente, uso per vie non processuali dei fatti di cui si è a conoscenza. Non è così. Il giuramento «*de secreto servando*» può soltanto riguardare i fatti conosciuti come conseguenza dell'intervento nella causa: i fatti nuovi appresi dall'espletamento delle prove, le domande dell'istruttore, l'atteggiamento del difensore del vincolo e dei patroni qualora siano presenti alla deposizione, ecc.

Il § 2 dell'art. 232 contiene una delle poche possibilità di legislazione particolare, eccezione alla sancita "centralizzazione normativa processuale" (DC, art. 1 §§ 2 e 3) ⁷¹. Infatti, il rifiuto di impegnarsi formalmente a mantenere il segreto può non implicare mancanza di attendibilità, bensì essere dovuto al rigetto sociale, in un determinato ambiente, della rinuncia alla "trasparenza" (alla "*politically correct*" "*glasnost*") riguardo a fatti essenzialmente pubblici i quali possono condizionare la propria vita, e quella dei congiunti, perché incidono sulla sentenza circa la validità del proprio matrimonio.

D'altra parte, il valore del giuramento, della promessa o, comunque, della parola data, dipende non poco dall'onestà personale e – per quanto riguarda le eventuali sanzioni canoniche, nei confronti dei cattolici inadempienti – dal grado di vita cristiana dell'interessato. Tuttavia, fra i cattolici sottoposti alla giurisdizione della Chiesa, benché siano poco praticanti, la possibilità di subire una sanzione resa pubblica dalla competente autorità ha sempre una certa efficacia atta a favorire il rispetto dell'obbligo del segreto formalmente assunto.

La presunzione prevista dall'art. 232 § 2 nei confronti di coloro che non s'impegnano all'obbligo del segreto sarà rilevante in un'eventuale querela di nullità ex art. 231 da parte di chi non accettò detto impegno.

2.5.3. La sede in cui esaminare gli atti (art. 233)

Art. 233 § 1. L'esame degli atti deve avvenire presso la cancelleria del tribunale davanti al quale pende la causa, entro il termine stabilito nel decreto del giudice. § 2. Se però la parte risiede in un luogo distante dalla sede di tale tribunale, può prendere visione degli atti

⁷¹ Cfr. i miei *Centralizzazione normativa processuale e modifica dei titoli di competenza nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 431-477; «*De foro competenti*» (cann. 1404-1416). *Introducción*, in *Comentario exegético*, cit., vol. 4, pp. 668-671, 690-697.

presso la sede del tribunale del luogo in cui risiede, o in altro luogo idoneo, così che il suo diritto di difesa resti impregiudicato.

La volontà di garantire il diritto di difesa sancito dal CIC 1983 – e al cui servizio è la DC, in ottemperanza della sua natura d'*istruzione* – deve tradursi in misure pratiche che lo rendano possibile con una minima diligenza. Perciò, accanto alle previsioni codiciali dell'esame presso la cancelleria del tribunale (cann. 1544, 1598 § 1) l'art. 233 aggiunge al § 2 una possibilità analoga a quella dell'istruttoria realizzata fuori dalla sede del tribunale (artt. 29, 51, 85).

Detta straordinaria modalità di pubblicazione richiede che la persona che funge da cancelliere sia consapevole del suo obbligo di evitare che siano fatte copie degli atti, tenendo conto dei nuovi mezzi tecnici per la riproduzione dei documenti. Infatti, se il tribunale avesse concesso di consegnare le copie alle parti, le avrebbe inviate con un mezzo postale simile a quello adoperato per la citazione e, quindi, non sarebbe necessaria questa fattispecie di pubblicazione. Inoltre, detto "cancelliere" dovrà esigere dalla parte la firma del documento in cui riconosce di aver avuto la possibilità di esaminare gli atti, e firmarlo egli stesso, indicando, se del caso, le vicende avvenute durante lo studio compiuto dalla parte stessa.

2.5.4. La pubblicità dell'atto segretato per i titolari della capacità «postulandi». Il problema nella fattispecie dell'autotutela (artt. 234 e 235)

Art. 234. Se il giudice ritiene, per evitare gravissimi pericoli, che qualche atto non debba essere reso noto alle parti, tale atto può essere preso in visione dai loro avvocati, previo giuramento o promessa di mantenere il segreto.

Art. 235 § 1. Agli avvocati che ne fanno richiesta il giudice può consegnare una copia degli atti (cf. can. 1598, § 1). § 2. Peraltro gli avvocati sono gravemente tenuti a non consegnare copia degli atti, sia integrale sia parziale, ad altri, non eccettuate le parti.

Il disposto dell'art. 234 della DC, nel concedere agli avvocati l'esame degli atti segretati, costituisce il principale modo escogitato dalla giurisprudenza rotale (origine di questa norma non codiciale) per cercare di far quadrare il cerchio della "relativamente" piena tutela del diritto di difesa di quella parte per la quale una prova resta sconosciuta (*vide supra* § 2.4.2).

Il giudice o il difensore del vincolo laici è evidente che possono essere considerati titolari di un vero "ufficio ecclesiastico" a norma del can. 145 § 1 («l'ufficio ecclesiastico è qualunque incarico, costituito stabilmente per disposizione sia divina sia ecclesiastica, da esercitarsi per un fine spirituale») **72**. In modo analogo, i patroni (chierici o laici, avvocati e procuratori, di fiducia e stabili) fanno parte della "curia di giustizia", del "tribunale" inteso *lato sensu* **73**, e hanno precisi obblighi di deontologia professionale con immediate conseguenze giuridiche (di giustizia), la cui violazione può comportare incisive sanzioni disciplinari e persino penali **74**.

72 Cfr. J.B. BEYER, *Iudex laicus vir vel mulier*, in *Periodica*, 75 (1986), pp. 29-60; P.A. BONNET, *Una questione ancora aperta: l'origine del potere gerarchico della Chiesa*, in *Comunione ecclesiale. Diritto e potere*, Torino, 1993, pp. 133-189; F. DANEELS, *De subiecto officii ecclesiastici attenda doctrina Concilii Vaticani II. Suntne laici officii ecclesiastici capaces?*, Romae, 1973; P. ERDÖ, *Il senso della capacità dei laici agli uffici nella Chiesa*, in *Fidelium iura*, 2 (1992), pp. 165-186; M^aE. OLMOS, *La incorporación de los laicos en los tribunales eclesiásticos españoles*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. 14, Salamanca, 1998, pp. 183-212; ID., *La capacidad jurídica del laico para el desempeño de cargos eclesiásticos*, in *Escritos en honor de Javier Hervada*, cit., pp. 139-147; R. PAGÉ, *Juges laïcs et exercice du pouvoir judiciaire*, in M. THÉRIAULT - J. THORN (a cura di), «Unico Ecclesiae servitio». *Études de droit canonique offerts à Germain Lesage*, Ottawa, 1991, pp. 197-212; STUDIA UNIVERSITATIS S. THOMAE IN URBE, *Hodiernae canonicae quaestiones*, Roma, 1973, pp. 59-107.

73 Cfr. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 2 ottobre 1944, in *AAS*, 36 (1944), pp. 281-290; GIOVANNI PAOLO II, m.p. *Iusti Iudicis*, 28 giugno 1988, in *AAS*, 80 (1988), pp. 1258-1261; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi* (nuova versione), 19 ottobre 1998, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 9/1998, pp. 303-312; C. GULLO, *Gli avvocati*, in P.A. BONNET, e C. GULLO (a cura di), *La Curia Romana nella cost. ap. «Pastor bonus»*, Città del Vaticano, 1990, pp. 531-547; i miei *Nota al m.p. «Iusti Iudicis»*, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), pp. 735-739; *I patroni stabili e i diritti-doveri degli avvocati*, in *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), pp. 71-91.

74 DC, artt. 110-111. Cfr., la nuova edizione della classica opera di S. ALFONSO DE LIGUORI, *Degli obblighi dei giudici, avvocati, accusatori e rei*, Palermo, 1998. Inoltre, cfr. M.J. ARROBA, *Principi di deontologia forense canonica*, in *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 129-146; C. DE DIEGO-LORA, *Criterios morales de la actuación de abogados y peritos en las causas matrimoniales*, in *Ius Canonicum*, 41 (2001), pp. 233-246; C.J. ERRÁZURIZ M., *Licitud moral de la presentación de la demanda de nulidad matrimonial por los esposos*, in *Ius Canonicum*, 41 (2001), pp. 169-189; P. GIANNITI, *Principi di deontologia forense*, Padova, 1992; J.-P. SCHOUPPE, *La possibilità di*

L'art. 234 prevede che gli avvocati possano soltanto promettere di mantenere il segreto, senza che sia necessario giurare. Ciò è dovuto all'eccezionale possibilità di un avvocato canonico non cattolico (art. 105 § 1), giacché un cattolico dovrebbe essere tenuto al giuramento.

2.5.4.1. La determinazione giurisprudenziale della cosa giusta: la non "assolutizzazione" del "garantismo processuale"

A questo punto è opportuno un chiarimento: il diritto altro non è che la ricerca di soluzioni giuste a questioni complesse le quali, spesso, previamente, sono state impostate o risolte in modo ingiusto. La norma legale astratta difficilmente può prevedere tutti i problemi, le loro complessità e le diverse ingiustizie loro riguardanti. Perciò è stato affermato che il diritto positivo umano ha un'origine genetica di natura giudiziale: «il diritto vive nel processo, (...) anzi da questo nasce (onde la dimensione processuale sarebbe condizione di pensabilità dello stesso diritto)» ⁷⁵. Per lo stesso motivo, alla fine dell'Ottocento e agli inizi del Novecento vi fu una forte resistenza a "codificare" il diritto canonico, qualora a detta operazione fosse attribuito un valore prevalentemente genetico del diritto della Chiesa e non, viceversa, precipuamente chiarificatore della norma giurisprudenziale, tipica dei disposti del *Corpus Iuris Canonici*, impostazione ampiamente riscontrabile nei verbali delle adunanze dei Cardinali del 3 e 17 marzo 1904 ⁷⁶.

Quindi, i concetti dogmatici relativi al diritto di difesa e alla sua tutela, pur facendo parte di quello che si è soliti chiamare "diritto naturale", hanno dei contorni massimamente imprecisi, in cui è necessario l'intervento determinativo operato dalla prudente discrezionalità giudiziale, che nulla ha a che vedere con l'arbitrarietà né con l'abuso di potere dell'autorità. Al riguardo è utile un brano di una nota sentenza della Segnatura Apostolica, *coram* Sabattani, Prefetto, riguardante i limiti del garantismo ad oltranza.

commissione d'indagini in materia di deontologia delle funzioni ecclesiali, in E. BAURA e J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, 2006, pp. 493-503.

⁷⁵ G. LO CASTRO, *Presentazione* a E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano, 1994, p. VIII.

⁷⁶ Cfr. *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917*, vol. 1, cit., pp. 25, 275-281, 283-285.

La decisione è "nota" perché è oggettivamente importante, ma, inoltre, perché, essendo così pochi i provvedimenti giudiziari divulgati del Supremo Tribunale, quelli stampati nelle riviste diventano interessanti per il mero fatto della loro divulgazione: «*Etiam si admitti potest principium a Patrono partis conventae allegatum: "il diritto di difesa è inviolabile 'sempre' (can. 1598 § 1)", nequeunt admitti consequentiae prout sonant: "quindi in ogni stadio e grado del procedimento (can. 221 § 1), di conseguenza anche in quello per la concessione della *nova causae propositio*", quia ius propriae defensionis exercendum est, non ad libitum partis, sed ad normam iuris, ut par est*» 77.

È chiaro che l'espressione «*ad normam iuris*» significa sia i precisi disposti legali, sia le altre fonti del diritto in una materia talmente poliedrica da rendere impossibile che non ci siano «lacune di legge» (cfr. can. 19). Tali fonti – in particolare la giurisprudenza dei tribunali apostolici e la dottrina – mostrano un'integrazione evolutiva delle anzidette «lacune di legge». Infatti, la citata decisione della Segnatura Apostolica, e il voto di Ochoa che la sosteneva *in iure*, ritenevano che non rientrasse nel diritto di difesa della parte "appellata" un suo intervento previo all'accettazione del *novum examen*, sulla base del disposto del can. 1644 § 1. Tuttavia, la perseverante insistenza di uno dei più competenti Avvocati della Santa Sede, Carlo Gullo, è riuscita a far modificare tale giurisprudenza apostolica e, di fatto, la DC riconosce il diritto "dell'altra parte" di essere informata della richiesta prima che il tribunale stabilisca «se il nuovo esame della causa sia da ammettere o no» (DC, art. 293 § 1). Evidentemente, il diritto della parte "convenuta" di esservi informata include la facoltà di intervenire prima della decisione sull'ammissione del *novum examen* 78.

77 SEGNAURA APOSTOLICA, *coram* Sabattani, Prefetto, sentenza, 1° giugno 1985, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2 (1985), p. 256. Vide il relativo parere di X. Ochoa, come *votante* della Segnatura Apostolica, in C. GULLO, *La «nova causae propositio»*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 797-823, note 7, 8, 29, 30.

78 Cfr. C. GULLO, *La «nova causae propositio»*, cit., pp. 814-816; C. GULLO - A. GULLO, *Prassi processuale*, cit., pp. 307-308.

2.5.4.2. L'accettazione non "meccanicista" dell'art. 234 e l'utilizzo del concetto di certezza morale

Ritorniamo alla nostra fattispecie. Considerata la possibilità che, dalla pubblicità di qualche prova, possa scaturire un pericolo gravissimo per uno o entrambi i coniugi (artt. 230 e 234), è giusto cercare di evitare che detto pericolo si realizzi a causa della pubblicazione di tale "atto di causa" a beneficio della parte "pericolosa" (infatti, il pericolo non risiede nella prova, bensì nella possibilità "reale" di una reazione ingiusta da parte di uno o di entrambi i coniugi). Nel contempo, la prova segretata potrebbe non riflettere la verità, o la verità rappresentata potrebbe meritare un'interpretazione diversa da quella apparentemente evidente. Perciò continua ad essere necessario offrire l'opportunità di contestare tale prova a chi potrebbe essere in possesso di elementi tali da sostenerne la falsità. Comunque, tale tutela della verità deve cercare di garantire la non attuazione del potenziale danno. E bisogna tentare di nuovo a far quadrare il cerchio...

Infatti, l'art. 234, nel consentire all'avvocato di prendere visione di detta prova con l'obbligo di non informarne il suo assistito, pone tanti problemi. In primo luogo, ricordiamolo, perché il titolare del diritto di difesa non è l'avvocato ma la parte. Senza la conoscenza della prova segretata la parte non potrà capire la decisione del tribunale, la cui motivazione non potrà svelare l'avvenuta segretazione. Inoltre, perché la parte non potrà dimostrare l'eventuale falsità dell'atto o dare un'interpretazione dello stesso diversa da quella apparentemente indiscutibile.

Tuttavia, per cause "gravissime", la necessaria elasticità dei limiti massimi del concetto dogmatico di diritto di difesa consente di armonizzarlo con l'accertamento della verità grazie a questo giusto affievolimento del diritto di difesa della parte nei confronti di una prova che può essere persino "decisoria" (prima pensavo diversamente). Comunque, come avviene presso gli ordinamenti civili che accettano la segretazione di qualche prova, tale decisione deve essere giudiziale perché non è considerato equo affidare detta decisione a chi produce la prova con la condizione della sua segretazione ⁷⁹. Questo provvedimento impone al

⁷⁹ Vide *supra* nota 42.

giudice un supplemento di responsabilità nell'attenta valutazione dell'influsso che la prova segretata ha sulla certezza morale, secondo il principio della libera e prudente valutazione delle prove e sulla credibilità del teste la cui deposizione è stata segretata, come stabiliva l'art. 130 della PME: «§ 1. *Potest semper instructor, si id exigat necessitas impediendi ne gravia oriantur dissidia, neve testes gravi alicui periculo obiiciantur, procuratores et advocatos iureiurando adstringere de secreto servando. § 2. Si testis suam fecerit depositionem ea lege, ne suum nomen manifestetur alterutri parti vel neutri, et instructor censuerit hanc legem esse gravi ratione innixam, illi fas est delegare duas aut tres personas, quarum causa nihil intersit, omni exceptione maiores, et parti vel partibus, quantum fieri potest, non suspectas, quibus significetur testis nomen ut inquirant an ipse fidem mereatur*» (cfr. DC, art. 247 §§ 3 e 4).

2.5.4.3. Il diritto "assoluto" dell'avvocato di conoscere la prova segretata (art. 234), e quello "relativo" di ottenerne copia (art. 235)

Gli artt. 234 e 235 utilizzano il verbo "posse" con una diversa portata. Infatti, il «*cognoscere possunt*» dell'art. 234 significa il diritto "assoluto" dell'avvocato di conoscere l'atto segretato: proprio questa è stata la via scelta dalla giurisprudenza e accolta dalla DC per armonizzare la possibilità della segretezza con la garanzia piena che «sempre rimanga impregiudicato il diritto di difesa» (artt. 230, 233 § 2). Il verbo («*possunt*») indica che detto diritto è "condizionato" all'impegno formale «di mantenere il segreto». Comunque, l'avvocato ha "diritto" di assumersi detta responsabilità e, se vorrà compiere tale dichiarazione, avrà diritto di conoscere tale atto. L'inosservanza di questo insieme di diritti (i quali presuppongono che l'avvocato sia messo a conoscenza della generica segretazione di qualche atto) comporterebbe la reale violazione del diritto di difesa e, quindi, la nullità insanabile della sentenza, tranne che l'atto segretato non abbia alcuna incidenza sulla decisione della causa, fattispecie che potrà soltanto giudicare (*ex officio* o ad istanza del difensore del vincolo: *vide infra* § 2.5.4.4) il tribunale di appello che conoscerà la prova tenuta nascosta all'avvocato dal tribunale d'istanza inferiore **80**.

80 L'istruttore può accettare la produzione di una prova "segreta" nei confronti delle parti ma non dei loro patroni (art. 157 § 2).

L'art. 235 § 1 contiene una successiva possibilità, che presuppone quelle appena considerate: che l'avvocato sia stato informato dell'esistenza di tale prova "segreta" e gli sia stato concesso il diritto di conoscerla: «*advocatis id petentibus, iudex tradere potest exemplar actorum*». La gravità del pericolo che implicherebbe la conoscenza di detta prova da parte di uno o di entrambi i coniugi può indurre il giudice (il ponente o il presidente del tribunale) a non permettere di affidarne alcuna copia al patrono, malgrado il divieto stabilito dal art. 235 § 2: «gli avvocati sono gravemente tenuti a non consegnare copia degli atti, sia integrale sia parziale, ad altri, non eccettuate le parti». Questa norma riflette la consapevolezza della difficoltà di consentire lo studio dell'atto garantendo che la parte non ne farà copia con qualcuno dei nuovi sofisticati mezzi tecnici **81**.

Questo sistema canonico potrebbe mettere in difficoltà l'avvocato che sia accusato dal proprio cliente, dinanzi al tribunale civile, di negligenza o di abuso di potere nell'adempimento della sua funzione. Il problema, ancora una volta è di "*glasnost*", di adeguata conoscenza previa dei propri diritti e doveri, e dei loro limiti. Nella nostra fattispecie, le parti devono essere consapevoli della normativa canonica e delle eventuali restrizioni del patrono a trasmettere una prova. Perciò, la dottrina, prudentemente, ha prospettato la convenienza di includere una clausola liberatoria al momento di rilasciare il mandato al patrono: «prendo atto che ... il Patrono non potrà darmi copia degli atti. Potrò ... leggere gli atti presso il suo studio, promettendo "di non utilizzare quanto conosciuto da tale esame se non per esercitare il mio legittimo diritto di difesa in foro canonico" (art. 232 § 1), liberandolo in tal senso da ogni responsabilità, sia verso l'Autorità ecclesiastica sia verso quella professionale statale», ecc. **82**.

2.5.4.4. Il diritto delle parti pubbliche di conoscere tutte le prove segrete

Le prescrizioni della DC manifestano senza ombra di dubbio la *ratio legis* della possibilità di segretare una prova: evitare che la piena tutela del diritto di difesa possa causare un danno gravissimo, come conseguenza

81 Cfr. G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., pp. 265-266; M.P. HILBERT, *De publicatione actorum*, cit., p. 531.

82 C. GULLO - A. GULLO, *Prassi processuale*, cit., p. 226. Cfr. S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti»*, cit., pp. 496-497.

della reazione ingiusta del coniuge che usa il legittimo espletamento di tale prova nell'ambito dell'istruttoria ecclesiale per tentare di recare un danno al coniuge che l'ha prodotta, al teste o al perito intervenienti, o al tribunale che l'ha ammessa o che l'ha stabilita *ex officio*. Per tale motivo la DC indica che detta prova può essere fatta conoscere soltanto all'avvocato, con le dovute cautele.

È evidente che la prova segretata deve essere "decisoria" o, almeno, importante. Altrimenti non sarebbe giustificata questa complicata procedura. Quindi, se la prova è rilevante per accertare la verità sulla nullità di un matrimonio, segretarla nei confronti del difensore del vincolo costituirebbe un provvedimento poco ragionevole. Talvolta, si è voluto giustificarlo con il (formalista) pretesto di rispettare l'uguaglianza fra le parti pubbliche e private.

Invero, i diritti dei patroni affermati in via giurisprudenziale e accolti dalla DC eliminano il problema alla radice: i titolari dello *ius postulandi* "tecnico" (i patroni e i le parti pubbliche) hanno diritto di conoscere tutte le prove segretate (art. 234). Inoltre, la parte pubblica ha lo stesso diritto di disporre di tutti gli atti, al modo stesso di un membro del collegio giudicante. Infatti, il difensore del vincolo, nella nostra fattispecie, offre le medesime garanzie di riservatezza e di probità di vita del giudice (sono richiesti i medesimi requisiti per la loro nomina) e il *favor matrimonii*, di cui è legittimo rappresentante, richiede che egli debba conoscere "tutte" le prove presenti negli atti della causa e che avranno influsso sulla sentenza. Quindi, al difensore del vincolo non sarebbe applicabile la possibile limitazione sancita dall'art. 235 § 1. Ciononostante, lo *Schema di «Regolamento»* proposto ai tribunali ecclesiastici regionali italiani dalla Commissione Episcopale per i problemi giuridici della CEI, in riferimento alla segretezza prevista dal can. 1598 § 1, dichiara (11 dicembre 1997): «Ai sensi del canone sopra citato, la segretezza di un atto vale per tutti, esclusi solo i giudici: parti private, loro patroni e parte pubblica non hanno titolo a conoscere l'atto posto sotto segreto» ⁸³. Evidentemente, tale indicazione non ha più senso dopo la DC.

⁸³ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA. COMMISSIONE EPISCOPALE PER I PROBLEMI GIURIDICI, *Schema di «Regolamento» dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, 11 dicembre 1997, art. 20, in *Quaderni della Segreteria Generale CEI*, 4 (1999), pp. 95-106. L'impostazione

2.5.4.5. La situazione nella fattispecie dell'«autotutela»

Il termine «autotutela» nelle cause di nullità del matrimonio canoniche è confuso. Da un lato, gli ordinamenti statali, in ambito civile (non penale), prevedono che «la parte ..., quando ha la qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso il giudice adito, può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore» (*Codice di procedura civile italiano*, art. 86). Dall'altro lato, l'ordinamento canonico, per le difficoltà di trovare avvocati presso numerose conferenze episcopali, pur riconoscendo l'importanza dei patroni nel configurare quelli "stabili" (can. 1490), prevede l'assenza del patrono nelle cause di nullità del matrimonio (can. 1481 § 3). In questo caso, lo *ius postulandi* appartiene ai coniugi, quantunque sia evidente che essi non hanno la sufficiente conoscenza del diritto e, quindi, sia alquanto eufemistico utilizzarne l'espressione «autotutela». La DC riconosce, onestamente, tale situazione e prevede l'invito del giudice ai coniugi a nominarsi un avvocato e la possibilità della nomina *ex officio* qualora le parti non accolgano tale indicazione (art. 101 §§ 1 e 2).

I diritti dell'avvocato stabiliti dagli artt. 234 e 235 non possono competere ai coniugi non esperti in diritto e che non hanno un patrono nella causa: si tratta proprio di evitare la loro conoscenza della prova segretata perché ne scaturirebbe un pericolo gravissimo. Il dato che deve valutare il giudice è se la conoscenza della prova può produrre un pericolo gravissimo: in tale circostanza egli non può trasmetterla alla parte, anche se questa non ha un patrono. L'obbligo del giudice sarà quello di costituire un avvocato, malgrado il rifiuto della parte (come avviene nel processo penale: cann. 1418 § 2 e 1723), per garantire quel minimo di diritto di difesa che l'ordinamento considera necessario **84**.

Un settore dottrinale ha prospettato ponderatamente il diritto dei coniugi di conoscere le prove e di riceverne copia, qualora l'«autotutela» fosse quella tecnica, *stricto sensu*, prevista dagli ordinamenti statali. Infatti, si ragiona, essendo i coniugi anche avvocati presso il foro canonico, gli artt. 234 e 235 concedono loro tale diritto, poiché non è prevista la loro

era condivisa da un settore dottrinale per tutelare l'uguaglianza fra le parti pubbliche e private, cfr., ad es., P. BIANCHI, *La pubblicazione degli atti*, cit., pp. 88-89.

84 Diversamente, cfr. R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario al can. 1598*, in *Comentario exegetico*, cit., vol. 4, cit., p. 1483.

esclusione, e, inoltre, perché tali coniugi sono sottoposti al controllo del tribunale ecclesiale **85**. In realtà, a mio parere, in questa fattispecie non importa che il coniuge sia avvocato perché tale circostanza non eviterebbe il motivo della segretezza della prova, e a maggior ragione di non consegnarne copia. La circostanza di essere parte può implicare il vero rischio di un uso ingiusto della prova in questione per “vendicarsi” dell’altro coniuge, di un teste o di un perito...: la propria situazione matrimoniale può avere più importanza che la possibilità di essere sanzionato sul lavoro di avvocato ecclesiastico. Ancora una volta è da evitare l’applicazione “meccanicista” della legge, dovendo il giudice interpretare la norma secondo la sua intima *ratio essendi* e secondo ciò che il magistrato considera giusto in coscienza, motivandolo adeguatamente (art. 261).

2.6. IL COMPLETAMENTO DELL’ISTRUTTORIA AD ISTANZA DI PARTE E L’OBBLIGO DELLA NUOVA PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI (ART. 236)

Art. 236. Effettuata la pubblicazione degli atti, le parti e il difensore del vincolo possono presentare altre richieste istruttorie allo scopo di completare le prove; una volta che queste, a parere del giudice, ritenute necessarie, siano state acquisite, si dovrà emettere un nuovo decreto a norma dell’art. 229, § 3 (cf. can. 1598, § 2).

Il diritto di difesa e il *favor veritatis* esigono che le parti possano contestare le prove dell’altra parte con prove atte a dimostrare la loro falsità o parzialità. Se le prove non sono state pubblicate appena prodotte e ciò avviene alla fine del normale periodo istruttorio, ne deriverà spesso che sia necessaria la riapertura della raccolta delle prove, con le negative conseguenze che ciò avrà sulla durata della causa (*vide supra* § 2.1). Invece, se le prove sono state pubblicate appena prodotte, le parti avranno avuto la possibilità di contraddirle e sarà molto più semplice la procedura successiva al decreto di cui al can. 1598 § 1 e all’art. 229.

Comunque, in seguito a detta pubblicazione “finale”, le parti possono esaminare gli atti (con i limiti sopra studiati) e proporre nuove prove. Detta proposta deve essere indirizzata al presidente o al ponente (all’autore del decreto di pubblicazione), non all’istruttore membro del turno giudicante che non sia né l’uno né l’altro (DC, art. 229 § 4) **86**. Tuttavia, questi potrà

85 C. PEÑA GARCÍA, *Comentario al Tit. IX*, cit., pp. 398-401.

86 Cfr. G. MARAGNOLI, *La funzione e i poteri del giudice istruttore*, cit., pp. 121-122.

(forse dovrebbe) essere sentito, e il suo parere potrà essere utilizzato nel decreto, sia in quello di accettazione che in quello di rifiuto, considerato il diritto della controparte di evitare manovre ostruzionistiche, adoperando quello che è stato chiamato "repressione degli abusi del diritto di difesa" **87**, come ricorda la DC, art. 157 § 3 **88**. L'intera questione sarà molto semplice se le parti hanno potuto conoscere e contraddire tutte le prove dell'altra parte prima del decreto di pubblicazione degli atti. Ad ogni modo, il *favor veritatis* e la natura dichiarativa della sentenza conferiscono il diritto di proporre nuove prove anche in appello (art. 267 §§ 2 e 3) **89**. Se saranno accolte, sarà richiesto il processo ordinario, non essendo possibile il «*processus brevior*».

Le nuove prove proposte dopo la pubblicazione degli atti potranno essere accettate o respinte dal ponente o dal presidente del tribunale. Invece, evidentemente, qualora siano state ammesse nuove prove, queste devono essere pubblicate alle stesse condizioni degli artt. 229-235. Comunque, a riprova del detto "traduttore, traditore", il testo del can. 1598 § 2 della versione della *Canon Law Society of America* (1985) ha tradotto la frase «*si iudex necessarium duxerit*» riferendola alla frase «*iterum est locus decreto [publicationis actorum]*» **90**. Invero, il testo del canone e il buon

Diversamente, cfr., ad es., prima della promulgazione della DC, P. BIANCHI, *La pubblicazione degli atti*, cit., p. 91.

87 G. ERLEBACH, *Il giudice e il diritto di difesa delle parti*, in *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 107-110. Cfr. C. GULLO, *Ostruzionismo processuale e diritto di difesa*, in K. LÜDICKE - H. MUSSINGHOFF - H. SCHWENDENWEIN (a cura di), «*Iustus Iudex*», cit., pp. 491-506; J.M^a SERRANO RUIZ, *Abuso del diritto di difesa*, in *Quaderni Studio Rotale*, 6 (1991), pp. 45-56.

88 «Il giudice limiti il numero troppo grande dei testi e delle prove; così pure non ammetta le prove addotte a scopo dilatorio (cf. can. 1553)» (DC, art. 157 § 3). Cfr. G. MARAGNOLI, «*Dignitas Connubii*», una nuova «*Istruzione*», cit., p. 234.

89 Cfr. R. JACQUES, *Droit de la défense à présenter de nouvelles preuves en appel*, in *Studia Canonica*, 37 (2003), pp. 163-174.

90 «*When these have been collected there is an occasion for repeating the decree mentioned in § 1 if the judge thinks it necessary*»: can. 1598 § 2, in J.A. CORIDEN, TH.J. GREEN, D.E. HEINTSCHEL (ed. commissioned by The Canon Law Society of America), *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, London, 1985, p. 991. La traduzione del can. 1598 § 2 e il relativo commento risultano anche confusi in E. CAPARROS, M. THÉRIAULT, J. THORN (Ed.), *Code of Canon Law annotated*, ed. 2, Montréal-Woodridge, 2004, pp. 1250-1251.

senso ermeneutico permettono di giungere facilmente alla conclusione che la discrezionalità del giudice riguarda l'accettazione delle nuove prove richieste, non la loro pubblicazione, che è necessaria *sub poena nullitatis*, come volle chiarire il CCEO, can. 1281 **91**, ed è stato condiviso dalla DC, art. 236. Tale buon senso fu espresso dal classico brocardo «*ubi eadem est ratio, idem quoque ius statui oportere*» **92**, che DC applica alle fattispecie previste dagli artt. 239 § 3 e 248 § 5.

3.LA «CONCLUSIO IN CAUSA»: CONCETTO ED EFFETTI PROCESSUALI (CAP. 2, ARTT. 237-239)

Art. 237 § 1. Espletato tutto quanto riguarda le prove da produrre, si addiviene alla conclusione in causa (can. 1599, § 1). § 2. Questa conclusione si ha ogni qual volta o le parti dichiarano di non aver null'altro da addurre, o il tempo utile stabilito dal giudice per produrre le prove è trascorso, o il giudice dichiara di ritenere sufficientemente istruita la causa (cf. can. 1599, § 2). § 3. Sulla compiuta conclusione in causa, in qualunque modo essa sia avvenuta, il giudice emetta un decreto (can. 1599, § 3).

Art. 238 - Il giudice, tuttavia, eviti di emettere il decreto che dichiari la conclusione in causa, se ritiene che ci sia ancora qualcosa da indagare affinché la causa possa ritenersi sufficientemente istruita. In tal caso il giudice, dopo aver udito, se ritenuto opportuno, il difensore del vincolo, ordini che si completi ciò che manca.

Art. 239 § 1. Dopo la conclusione in causa il giudice può convocare ancora i testi già sentiti, convocarne altri o ordinare altre prove non richieste in precedenza: 1° quando è presumibile che, qualora la nuova prova non sia ammessa, la futura sentenza risulti ingiusta per i motivi di cui al can. 1645, § 2, nn. 1-3; 2° negli altri casi, dopo aver udito le parti, purché vi sia un grave motivo e sia evitato qualsiasi pericolo di frode o subornazione (cf. can. 1600, § 1). § 2. Il giudice può inoltre ordinare o ammettere che sia prodotto un documento, che, senza colpa dell'interessato, non poté essere prodotto in precedenza (can. 1600, § 2). § 3. Le nuove prove siano pubblicate, osservati gli artt. 229-235 (cf. can. 1600, § 3).

Il concetto di «*conclusio in causa*» formulato dal can. 1599 e accolto, quasi *ad litteram*, dall'art. 237 non pone speciali difficoltà. Sin dagli inizi

91 Cfr. P. BIANCHI, *La pubblicazione degli atti*, cit., pp. 91-92. Nel senso "anglofono", cfr. M.P. HILBERT, *De publicatione actorum*, cit., pp. 527-528, 532.

92 Cfr. JACOBUS GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, lib. 8, tit. 13, § 3, ed. 9, vol. 2, Mantuae 1750, p. 625a.

della codificazione detto momento è stato identificato, sostanzialmente, con la chiusura della fase istruttoria alla quale seguiva una moderata discussione. Sull'«*index materiaram Codicis Iuris Canonici*» del 1904 la *conclusio in causa* non era prevista nella sezione «*de iudiciis non criminalibus in genere*»; ma nella sezione «*de iudiciis criminalibus in genere*» in cui, al titolo 31 «*de publicatione processus*», seguivano i titoli «*de repetitione et compositione testium*» e «*de causae propositione et disceptatione*» **93**.

Perciò il voto di *Fischer 1907*, in una nota al § 43 diceva: «*Conclusio in causa formalis necessaria mihi non videtur*» **94**. Nel tentativo di rendere più rapido il processo, l'art. 41 del citato *Novissimum Schema 2002* della DC prevedeva che alla pubblicazione degli atti seguisse direttamente la discussione della causa: «*Publicatis actis, novas probationes Iudex ne admittat nisi gravi de causa seu perspecta necessitate complendi instructionem, sed statim terminos omnibus in causa intervenientibus praestituat ad exhibendas pari tempore scripturas defensionales ac dein responsiones*». Poiché una istruzione non può modificare la legge, la commissione che preparò detto schema avvertiva in una delle «Note per la Superiore Autorità»: «Viene abrogato il can. 1599 sulla conclusione in causa» **95**. Peraltro, la giurisprudenza riconosce che l'omissione della *conclusio in causa* non provoca, di per sé, la nullità della sentenza, tranne che comporti una violazione del diritto di difesa riconducibile al disposto del can. 1620, 7° **96**. Presso la Rota Romana, la *conclusio in causa* avviene «*ipso iure*» e, quindi, diventa una mera formalità, tranne che siano state prodotte nuove prove, fattispecie che richiede l'applicazione del can. 1600 **97**.

In realtà, il problema della *conclusio in causa* è che l'inquisitorietà richiesta dal *favor veritatis* può comportare che tale atto significhi la

93 Cfr. *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917*, vol. 1, cit., pp. 348-349.

94 *Voto di Fischer 1907*, cit., § 43, in *ibidem*, p. 551.

95 *Vide supra* nota 12.

96 Cfr. G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., pp. 270-272.

97 Cfr. ROTA ROMANA, *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, art. 80, in *AAS*, 86 (1994), pp. 508-540.

chiusura della fase istruttoria ad istanza di parte e possa comportare l'inizio dell'istruttoria *ex officio*, con il corrispondente successivo obbligo di nuova pubblicazione degli atti e nuova *conclusio in causa* (art. 239 § 3) ecc. Ci troviamo a che fare col non semplice equilibrio fra tutela della verità e della tempestività della decisione, entrambe richieste dalla giustizia, quantunque la verità prevalga sulla celerità, senza "scrupoli istruttori" che possono rendere infinita una causa e svuotare il senso degli istituti tesi a garantire che la sentenza rispecchi la verità, propiziando l'insofferenza nei confronti del processo giudiziario e il conseguente tentativo di «amministrativizzazione» delle cause di nullità del matrimonio.

3.1. L'INQUISITORIETÀ ISTRUTTORIA DEL PROCESSO DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO CONSENTE LA MODIFICA «EX OFFICIO» DELLA FORMULA DEL DUBBIO?

L'ampia facoltà istruttoria concessa al presidente e al ponente della causa dagli artt. 238 e 239 per garantire la giustizia della decisione costituisce un'ulteriore manifestazione del superamento di ogni "formalismo perentorio" tipico del principio dispositivo. Detto principio di "non perentorietà" è manifestato nell'inquisitorietà istruttoria, propria di molti ordinamenti statali nelle cause pubbliche e, sicuramente, specifica dell'ordinamento canonico nelle cause in cui è implicata direttamente la *salus animarum*. La formulazione tipica di tale inquisitorietà è l'art. 71: «§ 1. Una volta che la causa di nullità di matrimonio è stata legittimamente introdotta, il giudice può e deve procedere non soltanto su richiesta di parte ma anche d'ufficio (cf. can. 1452, § 1). § 2. Pertanto, il giudice può e deve supplire alla negligenza delle parti nell'addurre prove e nell'opporre eccezioni, ogni qual volta lo ritenga necessario per evitare di emettere una sentenza ingiusta, ferme restando le disposizioni dell'art. 239 (cf. can. 1452, § 2)».

Sono convinto che detta inquisitorietà consenta, come sostengo da tempo, la modifica *ex officio* della formula del dubbio **98**. Infatti, la

98 Cfr., «*Quaestiones disputatae*» sulla scelta della procedura giudiziaria nelle cause di nullità del matrimonio, sui titoli di competenza, sul libello introduttorio e sulla contestazione della lite, in Apollinaris, 70 (1997), pp. 618-622; *Il diritto al contraddittorio nella giurisprudenza canonica, postille alle decisioni della Rota Romana*, in S. GHERRO (a cura di), *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, 2003, pp. 55-56; *La nullità insanabile della sentenza per*

giurisprudenza rotale riconosce (talvolta esplicitamente) la capacità del tribunale di modificare *ex officio* il decreto di *litis contestatio*, purché di detta iniziativa si dia notizia alle parti, le quali avranno la facoltà di impugnare il nuovo decreto di *litis contestatio* a norma dell'art. 135 § 4: «*Neque processuale iter mutari potest nova dubii concordatione [ex officio] absque notificatione rite partibus facta*» **99**. Infatti, qualora entrambe le parti siano venute a conoscenza di detto cambiamento *ex officio* e non abbiano reagito, la giurisprudenza ritiene che la nullità rimanga sanata **100**.

un vizio attinente le parti (can. 1620, nn. 4, 5 e 6), in La querela di nullità, Libreria Editrice Vaticana, 2005, pp. 125-127; Ancora sulla modifica «ex officio» del decreto di concordanza del dubbio, in Ius Ecclesiae, 17 (2005), pp. 742-758; Il concetto di «conformitas sententiarum» nell'istr. «Dignitas connubii» e i suoi riflessi sulla dinamica del processo, in H. FRANCESCHI - J. LLOBELL - M.Á. ORTIZ (a cura di), La nullità del matrimonio, cit., pp. 226-230; La modificación «ex officio» de la fórmula de la duda, la certeza moral y la conformidad de las sentencias en la instr. «Dignitas connubii», in Ius Canonicum, 46 (2006), pp. 140-148.

Giovanni Maragnoli propone un'altra convincente soluzione del problema che intende risolvere la mia proposta: cfr. il § 3 del suo commento all'art. 136 della DC in questo stesso volume (pp. 125-130).

99 ROTA ROMANA, *coram* Turnaturi, decreto, 7 dicembre 2000, *Mexicana, Nullitatis matrimonii; Prael.: null. sent.*, n. 15, B. Bis 111/00. «*Partes enim ius habent ut audiantur de mutatione causae petendi. Iudex, qui suo arbitrio tempore proferendae sententiae caput nullitatis mutet, haud dubie ius defensionis graviter laedit; ac sententia, ob hoc violatum ius partium, nullitate laborat*» (ROTA ROMANA, *coram* Burke, decreto, 4 giugno 1998, *Parisien. (Francia), Nullitatis matrimonii; Incid.: Null. sent.*, n. 5, B. Bis 49/98). La modifica *ex officio* del decreto di *litis contestatio* è anche ammessa, purché ne sia fatta regolare notifica alle parti, specie a quella convenuta, ad es., in ROTA ROMANA, *coram* Stankiewicz, decreto, 29 marzo 1996, *Bangaloren. (India), Nullitatis matrimonii; Prael.: Novae causae propositionis et null. sent.*, n. 10, B. Bis 21/96.

100 Cfr. ROTA ROMANA, *coram* Corso, decreto, 16 gennaio 1990, *Sancti Sebastiani Fluminis Ianuarii (Brasile), Nullitatis matrimonii, Nullitatis sententiae*, n. 7, in *RRDecr.*, 8 (1990), pp. 6-11; *coram* Faltin, decreto, 16 gennaio 1990, *Brunen. (Repubblica Ceca), Nullitatis matrimonii, Novae causae propositionis*, n. 16, in *RRDecr.*, 8 (1990), pp. 22-28; *coram* Boccafola, decreto, 16 aprile 1991, *Paulopolitana et Minneapolitana (USA), Incid.: Nullitatis sententiarum*, B. Bis 16/91; *coram* Bruno, decreto, 21 luglio 1995, *Kinshasana seu Kikuiten. (Congo), Nullitatis matrimonii; Prael.: Null. sent.*, n. 7, B. Bis 33/95; *coram* Jarawan, decreto, 9 febbraio 1996, *Ultraiecten. (Olanda), Nullitatis matrimonii; Inc.: Null. sent. et novae causae propositionis*, n. 5, B. Bis 9/96; *coram* Serrano, sentenza interlocutoria, 15 maggio 1998, *Sancti Ioannis Portoricen., Nullitatis matrimonii et sententiae*, n. 3, *Sent.* 50/98, in *RRD*, 90 (1998), pp. 375-378; *coram* Burke, decreto, 4 giugno 1998, *Parisien. (Francia), Nullitatis matrimonii; Incid.: Null.*

Una tale interpretazione può apparire in contraddizione con l'art. 136, il quale sembra richiedere che una tale modifica possa aver luogo solo su istanza di una delle parti e con l'intervento dell'altra o almeno con la sua citazione. Il cambiamento dell'oggetto della controversia è sicuramente vietato senza un provvedimento previo alla sentenza, cioè non può avvenire direttamente nella sentenza definitiva, perché ciò comporterebbe l'esorbitanza della decisione dal dubbio proposto («*ultra vel extra petita partium*»), provocando la nullità insanabile della sentenza stessa a norma dell'art. 270, 4°. Invece, il suddetto cambiamento, se previo alla sentenza, può essere adottato *ex officio* perché rientra nelle attività previste dall'art. 71 **101**. Invero, il richiamo all'art. 71 potrebbe destare qualche perplessità giacché l'art. 136 prevede che il nuovo decreto sia «*ad instantiam partis*». Ma una tale «istanza» non ha necessariamente il valore di «nuovo libello di domanda», essendo già stata concordata la causa sulla base del libello della parte attrice e della risposta della parte convenuta. Questa modifica dell'oggetto della lite non è il risultato di una nuova petizione al giudice (se lo fosse non sarebbe possibile agire *ex officio* in applicazione dell'assioma «*nemo iudex sine actore*» sancito dall'art. 114), ma mera riformulazione del *nomen iuris* attribuito dal giudice alle precedenti richieste delle parti, domande con cui, per lo più (considerata l'assenza degli avvocati presso la maggior parte dei tribunali ecclesiastici), non è stato invocato un particolare capo di nullità del matrimonio, né in senso positivo (da parte dell'attore), né in senso negativo (da parte del convenuto che si oppone alla petizione informale della dichiarazione della nullità del proprio matrimonio), come afferma l'art. 116 § 1, 2°: «Il libello con cui viene introdotta la causa deve: ... delimitare l'oggetto della causa, ossia ... proporre, anche se non necessariamente con parole tecnicamente precise, la ragione della domanda e cioè il capo o i capi di nullità per i quali il matrimonio è impugnato». Una tale facoltà *ex officio* da parte del giudice rientra dunque nelle previsioni dell'art. 71 *collato cum* art. 116 § 1, 2°.

sent., n. 5, B. Bis 49/98; *coram* Bottone, decreto, 25 giugno 1998, *Sancti Sebastiani Fluminis Januarii (Brasile)*, *Nullitatis matrimonii*, n. 4, B. Bis 57/98; *coram* Faltin, decreto, 19 gennaio 2000, *Bogoten. (Colombia)*, *Nullitatis matrimonii*; *Incid.: Null. sent.*, n. 7, B. Bis 7/00.

101 Cfr. A. STANKIEWICZ, *De litis contestatione (cann. 1513-1516)*, in *Comentario exegetico*, cit., vol. 4, p. 1241.

Inoltre, il concetto di “fatti giuridici” o “principali”, adoperato dall’art. 291 § 2 («fatti che hanno causato la nullità di matrimonio»), sposta il contenuto della richiesta della parte su tali fatti, anziché su un’impostazione nominalistica incentrata sul *nomen iuris* del capo o i capi di nullità in senso tecnico, questione che esula dalla competenza della stragrande maggioranza dei coniugi.

La *conclusio in causa* sarebbe l’ultimo momento permesso al tribunale per decretare tale modifica del decreto di concordanza del dubbio, motivato sulla più adeguata qualifica dei “vecchi fatti giuridici” alla luce delle “nuove prove”. Non sarebbe di ostacolo all’applicazione di questo convincimento ermeneutico – attuato da tempo dalla Rota Romana, come abbiamo comprovato – la dichiarazione del Collegio rotale secondo cui non è ammissibile la modifica della concordanza del dubbio chiesta dal patrono d’ufficio senza l’esplicito consenso della parte **102**. Detto divieto è logico e coerente con quanto propongo perché il consenso della parte è anche richiesto nella fattispecie della modifica *ex officio* in parola. La differenza consiste nel fatto che, mentre nella modifica *ex officio* il consenso può essere tacito (accettando il decreto in cui la modifica è notificata), nella richiesta del patrono d’ufficio non può esserci un modo implicito di dimostrare il consenso della parte, e, quindi, tale consenso deve essere esplicito. Infatti, la fattispecie che motivò la decisione della Segnatura, citata dalla Rota, rifletteva l’uso abusivo e strumentale, contro la volontà della parte, della nomina di un fasullo patrono d’ufficio: «*parti conventae utique ad normam iuris constitui potest procurator-advocatus “ex officio” ad eam defendendam, sed non intellegitur quo iure huiusmodi patrona introducere potuerit novum caput nullitatis sine explicito mandato partis (cfr. can. 1501), eo vel magis quod d.na conventa in casu absens mansit a iudicio et expensae pro “nova” causa ab altera parte solvendae erant*» **103**.

102 Cfr. ROTA ROMANA, *Declaratio Collegii de non admittendo novo capite nullitatis matrimonii proposito a Patrono ex officio*, 9 dicembre 2004, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 15 (2005), p. 192. La dichiarazione cita una decisione della Segnatura in tale senso: «*nisi exhibeat explicitam petitionem seu libellum partis in causa, cuius defensionem assignatus est (cf. S.T. Signaturae Apostolicae, decr. diei 17 maii 1995)*».

103 Cfr. SEG NATURA APOSTOLICA, *Decreto particolare. «Nullitas matrimonii»*. *Cann. 1095, 2° e 3°, 1432, 1440, 1444 § 1, 2°, 1445 § 3, 1°, 1620, 1°, 1683*, 17 maggio 1995, § 10, in *Ius Ecclesiae*, 8 (1996), pp. 819-821. *Vide supra* nota 32.

3.2. L'INESISTENZA DEI TERMINI PERENTORI NELLE QUESTIONI DI MERITO NEL PROCESSO DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO LÀ DOVE VI SIANO SERI MOTIVI PER LA LORO PROROGA

La DC ha cercato di adattare il processo contenzioso ordinario alle cause di nullità del matrimonio, evitando quelle norme che non gli sono attinenti (DC, *prooemium*). Ad es., il titolo 12, sull'impugnazione della sentenza, non tratta della *restitutio in integrum* perché questa è l'impugnazione prevista contro il "giudicato materiale", che non si dà nelle cause sullo stato delle persone (DC, art. 289 § 1) **104**. Tuttavia, l'art. 78 § 2 cita la *restitutio in integrum* perché il giudicato materiale è possibile nelle cause pregiudiziali o incidentali su argomenti diversi dal merito della questione. Ciononostante, la DC insiste, su questioni di merito, nell'utilizzare il concetto di termine perentorio (ad es., artt. 106 § 2, 281 § 1, 282 § 2, 290 § 1).

Gli articoli sulla *conclusio in causa* dimostrano che, precisamente perché le cause di nullità del matrimonio non diventano mai giudicato, i termini, nelle questioni di merito (la proposizione di una prova, l'impugnazione della decisione definitiva, ecc.), non sono mai veramente perentori, perché tali questioni sono sempre proponibili. Un esempio tipico è il termine riguardante la proposizione e la prosecuzione dell'appello (artt. 281 § 1, 282 § 2). Infatti, la sentenza che dichiara «*non constare de nullitate matrimonii in casu*», che non deve essere inviata *ex officio* al tribunale superiore, potrà essere appellata anche dopo molti anni della sentenza definitiva **105**.

Al riguardo, la PME ebbe forse un senso più realistico e meno legato al disposto codiciale che la DC. Così come in materia istruttoria la PME, art. 177 § 2, ampliava i termini per consentire un supplemento *ex officio*, in tema di appello prevede l'istituto della "*retractatio*", che, nella pratica, era un appello la cui interposizione non era limitata da alcun termine: «*Cum sententiae in causis matrimonialibus numquam transeant in rem iudicatam,*

104 *Vide supra* nota 33.

105 Invece, l'efficacia perentoria del termine per appellare diventa operativa agli effetti della prevenzione in favore del tribunale periferico (o "inferiore") di seconda istanza a scapito dell'appello tardivamente rivolto alla Rota Romana (cfr. artt. 264, 265 § 2, 281, 283, 284, 286).

causae ipsae retractari poterunt coram tribunali superiori, non exceptis casibus in quibus appellatio defuerit vel deserta aut perempta fuerit» (PME, art. 217 § 1) **106**.

I limiti all'istruttoria *ex officio* stabiliti dall'art. 239 dopo la *conclusio in causa* hanno anche una valenza non "perentoria", malgrado la comprensibile impostazione di voler porre il punto finale alle cause, evitando gli anzidetti "scrupoli istruttori" e le loro negative conseguenze **107**: il ponente o il presidente del tribunale dovranno applicarli secondo il criterio dell'art. 71 § 2: quello di «evitare di emettere una sentenza ingiusta». L'aggiunta «ferme restando le disposizioni dell'art. 239 (cf. can. 1452, § 2)» ha una natura non "imperativa", che possiede, invece, in altro tipo di cause, alle quali è applicabile il can. 1452 § 2, appartenente al processo contenzioso ordinario.

3.3. L'OBBLIGO DEL GIUDICE DI PRONUNCIARSI SUL MERITO E L'INTERVENTO DEL TERZO

La *conclusio in causa* implica che l'attività delle parti nel processo, cioè la presentazione delle proprie prove e la contestazione di quelle proposte dalle altre parti e dal giudice *ex officio*, sia, sostanzialmente, finita. Infatti, la successiva discussione della causa ha una valenza processuale utile ma non riguarda essenzialmente il contributo delle parti per difendersi sostanzialmente (*vide infra* § 4). Per questo motivo, in applicazione del principio di economia processuale, l'ordinamento ritiene che sarebbe frustrante che, a causa conclusa, il tribunale non potesse pronunciarsi sul modo giusto di decidere la causa controversa. Perciò, il can. 1518, 2° del CIC 1983, uguale al can. 1733, 2° del CIC 1917, stabilisce: «se una parte contendente muoia...: a causa conclusa, il giudice deve procedere oltre, dopo aver citato il procuratore, se vi sia, altrimenti l'erede del defunto o il successore». Invero, la norma di entrambi i codici ha qualche punto di disarmonia con un altro loro prescritto che permette alle parti in causa concordi (implicitamente o esplicitamente) di rinunciare all'istanza «in qualunque stadio e grado del giudizio» (CIC 1917, can. 1740; CIC 1983, can. 1524), quindi anche dopo la *conclusio in causa*.

106 Cfr. J.M. PINNA, *Praxis iudicialis canonica*, ed. 2, Romae, 1966, p. 144.

107 C. PEÑA GARCÍA, *Comentario al Tit. IX*, cit., pp. 405-408.

Il CIC 1917 non aveva una norma simile al vigente can. 1675 § 2, che rinviava al citato can. 1733, 2° del CIC 1917. Quindi, nelle cause di nullità del matrimonio, mancava una norma specifica per la fattispecie della morte di uno o entrambi i coniugi durante il processo. Il can. 1972 si limitava a prevedere l'eccezionale possibilità dell'inizio di una causa di nullità del matrimonio *post mortem*, qualora detta causa fosse pregiudiziale rispetto a un'altra, in modo più restrittivo che il vigente can. 1675 § 1 (DC, art. 93).

La «lacuna di legge» del CIC 1917 fu riempita dalla PME che, all'art. 222 § 1, stabilì la perenzione dell'istanza per morte di un coniuge (con indipendenza della fase processuale in cui la causa si trovasse), tranne che l'altro coniuge o gli eredi chiedessero la continuazione della causa per gravi motivi.

Il CIC 1983 ha modificato la normativa precedente, applicando alle cause di nullità del matrimonio l'obbligo del giudice di emettere sentenza dopo che si sia arrivati alla *conclusio in causa* (can. 1675 § 2; DC, artt. 94 e 143). Il *favor veritatis* ha prevalso, equamente, sul *favor matrimonii*.

Ancora una volta la giusta inquisitorietà processuale compare nelle cause di nullità del matrimonio. Detta inquisitorietà rispetta i principi essenziali del processo: «*nemo iudex sine actore*», terzietà giudiziale, sostanziale rispetto del principio dispositivo nella fase istruttoria, tutela del diritto di difesa, ecc. Nel contempo, l'inquisitorietà offre al giudice poteri molto ampi per giungere all'accertamento della verità sulla validità del matrimonio, anche se è stato sicuramente sciolto (se valido) dalla morte di uno o di entrambi i coniugi. È questa la prospettiva dalla quale abbiamo voluto insistere di nuovo sulla possibilità della modifica *ex officio* del decreto di concordanza del dubbio, rispettando il diritto delle parti di opporsi e di difendere (pro e contro) il nuovo capitolo di nullità (*vide supra* § 3.1).

Un breve cenno sul can. 1596 § 2, non riportato dalla DC. Tale canone prevede la possibilità dell'intervento di un terzo prima della *conclusio in causa*. È evidente che nelle cause di nullità del matrimonio "normali" (quelle in cui entrambi i coniugi vivono), il *favor matrimonii* ha portato a limitare la legittimazione ad intervenire ai soli coniugi e, eccezionalmente, al promotore di giustizia (art. 92). Quindi, non vi è alcun terzo legittimato ad intervenire in tali cause. Invece, come abbiamo appena analizzato, l'intervento di un terzo nella causa sarà possibile dopo la morte di uno dei

coniugi: a) sia come successore del defunto, nella fattispecie di morte durante il processo, indipendentemente in questo caso dall'essere o meno arrivati alla *conclusio in causa* (art. 143); b) sia nel caso in cui la dichiarazione della validità o della nullità *post mortem* sia pregiudiziale rispetto a un'altra causa (art. 93).

4.LA DISCUSSIONE DELLA CAUSA (CAP. 3, ARTT. 240-245)

La discussione della causa è l'ultimo intervento difensivo delle parti in causa. Consiste nella "valutazione" fatta da ogni parte dell'insieme istruttorio previamente prodotto ad istanza di parte o *ex officio*. Tale discussione non ha alcuna valenza probatoria *stricto sensu*. Si tratta delle classiche arringhe conclusive alle quali, anche i più ignoranti nel processo, sono abituati grazie alla diffusione dei "*legal thriller*". Dette requisitorie sono interessanti – se sono state compiute con un minimo d'intelligenza, competenza ed impegno –, perché offrono l'interpretazione delle parti alla *quaestio iuris* e alla *quaestio facti* della causa. Si potrebbe pensare che i brocardi «*da mihi factum, dabo tibi ius*» e «*iura novit curia*» rendano non necessaria la discussione della causa, una volta che il tribunale dispone di tutte le prove. Invero, in un sistema di giudici tecnici, l'utilità difensiva della discussione non è trascendentale, quantunque possa sempre avere qualche utilità. La questione è diversa se a decidere intervengono i giudici popolari della Corte di assise (il tribunale italiano per i delitti più gravi, composto da giudici popolari – la cosiddetta "giuria" – e tecnici). Invece, nell'ordinamento canonico tutti i giudici devono essere esperti in diritto.

4.1. NATURA DELL'OBBLIGO DELLE «DEFENSIONES» DELLE PARTI PRIVATE (IL «RESTRICTUS RESPONSIONIS») E DELLE «ANIMADVERSIONES» DEL DIFENSORE DEL VINCOLO («SEPARATIM» E CON DIBATTIMENTO ORALE: L'IMMEDIATEZZA PROCESSUALE). IL DIRITTO DEL DIFENSORE DEL VINCOLO DI PARLARE PER ULTIMO (ARTT. 240, 242-244)

Art. 240 § 1. Fatta la conclusio in causa, il giudice stabilisca un congruo spazio di tempo perché sia predisposto, se del caso, il sommario degli atti, e siano presentate per iscritto le difese e le osservazioni (cf. can. 1601). § 2. Quanto alla preparazione del sommario e alla stesura delle difese e delle osservazioni, al numero degli esemplari ed altre cose simili, si osservi il regolamento di ciascun tribunale (cf. can. 1602).

Art. 242 § 1. Comunicate vicendevolmente le difese e le osservazioni, all'una e all'altra parte è consentito presentare delle risposte entro un breve spazio di tempo stabilito dal giudice (can. 1603, § 1). § 2. Le parti abbiano questo diritto una sola volta, a meno che il giudice per un motivo grave non ritenga lo si debba concedere un'altra volta; in tal caso però la concessione fatta ad una parte s'intende fatta anche all'altra (can. 1603, § 2).

Art. 243 § 1. Al difensore del vincolo deve sempre essere riconosciuto il diritto di essere sentito per ultimo (cf. can. 1603, § 3). § 2. Se il difensore del vincolo, entro il breve termine stabilito dal giudice, non dà alcuna risposta, si presume che non abbia nulla da aggiungere alle sue osservazioni, e si può procedere nella trattazione della causa.

Art. 244 § 1. Dopo la discussione della causa fatta per iscritto, il giudice può stabilire che, allo scopo di chiarire alcune questioni, abbia luogo un moderato dibattito orale davanti al tribunale riunito in seduta (cf. can. 1604, § 2). § 2. Al dibattito orale sia presente il notaio, affinché, se il giudice lo ordini, oppure la parte o il difensore del vincolo lo chiedano e il giudice acconsenta, egli possa subito verbalizzare ciò di cui si è discusso e le relative conclusioni.

La discussione della causa è fatta, abitualmente, per scritto, seguendo il principio ordinario del processo canonico **108**. A questo proposito, è sorprendente trovare sulla *Summa theologiae* un riferimento, pienamente vigente, all'utilità processuale (sostanziale, non formale né, ancora meno, formalista) della scrittura: «*difficile est singula verba, propter eorum*

108 Cfr. cann. 1472, 1503; DC, artt. 88, 115. Il contenzioso orale non è ammesso nelle cause di nullità del matrimonio, sotto pena di nullità (DC, art. 269). Invece, è ordinariamente previsto per le questioni incidentali (art. 224 § 1), per la querela di nullità (art. 227 § 1) e le questioni «*de iure appellandi*» (art. 282). Sul processo contenzioso orale, cfr. cann. 1656-1670; C. DE DIEGO-LORA, *El principio de oralidad en el proceso*, in *Ius Canonicum*, 17/34 (1977), pp. 378-387; J. GOTI ORDEÑANA, *Principios rectores del proceso canónico y orientaciones en el esquema de reforma*, in *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid, 1983, pp. 191-197; Z. GROCHOLEWSKI, *Illegittimo uso del processo sommario come motivo di nullità della sentenza*, in *Cause incidentali e processo contenzioso sommario ossia orale*, Roma, 1988, pp. 169-175; L. MADERO, *El proceso contencioso oral en el «Codex Iuris Canonici» de 1983*, in *Ius Canonicum*, 24 (1984), pp. 198-291; A. NICORA, *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*, Roma, 1977; J.M. PINTO GÓMEZ, *La procedura nel processo contenzioso sommario*, in *Cause incidentali e processo contenzioso sommario ossia orale*, Roma, 1988, pp. 121-134; A. STANKIEWICZ, *Il processo contenzioso orale*, in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, pp. 25-50.

multitudinem et varietatem, retinere, cuius signum est quod multi, eadem verba audientes, si interrogentur, non referent ea similiter etiam post modicum tempus. Et tamen modica verborum differentia sensum variat. Et ideo, etiam si post modicum tempus debeat iudicis sententia promulgari, expedit tamen ad certitudinem iudicii ut accusatio redigatur in scriptis»
109.

Considerata l'importanza della giurisprudenza della Rota Romana per le cause di nullità del matrimonio **110**, è utile ricordare che, nella prassi del tribunale apostolico, le «*defensiones*» delle parti private, presentate abitualmente tramite il loro patrono **111**, sono chiamate «*restrictus* », mentre sono chiamate «*animadversiones*» quelle del difensore del vincolo e, in genere, delle parti pubbliche. Com'è noto, il difensore del vincolo «non può mai agire a favore della nullità di matrimonio; se in qualche caso particolare non ha nulla da proporre o da esporre ragionevolmente contro la nullità di matrimonio, può rimettersi alla giustizia del tribunale» (DC, art. 56 § 5). Precisamente l'unica occasione in cui il CIC 1983 utilizza l'espressione rimettersi «alla scienza e coscienza del giudice» è nel can. 1606 sulla discussione della causa **112**.

Né il CIC 1983 né DC prevedono chi deve presentare per primo le proprie difese: le parti private o il difensore del vincolo. La citata *lex propria* della Rota Romana indica che deve essere il patrono (art. 83 § 1). Quando l'art. 242 della DC adopera il termini «parti» si riferisce, al modo abituale, unicamente alle parti private, non al difensore del vincolo, come si evince dal can. 1603 al quale rinvia. Quindi, il diritto di replica previsto dall'art. 242 riguarderebbe soltanto le parti private fra di loro. Tuttavia, è

109 *Summa theologiae*, 2-2, q. 68, art. 2, ad 1.

110 Cfr. cost. ap. *Pastor bonus*, art. 126; DC, *prooemium*, artt. 19 § 2, 27, 35 § 3, 105 § 2, 216 § 2, 257 § 2, 283 §§ 2-4.

111 Presso la Rota Romana è necessario il patrono per chi fu parte attrice dinanzi il tribunale di prima istanza, con indipendenza della sua posizione processuale presso il tribunale apostolico. La parte convenuta "originaria" (in prima istanza) non ha bisogno dell'avvocato, quantunque, normalmente ne necessiti (di fiducia o *ex officio*) qualora sia lei ad adire la Rota (cfr. *Normae Rotae 1994*, cit., art. 53 § 2).

112 *Vide supra* nota 31. La DC adopera tale termine non soltanto alla fine della causa, bensì come una delle possibili posizioni della parte convenuta sin dall'inizio del processo: art. 134 § 2.

evidente il diritto delle parti private di contestare le *animadversiones* del difensore del vincolo. Lo conferma il diritto del difensore del vincolo d'intervenire per ultimo (art. 243 § 1) e la esplicitazione di poter replicare in una seconda occasione alle osservazioni delle parti private fatte alle sue iniziali *animadversiones* (art. 243 § 2).

Una questione interessante è quella della natura della discussione della causa, in sé, e delle conseguenze sulla validità della sentenza in seguito al diniego della facoltà dello scambio delle *defensiones* fra tutte le parti, pubbliche e private **113**. È nota, in questo senso, una sentenza della Segnatura *coram* Sabattani del 1987 **114**. Dichiarò nulla una sentenza rotale perché quest'ultima non aveva rispettato il contraddittorio nel dibattimento e, quindi, aveva violato, al parere del Supremo Tribunale, il diritto di difesa (nn. 13-16, 21-25). Secondo questo provvedimento, le "difese dibattimentali", pur non essendo "prove" e, quindi non sottoposte alla pubblicazione a norma del can. 1598 § 1, devono tuttavia essere notificate perché, altrimenti, vi sarebbe la violazione del contraddittorio, in particolare nelle cause italiane destinate alla deliberazione statale, in applicazione (oggi) dell'art. 8/2 dell'*Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana che apporta modifiche al Concordato Lateranense, e Protocollo addizionale* al medesimo articolo 8 (n. 4) del 18 febbraio 1984. La dottrina cita anche una diversa impostazione della Segnatura **115**. Però, in questa seconda occasione, la fattispecie riguardava una peculiare fase della procedura contenzioso amministrativa, dinanzi al Congresso della Segnatura, per decidere sull'ammissione dell'iniziale libello di domanda. Il provvedimento affermò che la mancanza della possibilità di replicare agli scritti di difesa in questa fase, previa alla decisione del Congresso, non comporta la violazione del diritto di difesa **116**.

113 Cfr. G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., pp. 280-284.

114 Cfr. SEG NATURA APOSTOLICA, *coram* Sabattani, sentenza, *Nullitatis matrimonii; Incid.: querelae nullitatis adversus sententiam rotalem*, 17 gennaio 1987 (dichiara nulla la sentenza rotale *coram* Stankiewicz, 16 dicembre 1982, n. 175, non pubblicata in *RRD*), in *Periodica*, 77 (1988), p. 329-359.

115 Cfr. C. PEÑA GARCÍA, *Comentario al Tít. IX*, cit., p. 410, nota 564.

116 Cfr. SEG NATURA APOSTOLICA, *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae*, 25 marzo 1968, artt. 114 e 115, in *Enchiridion Vaticanum*, Bologna, 1984, vol. 8, pp. 522-587; SEG NATURA APOSTOLICA, *coram* Gantin,

Sulle cause di nullità del matrimonio, la Segnatura pubblicò nel 2002 una Circolare, per ricordare ai tribunali il loro obbligo di ottemperare diligentemente gli istituti tesi a garantire il diritto di difesa, in particolare qualora i provvedimenti ecclesiali possano essere sottoposti alla deliberazione civile **117**. Quantunque fra le diverse fattispecie indicate dalla Segnatura non vi sia quella dell'omissione del diritto di replica nella discussione della causa, il ragionamento della citata sentenza *coram* Sabattani del 1987 sembra confacente con le indicazioni del 2002, anche se la sentenza della Segnatura forse non considerò adeguatamente le norme rotali allora vigenti e la prassi della Rota **118**. Comunque, a favore

sentenza, 20 aprile 1991, "Armata di Maria" – Pontificio Consiglio per i laici, soppressione di un'associazione, nn. 6-9, in *Studia Canonica*, 25 (1991), pp. 409-415.

117 Cfr. SEG NATURA APOSTOLICA, *Lettera Circolare su talune questioni riguardanti la tutela del diritto di difesa nel processo di nullità del matrimonio*, 14 novembre 2002, Prot. 33840/02 VT, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 869-871.

118 A quell'epoca erano in vigore le Norme pubblicate dal Decano Ewers il 16 gennaio 1982 (AAS, 74 (1982), pp. 490-517), le quali (art. 65), per la parte procedurale, rinviavano alle Norme del 1934 (cfr. S. ROMANA ROTA, *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*, 29 giugno 1934, in AAS, 26 (1934), pp. 449-491). Nella causa *coram* Stankiewicz, il curatore – che risiedeva nel nord d'Italia – rispondeva alla citazione per la concordanza del dubbio dicendo, di fatto, di voler assumere una posizione attiva nella fase discussoria, ma non provvedeva in pari tempo alla nomina dell'avvocato né del procuratore abilitato a rappresentare la parte davanti alla Rota né chiedeva la concessione dell'avvocato d'ufficio. In particolare, il procuratore, oltre ai requisiti di ordine sostanziale doveva risiedere abitualmente a Roma («*qui (...) Urbem continenter incolunt*»: art. 55 delle Norme 1934). C'è inoltre da notare che era da presumere che quel curatore – essendo munito del diploma di avvocato rotale (cfr. APOSTOLICUM ROTAE ROMANAE TRIBUNAL, *Advocati Rotales (1908-2007)*, Ad usum Cancellariae Romanae Rotae, Typis Vaticanis, 2007, p. 13) – era a conoscenza delle norme e della prassi della Rota e, quindi, doveva sapere che le Norme del 1934 distinguevano fra le modalità di notifica degli atti giudiziari alla parte convenuta: nel caso della *citazione* si ricorreva al cursore del Tribunale e qualora la parte abitasse fuori Roma, si doveva agire «*per tabellarios publicos, sive mediante Curia dioecesisana, sive directe*» (art. 67 § 1). Negli altri casi (cioè per gli «*aliaque Tribunalis acta*») si procedeva per notifica attraverso i cursori del Tribunale, entro i limiti territoriali di Roma (cfr. Norme 1934, art. 48 a). Di conseguenza, la parte convenuta che risiedeva fuori Roma, ma che voleva agire attivamente nella causa, era tenuta alla costituzione del procuratore o del patrono, oppure – qualora fosse il caso – doveva chiedere il gratuito patrocinio. Nella causa *coram* Stankiewicz si poteva legittimamente presumere che – oltre al generico invito di cui nell'art. 65 delle Norme 1934 (di comparire cioè «*per se vel per procuratorem*») rivolto con la prima citazione alla convenuta e al suo curatore costituito *ad*

dell'impostazione giurisprudenziale del Tribunale Supremo si è espresso Maragnoli quando – commentando la Circolare del Supremo Tribunale (la quale ha in mente, in particolare, le cause matrimoniali destinate ad essere sottoposte alla delibazione dei tribunali civili) – considera «la mancata concessione, nella fase della discussione della causa, del "*breve tempus*" evocato dal can. 1603 per la presentazione delle repliche alle defensionali avversarie» un esempio «di nullità non comminate espressamente dalla norma, ma promananti in modo implicito dal sistema processuale nel suo complesso» **119**.

L'essenziale carattere dialogico del processo richiede l'uguaglianza formale tra le parti in causa, siano queste pubbliche o private. Detta simmetria tra il difensore del vincolo e i coniugi non esisteva nel sistema del CIC 1917 e della PME, sin dalla creazione del *defensor matrimonii* da parte della cost. ap. *Dei miseratione*, 3 novembre 1741, di Benedetto XIV. Detta disparità della posizione giuridica del difensore del vincolo (che era pensato quasi come un "controllore" dello stesso tribunale) stava, forse, alla base della difficoltà canonica di chiamarlo semplicemente "parte", senza dover aggiungere ad ogni dichiarazione del diritto delle parti private che il medesimo diritto compete al difensore del vincolo. Perciò, i *praenotanda* dello *Schema del 1976* indicarono che una delle principali caratteristiche del nuovo codice doveva essere il superamento di detta disuguaglianza **120**.

cautelam – proprio quel curatore, data la sua qualifica, fosse a conoscenza delle sue facoltà e dei suoi doveri nell'esercizio dell'incarico affidatogli presso la Rota. L'errore della sentenza *coram* Sabattani sarebbe stato di non considerare che la parte convenuta (o il suo curatore), pur potendo a quell'epoca (non oggi) difendersi personalmente, abitando fuori Roma avrebbe dovuto agire attraverso un procuratore. Perciò resta sensibilmente affievolita la perentoria obiezione della sentenza *coram* Sabattani (n. 22c): «*Neglecta est, immo non concessa parti conventae, facultas seu possibilitas concreta exhibendi proprias allegationes et defensiones, atque respondendi...*». Un tale affievolimento della violazione del diritto di difesa non potrebbe non incidere a favore della validità della sentenza della Rota Romana: «*in dubio standum est pro valore actus*».

119 G. MARAGNOLI, *Il diritto di difesa delle parti nel processo canonico*, cit., pp. 874-875.

120 *Vide supra* nota 26.

Questo scopo è stato felicemente raggiunto ¹²¹. Infatti, il privilegio di parlare per ultimo, introdotto dall'art. 183 § 1 della PME ¹²², non comporta alcuna disuguaglianza perché è una delle tipiche conseguenze della titolarità di un *favor iuris*. Lo dimostra il fatto che, malgrado il can. 1603 § 3 affermi che «il promotore di giustizia e il difensore del vincolo hanno diritto di replicare nuovamente alle risposte delle parti [private]», la *lex specialis*, nelle cause penali, concede tale diritto all'accusato perché è titolare del *favor rei*: «Nella discussione della causa, sia che essa avvenga per iscritto sia oralmente, l'imputato abbia sempre il diritto di scrivere o di parlare per ultimo, personalmente o tramite il suo avvocato o procuratore» (can. 1725). Quindi, da una esegesi coerente dell'insieme normativo emerge che possono parlare per ultimi i titolari di un *favor iuris*. Nelle cause di nullità del matrimonio tale titolarità compete al difensore del vincolo. Comunque, vi sono ancora resti di privilegi delle parti pubbliche, non giustificati in alcun "*favor iuris*" ¹²³.

Infine, l'art. 244 § 1 prevede che «dopo la discussione della causa fatta per iscritto, il giudice può stabilire che, allo scopo di chiarire alcune questioni, abbia luogo un moderato dibattito orale davanti al tribunale riunito in seduta». Logicamente, di tale dibattito orale il notaio dovrà redigere il relativo verbale (§ 2). Questa eccezionale possibilità di "oralità" è una modesta concessione al principio d'immediatezza. L'attuazione di questo principio, oltre ad offrire una nuova possibilità alle parti di esercitare il loro diritto di difesa, è, fondamentalmente, l'unica possibilità affinché l'intero collegio giudicante («davanti al tribunale riunito in seduta») possa avere un rapporto immediato con le parti della causa e, quindi, ogni giudice possa superare l'inevitabile "filtro" che l'operato

¹²¹ L'art. 41 del citato *Novissimum Schema 2002* della DC prevedeva che gli avvocati e il difensore del vincolo dovevano preparare le loro scritture simultaneamente; inoltre, abrogava il can. 1603 § 3 sul diritto del difensore del vincolo di replicare alle risposte delle parti (*vide supra* nota 12).

¹²² Il CIC 1917, can. 1865, non ne parlava.

¹²³ Ad es., cfr. gli artt. 49 § 2 e 114 § 4 delle *Normae speciales 1968*, cit., della Segnatura Apostolica, che conferiscono al rappresentante dell'autorità il diritto d'intervenire per ultimo. Cfr. J. WEIER, *Die Parität zwischen Ehebandverteidiger und Anwalt im kirchlichen Ehenichtigkeitsprozeß. Erreichtes und Erwünschtes*, in *De processibus matrimonialibus*, 4 (1997), pp. 319-333.

dell'istruttore pone fra gli atti e la loro verbalizzazione **124**. Tale immediatezza potrà essere molto utile ai fini della certezza morale dei singoli membri del tribunale.

4.2. LA VALENZA NON FORMALISTICA DEL PRINCIPIO «QUOD NON EST IN ACTIS, NON EST IN MUNDO» E LA RICERCA DELL'ARMONIA FRA LA CELERITÀ DEL PROCESSO E IL RAGGIUNGIMENTO DELLA CERTEZZA MORALE (ARTT. 241 E 245)

Art. 241. È assolutamente proibito alle parti, ai loro avvocati o anche ad altri di dare al giudice informazioni, che rimangano fuori dagli atti di causa (can. 1604, § 1).

Art. 245 § 1. Se gli avvocati trascurano di esibire in tempo utile le difese, le parti ne debbono essere informate e invitate a provvedere personalmente entro il termine stabilito dal giudice, o per mezzo di un nuovo avvocato legittimamente costituito. § 2. Se le parti non provvedono entro il termine stabilito dal giudice, oppure si rimettono alla scienza e coscienza del giudice, questi, se dagli atti e da quanto è stato dimostrato abbia piena cognizione della causa, dopo aver acquisito le osservazioni scritte del difensore del vincolo può pronunciare subito la sentenza (cf. can. 1606).

È molto noto il brocardo processuale – di cui l'art. 241 è tipica manifestazione – «*quod non est in actis, non est in mundo*», quantunque non sembri avere origine nelle fonti classiche **125**. Comunque, l'aforisma può porre problemi alla coscienza del giudice qualora venga a conoscenza di un fatto rilevante per la causa di cui non vi è traccia negli atti. Infatti, può accadere che un documento, una notizia, una prova illegittima, ecc., non facciano parte degli atti ma vengano a conoscenza del giudice. Per evitare la frattura fra la certezza morale “della coscienza del giudice” e quell'altra “processuale”, Gherro suggerisce la possibilità di oggettivare detto atto in una dichiarazione scritta dallo stesso giudice, la quale sarebbe sottoposta all'esame critico delle parti perché deve essere pubblicata **126**, quantunque, probabilmente, l'autore di tale atto lo vorrebbe segretato nei

124 Sul problema del rapporto dialettico tra il ponente (istruttore) e gli altri membri del collegio giudicante, cfr. G. MARAGNOLI, *La funzione e i poteri del giudice istruttore*, cit., pp. 131-143.

125 Cfr. http://de.wikipedia.org/wiki/Latein_im_Recht; *Brocardi latini e latinismi giuridici*, in <http://www.quellidelquintoennio.com>.

126 Cfr. S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti»*, cit., p. 500.

confronti delle parti, e questo sia il motivo per cui il suo autore (non essendo certo di tale segretezza) non abbia voluto che fosse incluso fra gli atti della causa.

Invero, la soluzione prospettata da Gherro tenta di evitare che il divieto di usare tale atto nella decisione della causa possa andare contro la verità oggettiva e, quindi, che la proibizione legale divenga formalista. Le dichiarazioni dell'istruttore sono legittime, purché presenti agli atti e pubblicate – ad es., sull'impressione di credibilità di una parte o di un teste –, e possono essere utili ai giudici che dovranno studiare gli atti per emettere il relativo provvedimento decisorio. Tuttavia, la dichiarazione giudiziale su una prova non prodotta nel processo appare piuttosto un'aporia. Perciò, la "distruzione" dei documenti in possesso del giudice nella fase di consulenza, prudentemente suggerita da autorevole dottrina **127**, non può essere una distruzione meramente "formale", ma dovrebbe "incidere" anche sulla coscienza del giudice. Per questo motivo, la DC prevede che i consulenti preprozessuali delle parti «poi non possono aver parte nella causa né come giudici né come difensori del vincolo» (art. 113 § 2). Infatti, il problema non è che la prova non sia stata prodotta, bensì che il giudice ne sia a conoscenza e, tuttavia, dette prove non siano state esibite in quanto illecite (art. 157 § 1) o perché i loro "titolari" non abbiano voluto produrle, malgrado gli ampi poteri inquisitori dell'istruttore, incluso quello di accettare una prova "segreta", nei confronti delle parti ma non dei loro patroni (artt. 71, 157 § 2). In detta fattispecie, il giudice deve "dimenticare" tale "non prova" ed evitare che incida nella sua decisione. Questa impostazione non dovrebbe essere qualificata di formalista né di contraddittoria rispetto al principio della libera valutazione delle prove sancito dall'art. 247 § 4. Non soltanto perché la legge indica che la certezza morale deve provenire *ex actis et probatis* (art. 247 § 3), ma anche perché quella notizia non può essere considerata "prova giudiziale" finché non fa parte degli atti. Ci sarebbe in gioco la ragionevolezza dell'intero impianto processuale, perché verrebbe ad essere intaccato il principio di non contraddizione **128**. D'altra parte bisogna accettare i limiti

127 Cfr. I. GORDON, *Novus processus nullitatis matrimonii. Iter cum adnotationibus*, Romae, 1983, p. 13, n. 51; M.P. HILBERT, *De publicatione actorum*, cit., pp. 531-532.

128 Cfr. P. BIANCHI, *La pubblicazione degli atti*, cit., pp. 90-91; C. GULLO, *La*
btcafq

umani, senza assolutizzare né idealizzare principi che devono essere prudentemente armonizzati con altri, che appaiono con essi incompatibili: la realizzazione della giustizia piena e definitiva è compito del Giudice divino.

È stata giustamente segnalata la notevole differenza fra rinunciare all'allegazione di queste difese finali (art. 245 § 2) e l'iniziale remissione alla giustizia del tribunale (art. 134 § 2) **129**. Questa seconda posizione (quella iniziale) può porre molti problemi ai singoli giudici per il raggiungimento della certezza morale. Invece, la rinuncia all'allegazione delle difese finali e la remissione – anche da parte del difensore del vincolo (art. 56 § 5) – «alla scienza e coscienza del giudice» avrà, abitualmente, scarsa importanza decisoria.

L'indicazione dell'art. 245 § 2 secondo cui il giudice, «se dagli atti e da quanto è stato dimostrato abbia piena cognizione della causa ..., può pronunciare subito la sentenza» merita un commento conclusivo sulla certezza morale (la «piena cognizione della causa»), proposto in altre occasioni **130**. Non di rado è riscontrabile un equivoco, di natura fortemente formalista, che, paradossalmente, è presente in contesti giudiziali ecclesiastici presso i quali non è infrequente percepire critiche all'onesto sforzo compiuto da altri tribunali per accertare la verità sostanziale. Tale formalismo è camuffato dal "pastorale" superamento del genuino concetto di certezza morale, il quale è considerato, a sua volta, formalista.

L'intero disposto dell'art. 247 è un inno sia alla *rationabilitas* nel decidere una causa *pro rei veritate*, sia al diritto di difesa delle parti e al diritto – loro e della comunità ecclesiale – di "poter capire" la decisione mediante la motivazione della sentenza, evitando atteggiamenti affini alla citata «nullità di coscienza» **131**. È evidente che la norma manifesta la volontà di rispettare il libero convincimento del giudice di essere, o meno, giunto alla conoscenza della verità, al servizio della quale il provvedimento giudiziale è

pubblicazione, cit., p. 684; M.P. HILBERT, *De publicatione actorum*, cit., p. 524.

129 Cfr. C. PEÑA GARCÍA, *Comentario al Tit. IX*, cit., pp. 414-417.

130 Cfr., ultimamente, il mio *La difesa di quale diritto di difesa nell'istr. «Dignitas connubii»?*, cit., pp. 378-381.

131 *Vide supra* nota 52.

finalizzato. Nel contempo, la tutela della legge divina dell'indissolubilità e del rispetto della dignità della persona umana (della presunzione della sua capacità a sposarsi e di aver detto la verità al momento di manifestare il consenso matrimoniale) richiede il *favor matrimonii* nel senso esplicitato da DC: «Perché sia dichiarata la nullità di matrimonio si richiede nell'animo del giudice la certezza morale di tale nullità. (...) Il giudice che, dopo aver diligentemente esaminato la causa, non ha potuto conseguire questa certezza, deve dichiarare che non consta della nullità di matrimonio» (art. 247 §§ 1 e 5).

Il prescritto non ha nulla di formalista per giudici con una mente sana e normale: ho ricordato più volte che gli scrupolosi è meglio che si astengano dal fare il giudice, per il bene loro, degli altri giudici e delle parti. La norma dell'art. 247 manifesta, invece, il buon senso di non dover provare di essere innocente dinanzi ad una accusa ingiusta, di evitare la cosiddetta prova "diabolica negativa": provare di non aver fatto qualche cosa o di non avere una incapacità che renda nullo il matrimonio. La richiesta di queste prove negative portarono, in momenti bui del diritto canonico e di quello civile, alle ordalie o "giudizi di Dio", manifestazioni emblematiche del formalismo contrario alla *rationabilitas*.

Inoltre, la DC, correggendo impostazioni che dimostrarono di dare adito a facili abusi, ha voluto accogliere un principio sancito dal celebre Discorso di Pio XII alla Rota Romana nel 1942: «Per conseguire la certezza morale necessaria per legge, non è sufficiente una prevalente importanza delle prove e degli indizi, ma occorre che resti del tutto escluso qualsiasi dubbio prudente positivo di errore, tanto in diritto quanto in fatto, ancorché non sia esclusa la mera possibilità del contrario» (art. 247 § 2).

Questa ricerca della verità senza formalismi costituisce il nocciolo della certezza morale ed è il contesto nel quale devono essere letti sia la successiva prescrizione legale secondo cui la certezza morale deve provenire *ex actis et probatis* (art. 247 § 3), sia il disposto dell'art. 245 § 2 oggetto di queste riflessioni finali. Di tali prescrizioni potrebbe essere fatto un uso formalistico, qualora il giudice che esamina il materiale probatorio, anziché valutarlo, come è logico ed è previsto dalla legge, «secondo la sua coscienza» (art. 247 § 4), non si chiedesse anzitutto se detto materiale istruttorio è sufficiente per conoscere la verità. Infatti, il giudice non può

guardare soltanto la sua scrivania, ma deve rivolgere la sua attenzione alla vita, alla realtà, con quel minimo di buon senso che consente di chiedersi se si ha la certezza morale sul fatto che le prove raccolte dall'istruttore sono adeguate per fornire una rappresentazione attendibile della verità. Soltanto in un secondo momento logico il giudice dovrà interrogarsi se da quella istruttoria scaturisce la certezza morale sulla nullità del matrimonio.

Infatti, non di rado, il giudice che studia gli atti della causa percepisce che l'istruttoria è insufficiente a consentirgli di conoscere la verità. Ciò è dovuto a molteplici fattori. Il più frequente proviene dalla presenza attiva nella causa della sola parte attrice. Ciò avviene, sia quando la parte convenuta si trova in qualcuna delle posizioni di disinteresse della causa descritte dalla DC, art. 134 §§ 2-4, sia quando l'altro coniuge occupa formalmente la posizione di parte convenuta "attiva" (art. 134 § 1), ma tale attività coincide sostanzialmente con quella dell'attore, sia infine, nella fattispecie di litisconsorzio attivo.

In tutte queste situazioni diventa fondamentale la presenza solerte del difensore del vincolo, sin dall'inizio del processo e nella fase istruttoria, per tentare diligentemente di proporre prove che difficilmente sarebbero presentate dalle parti private perché contrarie alla pronuncia della nullità da loro perseguita. Evidentemente, il difensore del vincolo deve agire *pro rei veritate*, senza assumere alcuno degli atteggiamenti ostruzionistici sopra biasimati col pretesto di proteggere il *favor matrimonii* e la indissolubilità del matrimonio. La DC è riuscita a focalizzare opportunamente il modo pratico in cui il difensore del vincolo deve compiere diligentemente e attivamente la propria funzione **132**. Dal lungo elenco degli articoli citati in cui è richiesto l'intervento attivo del difensore del vincolo (ci sono altri richiami in questioni meno sostanziali), si evince che il difensore del vincolo deve dedicare al suo ufficio, in ogni causa, un tempo uguale a quello del giudice istruttore. Ne deriva che deve avere la necessaria disponibilità di tempo e che il Moderatore del tribunale è tenuto a promuovere un sufficiente numero di persone competenti, spesso col ricorso a laici, i quali, logicamente (poiché viene loro richiesta identica

132 Cfr. DC, artt. 35, 46 § 2, 8° e 21°, 56, 59-60, 113 § 2, 119 § 2, 126 § 1, 127 § 1, 135 § 1, 136, 159 § 1, 164, 166, 174, 175 § 2, 176, 190, 197, 204 § 2, 207 § 1, 221 § 1, 236, 238, 243, 244, 245, 265, 276 § 1, 279, 293 § 1, 295, 298 § 1, 299.

preparazione e piena dedizione all'ufficio), dovranno ricevere un compenso economico analogo a quello dei giudici e dei patroni stabili laici **133**. In queste condizioni sarà infrequente che il difensore del vincolo possa «rimettersi alla giustizia del tribunale» (art. 56 § 5).

Inoltre, l'adempimento della propria funzione da parte del difensore del vincolo favorisce anche l'indipendenza giudiziale. Infatti, come ho detto, il processo di nullità del matrimonio è fortemente inquisitorio, per permettere all'istruttore di offrire al Collegio giudicante gli elementi utili per conoscere la verità. La DC ha rafforzato detta inquisitorietà, già fortemente prevista dal CIC (cfr. can. 1452; art. 71). Infatti, la DC ha un articolo, invero desunto dalla PME, art. 177 § 2, che segnala che l'istruttore non può avere un atteggiamento passivo, di mera raccolta delle prove chieste dalla parte attrice: «Il giudice, tuttavia, eviti di emettere il decreto che dichiara la conclusione in causa, se ritiene che ci sia ancora qualcosa da indagare affinché la causa possa ritenersi sufficientemente istruita. In tal caso il giudice, dopo aver udito, se ritenuto opportuno, il difensore del vincolo, ordini che si completi ciò che manca» (art. 238).

Ne deriva, come conclusione, che il giudice che ritenga in coscienza che gli atti della causa sono insufficienti per conoscere la verità, non potrà, *ad normam iuris*, dichiarare la nullità del matrimonio, quantunque dalle prove raccolte emerga, con "apparente certezza morale" tale nullità. È quanto – sempre sulla scia della PME, art. 201 § 1 – indica l'art. 248 § 5 della DC quando tratta della Camera di Consiglio del collegio giudicante: «Se (...), a norma dell'art. 239 debba essere completata l'istruttoria della causa, (...) i giudici debbono pronunciare: *dilata et compleantur acta* (cf. can. 1609, § 5)». Questa appare la retta interpretazione del concetto canonico di

133 Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi*, 30 marzo 2001, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 3 (2001), pp. 73-80, e in *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), pp. 847-855; ID., *Determinazione concernente la remunerazione dei giudici laici a tempo pieno operanti nei tribunali ecclesiastici regionali italiani*, 30 gennaio 2003, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 1 (2003), pp. 30-32; G. SOLFERINO, *Commento alle modifiche delle norme promulgate il 19 ottobre 1998*, in *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), pp. 855-856.

certezza morale che deve essere presente nell'applicazione dell'art. 245 § 2 e dell'insieme degli istituti ora analizzati del titolo IX della DC.