

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Lo ius ad probationes come espressione del diritto di difesa

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/123405> since 2021-03-23T12:56:38Z

Publisher:

Giuffrè Editore Spa: via Busto Arsizio 40, I 20151 Milan Italy: 011 39 02 38089200, EMAIL: distrib@giuffre.it,

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XI - Num. 1 - Gennaio-Aprile 1999

Estratto

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

ILARIA ZUANAZZI

LO *IUS AD PROBATIONES* COME ESPRESSIONE
DEL DIRITTO DI DIFESA
NEL PROCESSO MATRIMONIALE CANONICO

1. Il valore del contraddittorio nella fase di istruzione del processo. — 2. Il diritto alla prova. — 3. L'incidenza dei poteri del giudice sui diritti delle parti. — 4. La rilevanza delle restrizioni allo *ius ad probationes* in ordine alla violazione del diritto di difesa.

1. *Il valore del contraddittorio nella fase di istruzione del processo.*

Rispetto ai procedimenti di natura amministrativa, il giudizio di nullità matrimoniale si caratterizza per la forma dialettica del metodo di trattazione della lite, dato dalla partecipazione attiva al processo dei soggetti che dovranno subire gli effetti del provvedimento finale⁽¹⁾. Tale sistema, compendiato nel c.d. principio del contraddit-

(*) Comunicazione presentata al Convegno «La prova nel processo matrimoniale», organizzato a Verona, il 27 marzo 1995.

(1) Per approfondimenti sulla struttura del processo giudiziale si veda: E. FAZ ZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXXV (1986), 819-835. Sul processo canonico in particolare: R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo Codice di diritto canonico*, Torino, 1983; M.F. POMPEDDA, *Diritto processuale nel nuovo Codice di diritto canonico: revisione o innovazione?*, Roma, 1983; S. GHERRO, *Il diritto alla difesa nei processi matrimoniali canonici*, in AA.Vv., *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico*, Città del Vaticano, 1988, 1-16; ID., *Ancora sul diritto alla difesa nel processo matrimoniale canonico*, in AA.Vv., *Studi sul processo matrimoniale canonico*, a cura di S. GHERRO, Padova, 1991, 73-89; I. ZUANAZZI, *Considerazioni sulla funzione del processo e la natura della giustizia nella Chiesa*, *ivi*, 179-229; ID., *Le parti e l'intervento del terzo*, in AA.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1994², 333-341; P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna, 1993; ID., *La funzione giudiziaria nella dinamica della potestà di governo della chiesa*, in AA.Vv., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino*

torio, risponde all'esigenza di assicurare a coloro che sono direttamente interessati all'oggetto del contendere la possibilità di svolgere un ruolo informato ed efficiente nell'iter che conduce alla formazione della decisione, per far valere le proprie ragioni e contrastare quelle dell'avversario⁽²⁾. Alle parti della causa si riconosce così una posizione soggettiva globale di difesa, che si traduce nell'attribuzione di una serie complessa ed eterogenea di situazioni giuridiche in ordine agli atti processuali, idonee a garantire nei confronti reciproci e di fronte al giudice, tenuto a mantenere una condizione di imparzialità, un'eguale capacità di agire e di contraddire nello sviluppo del dibattito processuale, unitamente ad una pari rilevanza delle rispettive iniziative nella determinazione di una giusta soluzione.

Da questa impostazione si deduce come nel processo per l'accertamento della validità di un matrimonio i titolari del rapporto in questione non assumano la veste di meri destinatari passivi della sentenza, solo in via eventuale ascoltati dall'autorità per acquisire opportune informazioni sulla *res controversa*⁽³⁾, ma possiedano un vero diritto ad intervenire e ad influire con la propria attività sull'esito del giudizio. Siffatta prerogativa di difesa, per riuscire efficace, deve essere salvaguardata in tutte le fasi della procedura, inclusa quella istruttoria, ove vengono raccolti gli elementi che saranno posti a base della definizione della controversia.

e cultura processualistica moderna, Città del Vaticano, 1997, 25-46; J. LLOBELL, *Note epistemologiche sul processo canonico*, in AA.VV., *Diritto per valori e ordinamento costituzionale della Chiesa*, a cura di R. BERTOLINO - S. GHERRO - G. LO CASTRO, Torino, 1995, 255-272; ID., *Pubblico privato: elementi di comunione nel processo canonico*, AA.VV., *La giustizia nella Chiesa*, cit., 47-84; P.A. BONNET, *Attuazione e funzionamento dell'attività giudiziaria nella Chiesa*, *ivi*, 85-144; C. DE DIEGO-LORA, *De iudicio contentioso ordinario. Introducción*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, IV/2, Pamplona, 1997², 1136-1153.

⁽²⁾ «Non si può concepire un giudizio equo senza contraddittorio, cioè senza la concreta possibilità concessa a ciascuna parte nella causa di essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le prove e le deduzioni addotte dalla parte avversa o *ex officio*» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, in *Ius Ecclesiae*, I (1989), 741, n. 3).

⁽³⁾ Come prevede il can. 50 per il procedimento amministrativo. Le differenti garanzie che offrono agli interessati i vari modi di procedere sono analizzate da S. BERLINGÒ, *La diversa natura delle procedure speciali*, in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, 9-23; ID., *Il diritto al «processo» (can. 221, § 2 C.I.C.) in alcune procedure particolari*, in *Fidelium Iura*, III (1993), 339-358.

La previsione di adeguati strumenti tecnici diretti a rendere operante il contraddittorio non appare soltanto una precauzione strettamente formale, ma configura piuttosto l'indispensabile traduzione in regole processuali di valori fondamentali per il corretto adempimento del *munus iudicandi in Ecclesia*, particolarmente importanti nelle *causae de statu personarum*. Per quanto riguarda l'accertamento della verità, fine ultimo del giudizio matrimoniale canonico, il confronto critico tra le parti svolge un'indispensabile funzione logico-argomentativa per vagliare gli elementi favorevoli o contrari alla dichiarazione di nullità. Per quanto attiene alla tutela della persona, presupposto necessario per rendere un'autentica giustizia, la partecipazione dei coniugi al dibattito defensionale risulta una proiezione dinamica e strumentale sul piano processuale della posizione sostanziale di cui sono titolari in ordine al matrimonio, volta ad ottenere una pronuncia ufficiale sull'esistenza del connubio e, di conseguenza, per permettere l'attuazione effettiva del vincolo, ovvero, nell'ipotesi opposta, per consentire la realizzazione in futuro della facoltà naturale di contrarre validamente e fruttuosamente il sacramento nuziale. Inoltre, il concorso degli interessati alla formazione della decisione rappresenta il meccanismo maggiormente umano ed equo di applicare il diritto nelle relazioni che toccano più profondamente la vita intima di ciascuno, predisposto in modo tale da rispettare le legittime autonomie ed aspettative dei protagonisti nel definire ed analizzare il tema della causa, e a favorire successivamente una loro responsabile conformazione al dover essere deciso nella sentenza.

Da queste considerazioni emergono le due dimensioni, tra loro intimamente correlate, sulle quali si fonda il principio di difesa nel sistema giudiziario ecclesiale: sotto il profilo oggettivo, costituisce il nucleo essenziale della struttura contenziosa del processo; sotto il profilo soggettivo, rappresenta un potere di salvaguardia del patrimonio individuale che spetta come un attributo inviolabile ad ogni persona⁽⁴⁾. A motivo di siffatta pertinenza alle radici assiologiche del sistema di tutela, che in ultima istanza fanno riferimento alla dignità della creatura umana coinvolta nel procedimento, la tradizione canonica riscontra la giustificazione primaria del contraddittorio in

⁽⁴⁾ Il can. 221, §§ 1 e 2, comprende il diritto di difesa tra le posizioni giuridiche fondamentali ed inviolabili dei fedeli.

quell'ordine intrinseco e necessario, di carattere etico-naturale, che deve connotare i rapporti giuridici derivanti dall'instaurazione del giudizio.

Stante tuttavia la generalità e l'indeterminatezza dei postulati essenziali del diritto di difesa, risulta particolarmente importante nella pratica riuscire a precisarne il contenuto e la portata in rapporto al concreto regime legale che disciplina il processo. A tal fine si è affermata in dottrina e in giurisprudenza⁽⁵⁾ la distinzione, peraltro di non facile delimitazione, tra elementi ontologicamente indispensabili per l'esistenza di un retto giudizio (*ut sit*) e statuizioni complementari che possono essere fissate positivamente dal legislatore per integrare e perfezionare la struttura del processo e l'esercizio delle situazioni giuridiche fondamentali (*ut bene sit*). Mentre l'inosservanza degli uni condurrebbe sempre e inderogabilmente alla nullità del procedimento e della sentenza, invece la violazione delle seconde produrrebbe l'invalidità degli atti solo se sia stata espressamente prevista.

In merito ai dettami codiciali sulla raccolta delle prove, non si può ritenere che essi siano dotati di un carattere prevalentemente ordinatorio e quindi abbiano sempre e comunque un'importanza subordinata al raggiungimento della certezza nella risposta al dubbio concordato. Per qualificare la natura principale o accessoria di una prescrizione occorre piuttosto riferirsi al criterio teleologico di ordinazione della regola stessa alla complessiva conformazione di giustizia del sistema. Pure le norme sul mero procedimento, nella misura in cui siano dirette a garantire i valori basilari di equità, razionalità e sicurezza indispensabili per una ricerca della verità nel rispetto della persona, incarnano una pretesa di doverosità da ritenersi irrinunciabile⁽⁶⁾. In questa prospettiva, le disposizioni istruttorie che impongono

⁽⁵⁾ Per una sintesi del dibattito dottrinale e delle enunciazioni della giurisprudenza si veda: G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale « ob ius defensionis denegatum » nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1991, 35-54.

⁽⁶⁾ «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... ha... disposto un mezzo adeguato per quell'accertamento della verità che è condizione indispensabile della giustizia animata dalla carità, e perciò anche della vera pace. ... Il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli (cfr. can. 221) e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale» (GIOVANNI

gono di tenere certi comportamenti o stabiliscono di adempiere particolari formalità, possono assumere un peso significativo per realizzare con sicuro effetto il contraddittorio processuale, e pertanto sono da osservarsi puntualmente per la rilevanza intrinseca della protezione dalle stesse conferita a determinate esigenze di difesa insite nell'ordine di trattazione della causa, non solo in ragione strumentale all'esito finale del giudizio. Ne consegue come il mancato espletamento delle misure prescritte debba essere rilevato e sanzionato a prescindere dalla supposizione che si possa egualmente raggiungere una decisione esatta dal punto di vista del contenuto, perché in ogni caso non sarebbe « giusta » dal punto di vista del metodo⁽⁷⁾.

Del resto, è indubbio che la partecipazione responsabile delle parti in ogni momento dell'*iter* di trattazione della causa sia stata assunta dal nuovo testo normativo a criterio fondamentale per la rordinazione del processo canonico. In quest'ottica si può notare come fin dai *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigit*, discussi nel Sinodo dei Vescovi del 1967, sia stata sottolineata la necessità di strutturare il giudizio in maniera da assicurare una tutela efficace dei diritti dei fedeli⁽⁸⁾. Per corrispondere a tali assunti, l'opera di riforma ha ritenuto indispensabile valorizzare il ruolo attivo dei coniugi e dei loro patroni nella dinamica del giudizio matrimoniale ed ha perciò accentuato, rispetto al Codice precedente, i loro poteri di agire e di contraddire, specialmente in occasione della raccolta e della discussione degli argomenti di prova⁽⁹⁾. La chiara intenzione

PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 18 gennaio 1990*, in *Ius Ecclesiae*, II (1990), 330-331, n. 7).

⁽⁷⁾ «Nullitas, in casu, vindicanda est ob violatum defensionis ius, cuius tuitio affirmanda est etiam si recta fuerit decisio, iuxta Seneca concinnum acutumque dictum: "Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus finit"» (decretum c. Funghini, *Parisien.*, 11 maggio 1994, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIX (1994), 529-530, n. 4). Sulla necessità di osservare comunque le formalità processuali, si veda anche il decreto c. Faltin, *Olomucen.*, 27 giugno 1991, in *Il diritto ecclesiastico*, CIV (1993), II, 151.

⁽⁸⁾ *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigit*, in *Communicatio-nes*, I (1969), 83 n. 7. Per un approfondito commento dei criteri ispiratori del nuovo Codice si rinvia a R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, cit., 31-52.

⁽⁹⁾ Il sistema istruttorio canonico rimane tuttavia di carattere misto, combinando il principio di pubblicità con quello di segretezza, come si avrà modo di sottolineare nel prosieguo del presente lavoro. Per considerazioni generali su questa fase del processo, si vedano: N. CAPPONI, *I principi della pubblicità e della parità delle parti in giudizio, nel nuovo processo contenzioso canonico in genere e nel processo matrimoniale in specie*, in *Il diritto ecclesiastico*, XCV (1984), I, 164-175; P.A. BONNET, *Prova (diritto canonico)*,

del legislatore di rafforzare il diritto di difesa non può non costituire pertanto la *ratio* interpretativa del nuovo sistema processuale e quindi guidare la prassi giudiziaria nell'attuazione in senso maggiormente garantistico delle più estese facoltà di iniziativa e di intervento riconosciuti ai protagonisti della lite, anche nella fase istruttoria⁽¹⁰⁾.

Tanto più motivatamente si può comprendere l'importanza di sostenere la realizzazione effettiva del contraddittorio in questo stadio del procedimento se si analizza la funzione essenziale svolta dalla prova in rapporto alla decisione finale. Le risultanze istruttorie, infatti, fissano i presupposti per la risoluzione della *quaestio facti*, che rappresenta la premessa minore del c.d. sillogismo del giudizio, per una duplice angolazione. Sotto l'aspetto gnoseologico di ricostruzione della verità storica, esse sono dirette a fornire gli argomenti logici e i dati di fatto capaci di accertare l'oggettività reale delle vicende affermate dalle parti o l'attendibilità delle rispettive asserzioni⁽¹¹⁾; sotto l'aspetto giuridico di definizione dei termini del giudizio, le stesse costituiscono i coefficienti di base da cui il giudice può legittimamente trarre la certezza morale per l'emanazione della sentenza, convincimento da attingere esclusivamente « *ex actis et probatis* »⁽¹²⁾. La possibilità delle parti di incidere effettivamente sulla formazione di questa deliberazione dipende quindi dalla capacità loro conferita di contribuire concretamente alla raccolta e alla formazione degli elementi che ne stanno a fondamento.

in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII (1988), 679-695; S. GHERRO, *Prova (diritto canonico)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXV (1991); A. VITALE, *Prova testimoniale (diritto canonico)*, *ibidem*; A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, in AA.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 567-597; J. CORSO, *Le prove*, *ivi*, 599-623. AA.Vv., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1995; J.-P. SCHOUPE, *De probationibus* (cc. 1526-1586). *Introducción*, in AA.Vv., *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, cit., 1269-1274; J. CARRERAS, *De probationibus* (c. 1678). *Comentario*, *ivi*, 1889-1893; P. BIANCHI, *Le prove: a) dichiarazioni delle parti; b) presunzioni; c) perizie*, in AA.Vv., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, Milano, 1998, 77-107.

⁽¹⁰⁾ Il carattere inviolabile del diritto di difesa, per il fondamento su principi sovraordinati, dovrebbe portare a delineare una sorta di *favor iuris defensionis* delle parti. In questo senso si esprime S. GHERRO, *Il diritto alla difesa nel processo matrimoniale canonico*, cit., 8.

⁽¹¹⁾ Per un'ampia esposizione in merito alla duplice concezione argomentativa e dimostrativa della prova si rinvia ad A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 568-571.

⁽¹²⁾ Can. 1608, § 2.

È necessario peraltro sottolineare che ai fini di una preservazione integrale della dinamica di difesa, sono da considerare rilevanti non solo la tipologia dei mezzi di prova proponibili o l'inferenza oggettiva raggiunta su di essi per la conoscenza dei fatti, ma soprattutto il *modo* in cui tali fattori vengono conseguiti, secondo un procedimento che assicuri proprio nel meccanismo operativo il rispetto dei diritti dei singoli individui. Unicamente il potere di assistere al procedimento, di essere informati tempestivamente e di intervenire direttamente e con pari opportunità delle altre parti sull'attività istruttoria può garantire appieno l'interesse di ciascun soggetto ad influire sulla risoluzione della causa e a dimostrare con tutti i mezzi disponibili il rispettivo punto di vista⁽¹³⁾. Questa legittima pretesa dei titolari del rapporto controverso non potrebbe essere surrogata dalla comparizione dei pubblici funzionari, difensore del vincolo e promotore di giustizia, anche se per ipotesi sostengano una posizione conforme alle loro istanze⁽¹⁴⁾, e neppure se la sentenza risulti ad essi favorevole: è il diritto ad esporre personalmente ed autonomamente le proprie ragioni che rimane insostituibile ed ineliminabile. Per di più, la partecipazione attiva dei coniugi promuove una indicazione completa ed obiettiva delle fonti di informazione ed assicura un controllo approfondito sull'affidabilità dei dati ottenuti⁽¹⁵⁾.

Sono quindi gli stessi obiettivi di ricerca della verità e di tutela della persona cui tende il processo matrimoniale canonico che richiedono necessariamente nella fase istruttoria il contraddittorio tra i

⁽¹³⁾ Soltanto la realizzazione di una partecipazione effettiva delle parti nei singoli momenti dell'attività istruttoria può assicurare in concreto il diritto di difesa, che altrimenti resterebbe affermato solo in via teorica: « *Ius defensionis consistit in concessione concreta et practica nedum iuris abstracti seu merae possibilitatis sese defendendi, verum etiam exercitii iuris seu possibilitas exercendi de facto ius propriae defensionis. Concessio iuris absque possibilitate concreta exercendi ius, idem est ac denegatio ipsius iuris* » (*decretum* c. Boccafolo, *Neo-Eboracen.*, 25 luglio 1989, p.n. 15.459, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, CD, Milano, 1994, n. 7).

⁽¹⁴⁾ Sulla diversità di ruolo dei pubblici funzionari e delle parti si vedano F. DANNEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 ianuarii 1989 ad Rotam Romanam*, in *Periodica*, LXXIX (1990), 258; I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, cit., 363-367. L'insostituibilità del diritto di partecipazione personale dei coniugi viene ribadito in giurisprudenza nella sentenza c. Stankiewicz, *Portlanden. in Oregon*, 20 gennaio 1983, in *Monitor ecclesiasticus*, CIX (1984), 250, n. 9.

⁽¹⁵⁾ Uguali considerazioni si trovano in A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 572.

protagonisti, attuato in modo tale da riconoscere eguale valore all'apporto di ogni parte nell'indagine ricognitiva sulla validità delle nozze. La promozione del ruolo attivo del fedele nel giudizio di accertamento del suo *status* costituisce inoltre un presupposto indispensabile affinché la sentenza finale non si limiti a definire formalmente la condizione giuridica, ma tenda a convincere i destinatari della giustizia intrinseca della decisione, per riconciliarli sostanzialmente alla pienezza della comunione ecclesiale⁽¹⁶⁾.

2. Il diritto alla prova.

La considerazione dell'attività istruttoria nella prospettiva del principio di difesa ha persuaso la più attenta dottrina processualistica a qualificare la posizione soggettiva delle parti in ordine alla prova non tanto come «onere», quanto come vero «diritto» nei confronti degli altri contraddittori e del giudice⁽¹⁷⁾. L'oggetto di questa pretesa giuridica concerne l'assunzione nel processo degli elementi idonei a dimostrare l'esattezza dei fatti allegati e a fornire gli argomenti per fondare il giudizio di certezza morale nella decisione della causa. Tale situazione configura, in definitiva, un complemento essenziale per attuare realmente ed effettivamente il fondamentale diritto delle persone di agire e di contraddire in giudi-

⁽¹⁶⁾ La finalità primaria di reintegrazione del fedele nella comunione ecclesiale si può conseguire solo attraverso l'adesione spontanea del cuore a quanto deciso nella sentenza, che determina la convergenza tra dover essere soggettivo e dover essere oggettivo. Sul tema si vedano: R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, cit., 120; S. BERLINGÒ, *Dalla «giustizia della carità» alla «carità della giustizia»: rapporto tra giustizia, carità e diritto nella evoluzione della scienza giuridica laica e della canonistica contemporanea*, in AA.VV., *Lex et Iustitia nell'Utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali*, Città del Vaticano, 1988, 369-371; M.F. POMPEDDA, *Il processo canonico di nullità di matrimonio: legalismo o legge di carità?*, in *Ius Ecclesiae*, I (1989), 435-437; I. ZUANAZZI, *La funzione del processo e la natura della giustizia nella Chiesa*, cit., 204-206; P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, cit., 15-21.

⁽¹⁷⁾ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984⁴, 134; M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, XXXIX (1984), 74-120; E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del «diritto alla prova»*, *ivi*, 158-162; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, *ivi*, 634-658; G. VERDE, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII (1988), 590-594; S. PATTI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXV (1991), 2-3. Per l'ordinamento canonico si veda: A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 572-574.

zio⁽¹⁸⁾, dato che la negazione della facoltà di provare con appositi mezzi la verità dei presupposti favorevoli alla propria tesi equivale in concreto al rifiuto o ad una grave limitazione della stessa possibilità di ottenere una giusta tutela.

Il termine «*ius ad probationes*» designa in realtà una posizione giuridica complessa che include al suo interno una pluralità di articolazioni complementari, tutte egualmente necessarie e funzionalmente collegate a perseguire l'obiettivo finale di difesa delle parti. Nell'ambito di questa garanzia globale rientrano sia le situazioni giuridiche attinenti alla produzione in sé degli strumenti probatori, sia quelle riguardanti il metodo per la loro acquisizione, che deve essere regolato nel costante rispetto del contraddittorio, come unico sistema valido a mettere davvero in grado gli interessati di esercitare un'efficace attività di intervento e un adeguato controllo sul materiale progressivamente raccolto nel corso della causa. La forza di protezione del sistema discende dall'adeguato combinarsi delle sue diverse espressioni sostanziali e formali, secondo quelle istanze intrinseche di giustizia che, si è visto, costituiscono la struttura deontica del *munus iudicandi in Ecclesia*.

Secondo i principi generali del processo, si ritiene innanzi tutto indispensabile assicurare a coloro che partecipano al procedimento il diritto di proporre gli strumenti di prova per dimostrare l'obiettivo consistenza dei fatti rilevanti per la decisione, sia quelli che sono stati allegati in proprio⁽¹⁹⁾, sia quelli che sono stati sollevati dall'avversario o d'ufficio⁽²⁰⁾. *Ex adverso* la garanzia implica il diritto di conoscere i mezzi istruttori addotti dagli altri soggetti o disposti *motu pro-*

⁽¹⁸⁾ Per questo viene fatto rientrare nel diritto fondamentale ed inviolabile alla difesa previsto nell'art. 24 della Costituzione italiana. La garanzia del diritto alla prova è sancita espressamente nell'art. 6, n. 3, lett. d) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, relativamente all'imputato nel processo penale, ma la dottrina ritiene che abbia valore anche per il processo civile (cfr. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 77, nt. 9).

⁽¹⁹⁾ Can. 1526, § 1. In questo caso il soggetto viene gravato da un vero onere della dimostrazione, sanzionato dal rigetto della domanda nell'ipotesi che non sia riuscito a fondare il convincimento del giudice sul punto.

⁽²⁰⁾ Can. 1452, § 2. Anche la parte cui non incombe giuridicamente l'onere, infatti, potrebbe avere interesse a fornire la prova di determinati eventi per contribuire alla formazione di una retta decisione da parte del giudice, al fine di confermare le proprie asserzioni o contestare quelle delle controparti. Costituirebbe pertanto una lesione al diritto di difesa il rigetto delle sue iniziative istruttorie per il solo rilievo che non ne risulta

prio dal giudice⁽²¹⁾, al fine di potervi contraddire e di dedurre la prova contraria. In questo modo viene consentito ai soggetti di esercitare un controllo anche sulla legittimità o sulla importanza delle iniziative di controparte, cui si collega la possibilità, qualora ne ricorrano i presupposti, di chiedere la loro esclusione o ricusazione⁽²²⁾, ovvero di insistere per l'assunzione se chi le ha sollecitate vi abbia poi rinunciato⁽²³⁾.

Allo scopo di promuovere la più ampia possibilità di indagare la realtà di quanto è accaduto, l'ordinamento della Chiesa consente alle parti di addurre tutti gli strumenti di cui possono disporre, purché siano leciti e utili alla risoluzione della causa⁽²⁴⁾. Siffatto principio di libertà dei mezzi istruttori, che vige da sempre nella tradizione ecclesiale, risulta pienamente consentaneo con l'impostazione generale del processo matrimoniale canonico, per il quale la ricerca della verità sostanziale non può essere ostacolata da limiti legali o vincoli puramente formali⁽²⁵⁾. Il requisito cui si guarda per l'ammissione di una prova concerne esclusivamente l'attinenza al tema della lite ed il contributo che in concreto può dare all'accertamento giudiziale.

Di conseguenza, l'«*index probationum*» contenuto nel Codice non ha valore tassativo ma solo esemplificativo⁽²⁶⁾, potendo essere dedotte prove di qualsiasi genere, già preconfezionate o da acquisire in un apposito sub-procedimento⁽²⁷⁾, sia che corrispondano agli ar-

onerato. Questa posizione viene espressa da S. PATTI, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 3.

(21) Si vedano i canoni 1544 (sulla facoltà di esame dei documenti), 1554 (sull'obbligo di comunicazione dei nomi dei testimoni alla controparte), 1575 (sulla consultazione delle parti per la nomina del perito).

(22) Cann. 1555 e 1576.

(23) Can. 1551.

(24) Can. 1527, § 1.

(25) P.A. BONNET, *Prova (diritto canonico)*, cit., 685; S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattimento*, in *Il diritto ecclesiastico*, CV (1994), I, 487; A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 593-597.

(26) Rispetto al Codice del 1917 è stato omesso il giuramento nelle diverse forme: suppletorio (can. 1829), estimatorio e decisorio (cann. 1829-1835).

(27) Riguardo al modo di deduzione si distingue tra prove precostituite, quali i documenti, che si formano fuori e solitamente prima del processo, in cui entrano attraverso un semplice atto di esibizione o produzione, e prove costituende, quali quelle orali, che invece si formano nel corso del processo, a seguito di una specifica attività istruttoria.

chetipi previsti nel catalogo normativo, sia che consistano in misure atipiche⁽²⁸⁾. Neppure sussistono preclusioni *a priori* circa l'uso di un particolare strumento di dimostrazione, in modo assoluto o in relazione a determinate materie, a motivo della minore affidabilità della fonte o della difficoltà di valutazione che comporta⁽²⁹⁾. Al giudice viene infatti lasciato, a seconda delle circostanze della fattispecie, l'apprezzamento positivo in merito all'attendibilità e alla rilevanza degli esiti di qualunque prova⁽³⁰⁾.

(28) Per quanto attiene alle prove non regolate espressamente dalla legge, si evidenzia il problema di quale rilevanza si possa loro ricondurre. Secondo STANKIEWICZ, i mezzi atipici possono essere impiegati nel processo canonico sia attraverso l'analogia con le prove tipiche, sia tramite le presunzioni semplici dedotte «*ex facto certo et determinato*» (can. 1586). Nondimeno, a questo tipo di prova non si può attribuire il valore di dimostrazione piena, ma solo di argomenti di prova, di fonti di presunzione semplice o di elementi indiziari (*Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 595-597), vale a dire *ad complendum*, non *ad constituendum probationes*.

Anche nell'ordinamento italiano, benché si discuta in dottrina sull'esistenza o meno del principio di tipicità delle prove, i mezzi atipici sono considerati generalmente ammissibili, pur con un'efficacia probatoria limitata. Peraltro, da alcuni autori si sottolinea l'importanza di subordinare il loro accoglimento alla condizione che siano state rispettate comunque nelle modalità di redazione e produzione le fondamentali garanzie del contraddittorio, con esclusione quindi degli strumenti «costituendi» formati fuori del processo *inaudita altera parte*, giacché «non è la garanzia di un contraddittorio posticipato alla formazione della prova, e quindi tardivo, quella che può legittimare l'introduzione della fonte atipica di prova nel processo. È la formazione della prova che deve avere luogo nel contraddittorio delle parti» (G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 639-643). Sul punto si veda pure M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 101-102.

(29) Le differenze principali con il processo civile concernono la possibilità di ricorrere sempre alla testimonianza (can. 1547) e il valore di mezzo di prova della deposizione delle parti, che non abbia contenuto di confessione (can. 1530). Nei paesi di *civil law* sono frequenti regole dirette ad escludere la prova testimoniale, data la minore affidabilità, e favorire l'acquisizione di quella documentale, soprattutto in materia negoziale. Norme di limitazione della prova testimoniale sono previste persino nei sistemi di *common law*, in quanto comporta maggiori rischi di valutazione da parte della giuria (si veda ad esempio la c.d. *hearsay rule*) (cfr. M. TARUFFO, *Prova (diritto comparato e straniero)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXV (1991), 2 e 4). Riguardo alla deposizione delle parti, nel diritto italiano, a differenza di altri ordinamenti, è esclusa la testimonianza dei partecipanti alla lite (art. 246 c.p.c.), mentre il libero interrogatorio degli interessati, sempre disponibile dal giudice (art. 117 c.p.c.), ha efficacia solo sussidiaria e integrativa della valutazione di altre prove.

(30) Nel can. 1608, § 3 viene sancito il principio di libera valutazione delle prove da parte del giudice, con il limite peraltro delle disposizioni sull'efficacia di alcune prove legali. Si tratta di regole che vincolano l'apprezzamento del magistrato ad attribuire a

Un'analoga flessibilità di disciplina per un più esteso accertamento dei fatti di causa vige nel processo canonico riguardo al momento di presentazione dei mezzi probatori⁽³¹⁾. Normalmente la raccolta avviene dopo la contestazione della lite⁽³²⁾, e a tale scopo il giudice deve lasciare alle parti un congruo periodo di tempo per addurre nuovi mezzi probatori o completare quelli già presentati con gli atti introduttivi o nella stessa udienza di concordanza del dubbio⁽³³⁾. Non sono stabiliti tuttavia rigidi termini di decadenza per l'esercizio di questo diritto, in quanto risulta sempre possibile nel corso dell'istruttoria integrare, modificare o risentire le misure già richieste. Anche a seguito della pubblicazione degli atti, il giudice deve prevedere un apposito intervallo, per consentire agli interessati di completare la documentazione⁽³⁴⁾. L'istruttoria può essere riaperta pure successivamente alla *conclusio in causa*⁽³⁵⁾, e persino dopo una prima riunione per la discussione della sentenza, allorché il tribunale disponga di differire la decisione per approfondire il materiale di supporto⁽³⁶⁾. In queste due ultime ipotesi, tuttavia, l'ammiss-

determinati strumenti la forza di prova piena sul fatto, se posseggono i requisiti stabiliti dalla legge (cann. 1536, § 1, 1540, §§ 1-2 e 1541, 1585), oppure per altri mezzi, al contrario, a non considerare raggiunta tale intensità di dimostrazione se non con il concorso di ulteriori elementi probatori (cann. 1536, § 2, 1542, 1573). Per un esame più approfondito si rinvia ad A. STANKIEWICZ (*Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 588-593), il quale rileva come, nonostante la dottrina comune e la giurisprudenza affermino la natura eccezionale delle prove legali, « non sembra tuttavia che nel nuovo Codice rimangano assai numerosi i mezzi di prova demandati alla valutazione pienamente libera del giudice, senza alcuna limitazione legale, giurisprudenziale o da parte del magistero pontificio » (*op. cit.*, 587).

⁽³¹⁾ J. CORSO, *Le prove*, cit., 605.

⁽³²⁾ Per cause gravi, « *ne pereant probationes* », il giudice può anticipare l'assunzione delle prove anche prima della *contestatio litis* (can. 1529). Un'analoga disposizione era stabilita nel Codice del 1917 al can. 1730.

⁽³³⁾ Cann. 1516 e 1504, n. 2.

⁽³⁴⁾ Can. 1598, § 2.

⁽³⁵⁾ Can. 1600, § 1, nn. 2-3 e § 2. La riapertura dell'istruttoria dopo la conclusione in causa può essere disposta a precise condizioni: nelle cause di bene pubblico è necessario che siano udite le parti e che il motivo sia grave. Alcune delle ragioni che legittimano il supplemento di prove vengono tipizzate nei paragrafi seguenti: la probabilità che si giunga ad una sentenza ingiusta *ex can.* 1645, § 2, nn. 1-3, se non venga ammessa la prova; l'impossibilità di produrre in precedenza un documento, non imputabile a colpa dell'interessato. Sul tema si veda C. GULLO, *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, in AA.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 686-687.

⁽³⁶⁾ Can. 1609, § 5, che richiama il can. 1600.

sione delle prove nelle cause matrimoniali viene subordinata alla presenza di una ragione grave e all'osservanza di opportune cautele per rimuovere ogni pericolo di subornazione dei testimoni o di frode processuale di una parte a danno dell'altra⁽³⁷⁾.

Se constano le condizioni prescritte dalla legge in ordine alla qualità dei mezzi e alla maniera di produrli, le parti perfezionano il diritto all'ammissione delle prove e alla loro effettiva assunzione nel giudizio⁽³⁸⁾. Senza questa dimensione di realizzazione concreta, lo *ius ad probationes* resterebbe un'aspettativa illusoria e non costituirebbe una garanzia idonea a conseguire efficacemente l'interesse dei coniugi di dimostrare la verità delle proprie asserzioni e di contestare quelle dell'avversario. L'attuazione di queste legittime pretese viene rimessa peraltro all'*officium* del giudice, cui compete di accogliere gli strumenti proposti e di emanare i provvedimenti adatti a regolare la corretta produzione o formazione delle prove. Qualora l'istruttore decida di rigettare un'istanza per carenza dei requisiti prescritti⁽³⁹⁾, gli interessati possono esperire avanti al collegio un ricorso per la revoca del diniego, aprendo così una questione incidentale che viene definita *expeditissime*, senza possibilità di ulteriore reclamo contro la decisione⁽⁴⁰⁾. La parte che si sente gravata, potrà cu-

⁽³⁷⁾ Il fenomeno più ricorrente è l'ostruzionismo di una parte che cerca di impedire che si arrivi alla sentenza, proponendo innumerevoli istanze pretestuose, dirette solo a protrarre all'infinito la causa. Per ulteriori riflessioni si rinvia a C. GULLO, *Ostruzionismo processuale e diritto di difesa*, in AA.Vv., *Iustus Iudex. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern*, Essen, 1990, 491 ss.

⁽³⁸⁾ Sul punto si veda A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 596. Alla realizzazione di questo diritto possono opporsi anche ostacoli di fatto che impediscono la concreta acquisizione delle prove, ad esempio il rifiuto a comparire dei testimoni, che non può essere ovviato con il ricorso a mezzi coercitivi.

⁽³⁹⁾ In merito ai limiti all'esclusione delle prove, si deve notare come il can. 1527, § 1 del nuovo Codice lasci al giudice maggiore discrezionalità di valutazione sulla utilità e liceità dello strumento, rispetto alla corrispondente disposizione del can. 1749 del Codice del 1917 (cfr J. CORSO, *Le prove*, cit., 604).

⁽⁴⁰⁾ Can. 1527, § 2 e 1629, n. 5. In ordine all'identificazione del giudice legittimato a decidere il ricorso, non precisato nel can. 1527, § 2, la giurisprudenza ha sostenuto, nel caso di organo non monocratico, che la competenza spetti al collegio, sia ragionando per analogia dal can. 1505, § 4, sia richiamando la prassi interpretativa esistente con la normativa precedente (art. 69 *instructio Provida Mater*, art. 96 *Normae Sacrae Romanae Rotae*, del 29 giugno 1934) (si veda soprattutto il *decretum* c. Stankiewicz, *Rbeginen.*, 12 marzo 1987, in *Monitor ecclesiasticus*, CXII (1987), 301, nn. 7-9). Se il giudice è unico, l'istanza viene presentata avanti allo stesso. Le attuali *Normae Rotali*

mulare l'impugnazione della conferma del collegio con l'appello alla sentenza definitiva.

Per quanto attiene al metodo, le parti hanno diritto all'osservanza del contraddittorio nel sistema di acquisizione delle prove, così da essere messe in grado di esaminare e discutere ogni dato oggetto della decisione. I cardini essenziali per una corretta dialettica contenziosa consistono nel garantire, da un lato, una conoscenza reciproca e tempestiva delle iniziative istruttorie e, dall'altro, una parità di condizione e di poteri processuali per svolgere le opportune difese e deduzioni probatorie. Tali esigenze sono efficacemente protette unicamente se possono essere attuate nel momento preciso in cui si provvede alla raccolta e alla formazione del materiale. Al contrario, un riconoscimento limitato alla sola fase successiva di dibattito sugli esiti dell'istruttoria ridurrebbe le possibilità di tutela e renderebbe «peggiore» la posizione degli istanti, che si troverebbero a dover confutare *ex post* un risultato già acquisito agli atti⁽⁴¹⁾.

Nel processo matrimoniale canonico la dialettica contenziosa viene sufficientemente assicurata relativamente ai mezzi probatori già precostituiti, quali ad esempio i documenti, mediante la produzione dell'originale con il deposito in cancelleria⁽⁴²⁾ e la possibilità offerta agli avversari di prenderne visione anche prima della pubblicazione integrale degli atti⁽⁴³⁾. Riguardo agli strumenti cosiddetti «costituendi», invece, vale a dire da formarsi nel corso del giudi-

del 1994 prevedono espressamente all'art. 73 il ricorso al Turno contro i provvedimenti di rigetto della prova emessi dal ponente (per approfondimenti si rinvia ad A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 596-597; Id., *Rilievi procedurali nel nuovo «Ordo iudicarius» della Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae*, VII (1995), 77).

⁽⁴¹⁾ Per essere effettiva la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata in modo tempestivo, nel corso della stessa formazione della prova, non tardivo nel successivo dibattito sui risultati. In questo senso si vedano M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 102; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 643.

⁽⁴²⁾ Can. 1544.

⁽⁴³⁾ 1678, § 1, n. 2. Il diritto di esaminare gli atti nel corso dell'istruttoria, secondo una coerente interpretazione, dovrebbe essere riconosciuto anche alle parti che agiscono in proprio, dato che il can. 1678, § 2 esclude solo che possano assistere agli interrogatori. Tale conclusione viene affermata da C. GULLO, *Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale*, in AA.VV., *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico*, cit., 41.

zio⁽⁴⁴⁾, nella disciplina codiciale si assicurano di norma alle parti i diritti di essere informati sulle misure proposte e di partecipare al procedimento per l'assunzione della prova⁽⁴⁵⁾. Contemporaneamente, però, si prevedono incisive attenuazioni alla regola della pubblicità, che possono comportare un rilevante indebolimento del principio di difesa⁽⁴⁶⁾.

Le restrizioni del contraddittorio sono state determinate dalla preoccupazione sorta nel corso dei lavori di riforma, circa possibili utilizzazioni distorte della documentazione o delle notizie pertinenti alla lite, che avrebbero potuto essere sfruttate per fini diversi da una legittima tutela e risultare pregiudizievoli ad altri valori ritenuti degni di considerazione nella giustizia ecclesiale: la riservatezza delle questioni trattate, la serenità dei rapporti tra coniugi, l'incolumità fisica e morale dei testimoni e dei periti, la buona fama delle persone implicate nel giudizio, la protezione dell'attività dei tribunali da ingerenze *ad extra* della giurisdizione secolare⁽⁴⁷⁾. Per evitare simili pe-

⁽⁴⁴⁾ Tali sono gli interrogatori delle parti, le testimonianze, le perizie, le investigazioni, ecc.

⁽⁴⁵⁾ Can. 1559 e 1678, § 1, n. 1 (circa l'assistenza dei patroni all'interrogatorio delle parti, alle deposizioni dei testimoni e all'esame dei periti); can. 1581, § 2 (sulla partecipazione del consulente privato all'esecuzione della perizia); can. 1582 (in merito alla necessità di concordare con le parti le modalità per eseguire l'accesso e l'ispezione giudiziaria). Benché quest'ultimo canone non preveda espressamente l'assistenza delle parti al procedimento, la dottrina ritiene ugualmente che abbiano diritto di essere presenti (cfr. L. DEL AMO, *Le prove, sub can. 1582*, in *Codice di diritto canonico, edizione bilingue commentata*, Roma, 1987, 1145-1146).

⁽⁴⁶⁾ Negli ordinamenti statuali, invece, il principio di piena pubblicità è comune a tutti i sistemi processuali, e le udienze sono sempre e inderogabilmente aperte alla partecipazione degli interessati (cfr. M. TARUFFO, *Prove (diritto comparato e straniero)*, cit., 1). «Un'istruttoria segreta, nell'assenza delle parti o di una di esse, sarebbe palesemente nulla; né varrebbero giustificazioni di carattere psicologico (*metis reverentialis* del teste o possibilità di ritorsioni) a giustificarla» (G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 645).

⁽⁴⁷⁾ Le *animadversiones* sono state espresse particolarmente «*contra publicationem actorum quae in canone praecipitur sub poena nullitatis. Talis publicatio videtur periculosa quia difficiliores reddit relationes inter partes ..., quia etiam testibus exinde damna obvenire possunt, et quia in regionibus ubi iurisdictio Ecclesiae non agnoscitur deferri possunt ad tribunale civile, tamquam calumniose, depositiones factae a partibus vel a testibus. Quandoque acta processus ecclesiastici adhibentur ad promovendam actionem poenalem contra partem vel testes apud tribunal civile*» (*Communications*, XI (1979), 134). Tali considerazioni condussero alla redazione del testo della norma in forma sostanzialmente corrispondente all'attuale can. 1598, § 1.

ricoli la nuova normativa ha adottato varie cautele. In presenza di determinate condizioni, i diritti di agire e di avere gli strumenti di conoscenza non sono concessi direttamente ai soggetti privati, ma vengono attribuiti ai loro procuratori o avvocati, il cui comportamento offre maggiori garanzie di correttezza e di affidabilità in ragione del rapporto di fiducia che li lega al tribunale⁽⁴⁸⁾. Per altre attività, invece, le facoltà di esame e di risposta sono rimandate alla fase successiva a quella di assunzione della prova. Anche le forme di imposizione sono diverse: in certi casi queste misure sono disposte necessariamente dalla legge, mentre in altre ipotesi, sempre tassativamente previste dal Codice, le preclusioni possono essere ordinate in via eccezionale dal giudice, se lo ritenga opportuno per le contingenze della fattispecie concreta.

Una prima limitazione concerne la prerogativa a presenziare agli interrogatori, che l'ordinamento conferisce ai soli patroni delle parti private, oltre che ai pubblici funzionari, mentre per i coniugi stabilisce un divieto assoluto di assistervi⁽⁴⁹⁾. Tale disposizione delinea un trattamento peggiore delle parti nel giudizio matrimoniale rispetto sia al rito ordinario, dove il can. 1559 consente la presenza degli interessati alle deposizioni su concessione specifica del giudice, sia alle cause celebrate anteriormente alla riforma del Codice sotto il vigore dell'*instructio Provida Mater*, che all'art. 128 prevedeva un'analoga deroga. Questa esclusione di una partecipazione personale dei coniugi all'attività istruttoria, se indubbiamente pregiudica il loro diritto al confronto diretto con l'avversario, i testimoni o il perito, senza l'intermediazione del procuratore, in alcuni casi impedisce persino il contraddittorio pieno e tempestivo, qualora gli stessi soggetti agiscano nel processo da soli e privi dell'ausilio tecnico dell'avvocato⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, cit., 496.

⁽⁴⁹⁾ Can. 1678, § 2. Nei lavori di riforma del Codice, la commissione incaricata ha escluso la proposta di introdurre il diritto delle parti di essere presenti agli interrogatori, con la motivazione: «*Presentia partis in omnibus interrogatoriis aliquo modo libertatem testis coarctat*» (*Communicationes*, XVI (1984), 66).

⁽⁵⁰⁾ Si registra un'insanabile contraddizione tra il can. 1481, § 3, che ammette i soggetti ad agire da soli nelle cause matrimoniali, e le disposizioni che restringono le facoltà di difesa per chi è privo di patrono (cann. 1598, § 1, 1678, §§ 1-2), discriminando quindi le posizioni processuali delle parti a seconda del diverso modo di costituzione.

Il diritto dei patroni di intervenire alle udienze probatorie, peraltro, può subire una restrizione ad opera del provvedimento del giudice che decida di procedere *sub secreto*, in base a ragioni di eccezionale gravità riferentisi alle circostanze di cose e di persone⁽⁵¹⁾. In questo modo viene preclusa la facoltà delle parti di ribattere durante l'escussione per provocare una confessione, una resipiscenza o un approfondimento con un controinterrogatorio immediato⁽⁵²⁾, in quanto il contraddittorio viene posticipato al momento in cui è consentito di prendere visione del verbale delle dichiarazioni, con la conseguenza di rendere più difficoltosa, se non impossibile, la deduzione di prove contrarie⁽⁵³⁾. Oltretutto, se il decreto limitativo viene adottato solo nei confronti delle parti private e non dei funzionari pubblici, viene pregiudicato pure il principio di eguaglianza nella dialettica di difesa e risulta alterato a danno dei soggetti sostanziali della lite l'equilibrio delle posizioni processuali⁽⁵⁴⁾.

Una riduzione ancora maggiore al diritto di conoscere le prove discende dalla scelta del giudice di non notificare i nomi dei testimoni prima degli interrogatori, con la conseguente preclusione per gli interessati pure di intervenire all'udienza di assunzione⁽⁵⁵⁾. Il provvedimento può essere adottato quando, secondo la prudente valutazione del magistrato, non sia possibile effettuare la comunicazione «senza gravi difficoltà», con l'unica condizione che le identità delle persone esaminate siano rese note almeno anteriormente alla pubblicazione delle deposizioni. Oltre alle rilevanti conseguenze sulla tutela delle parti, comuni alle precedenti limitazioni, questa disposizione rende in aggiunta incerta l'attuabilità dello *ius reprobandi*

⁽⁵¹⁾ Can. 1559 richiamato da can. 1678, § 1, n. 1.

⁽⁵²⁾ Attraverso la richiesta al giudice di porgere le domande all'interrogato, dato che nel processo canonico, a differenza dei sistemi di *common law*, è il giudice a porre le domande (can. 1561). Per la deposizione dei coniugi, la parte avversa può presentare i punti sui quali desidera che verta l'interrogatorio (can. 1533).

⁽⁵³⁾ La prova contraria risulterà di fatto impossibile se la parte non ha altri mezzi disponibili oltre al controinterrogatorio, che potrebbe non essere esperibile successivamente, per il rifiuto a presentarsi di nuovo del teste o della controparte. A ciò si devono aggiungere anche le complicazioni esposte *supra* circa la maggiore difficoltà di un contraddittorio tardivo, costretto a confutare *ex post* una prova già acquisita.

⁽⁵⁴⁾ Sulla necessità di conservare l'equilibrio tra le posizioni processuali, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, cit., 360-363.

⁽⁵⁵⁾ Can. 1554, che riprende l'art. 126, § 2 dell'*instructio Provida Mater*.

testium, dato che la richiesta di esclusione, in base alla riforma della nuova legislazione, deve essere presentata prima delle escussioni⁽⁵⁶⁾.

Un altro corollario fondamentale dello *ius ad probationes* richiede che sia stata oggetto di valutazione e discussione tra le parti la totalità degli elementi di fatto su cui il giudice deve fondare la sentenza⁽⁵⁷⁾. In vista di ciò il Codice sancisce a pena di nullità il principio di conoscibilità degli atti di causa, prescrivendo che al termine della raccolta delle prove il giudice con proprio decreto permetta alle parti di prendere visione degli elementi non ancora noti⁽⁵⁸⁾. Tale massima viene rafforzata nel giudizio matrimoniale, dove si riconosce ai patroni il diritto di vedere i documenti e i verbali dell'istruttoria anche prima della pubblicazione finale⁽⁵⁹⁾.

Con lo stesso provvedimento, il tribunale deve lasciare alle parti un congruo periodo di tempo per esaminare gli atti, per richiedere le ulteriori prove stimate opportune⁽⁶⁰⁾ e, successivamente, per sottolineare nel dibattito conclusivo le risultanze e gli argomenti ritenuti adeguati a convincere il giudice della credibilità della propria

⁽⁵⁶⁾ Nel Codice del 1917, giusta il combinato disposto dei cann. 1764, § 4 e 1783, n. 1, la *reprobatio* poteva essere fatta dopo la notifica dei nomi e prima della pubblicazione delle deposizioni. Perplessità sulla nuova normativa vengono manifestate da J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo derecho procesal canónico*, Salamanca, 1984, 126.

⁽⁵⁷⁾ «Il diritto alla difesa esige di per sé la possibilità concreta di conoscere le prove addotte sia dalla parte avversa sia *ex officio*» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., 742, n. 6). Si vedano anche le osservazioni svolte in sede di revisione del codice: «*Ius partium inspicendi acta intime conectitur cum iure defensionis*» (*Communications*, XVI (1984), 68).

⁽⁵⁸⁾ Can. 1598, § 1. Già prima della nuova disposizione, pur senza che il can. 1858 del vecchio Codice stabilisse un'esplicita sanzione, la pubblicazione degli atti era ritenuta a pena di nullità, dato lo stretto collegamento con il diritto di difesa. Sotto il profilo formale, l'invalidità era dedotta in base al can. 1680 (mancanza di un elemento essenziale del processo) e al richiamo per analogia del can. 1861, § 2, che richiedeva *ad validitatem* la pubblicazione del supplemento d'istruttoria. Per il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si rinvia a G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, cit., 258-264.

⁽⁵⁹⁾ Can. 1678, § 1, n. 2.

⁽⁶⁰⁾ Can. 1598, § 2. La pubblicazione del supplemento di istruttoria viene disposta dal giudice con un nuovo decreto «*si ... necessarium duxerit*». In giurisprudenza è stata ritenuta superflua tale formalità quando «*elapsum nondum sit tempus utile iam priori decreto statutum*» (*decretum*, c. Davino, *Mechlinien-Bruxellen.*, p.n. 15398, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 8). Data la facoltà potenziale della convenuta di esaminare gli atti presso il tribunale, non si considera leso il suo diritto di difesa per la mancata iterazione del provvedimento.

tesi⁽⁶¹⁾. L'adeguatezza dell'intervallo a disposizione delle parti per presentare le petizioni integrative, prima, e per redigere le defensionali, dopo, deve essere misurata secondo criteri pratici, che assicurino la possibilità reale di esercitare questi diritti, tenuto conto della difficoltà della causa, delle condizioni personali e del luogo di abitazione dei singoli protagonisti⁽⁶²⁾.

Circa le modalità concrete di attuazione del diritto di conoscenza, peraltro, la legge discrimina di nuovo tra la prerogativa dei pubblici ufficiali e degli avvocati, di poter ricevere una copia integrale della documentazione⁽⁶³⁾, e l'onere invece imposto ai coniugi

⁽⁶¹⁾ Can. 1601. Sul diritto delle parti a sostenere la propria tesi di verità con ragionamenti e valutazioni a margine delle risultanze istruttorie si veda S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, cit., 490.

⁽⁶²⁾ In dottrina si veda A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 596. In giurisprudenza si ritiene invalido il decreto di pubblicazione sia quando abbia sottratto totalmente alle parti lo spazio di esercizio del diritto, sia quando abbia talmente ristretto i termini da renderlo moralmente impossibile: «*sententiam insanabiliter nullam esse ob iuris defensionis denegationem, si termini pro exhibitione probationum et argumentorum illustratione* "siano stati totalmente sottratti alle parti" ... *aut tam coarctata, ut parti convenitae moraliter impossibite fuerit suas probationes exhibere*» (*decisio* c. Faltin, *Olomucen.*, 27 giugno 1991, cit., 149, n. 8). Si consultino anche i decreti c. Burke, *Ruremunden.*, 16 novembre 1989, in *Monitor ecclesiasticus*, CXV (1990), 268, nn. 6-8; c. Colagiovanni, *Sancti Antonii*, 11 dicembre 1990, p.n. 15.836, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 5; c. Davino, *Ruremunden.*, 16 maggio 1991, in *Il diritto ecclesiastico*, CII (1991), II, 174, n. 6. Per garantire l'esercizio effettivo di questo diritto, si afferma anche il dovere di permettere l'esame degli atti presso il tribunale nella cui circoscrizione la parte convenuta ha il domicilio, qualora le sue condizioni economiche non le permettano di sostenere un viaggio troppo lungo (*decretum* c. Burke, *Angolorum in California*, 14 dicembre 1989, p.n. 15.685, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., nn. 8-9).

⁽⁶³⁾ Il can. 1598, § 1 prevede che gli atti siano consegnati ai patroni su una loro specifica *petitio*, mentre nella prassi questa non viene di regola richiesta e il sommario viene sempre fatto pervenire d'ufficio. Secondo GHERRO sussisterebbero i presupposti per sostenere la formazione di una *consuetudo contra legem*, giusta la quale gli atti spettano all'avvocato di diritto (*Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, cit., 494). Al contrario GULLO ribadisce la lettera del canone, per cui i patroni non hanno diritto a pretendere la copia (*La pubblicazione atti e la discussione della causa*, cit., 680). Quest'ultima posizione viene confermata dalla giurisprudenza: «*Advocati autem, ut aptam defensionem clientium apparare valeant, actorum insuper exemplar petere possunt, etsi facultas id obtinendi eis non competat, cum traditio exemplaris actorum sit in potestate iudicis et a prudenti eius discretionem omnino pendeat*» (*decretum* c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, in *Periodica de re canonica*, LXXXIV (1995), 556, n. 3).

che agiscono da soli di doversi recare nella cancelleria del tribunale a studiarla, con evidenti maggiori difficoltà e disagi per apprestare una completa e puntuale difesa⁽⁶⁴⁾. Per giunta, al giudice è consentito di contrarre ancora più intensamente il contraddittorio con la decisione di non rendere noto a nessuno il contenuto di qualche atto⁽⁶⁵⁾. Non dimeno, a norma dello stesso canone, una simile deroga al principio generale di pubblicità deve essere contenuta entro limiti rigorosamente precisati e da interpretare in senso stretto⁽⁶⁶⁾. Innanzi tutto, non può essere esclusa dalla pubblicazione l'intera attività istruttoria, ma solo qualche singola parte, quantitativamente e qualitativamente marginale, e che non abbia un'importanza decisiva ai fini della soluzione della causa⁽⁶⁷⁾. Inoltre, le motivazioni a sostegno del provvedimento devono essere gravissime, connesse all'esigenza di evitare pe-

⁽⁶⁴⁾ Ben diverso è avere il testo sott'occhio, che doversi affidare alla memoria o a brevi appunti. Lo schema di riforma del 1978, al can. 257, prevedeva la facoltà sia delle parti, sia dei patroni, cumulativamente, di avere copia degli atti. Tale disposizione è stata modificata dalla Commissione, in seguito alle preoccupazioni manifestate nel dibattito circa il pericolo di abusi ad opera dei soggetti privati (*Communicationes*, XI (1979), 134-135). GHERRO propone di lasciare al giudice la possibilità, secondo la propria valutazione discrezionale, di far avere copia degli atti anche alle parti che agiscono in proprio (*Sul processo matrimoniale canonico: « pubblicazione degli atti » e dibattito*, cit., 495-496). GULLO, invece, in considerazione dei lavori di riforma, afferma che le parti non solo non hanno il diritto, ma non possono mai ricevere la copia degli atti (*La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, cit., 679).

⁽⁶⁵⁾ «...in causis vero ad bonum publicum spectantibus iudex ad gravissima pericula evitanda aliquod actum nemini manifestandum esse decernere potest, cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat» (can. 1598, § 1). Una simile eccezione non era prevista nel Codice del 1917, mentre l'*instructio Provida Mater* aveva disposto la facoltà del giudice, per gravi ragioni, di non rendere noto il nome di un teste, con la sola pubblicazione successiva del testo della deposizione (art. 130, § 2).

⁽⁶⁶⁾ «Riguardo alla menzionata possibile eccezione è doveroso osservare che sarebbe uno stravolgimento della norma nonché un grave errore d'interpretazione, se si facesse della eccezione la norma generale. Bisogna perciò attenersi fedelmente ai limiti indicati nel canone» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., 742, n. 6). Conforme la giurisprudenza: «Omnes exceptiones in iure, praesertim cum agatur de iuribus personalibus limitandis, stricte interpretari debent» (*decretum* c. Burke, *Camden.*, 21 giugno 1990, p. n. 15.780, in *Ius et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 7).

⁽⁶⁷⁾ La sentenza che si poggia su atti rimasti segreti è insanabilmente nulla: «Quoties enim probationes in toto ad normam legis ... non publicantur aut alteri parti, praeter culpam, etiam partialiter secretae manserint, sententia in eis fundata vitio nullitatis ex defectu legitimae defensionis laborat» (*decretum* c. Gianecchini, *Venetiarum seu Vicentina*, 26 marzo 1987, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIII (1988), 310, n. 2).

ricoli straordinari molto seri, reali e determinati, non meramente supposti, vaghi, generici o normalmente connessi alla dialettica processuale⁽⁶⁸⁾. Infine, il giudice deve garantire comunque alle parti la possibilità reale di esercitare i diritti di difesa⁽⁶⁹⁾.

È evidente, tuttavia, come sussista una radicale incompatibilità tra la conservazione di un minimo di facoltà di ribattere e la prescrizione *quod actum nemini manifestandum*⁽⁷⁰⁾. L'applicazione alla lettera del testo codiciale riuscirebbe quindi irragionevole, se non impossibile⁽⁷¹⁾, e per questo la dottrina e la prassi hanno introdotto l'uso di alcune misure precauzionali per attenuare la preclusione e rendere operante in qualche modo l'ultima clausola a tutela dei diritti degli interessati. Secondo le predette regole prudenziali, l'atto *sub secreto* dovrebbe essere quanto meno posto a conoscenza del patrono, pur con l'obbligo di non parlarne al suo assistito, né di farne menzione in alcuno scritto⁽⁷²⁾. Al coniuge privo di avvocato, dunque, il giudice sarebbe tenuto a nominarne uno *ex officio*⁽⁷³⁾, per as-

⁽⁶⁸⁾ In giurisprudenza si consultino i decreti c. Burke, *Camden.*, 21 giugno 1990, cit., n. 7; c. Davino, *Ruremunden.*, 16 maggio 1991, cit., 173, n. 4.

⁽⁶⁹⁾ Da garantire non in astratto ma in concreto. Si vedano le osservazioni critiche del decreto c. Burke, *Angelorum in California*, 14 dicembre 1989, cit., n. 8, perché il tribunale non usò tutti i mezzi permessi dalla legge per mettere la convenuta in grado di esercitare efficacemente i suoi diritti.

⁽⁷⁰⁾ Analoghe considerazioni critiche si trovano in C. GULLO, *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, cit., 683.

⁽⁷¹⁾ GHERRO parla di applicazione marginale e pressoché trascurabile (*Sul processo matrimoniale canonico: « pubblicazione degli atti » e dibattito*, cit., 498).

⁽⁷²⁾ «Si illud actum reapse momentum habet in ordine ad sententiam ferendam, et in actis causae manet, necessarium videtur ut idem cognoscere possit Patronus — si casus ferat, ex officio constituendus — partis vel partium, cui vel quibus ex Iudicis decreto idem actum celatum manere debet, saltem si eius vel earum positioni processuali de facto nocet. Qui patronus, uti patet, tali in casu non "pro forma" habetur, sed partem re vera defendere tenetur» (F. DANEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 ianuarii 1989 ad Rotam Romanam*, in *Periodica de re canonica*, LXXIX (1990), 257). Tale testo viene ripreso alla lettera nei decreti c. Stankiewicz, 26 ottobre 1990, p.n. 15.657, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 13; c. Davino, 16 maggio 1991, in *Il diritto ecclesiastico*, CII (1992), II, 173-174, n. 4. L'informazione dovrebbe concernere non solo gli atti ritenuti importanti per la sentenza, ma ogni documento, dato che risulta impossibile valutare pregiudizialmente l'importanza di una prova, prima della decisione effettiva.

⁽⁷³⁾ Al preside si riconosce il potere di nominare un avvocato d'ufficio, senza una previa istanza di parte, «si necessariam aut opportunam aestimaverit huiusmodi nominationem ad efficaciorum partis defensionem, eam decernit proprio actu insindacabili» (de-

sicurare i presupposti di difesa e salvaguardare la parità di condizione tra contendenti. In aggiunta a ciò, si richiederebbe che i patroni, benché costretti al vincolo del silenzio, siano messi in grado di svolgere quelle essenziali attività di verifica dell'attendibilità delle fonti e di deduzione dei dati contrari, che costituiscono il nucleo inderogabile per un valido contraddittorio⁽⁷⁴⁾.

Ma nonostante siano osservati questi od altri accorgimenti, non sembra che un sistema così congegnato possa sufficientemente surrogare la negazione totale del diritto di essere informati da parte dei titolari sostanziali del rapporto matrimoniale. L'esclusione di un confronto aperto, infatti, anche solo su una parte della documentazione, riduce indubbiamente la capacità dei difensori di trovare le argomentazioni idonee a confutare gli esiti dell'istruttoria⁽⁷⁵⁾. Per di più, appare chiaramente in contrasto con la dignità della persona il fatto di privarla del diritto di conoscere notizie che la riguardano direttamente o abbiano comunque incidenza sulla sua vicenda coniugale ed impedirle di esprimere sulle stesse le osservazioni che reputa convenienti per sostenere la propria tesi di verità⁽⁷⁶⁾.

È importante ribadire come la garanzia di un'effettiva difesa implichi che i soggetti interessati possano prendere visione di tutto il materiale posto a base della decisione, per riuscire a svolgere una replica completa e particolareggiata. Per questo, oltre a quanto detto prima, si ritiene parimenti indispensabile che siano resi noti pure gli elementi di giudizio che il giudice non abbia tratto dalle affermazioni delle parti, ma di cui voglia ugualmente tenere conto di propria iniziativa. Tali possono essere le eccezioni sollevate d'ufficio su circo-

cretum c. Clementi, *Jannen.*, 18 luglio 1975, p.n. 11.263, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 13). Si vedano i can 1655, §§ 2-3 del Codice del 1917, l'art. 43, §§ 1-3 dell'*instructio Provida Mater*, il can. 1481, § 3 del Codice del 1983.

(74) Secondo GULLO l'avvocato può accettare il segreto solo se ha la possibilità di controllare la verità delle affermazioni e di controribattere, pur senza parlare con il suo assistito, altrimenti è costretto a rigettare il segreto e a pretendere che l'atto venga reso pubblico oppure espunto dalla documentazione (*La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, cit., 684, con indicazione della giurisprudenza). Per GHERRO, deve essere consentito al patrono di svolgere le necessarie deduzioni sull'atto rimasto segreto, presentandole in una defensionale a parte (*Sul processo matrimoniale canonico: « pubblicazione degli atti » e dibattimento*, cit., 499).

(75) Argomenti che possono essere pienamente indicati solo dai diretti interessati.

(76) Senza contare, magari, che l'atto è stato posto sotto segreto proprio per la delicatezza delle accuse mosse verso la stessa persona, per gli scrupoli del testimone.

stanze pregiudiziali, integrative o contrastanti con i fatti allegati dalle parti⁽⁷⁷⁾, le presunzioni semplici desunte come conseguenze probabili da dati certi⁽⁷⁸⁾, altre prove atipiche formate al di fuori di quel determinato processo⁽⁷⁹⁾, ovvero ogni altra conoscenza che il magistrato abbia appreso direttamente o indirettamente sulle circostanze della causa⁽⁸⁰⁾. Secondo il principio del « *quod non est in actis non est in mundo* »⁽⁸¹⁾, il giudice è tenuto ad inserire queste fonti nell'incartamento ufficiale e a metterne al corrente quanti partecipano alla lite prima della decisione finale, mediante deposito dei relativi documenti, se disponibili, ovvero tramite una dichiarazione di scienza appositamente verbalizzata, o in qualsiasi altra forma ritenuta efficace⁽⁸²⁾. Il rispetto di siffatta regola di pubblicazione integrale consente di evitare giudizi « a sorpresa »⁽⁸³⁾, costruiti su presupposti sconosciuti alle parti, o sui quali non abbiano potuto dedurre le annotazioni critiche idonee a contrastarli⁽⁸⁴⁾.

(77) Can. 1452, § 2.

(78) Cann. 1584-1586. La presunzione sorge per lo più *in mente iudicis* al momento della decisione, con la conseguenza di disattendere generalmente il contraddittorio.

(79) Ad esempio atti di altri processi.

(80) Si vedano gli esempi citati da S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: « pubblicazione degli atti » e dibattimento*, cit., 499-500. A norma del can. 1604, § 1 è proibito dare al giudice informazioni che restino fuori dagli atti di causa.

(81) Il convincimento deve essere desunto *ex actis et probatis* (can. 1608, § 2). Sui limiti oggettivi della decisione si rinvia per approfondimenti a J. LLOBELL, *La genesi della sentenza canonica*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 697-705.

(82) Per evitare la sostituzione della certezza processuale con la certezza soggettiva. Sul punto si veda anche C. GULLO, *Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale*, cit., 83-84.

(83) « Si tratta in altri termini di situazioni nelle quali la decisione non deriva dal contraddittorio delle parti sulle prove, ma da autonome scelte del giudice, sottratte a qualunque previa discussione o contestazione delle parti. ... Al riguardo mette conto di rilevare che in realtà il vizio non sta tanto nel fatto che il giudice scelga come più attendibile una versione dei fatti controversi che non coincide né con quella proposta dall'attore, né con quella proposta dal convenuto (il che è da ritenersi perfettamente lecito), bensì nel fatto che tale scelta si fondi su elementi non previamente noti alle parti (o non previamente noti come rilevanti ai fini della decisione), sui quali quindi esse non hanno potuto svolgere difese e deduzioni probatorie » (M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 103). Conforme pure G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 654.

(84) Dal combinato disposto dei cann. 1600, § 1, n. 2, 1608, § 2 e 1620, n. 7, si può desumere il vincolo del giudice canonico a pronunciarsi solo su ciò che sia stato

Da ultimo, è importante ricordare che il momento terminale e lo scopo fondamentale del diritto alla prova si concentrano nella possibilità di influire efficacemente sull'accertamento dei fatti, attraverso la ricostruzione della realtà ricavabile dal complesso dei mezzi istruttori proposti, sia diretti che contrari. Il giudice naturalmente rimane libero di scegliere la versione che considera più convincente, ma per formare il proprio giudizio è tenuto a valutare previamente tutte le prove e le argomentazioni prodotte dalle parti, per vagliarne secondo coscienza l'efficacia dimostrativa e selezionare quelle che stima maggiormente attendibili e tali da condizionare in un senso o nell'altro la decisione⁽⁸⁵⁾. Per rendere conseguibile l'obiettivo, la motivazione della sentenza dovrebbe dare riscontro della completezza degli esiti probatori ed indicare analiticamente le ragioni che inducono ad accogliere alcune risultanze e a rigettare quelle opposte⁽⁸⁶⁾. In questo modo sarebbe possibile controllare, anche in sede di appello, se il ragionamento del collegio sia stato fondato logicamente sulle prove, o se al contrario sia stato desunto da posizioni aprioristiche, giustificate solo *a posteriori*, con una opportuna estrapolazione degli elementi confacenti dal materiale a disposizione.

In definitiva, si può concludere questa disamina sulle articolazioni del contraddittorio nella fase istruttoria, sottolineando come la soddisfazione dello *ius ad probationes* discenda dal rispetto di un complesso sistema di garanzie e di precauzioni, tanto intrinsecamente correlate e reciprocamente dipendenti che la negazione di un

oggetto di contraddittorio tra le parti, e, di conseguenza, a provocare il dibattito difensivo su tutto ciò che ritiene rilevante ai fini della decisione.

⁽⁸⁵⁾ Can. 1608, § 3. «In proposito bisogna anzi osservare che il diritto alla difesa viene effettivamente rispettato e reso operante laddove le valutazioni sui fatti che le parti operano nelle loro memorie defensionali — nei rituali *restricti* — vengano effettivamente prese in considerazione dal giudice» (S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattimento*, cit., 493).

⁽⁸⁶⁾ «Si tratta di un punto di centrale importanza: giacché il richiamo totale e indiscriminato alle risultanze probatorie, come fondamento della decisione, rischia di vanificare completamente il controllo sull'osservanza della garanzia fondamentale del contraddittorio nel procedimento probatorio» (G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 655). «Il principio del libero convincimento non può essere efficacemente invocato in senso contrario, poiché esso implica la libertà del giudice nella determinazione dell'efficacia delle prove, ma non la libertà di trascurare prove potenzialmente efficaci per l'accertamento dei fatti» (M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 111).

singolo aspetto può pregiudicare il funzionamento dell'intero meccanismo di tutela. La coscienza del delicato equilibrio della dialettica processuale dovrebbe indurre il giudice canonico ad usare con la massima prudenza i propri poteri discrezionali, al fine di non precludere alle parti la legittima attuazione dell'inviolabile diritto di difesa.

3. *L'incidenza dei poteri del giudice sui diritti delle parti.*

Com'è noto, il regime processuale canonico viene qualificato di carattere «misto», in quanto combina la prevalenza del principio dispositivo nell'ambito sostanziale con la supremazia di quello inquisitorio sul piano processuale, con una ulteriore accentuazione delle possibilità d'iniziativa d'ufficio nelle cause, come quelle matrimoniali, considerate d'interesse pubblico. Nella fase istruttoria spettano al giudice poteri molto estesi di direzione dell'intera attività, che possono incidere profondamente sulle modalità di esercizio del diritto alla prova dei partecipanti alla lite. Si tratta infatti di attribuzioni non solo di natura strumentale, volte a stabilire i tempi e le forme di trattazione, ma anche di indole materiale, dirette a limitare, correggere o completare gli elementi su cui dovrà pronunciarsi la decisione, pur senza modificare i termini essenziali della controversia determinati dalle parti.

L'organo procedente è dotato, in via ordinaria, della competenza generale a moderare *in toto* la raccolta delle prove. A guisa di breve elencazione, si può ricordare che il magistrato incaricato dell'istruzione deve controllare gli strumenti adottati per ammettere quelli utili e leciti e rigettare gli altri (can. 1527, § 1); può sempre disporre l'interrogatorio delle parti se lo ritenga opportuno per scoprire la verità (can. 1530); dirige l'assunzione delle testimonianze (can. 1547); può ridurre il numero dei testi quando gli appaia eccessivo (can. 1553); richiede la prova peritale ogniqualvolta lo prescriva il diritto (can. 1680) o reputi necessario avere il parere di un esperto (can. 1574) e definisce con proprio decreto i quesiti da rivolgere (can. 1577, § 1); allorché gli sembri opportuno per la definizione della causa, può stabilire di recarsi in qualche luogo o d'ispezionare qualche cosa (can. 1582); può servirsi di testimoni sulla credibilità delle parti per valutare la loro deposizione (can. 1679); dichiara chiusa l'istruttoria quando la considera sufficientemente approfondita (can. 1599, § 2). Come norma di completamento del sistema, si prevede persino il potere del giudice di supplire alla negligenza de-

gli interessati e di assumere d'ufficio prove di qualsiasi tipo, nel caso che ciò risulti indispensabile per evitare una sentenza gravemente ingiusta (can. 1452, § 2) ⁽⁸⁷⁾.

In linea di principio, non sussiste incompatibilità tra i poteri istruttori del giudice ed il diritto alla prova delle parti ⁽⁸⁸⁾. Le iniziative d'ufficio svolgono anzi una funzione positiva, in quanto contribuiscono ad un accertamento più esteso della verità della causa, purché non si impongano come un monopolio esclusivo delle fonti di dimostrazione, ma lascino agli interessati una adeguata possibilità di far assumere gli strumenti idonei a suffragare la propria tesi. La garanzia degli interessi di tutela, in questa fase del processo, non si fonda soltanto sulla disponibilità della proposizione dei mezzi difensivi ⁽⁸⁹⁾, quanto soprattutto la realizzazione di un effettivo contraddittorio nei singoli momenti operativi di ammissione, assunzione e valutazione degli argomenti di prova. Unicamente l'assicurazione di questi diritti procedurali consente alle parti di partecipare concretamente alla precisazione della base materiale del giudizio e di influenzare realmente con la propria attività la formazione della decisione ⁽⁹⁰⁾. In tal modo, il diritto di difesa viene garantito non solo come possibilità teorica di rispondere alle deduzioni della controparte, ma nello stesso sistema pratico di esercizio, che ne assicuri l'efficacia dei risultati.

⁽⁸⁷⁾ «*Firmis praescriptis can. 1600*» (can. 1452, § 2). Sulla natura straordinaria di questa disposizione e sulla sua efficacia in ordine all'estensione della base materiale del giudizio, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, cit., 350-353.

⁽⁸⁸⁾ Anche nel diritto dello Stato sono previsti nell'ambito istruttorio complementari poteri inquisitori del giudice, in senso processuale (cfr. M. TARUFFO, *Prova (diritto comparato e straniero)*, cit., 1). Sulla distinzione tra inquisitorio in senso materiale e inquisitorio in senso processuale, si vedano R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, cit., 129-133; I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, cit., 342-343.

⁽⁸⁹⁾ Il principio dispositivo da solo non consente di garantire pienamente la tutela degli interessi delle parti, se non è rafforzato dal contraddittorio nel momento operativo. Tali considerazioni sono espresse da M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 117-120.

⁽⁹⁰⁾ Queste legittime pretese delle parti possono essere eluse dal comportamento del giudice che abusando del potere di libero convincimento sui fatti, rigetti come inutili gli strumenti richiesti, o rifiuti di assumere quelli già ammessi in precedenza decidendo di chiudere anticipatamente l'istruttoria, ovvero non provochi il confronto dialettico sulle informazioni apprese d'ufficio, oppure nell'elaborare le conclusioni non tenga conto degli esiti oggettivi raggiunti con le prove di parte.

Di conseguenza, i poteri discrezionali conferiti al giudice per regolare la raccolta delle prove ed apprezzarne in seguito i risultati, non possono essere usati secondo criteri arbitrari e insindacabili, poiché restano necessariamente vincolati al rispetto delle precise prerogative processuali possedute dai soggetti della lite. Gli eventuali provvedimenti limitativi delle istanze di parte, quindi, dal momento che dispongono sull'esercizio di legittime pretese, non possono essere qualificati di carattere meramente ordinatorio, ma sono di natura veramente decisoria, e pertanto tenuti ad esporre in forma circostanziata le cause che fondano l'adozione di una determinata restrizione ⁽⁹¹⁾. Tale motivazione, in definitiva, deve dimostrare di aver ponderato le diverse esigenze di difesa, da un lato, e di economia processuale, dall'altro, e di averle bilanciate alla luce sia del principio di ragionevolezza, che guarda alla rilevanza della richiesta in ordine all'esito del giudizio, sia di quello di eguaglianza, che prescrive la parità di trattamento tra i soggetti della dialettica contenziosa ⁽⁹²⁾. In difetto di simile giustificazione, l'interessato può esperire la querela di nullità dell'atto, sia presso lo stesso giudice, sia avanti al collegio insieme con il ricorso volto a chiederne la revoca ⁽⁹³⁾.

Sotto il profilo dell'incidenza sullo *ius ad probationes*, appare particolarmente delicata la decisione del giudice di accogliere o meno le prove prodotte dalle parti, dato che può condizionare il corso dell'istruttoria ed implicare già, in tutto o in parte, la decisione della causa. L'ammissione è subordinata ad un giudizio di utilità dei mezzi stessi, diretto a verificare il rapporto di inferenza oggettiva tra le informazioni ricavabili dalla fonte e l'accertamento di elementi essenziali della fattispecie, cosicché, se tali circostanze dovessero risultare suffragate, si darebbe un contributo decisivo alla risoluzione della controversia ⁽⁹⁴⁾. Si tratta tuttavia di una valutazione prognostica.

⁽⁹¹⁾ Can. 1617. In questo senso, si veda A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 596.

⁽⁹²⁾ Benché si rilevi che lo «*ius testes inducendi*» sia «*sub iudicis moderamine*», tuttavia si afferma: «*Certo res non inconsiderato vel inconsulto iudicis arbitrio relinquatur: idem prudentia, obiectivitate ac aequitate duci debet, praeiudicata remota mente, ne finis consequendus, acquisitio nempe veritatis et partium iurium tuitio praepediatur*» (decisione c. Funghini, *Piscarten-Pinnen.*, 17 giugno 1992, in *Il diritto ecclesiastico*, CIV (1993), II, 285, n. 13).

⁽⁹³⁾ Cann. 1624-1625. Il ricorso può essere proposto a norma del can. 1527, § 2.

⁽⁹⁴⁾ Principio di rilevanza dei fatti: «*Frustra probatur quod probatum non relevat*». Sul rigetto di prove che non attengono all'*obiectum litis*, si veda il *decretum c.*

stica che deve essere espletata in via ipotetica, prescindendo, cioè, dal possibile esito concreto della prova, e guardando invece alla idoneità astratta degli strumenti proposti a rappresentare il *thema probandum* ⁽⁹⁵⁾. Il giudice, quindi, non è abilitato a svolgere un esame preventivo sull'efficacia reale della dimostrazione, perché altrimenti verrebbe ad anticipare *a priori* un apprezzamento critico che è in grado di compiere solo *a posteriori*, dopo aver acquisito il materiale.

Analogamente, il pericolo di una preclusione pregiudiziale al diritto di difesa si riscontra anche nel caso in cui il giudice, per evitare l'inutile protrarsi del processo, disponga la riduzione delle prove superflue, sia che lo decida al momento della loro proposizione ⁽⁹⁶⁾, sia che lo stabilisca successivamente nei confronti di mezzi preliminarmente ammessi ma poi apparsi inutili in relazione all'esito di altre informazioni, e ordini perciò la chiusura d'ufficio dell'istruttoria ⁽⁹⁷⁾. Pure tale provvedimento presuppone un giudizio prognostico del magistrato sulla incapacità dello strumento a influenzare la formazione della propria decisione. Nondimeno, si può affermare con buona sicurezza l'irrilevanza di una prova soltanto se miri a dimostrare un fatto notorio o già pienamente assodato ⁽⁹⁸⁾, di modo che la richiesta appare ispirata esclusivamente da intenti dilatori ⁽⁹⁹⁾. In merito invece a prove che intendono contestare le risultanze precedentemente assunte o fornire una nuova versione della vicenda, non si può giungere con eguale evidenza alla medesima conclusione. Dato che il convincimento del giudice non raggiunge mai il grado della certezza assoluta, sarebbe illogico escludere che possa essere modificato da ulteriori rivelazioni ⁽¹⁰⁰⁾. Una basilare regola di prudenza esigerebbe invece che le istanze istruttorie siano ac-

Pompedda, *Suessana*, 27 aprile 1989, in causa *Iurium*, p.n. 14.800, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit.

⁽⁹⁵⁾ «... il giudice non è autorizzato a valutare se il mezzo probatorio sortirà effetto positivo, ma è tenuto a sindacare se, dato per scontato il risultato positivo della prova, questa sia utile per la formazione del suo convincimento» (G. VERDE, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., 620-621).

⁽⁹⁶⁾ Ad esempio, a norma del can. 1553, si riduce il numero troppo grande dei testimoni.

⁽⁹⁷⁾ Can. 1599, § 2.

⁽⁹⁸⁾ Sul rigetto di testimonianze su fatti già noti, si veda il *decretum* c. Pinto, *Matriten.*, 14 marzo 1983, in causa *Separationis et iurium incidentium*, p.n. 11.135, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 17.

⁽⁹⁹⁾ Sul rigetto delle prove che sono motivate solo da intenti dilatori si veda la *decisio* c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, cit., 284-285, n. 13.

⁽¹⁰⁰⁾ In questo senso, M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 97-

colte e soddisfatte qualora sussista anche il minimo dubbio che siano potenzialmente idonee a integrare l'accertamento della verità, per non privare le parti del legittimo *ius ad probationes*.

Oltre ai poteri ordinari di direzione dell'attività, si è visto nel paragrafo precedente che al giudice canonico sono conferite pure facoltà straordinarie di limitare il contraddittorio, al fine di prevenire pericoli molto seri relativi al corretto e pacifico svolgimento del processo, nonché alla salvaguardia dei diritti delle persone. È bene notare, peraltro, che queste attribuzioni si fondano su circostanze eccezionali, e come tali da contenere nelle ipotesi specificamente previste, sulla base dei requisiti stabiliti ⁽¹⁰¹⁾ e da sottoporre ad interpretazione stretta. Inoltre, considerata la profonda incidenza sulle prerogative di difesa delle parti, è necessario che i decreti restrittivi non solo contengano la motivazione particolareggiata della disposizione, da cui si evinca la presenza dei presupposti richiesti dalla norma ⁽¹⁰²⁾, ma che le ragioni indicate siano proporzionalmente adeguate alla gravità delle conseguenze ⁽¹⁰³⁾. Bisogna pertanto che il provvedimento trovi fondamento sull'effettiva comparazione critica svolta dal magistrato tra gli opposti interessi, pubblici e privati, che possono entrare in contrasto in una particolare situazione, e la specifica misura adottata essere giustificata dal confronto e dalla relazione equilibratrice tra i costi imposti e i benefici ricavabili, alla stregua di una scala d'importanza dei valori in gioco.

Sotto il profilo assiologico, non v'è dubbio che lo *ius ad probationes* con i suoi corollari rappresenti un ideale assoluto del giudizio,

98; G. VERDE, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., 621-622; S. PATTI, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 3.

⁽¹⁰¹⁾ Can. 1554 (circa la non comunicazione dei nomi dei testimoni): «*si id, prudenti iudicis existimatione, fieri sine gravi difficultate nequeat, saltem ante testimoniorum publicationem fiat*»; can. 1559 e 1678, § 1, n. 1 (sull'esclusione dei patroni dall'assistenza alle deposizioni): «*propter rerum et personarum adiuncta*»; can. 1598, §§ 1e 2 (sulla omessa pubblicazione di qualche atto): «*ad gravissima pericula evitanda... cauto tamen ut ius defensionis integrum maneat*».

⁽¹⁰²⁾ Tali decreti non possono essere considerati meramente ordinatori, quanto meno nella parte che decide sui diritti delle parti (cfr. S. VILLEGGIANTE, *Le questioni incidentali*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 643-648). A norma del can. 1617, può essere esperita la querela di nullità contro il decreto privo di motivazione.

⁽¹⁰³⁾ Sull'obbligo di una esposizione circostanziata dei motivi seri che giustificano il provvedimento, si vedano i *decreta* c. Burke, *Camden.*, 21 giugno 1990, cit., n. 7; c. Doran, *Sancti Antonii*, 3 maggio 1990, p.n. 15.781, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 11; *Litoris Palmen.*, 29 novembre 1990, p.n. 15.838, *ivi*, n. 9.

a causa della pertinenza all'inviolabile imperativo di difesa⁽¹⁰⁴⁾, e di conseguenza ad esso si deve riconoscere una rilevanza prioritaria rispetto ad altre esigenze strumentali di sicurezza o di economia processuale. Questi argomenti di carattere strettamente tecnico possono influire sulle modalità di attuazione del contraddittorio nella fase istruttoria, ma non certamente pregiudicare nella sostanza la garanzia assicurata alle legittime facoltà delle parti.

Neppure costituisce una ragione idonea l'intento di impedire le ripercussioni delle affermazioni delle parti o dei testimoni sui rapporti interpersonali con le persone interessate, dato che sono connaturali alla normale attuazione della dialettica processuale⁽¹⁰⁵⁾. Da un lato, si tratta di effetti che pur con la necessaria riservatezza del procedimento rispetto ai terzi estranei, nei confronti dei coniugi in causa non potrebbero essere evitati se non eliminando ogni forma di conoscenza e quindi abolendo del tutto il contraddittorio⁽¹⁰⁶⁾. Dall'altro, non sembra che sia giusto coprire con la totale immunità gli scrupoli o i timori di implicazioni giuridiche che fanno parte dell'ordinaria assunzione di responsabilità in capo a chiunque renda dichiarazioni nel processo⁽¹⁰⁷⁾.

La compressione delle facoltà di difesa può essere tollerata soltanto nelle ipotesi, peraltro eccezionali e residuali, in cui vi sia una concreta e alta probabilità che diritti di pari valore delle persone coinvolte nel giudizio siano messi a repentaglio dall'abuso dei propri poteri da parte di uno dei protagonisti del processo⁽¹⁰⁸⁾. Pure in

⁽¹⁰⁴⁾ «... il pieno rispetto per il diritto alla difesa ha una sua particolare importanza nelle cause per la dichiarazione di nullità del matrimonio, sia perché esse riguardano così profondamente ed intimamente la persona delle parti in causa, sia perché trattano dell'esistenza o meno del sacro vincolo matrimoniale» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., 743, n. 8).

⁽¹⁰⁵⁾ Quali fastidi nei rapporti interpersonali, o, nei casi più gravi, azioni di rivalsa in sede civile o penale.

⁽¹⁰⁶⁾ «Innanzitutto deve essere ben chiaro che la "pubblicità" del processo canonico verso le parti non intacca la sua natura riservata verso tutti gli altri» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., n. 8). Sulla subordinazione delle aspettative di riservatezza all'esterno dei testimoni rispetto al diritto di difesa delle parti, si veda il *decretum* c. Burke, 11 giugno 1992, in *Studia canonica*, XXVI (1992), 492-494, nn. 8-14.

⁽¹⁰⁷⁾ «D'altronde una persona deve avere il coraggio di prendere la propria responsabilità per ciò che dice, e non può avere paura, se ha davvero detto la verità» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., 743, n. 8).

⁽¹⁰⁸⁾ Analoghe considerazioni sono in C. GULLO, *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, cit., 683.

queste circostanze, nondimeno, si deve prima verificare che non siano sufficienti o non possano essere praticati rimedi alternativi meno lesivi dei diritti processuali⁽¹⁰⁹⁾. In ogni caso, si può imporre solo una riduzione, non una completa preclusione del diritto alla prova. Il giudice, quindi, è tenuto ad adottare, oltre alle cautele prescritte dalla norma, qualsiasi legittimo accorgimento, anche straordinario o atipico, per assicurare nella massima estensione possibile l'interesse delle parti ad intervenire direttamente sull'attività istruttoria, e non solo in quell'espressione minima di dibattito sui risultati pubblicati che, come si è esposto nel precedente paragrafo, non sempre consente un'adeguata possibilità di azione.

4. *La rilevanza delle restrizioni allo ius ad probationes in ordine alla violazione del diritto di difesa.*

Per valutare l'effettiva tutela dello *ius ad probationes* nei processi canonici è necessario svolgere un riscontro concreto di come la giurisprudenza interpreti le norme attributive delle prerogative delle parti, quali condizioni ponga alla loro legittima attuazione, quali conseguenze riconduca all'eventuale violazione. L'analisi della prassi giudiziaria, purtroppo, mostra l'esistenza di una concezione molto riduttiva del diritto alla prova con i suoi indispensabili corollari, con un riconoscimento limitato delle garanzie di difesa.

A livello teorico si afferma generalmente la pertinenza dello *ius ad probationes* all'essenziale struttura dialettica del processo⁽¹¹⁰⁾, ma non tutte le sue espressioni sono considerate rilevanti ai fini dell'attuazione delle garanzie fondamentali del contraddittorio, così che la loro violazione possa condurre alla invalidità del processo per difetto di fattori costitutivi⁽¹¹¹⁾. La fattispecie di negazione del diritto di difesa si ritiene

⁽¹⁰⁹⁾ Tramite l'imposizione del segreto verso l'esterno a tutti coloro che intervengono nel processo «*quoties natura causae vel probationum talis sit ut ex actorum vel probationum evulgatione aliorum fama periclitetur, vel praebeaturs ansa dissidiis, aut scandalum aliudve id genus incommodum oriatur*» (can. 1455, § 3, si veda anche il can. 1602, § 2) ovvero attraverso il controllo disciplinare nei confronti degli avvocati e procuratori (cann. 1470, § 2, 1487).

⁽¹¹⁰⁾ «*certo ipso naturali iure ius habent partes ad suas probationes, exceptiones et defensiones afferendas, quibus sane ipsa sententia definitiva inniti debet*» (*decisio* c. Heard, 28 luglio 1938, in *S.R.R. Decisiones*, XXX, 474, n. 3).

⁽¹¹¹⁾ Ragionando in base al can. 1680 del precedente Codice (che corrisponde sostanzialmente al can. 124 del testo ora vigente), una sentenza del Supremo Tribunale

realizzata solo nelle ipotesi in cui sia stato compromesso il « nucleo sostanziale » dei poteri di agire e di resistere in giudizio⁽¹¹²⁾, con un conseguente pregiudizio reale sofferto dalle parti nella possibilità di far valere le proprie ragioni⁽¹¹³⁾. Non configura invece un *vulnus* irrepara-

della Segnatura Apostolica (c. Sabattani, 17 gennaio 1987, in *Il diritto ecclesiastico*, CXIII (1988), II, 267-282), dichiarava: « *non omnis negatio legitimae defensionis importat iudicii atque sententiae nullitatem, sed solummodo illae quae eiusdem iudicii substantiam afficiunt* » (ivi, 272, n. 13). « *Ad substantiam instructionis processus pertinent probationes necessariae et defensiones legitimae ... In concreto, ius defensionis seu contradictorium iudiciale consistit praecipue: a) in facultate inducendi probationes in iudicio; b) in facultate cognoscendi probationes a parte adversa adductas; c) in facultate exhibendi proprias deductiones, allegationes et defensiones; d) in facultate respondendi, saltem semel, deductionibus, allegationibus et defensionibus partis adversae.* »

Unde, si *possibilitas concreta exercendi omnes praedictas facultates denegetur, deest revera contradictorium iudiciale, ideoque processus est nullus quia in eo deficit id quod processum essentialiter constituit* (can. 1680), *id est contradictorium, quamvis singulae omissiones illorum actuum non secumferant nullitatem processus utpote non requisitorum sub poena nullitatis* » (ivi, 273-274, nn. 13-14). Queste conclusioni vengono riprese dal *decretum* c. Giannechini, *Trib. reg. Flamini*, 23 maggio 1989, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVII (1992), 499-507.

⁽¹¹²⁾ « *Sententia potius tantum est nulla quantum denegatio de qua agitur afficit eiusdem iudicii substantiam* » (decisio c. Doran, *Corporis Christi*, 28 aprile 1987, in *Il diritto ecclesiastico*, XCIX (1988), II, 27, n. 9).

⁽¹¹³⁾ In risposta ad una querela di nullità della sentenza di primo grado, sollevata d'ufficio, un *decretum* c. Pompedda (*Suratthamen*, 17 giugno 1985, in *Il diritto ecclesiastico*, XCVI (1985), II, 271-276) ha sostenuto che le irregolarità pur gravi del procedimento (« *in casu defuerunt dubii concordatio, publicatio actorum, conclusio in causa et defensiones* ») non possono essere rilevate se non hanno determinato un concreto pregiudizio alle parti, in quanto « *canones ... positos fuisse haudquaquam ad meram processus sollemnitatem, verum ad rectam evolutionem causae servandam ...* » (ivi, 273, n. 14). Nella fattispecie non si riscontrava invece un interesse dei coniugi a far valere l'invalidità del giudizio, dato che « *partes iustitiae tribunalis certo certius se remittere voluisse conici debet; sua quidem iura in interrogatorio eadem defendere valuerunt; de facto sententiam sibi met utriusque favorabilem coniuges obtinuerunt* » (ivi, 274, n. 15). « *Concludendum quapropter est defuisse quidem iudicii sollemnitates sed essentialia processus ... tecta servata fuisse, atque ideo processus nullitatem nullomodo sustineri* » (ivi, 274, n. 16). Sulla necessità di dimostrare un pregiudizio concreto per sostenere la violazione del diritto di difesa, si pronunciano anche i *decreta* c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, n. 3 (in *Il diritto ecclesiastico*, XCVI (1985), II, 277) e c. Bruno, *Brooklynien*, 31 ottobre 1986, p.n. 13.966 (in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 8).

Se appare equo considerare il bene concreto dei coniugi per non arrecare loro un ulteriore danno, non si può non sottolineare l'importanza di assicurare agli stessi il diritto ad un metodo legittimo di trattazione della causa, quale garanzia di una ricerca più approfondita della verità oltre che della giustizia della soluzione. Inoltre, è dubbio che ai giudizi matrimoniali, relativi anche al bene pubblico, possa essere applicata

bile la sola omissione di singole facoltà che in se stesse non sono ritenute una componente indispensabile della tutela, ma semplicemente un'ulteriore, e preteribile, perfezionamento⁽¹¹⁴⁾. Il pregiudizio del diritto alla prova conduce pertanto alla dichiarazione di nullità insanabile della sentenza *ex can. 1620, n. 7* unicamente quando si inserisca nei vizi più gravi di carenza di un *minimum* di contraddittorio⁽¹¹⁵⁾ o di mancanza totale della fase istruttoria⁽¹¹⁶⁾.

Al di fuori delle fattispecie di preclusione radicale della dialettica contenziosa, l'inosservanza di particolari formalità poste a garanzia dei diritti delle parti può condurre all'invalidità degli atti processuali per una duplice causa: sotto il profilo virtuale, quando non si compiono neppure gli elementi che costituiscono la sostanza dell'operazione istruttoria e consentono l'esplicazione della sua specifica funzione all'interno del giudizio⁽¹¹⁷⁾; sotto il profilo testuale, se il

la regola che rimette il riscontro o la sanatoria degli atti processuali invalidi all'interesse dei privati (can. 1619).

⁽¹¹⁴⁾ « *Alia adhuc habentur, quae hanc facultatem sese defendendi faciliorem reddere possunt quaeque tamen, nisi sub nullitatis sanctione statuta sint, nullitatem nec actus nec sententiae secumferunt* » (*decretum* c. Davino, *Theatina seu Lancianen.*, 15 gennaio 1990, cit., 250, n. 7).

⁽¹¹⁵⁾ Si tratta di casi eclatanti in cui è stato negato radicalmente alla parte convenuta il diritto di conoscere gli stessi capi di nullità, oltre che di essere sentita in tribunale, di esaminare gli atti, di produrre prove ed in genere di controdedurre: « *Quare substantiali iure defensionis habetur is certo spoliatus, qui nec actioni a parte adversa in iudicium adductae contradicere valet propter agendi rationem ipsius Tribunalis, nec probationes tempore instructionis collectas impugnare, nec propriam declarationem iudicalem facere, nec argumenta exhibere quoad factum circa quod iudicium versatur* » (decisio c. Stankiewicz, *Portlanden. in Oregon*, 20 gennaio 1983, in *Monitor ecclesiasticus*, CIX (1984), 249, n. 8); « *Defensionis ius importat, ... tum facultatem probationes ab adversario allatas cognoscendi eiusdemque respondendi, cum potestatem proprias probationes ferendi necnon proprium constituendi advocatum. Ubi, ex parte tribunalis, haec omnia praetermissa fuerint certo certius adest in iudicio nullitas substantialis...* » (decisio c. Doran, *Corporis Christi*, 28 aprile 1987, cit., 26, n. 8). Si vedano anche i *decreta* c. Pinto, *Metem.*, 24 maggio 1985, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIII (1988), 314-319; c. Serrano, *Ruremunden.*, 1 luglio 1988, in *Il diritto ecclesiastico*, C (1989), II, 425-432; c. Corso, *S. Sebastiani Fluminis Januarii*, 16 gennaio 1990, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVI (1991), 314-318; c. Bruno, *Trib. reg. E. seu A.*, 15 luglio 1993, *ivi*, CXIX (1994), 329-340.

⁽¹¹⁶⁾ In questa causa il giudice, in aggiunta ad altre gravi irregolarità, non aveva neppure svolto la rituale istruttoria, ritenendo sufficienti per la decisione le investigazioni fatte in modo informale prima dell'inizio del processo: « *Nullitas sententiae igitur sive ex defectu totius processus sive ex denegato iure defensionis prorsus evincitur* » (*decretum* c. Di Felice, *Portlanden. in Oregon*, 9 maggio 1984, in *Monitor ecclesiasticus*, CIX (1984), 435, n. 5).

⁽¹¹⁷⁾ *Ad mentem* can. 124, § 1: sugli elementi essenziali della deposizione si veda

Codice stabilisce un'espressa sanzione dirimente a seguito dell'inadempienza di determinati requisiti⁽¹¹⁸⁾. In entrambe le evenienze, si deduce dal can. 1622, n. 5 la nullità sanabile del procedimento e della sentenza che si regga su presupposti irregolari⁽¹¹⁹⁾.

Riguardo invece alle prerogative riconosciute da disposizioni non altrimenti salvaguardate dalla norma positiva, si esclude che possano determinare l'invalidità degli atti compiuti in loro violazione, dato il divieto di interpretazione estensiva delle clausole irritanti⁽¹²⁰⁾. Sebbene venga condannato come deplorabile il mancato rispetto dell'ordine processuale, tuttavia la giurisprudenza non ritiene che irregolarità di questo tipo, quand'anche siano state numerose nel corso del giudizio ed attuate in modo sistematico dalla prassi di alcuni tribunali, risultino sufficienti ad inficiare l'intero procedimento e, in via derivata, la decisione finale⁽¹²¹⁾.

L'irrelevanza di simili trasgressioni sembra tuttavia contraddire il dovere imposto al giudice di adempiere con fedeltà e assoluto rigore le prescrizioni di legge⁽¹²²⁾, e finisce per attribuire di fatto allo

il *decretum* c. Davino, *Theatina seu Lancianen.*, 15 gennaio 1990, cit., 250 e *decretum* c. Funghini, *Theatina seu Lancianen.*, 21 novembre 1990, p.n. 15.806, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 7. Sulla sostanza della pubblicazione degli atti si confronti il *decretum* c. Clementi, *Jannen.*, 18 luglio 1975, n. 9, p.n. 11.263.

⁽¹¹⁸⁾ Come viene prescritto nel can. 1598, § 1.

⁽¹¹⁹⁾ Si veda il *decretum* c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, cit., 560, n. 6.

⁽¹²⁰⁾ «*Solius canonicae legis nullitatis sanctione carentis violatio actus nullitatem non secum fert*» (*decisio* c. Doran, *Corporis Christi*, 28 aprile 1987, cit., 26, n. 8); «*Nec praetereundum nullitatem rem esse odiosam, ideoque sicut normae irritantes, quae eam statuunt (can. 14), strictae interpretationi subiectam*» (*decretum* c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, in *Il diritto ecclesiastico*, XCVI (1985), II, 277, n. 3).

⁽¹²¹⁾ «*Non una tantum legum proceduralium violatio invenitur, in casu, quae autem violationes non omnes secumferunt nullitatem decisionum praecedentium. Semper autem significant animi in procedendo et in decernendo aliquam saltem negligentiam, ne dicamus deprecabilem praetermissionem iurium fidelium, quod longe gravius est ipsius nullitatis decisionis*» (*decretum* c. Boccafolo, *Desmoinen.*, 26 ottobre 1989, p.n. 15.266, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 9). «... *dicere cogimur minime commendandam esse agendi rationem tribunalis, quod, bona fide, ad celeriter tractandas causas formalitates iuris non paucas praetermisit, quae quamvis decisionum nullitatem non secumferant, tamen splendorem administrationis iustitiae in Ecclesia inquinare possunt*» (*decretum* c. Davino, *Arcis Vorthen.*, 19 ottobre 1989, p.n. 15.019, *ivi*, n. 5).

⁽¹²²⁾ «La fedele osservanza della normativa positiva al riguardo costituisce un grave obbligo per gli operatori della giustizia nella Chiesa» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, cit., 741, n. 4).

stesso il potere arbitrario di autodispensarsi dall'osservanza delle formalità di rito⁽¹²³⁾. Al contrario, non si può ammettere la libera discrezionalità del magistrato di calpestare i diritti delle parti, e poiché si deve pur ricondurre una conseguenza giuridica all'attestazione di precisi *iura ad probationes*, bisogna quanto meno concedere agli interessati la possibilità di rimediare all'eventuale lesione per mezzo della proposizione di un ricorso incidentale al collegio, volto a chiedere la revoca del provvedimento istruttorio e la *restitutio ad integrum* nelle proprie situazioni giuridiche⁽¹²⁴⁾.

Una posizione restrittiva della giurisprudenza, invece, considera le attribuzioni delle parti che non siano protette da una sanzione di nullità, come facoltà accessorie e condizionate, subordinate alla valutazione discrezionale del giudice circa il grado e le modalità di attuazione. In questa prospettiva, viene negato il carattere assoluto del diritto dei patroni di assistere all'esame dei coniugi, dei testimoni e dei periti, a causa del potere concesso dalla legge al magistrato di procedere *sub secreto* «*propter rerum et personarum adiuncta*», tanto da ammettere che possa essere dallo stesso escluso con una decisione non vincolata neppure all'obbligo di renderne le ragioni, né suscettibile di alcuna impugnazione⁽¹²⁵⁾. È evidente come in questo modo si giunga addirittura ad invertire il rapporto regola-eccezione stabilito dal combinato disposto dei cann. 1678, § 1 e 1559, in base al quale il principio ordinario è dato dall'esistenza di un vero diritto dei patroni a partecipare alle udienze⁽¹²⁶⁾, mentre evento straordinario resta la sua riduzione. In quanto deroga alla massima generale, invece, tale limitazione dovrebbe necessariamente indicare gli specifici motivi che la giustificano, nel rispetto dei confini rigorosamente prescritti dalla norma, ed essere subordinata al controllo del collegio, esperibile *ad instantiam partis*.

⁽¹²³⁾ Siffatto potere di dispensa è stato al contrario escluso dal Codice dalle competenze del Vescovo diocesano (can. 87, § 1).

⁽¹²⁴⁾ In proposito, si veda il commento di C. GULLO al decreto c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, cit., 276-277.

⁽¹²⁵⁾ «*Ergo de iure quodammodo vigilato et iudicis discretioni subiecto agitur, qui suae decisionis rationes adducere non tenetur et contra illius procedendi modum electum recursus non datur*» (*decretum* c. Funghini, *Theatina seu Lancianen.*, 21 novembre 1990, cit., n. 4). Si veda anche la *decisio* c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, cit., 285-286, n. 14.

⁽¹²⁶⁾ Si confronti la diversa terminologia del can. 1678, § 1 («*ius est*») rispetto a quella del can. 1559 («*assistere possunt*»).

L'irrelevanza della violazione dei corollari del diritto alla prova, sostenuta dalla giurisprudenza, discende in definitiva da un'impostazione concettuale che sminuisce il ruolo della dialettica di difesa nella fase istruttoria. Gli elementi essenziali del contraddittorio vengono infatti contratti nei soli poteri astratti di proporre le prove e di ribattere ai risultati di quelle altrui⁽¹²⁷⁾, mentre non viene riconosciuta l'importanza di garantire l'intervento diretto ed immediato delle parti nei singoli procedimenti di assunzione delle fonti, al fine di contribuire efficacemente alla precisazione del materiale da porre a base del giudizio⁽¹²⁸⁾. Non v'è dubbio, infatti, che il momento e le modalità di esercizio hanno una notevole incidenza sulla determinazione dell'intensità e della forza esplicate dai mezzi di tutela.

In merito al diritto di conoscere tempestivamente gli strumenti probatori e di assistere agli interrogatori per mezzo dei patroni, risultano significative di questa visione riduttiva le decisioni che hanno dichiarato pienamente valide le deposizioni del coniuge o dei testimoni, malgrado fossero state omesse, per pura negligenza del tribunale, le preve comunicazioni alla controparte dei nomi degli esaminandi e delle date delle udienze⁽¹²⁹⁾. I giudizi vengono fondati su una duplice motivazione. Da un lato, si rileva che le norme in materia non prescrivono le notificazioni a pena di nullità. Dall'altro, si ritiene che alla parte « dimenticata » non sia derivato un grave pregiudizio, in quanto è stata pur sempre messa in grado nel prosieguo del processo di esaminare gli atti, di richiedere ulteriori prove e di esporre

⁽¹²⁷⁾ « *Procul dubio radicaliter laeditur defensionis ius si pars vocata in iudicium specificum petitionis alterius partis obiectum plane ignoret, si suas probationes per testes et documenta adducere vetatur vel impeditur, si quae ab altera parte adducta sint prorsus ei abscondita remanserit. His necessitatibus satisfit per canones 1508, 1511, 1620, n. 4, 1598, § 1* » (decisio c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, cit., 284, n. 12). In sostanza si salvano il principio della domanda e il principio della conoscibilità ex can. 1598, § 1 (sancito *sub poena nullitatis*).

⁽¹²⁸⁾ Si vedano le annotazioni svolte *supra*, al § 3, sull'insufficienza del solo principio della domanda se non viene integrato da un pieno ed efficace contraddittorio.

⁽¹²⁹⁾ *Decretum* c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, cit., 277-278; *decretum* c. Davino, *Theatina seu Lancianen.*, 15 gennaio 1990, cit., 249-251, confermato sul punto dal *decretum* c. Funghini, *Theatina seu Lancianen.*, 21 novembre 1990, cit., nn. 4-6. Si nota innanzitutto come l'omissione in entrambe le cause è da imputare all'inavvertenza dell'istruttore, quindi non solo non c'è stato alcun decreto che la disponesse, ma non sussistevano neppure le ragioni che avrebbero potuto giustificarla a norma dei cann. 1554, 1559 e 1678, § 1, n. 1.

in generale gli argomenti a proprio favore⁽¹³⁰⁾. In proposito si ritiene applicabile per analogia il disposto del can. 1433, che mantiene validi gli atti processuali compiuti nonostante la mancata citazione del difensore del vincolo e del promotore di giustizia, qualora questi abbiano potuto egualmente svolgere il loro compito prima dell'emanazione della sentenza⁽¹³¹⁾. Se la sanatoria viene sancita per l'inadempimento della notifica nei confronti dei pubblici ufficiali, la cui presenza è richiesta per la validità del processo, *a fortiori*, secondo i citati decreti, deve essere estesa all'inosservanza di simili formalità verso le parti private, le cui prerogative non sono protette a pena di nullità.

Analoghe deduzioni vengono svolte da un'altra decisione rotale riguardo ad un caso in cui la convenuta non aveva avuto notizia del supplemento di istruttoria chiesto ed ottenuto dall'attore in grado di appello, e ne era rimasta all'oscuro sino alla divulgazione finale degli atti⁽¹³²⁾. Dato che pure in questa fattispecie la parte aveva avuto comunque la possibilità, dopo la lettura della documentazione, di chiedere ulteriori istanze probatorie per contraddire alle dichiarazioni ivi contenute, si nega che vi sia stata una lesione sostanziale dei suoi diritti⁽¹³³⁾.

Le conclusioni raggiunte dai menzionati provvedimenti, in ordine all'inesistenza di un rilevante pregiudizio al *munus* difensivo per il difetto di una puntuale comunicazione e la conseguente impossibilità di partecipare agli interrogatori, sembrano contrastare con una considerazione più globale ed efficiente del diritto al contraddittorio. Sicuramente, infatti, una contestazione tempestiva, attuata

⁽¹³⁰⁾ Nel caso in cui non sia stata citata la parte convenuta, si sostiene che le sue ragioni siano state comunque difese dalla presenza del difensore del vincolo (*decretum* c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, 277, n. 3 e). Al contrario, sulla insostituibilità del diritto di partecipazione personale dei coniugi, si vedano le osservazioni svolte *supra* al § 1.

⁽¹³¹⁾ *Decreta* c. Davino, *Theatina seu Lancianen.*, 15 gennaio 1990, cit., 249, n. 5; c. Funghini, *Theatina seu Lancianen.*, 21 novembre 1990, cit., n. 5.

⁽¹³²⁾ *Decretum* c. Burke, *Neten.*, 9 maggio 1988, p.n. 12.890, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit. In proposito la difesa di parte convenuta aveva denunciato la violazione delle formalità di cui ai cann. 1533, 1554, 1559, 1564, 1570 1570, 1678, § 1, n. 2.

⁽¹³³⁾ « *Cum autem acta publicata cognovisset, fas ei erat ... novum iudiciale examen petere, asserta in acta contradicere, suas quaestiones proponere, alios testes inducere. Quod si non fecit, patet loqui non posse de violato iure defensionis in substantialibus* » (*decretum* c. Burke ult. cit.).

prima o durante la deposizione, risulta assai più agevole ed incisiva di una risposta tardiva, costretta a cercare di contrastare risultati già acquisiti agli atti, con un aggravio dell'onere probatorio, se non con vere preclusioni di diritto o di fatto all'esercizio dei propri diritti⁽¹³⁴⁾. Tale restrizione diventa tanto più ingiusta in quanto venga realizzata nei riguardi di una parte sola, con violazione del principio di parità di trattamento, e senza il riscontro delle ragioni sostanziali idonee a giustificarla.

Un'interpretazione restrittiva delle garanzie delle parti si può riscontrare anche nei confronti del principio di pubblicazione finale degli atti di causa, che pure viene considerato un presupposto essenziale per la valida attuazione del contraddittorio⁽¹³⁵⁾. A tenore del can. 1598, § 1, si prevede la sanzione di nullità per lo stesso fatto che il decreto non sia stato emesso o risulti privo di qualche requisito costitutivo⁽¹³⁶⁾. Secondo la volontà del legislatore, quindi, si tratta di una formalità da rispettare in se stessa, comunque e integralmente, per la funzione indispensabile che svolge nella dinamica processuale, diretta non solo a far conoscere la documentazione sia ai patroni sia ai coniugi, ma altresì a rendere definitivi e certi i termini della base materiale del giudizio⁽¹³⁷⁾. Non ha rilevanza, invece, ai fini dell'impugnabilità del procedimento, la circostanza che tale irregolarità ab-

⁽¹³⁴⁾ Per quanto riguarda le preclusioni di diritto, basti ricordare che la facoltà di chiedere l'esclusione di un teste deve essere proposta prima della sua escussione (can. 1555). Dopo questo termine resta come unico rimedio la richiesta di cancellazione dagli atti della deposizione. In merito alla preclusioni di fatto, si può citare l'aggravio dato dalla necessità di chiedere il riesame del teste, che può anche rifiutare di ripresentarsi.

⁽¹³⁵⁾ In senso contrario una sentenza emessa sotto il vigore del precedente Codice, ha sostenuto che non fosse necessario pubblicare gli atti per il convenuto che si fosse rimesso alla giustizia del tribunale, poiché in questa ipotesi il contraddittore dell'attore era solo il difensore del vincolo (*decisio* c. Brennan, *Vestmonasterien.*, 27 novembre 1958, in *S.R.R. Decisiones*, L (1958), 661, n. 3). Il collegamento essenziale della pubblicazione con il diritto di difesa viene invece sottolineato dall'attuale giurisprudenza: si vedano per tutti i *decreta* c. Funghini, *Parisien.*, 11 maggio 1994, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIX (1994), 527-530, nn. 2-4; c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, cit., 554-555, nn. 2-3.

⁽¹³⁶⁾ La violazione della norma comporta la nullità sanabile della sentenza *ex* can. 1622, n. 5.

⁽¹³⁷⁾ Il principio del «*quod non est in actis non est in mundo*» stabilisce i limiti oggettivi da cui il giudice deve trarre il proprio convincimento per la soluzione della causa (can. 1608, § 2), ed anche i termini dell'esame da parte del tribunale superiore per controllare l'itinerario decisionale (cann. 1474, 1634, § 3, 1682, § 1).

bia inciso o meno sull'esercizio pratico del diritto di difesa⁽¹³⁸⁾. Nondimeno, se le parti e i loro patroni non abbiano avuto modo di conoscere *aliunde* il contenuto degli atti e quindi sia stata preclusa ogni possibilità di ribattere, si ritiene che alla invalidità testuale si accompagni anche la nullità sostanziale, per carenza di un elemento indispensabile del giudizio⁽¹³⁹⁾.

Nonostante l'assolutezza del vigente comando di rendere note le risultanze istruttorie, qualche decisione successiva al nuovo Codice continua a collegare l'opponibilità del difetto all'avvenuta violazione di fatto del diritto di difesa⁽¹⁴⁰⁾. Nella prassi giudiziaria, pertanto, il principio di pubblicità non viene sempre adempiuto in modo da permettere la massima informazione possibile sui dati raccolti, ma si ritiene sufficiente assicurare i requisiti minimi di conoscibilità degli elementi sostanziali della causa, che paiono necessari per una tutela fondamentale, sebbene non piena, degli interessi delle parti.

Le limitazioni possono riguardare innanzi tutto l'oggetto da sottoporre all'esame dei partecipanti alla lite. Sono stati così esclusi dall'obbligo di divulgazione gli atti già noti alle parti o che non aggiungono nulla di nuovo⁽¹⁴¹⁾, i documenti che non riguardano la materia

⁽¹³⁸⁾ «*Neque dicatur ius defensionis in tuto collocari ex facultate advocatis concessa inspiciendi acta instructionis: lex nullitatem actorum descendere edicit non e denegato iure defensionis sed ex sola denegata facultate partibus perlegendi chartulas et tabulas processuales; nam haec nullitas, praeter omnem quaestionem de denegato defensionis iure per hunc defectum publicationis rectae, est nullitas testualis, ex positiva legislationis dispositione*» (*decretum* c. Doran, *Litoris Palmen.*, 29 novembre 1990, p.n. 15.838, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 9). Secondo la medesima impostazione, il *decretum* c. Faltin, *Olomucen.*, 27 giugno 1991 (cit., 151, n. 11) asserisce che il decreto di pubblicazione è necessario anche quando non sono stati fatti nuovi interrogatori.

⁽¹³⁹⁾ Costituendo una figura particolare di violazione del diritto di difesa, si deduce la nullità insanabile della sentenza *ex* can. 1620, n. 7. In questo senso i *decreta* c. Stankiewicz, *Toletana in America*, 26 ottobre 1990, p. n. 15.657, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., nn. 14-15; c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, cit., 560-561, n. 6.

⁽¹⁴⁰⁾ Per la giurisprudenza anteriore al nuovo Codice si veda la *decisio* c. Anné, *Briocen.*, 13 febbraio 1968, in *S.R.R. Decisiones*, LX, 90, n. 2: «... *omissio publicationis, saltem materialis, quorundam documentorum in actis contentorum, nullitatem sententiae tantum secumfert si exinde graviter laedetur ius defensionis*». Per quella successiva: *decretum* c. Colagioanni, *Sancti Antonii*, 11 dicembre 1990, p. n. 15.836, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., nn. 6-10; *Decretum* c. Davino, *Ruremunden.*, 16 maggio 1991, in *Il diritto ecclesiastico*, (1991), II, 173, n. 3.

⁽¹⁴¹⁾ Si veda la *decisio* c. Huot, 27 maggio 1980, citata da G. ERLEBACH, *La nullità*

della lite⁽¹⁴²⁾ o sui quali non si fonda la sentenza⁽¹⁴³⁾, i pareri tecnici allegati alle defensionali⁽¹⁴⁴⁾. È evidente, tuttavia, come siffatta discriminazione tra gli elementi da pubblicare finisca per attribuire al giudice un inammissibile potere arbitrario ed insindacabile di stabilire *a priori* le prove che saranno rilevanti o meno per la decisione, valutazione invece che può essere legittimamente compiuta solo nel momento terminale del giudizio, sulla base anche della discussione tra le parti. La comprensione riduttiva degli atti da denunciare, inoltre, pregiudica la stessa funzionalità del principio di pubblicità del processo, sotto il duplice profilo della tutela del contraddittorio e della certificazione ufficiale degli estremi materiali del giudizio. In tale sistema di garanzie dovrebbero comprensibilmente rientrare pure gli strumenti che se pur non costituiscono mezzi diretti di dimostrazione dell'oggetto della lite, forniscono peraltro criteri di valutazione o di integrazione degli esiti istruttori, idonei ad influenzare il convincimento del tribunale⁽¹⁴⁵⁾.

della sentenza giudiziale « *ob ius defensionis denegatum* » nella giurisprudenza rotale, cit., 267, nt. 445.

⁽¹⁴²⁾ «... non agitur de defectu defensionis circa hanc rem ad caput nullitatis matrimonii non pertinentem» (decisio c. Wynen, *Monopolitana*, 16 febbraio 1957, in *S.R.R. Decisiones*, XLIX, 104, n. 7). Si confronti anche la sentenza c. Anné, *Briocem.*, 13 febbraio 1968, cit., 89, n. 2.

⁽¹⁴³⁾ «... tunc tantum invocari poterit sententiae nullitas, quando de facto, ex ommissa actorum evulgatione, defensionis ius violatum fuisse, quod et certissime contingere dices ubi neglecta prorsus fuerit omnium actorum evulgatione vel praecise actorum illorum quibus forte sententia innitatur. ... si vero his actis non nitatur sententia, nec istiusmodi manat nullitas» (decisio c. Davino, *Massilien.*, 1 aprile 1976, in *S.R.R. Decisiones*, LXVIII, 161-162, n. 3). Richiamano questa posizione per conformarvisi i *decreta* c. Colagiovanni, *Tribunal Ligusticum seu Clavaren.*, p.n. 15.671, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 10; c. De Lanversin, *Romana*, 18 dicembre 1986, p.n. 14.929, *ivi*, n. 8; c. De Lanversin, *Trib. reg. Flaminii seu Caesenaten.*, 15 giugno 1988, p.n. 15.348, *ivi* n. 4.

⁽¹⁴⁴⁾ Le consulenze tecniche allegate sono considerate atti privati pertinenti alla difesa della parte e non agli *acta causae*: *decretum* c. Palestro, *Romana*, 18 giugno 1986, in *Il diritto ecclesiastico*, XCVII (1986), II, 496-498, nn. 4-6, confermato dal *decretum* c. De Lanversin, 18 dicembre 1986.

⁽¹⁴⁵⁾ L'importanza dei dati esplicativi o di dibattito per chiarire le prove, farebbe rientrare nella stessa categoria di *acta causae* le defensionali con i loro allegati (in questo senso M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, Romae, 1950, II, 903). Tali elementi non pubblicati potrebbero rientrare nel divieto di dare e assumere informazioni *extra acta causae*, ai sensi del can. 1604, § 1.

Si può peraltro notare, per inciso, che l'esenzione del giudice dal dovere di notificare gli allegati degli atti di parte corrisponde alla minimizzazione della dinamica contenziosa, operante persino nella fase di discussione. A fronte delle sentenze che riconoscono l'obbligo della comunicazione reciproca delle defensionali a carico dell'ufficio giudicante⁽¹⁴⁶⁾, altre decisioni affermano il solo dovere di inserirle nella documentazione della causa, senza scambiarle tra gli interessati⁽¹⁴⁷⁾. Secondo quest'ultima posizione, alle parti si impone l'onere di un controllo continuo presso la cancelleria, per venire a sapere quando la memoria viene depositata e chiederne copia: se non si attivano, si presume che abbiano rinunciato alla facoltà di replica⁽¹⁴⁸⁾.

Rispetto alle modalità di concessione dell'esame degli atti, si registra l'abitudine di alcuni tribunali locali di impedire o rendere più difficoltoso nella pratica ai coniugi l'accesso alla documentazione di causa, per timore che possano usare delle informazioni ricevute a scopi vendicativi o di ritorsione. Tali condizioni troppo restrittive sono state generalmente corrette dalla più accorta giurisprudenza rotale, che ha affermato la necessità di assicurare concretamente e integralmente lo *ius inspiciendi* delle parti. È stato quindi respinto il metodo di dare solo un resoconto orale e sommario della sostanza della documentazione, in quanto non assicura a sufficienza il diritto dei partecipanti alla lite di avere un accesso diretto e personale all'intero complesso dell'incartamento ufficiale⁽¹⁴⁹⁾. Analogamente, si è

⁽¹⁴⁶⁾ A norma del can. 1603, § 1. Secondo la *decisio* c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, cit., 287, n. 17, l'obbligo di comunicazione sarebbe limitato al domicilio entro la circoscrizione del tribunale.

⁽¹⁴⁷⁾ Si vedano i *decreta* c. Giannecchini, *Venetiarum seu Vicentina*, 26 marzo 1987, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIII (1988), 311, n. 3; c. Giannecchini, *Trib. reg. Flaminii*, 23 maggio 1989, cit., 502, n. 4.

⁽¹⁴⁸⁾ Del resto, si argomenta in queste decisioni *ex can. 1606*: «*si index, quibusdam in casibus, legitimam sententiam ferre potest absque scripturis defensionalibus, patet illas ad essentiam iuris defensionis per se non pertinere, sed potius ad eius integritatem, perfectionem et complementum, quia nihil sine sua substantia existere potest*» (*decretum* c. Giannecchini, *Trib. reg. Flaminii*, 23 maggio 1989, cit., 502, n. 4). Non vi è tuttavia chi non veda la differenza tra una rinuncia volontaria delle proprie facoltà ed una privazione della possibilità di esercitarle per l'imposizione di condizioni di eccessivo aggravio per esercitarle.

⁽¹⁴⁹⁾ «... *ius defensionis requirit ut unaquaeque certior fiat de argumentis ab altera allatis; possibilitas scilicet realis ad acta perscrutanda partibus praebenda est, ita ut, allegationibus perpensis, videant utrum quaedam indicia vel argumenta per iteratam testimonium ex-cussionem infirmare valeant, vel acta, novis testibus inductis, documentis etiam novis ex-*

ritenuto non adempiere validamente al comando del Codice il decreto che pone a carico delle parti l'onere di presentare entro un termine perentorio la richiesta di poter esaminare gli atti, e subordina la concessione o meno della possibilità di prenderne visione alla valutazione discrezionale del giudice⁽¹⁵⁰⁾.

Una problematica più articolata ha dato luogo l'applicazione della clausola derogatoria al principio di pubblicità, sancita dallo stesso can. 1598 § 1, secondo la quale il giudice per evitare pericoli gravissimi può decidere di tenere *sub secreto* qualche atto, « *cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat* ». Sono state già espresse *supra*⁽¹⁵¹⁾ serie perplessità sulla complessiva giustizia della normativa, soprattutto per quanto riguarda la difficoltà di conciliare il precetto « *quod actum nemini manifestandum* » con la garanzia del diritto alla prova, nonostante le misure precauzionali che il magistrato è tenuto ad adottare. A maggior ragione deve essere riprovata l'utilizzazione *contra legem* di questo inciso ad opera della giurisprudenza di alcuni paesi⁽¹⁵²⁾, che ne ha trasformata la natura da dispo-

hibitis, complere queant » (decisio c. Burke, *Ruremunden.*, 16 novembre 1989, in *Monitor ecclesiasticus*, CXV (1990), 267-268, n. 5). Questa sentenza interlocutoria è stata tuttavia riformata sul punto dalla *decisio* c. Funghini, *Ruremunden.*, 29 novembre 1990, in *Il diritto ecclesiastico*, CII (1991), II, 188, 10, che ha ritenuto egualmente garantiti i termini minimi della pubblicazione. Una posizione conforme alla prima decisione è stata invece ribadita in un'altra causa *Ruremunden.* dal *decretum* c. Davino, 16 maggio 1991, cit., 174, n. 6.

⁽¹⁵⁰⁾ « *Decretum igitur directam inspectionem actorum nec partibus permittit nec id eis denegat, declarans potius quod, si intra quindecim dies inspectionem petant, ius inspectionis, per alterum decretum, vel concedetur vel denegabitur. Decretum igitur, in eo quod partes attinet, sicut decretum publicationis ad normam can. 1598, § 1, nequaquam considerari potest* » (decretum c. Burke, *Stocktonien.*, 15 novembre 1990, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVI (1991), 412, n. 20).

⁽¹⁵¹⁾ Si vedano le osservazioni svolte al § 2.

⁽¹⁵²⁾ Si ricordano, in particolare, i moduli procedurali osservati da molti tribunali in Francia, negli Stati Uniti d'America e in Canada. Per l'analisi di questi sistemi ed il dibattito in dottrina, si vedano: T.J. GREEN, *Marriage nullity procedures in the schema De processibus*, in *The Jurist*, XXXVIII (1978), 394-396; Id., *The revision of the procedural law schema: implications for Tribunal practice*, *ivi*, XL (1980), 366-369; J.G. PROCTOR, *Procedural change in the 1983 Code: the experience of the ecclesiastical provinces of California*, *ivi*, XLIV (1984), 468-485; E.J. DILLON, *Confidentiality of testimony - An implementation of canon 1598*, *ivi*, XLV (1985), 289-296; L.G. WRENN, *Publications of the Acts, Conclusion of the Case and Discussion of the case (cann. 1598-1606)*, in J.A. CORIDEN, T.J. GREEN, D.E. HEINTSCHHEL, *The Code of Canon Law: A Text and Commentary*, New York, 1985, 991-992; Id., *Procedures*, Washington, 1987², 59-62; J.G. JOHNSON,

sizione eccezionale a regola generale⁽¹⁵³⁾. La limitazione dell'accesso dei coniugi alle risultanze probatorie viene motivata principalmente dalla preoccupazione che questi possano esperire presso le autorità giudiziarie dello Stato un'azione penale contro le affermazioni ivi contenute, ritenute lesive della propria buona fama, e chiedere altresì il risarcimento dei danni nei confronti della parte avversa, dei testimoni, dei periti o dello stesso tribunale ecclesiastico. Per evitare questo rischio, viene preclusa ai diretti interessati la lettura di tutti gli atti della causa o delle deposizioni in cui i testimoni abbiano chiesto che fosse mantenuta la riservatezza⁽¹⁵⁴⁾, mentre se ne consente la visione ai soli patroni e al difensore del vincolo⁽¹⁵⁵⁾.

Alcune decisioni rotali hanno dichiarato legittima quest'interpretazione estensiva del divieto di esame rivolto a tutti gli atti di

Publish and be damned: the dilemma of implementing the canons on publishing the acts and the sentence, in *The Jurist*, XLIX (1989), 210-240; A. FARRET, *Publication des actes et publication de la sentence dans les causes de nullité de mariage*, in *Studia Canonica*, XXV (1991), 115-138; M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, *ivi*, XXVIII (1994), 123-154.

⁽¹⁵³⁾ Per quanto riguarda gli Stati Uniti, si nota come la persistenza di simile prassi sia dovuta anche al fatto che sia stata influenzata dalle previgenti *Normae speciales* concesse il 28 aprile 1970 alla Conferenza Episcopale degli Stati Uniti dell'America Settentrionale con rescritto del Consiglio *pro Publicis Ecclesiae Negotiis*, e prorogate con lettera dello stesso Consiglio il 25 maggio 1974. Tali disposizioni attribuivano al giudice un potere più ampio, rispetto al dettato del can. 1598, § 1, di negare alle parti l'esame degli atti di causa qualora « *periculum adsit violandi iura secreti* » (art. 18). Inoltre, all'art. 22 stabilivano una sanatoria automatica dei vizi di nullità degli atti che non fossero stati contestati prima dell'emanazione della sentenza. « *Indulgentia concessa, tunc, forsitan in modo largiore quam una sana prudentia consuluerit, experientia testante in hoc ac in multis aliis casibus, veresimiliter contribuit levitati et incuriae in legibus proceduralis obtemperando quae a multis tribunalibus americanis postea demonstrata fuit, ob factum quod facile sanationis automatica pro mendis iudicialibus remedium semper praesto adfuit* » (decretum c. Boccafola, *Desmoien.*, 26 ottobre 1989, cit., n. 7). Si veda anche M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 125.

⁽¹⁵⁴⁾ Nei tribunali di molte diocesi degli Stati Uniti la lettera di convocazione viene accompagnata da un apposito documento, in cui si chiede al testimone se desidera o meno che la sua deposizione venga fatta conoscere alle parti (c.d. *issue of confidentiality*). Questa precauzione dovrebbe servire a rassicurare e indurre a presentarsi le persone che possono paventare conseguenze negative dalla divulgazione delle proprie affermazioni. Sul « *Confidentiality of Testimony of Witness* », si veda: E.J. DILLON, *Confidentiality of Testimony ...*, cit., 290-292.

⁽¹⁵⁵⁾ Sui diversi gradi o livelli di segretezza seguiti di solito dai tribunali di alcune province americane, si veda J.G. PROCTOR, *Procedural change in the 1983 Code: the experience of the ecclesiastical provinces of California*, cit., 474.

causa, secondo la motivazione che, da un lato, si tratterebbe di una prassi ormai consolidata, dall'altro, il diritto di difesa resterebbe comunque garantito dalla concessione dello *ius inspiciendi* ai legali⁽¹⁵⁶⁾. Tale usuale interpretazione sarebbe in definitiva giustificata dalle peculiari condizioni politiche, sociali e giuridiche della nazione, che inducono a valutare in modo diverso e più ampio il pericolo dei gravi danni derivanti alla giustizia dalla divulgazione delle notizie relative al processo⁽¹⁵⁷⁾.

È evidente peraltro come una simile argomentazione conduca ad un'applicazione della clausola al di fuori dei presupposti stabiliti dal can. 1598, § 1. Difatti, proprio in quanto riconosciuto abituale, quest'ordine di procedere diviene una regola di comportamento da seguire di consueto, non soltanto in circostanze anomale, e per giunta sulla base di una presunzione generale di una situazione oggettiva del paese potenzialmente temibile, non in ragione di emergenze reali e puntualmente comprovate nella fattispecie⁽¹⁵⁸⁾. Oltre-

⁽¹⁵⁶⁾ «*Si conventae negatum est ius inspiciendi acta causae ... hoc factum fuit iuxta praxim servatam in Statibus Foederatis ad normam cuius plerumque acta vident solummodo partium advocati, quatenus sic servaretur substantia legitima defensionis*» (decisio c. Pinto, *Xilopolitanen.*, 9 novembre 1984, in *Monitor ecclesiasticus*, CX (1985), 319, n. 6). Conclusioni analoghe contengono i *decreta* c. Bruno, *Dallasen.*, 3 luglio 1987, p.n. 14.854, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 2; c. Serrano, *Corporis Christi*, 10 marzo 1989, *ivi*, n. 7. Successivamente la posizione è stata ripresa dal decreto c. Colagiovanni, *Trib. reg. Halifaxien.-Edmunstonien.*, del 30 marzo 1993 (in *Monitor ecclesiasticus*, CXIX (1994), 535-544) che ha posto termine in terza istanza alla questione incidentale di nullità della sentenza di primo grado. Può destare meraviglia il fatto che lo stesso ponente in un precedente provvedimento abbia decisamente condannato tale pratica come contraria al diritto di difesa: «*Improbanda autem omnino est haec veluti praxis aliquorum Tribunalium ecclesiasticorum Americae Septentrionalis decidendi in damnum, quod iniustum certe constituit, alterius partis, vel utriusque, cum denegetur cor et fundamentum processus iudicialis in dialectica contradictorii fundati*» (decretum c. Colagiovanni, *Sancti Antonii*, 11 dicembre 1990, cit., n. 9).

⁽¹⁵⁷⁾ «*Ergo illa exceptio vel restrictio canonis 1598, § 1 quoad publicationem actuum, peculiarite et diversimode verificari et applicari poterit iuxta diversas realitates iuridicas, politicas et sociales unde possit damnum grave provenire nedum oeconomicum, verum etiam sociale, et ideo pastorale, Ecclesiae vel communitati ecclesiali locali ...*» (decretum c. Colagiovanni, *Trib. reg. Halifaxien.-Edmunstonien.*, 30 marzo 1994, cit., 539, n. 14). Nella stessa decisione i paventata damna vengono indicati nella possibile subordinazione del processo canonico al giudizio delle autorità secolari, «*in illis nationibus ubi strictissima viget sic dicta "separatio Status et Ecclesiae vel cuiuslibet denominationis religiosae"*» (ibidem, 538, n. 10).

⁽¹⁵⁸⁾ Dalla lettura della motivazione *in facto* del decretum c. Colagiovanni risulta

tutto, il sistema sembra congegnato per scoraggiare invece che tutelare la partecipazione attiva delle parti⁽¹⁵⁹⁾, tanto che il giudice non si considera neppure vincolato a verificare se in concreto i coniugi siano in grado di accedere alle informazioni tramite l'ausilio di un patrono di fiducia, e, nel caso ne fossero privi, a nominarne loro uno d'ufficio⁽¹⁶⁰⁾.

Di contro alla tendenza a dilatare l'eccezione al principio di pubblicità, la maggioranza della giurisprudenza rotale ha ribadito fermamente le rigide condizioni stabilite dallo stesso canone per attuare la restrizione dello *ius inspiciendi*. Innanzitutto, si afferma che l'esclusione dall'esame può essere ammessa solo per qualche atto, specificamente determinato, non a tutti gli atti, né tanto meno a quelli essenziali per la decisione della causa⁽¹⁶¹⁾. Inoltre, si sottolinea che la limitazione deve essere adeguatamente motivata in forma cir-

che le presunte minacce della convenuta «*se actionem instituere velle adversus Ecclesiae*» (decretum, 30 marzo 1993, cit., 542, n. 20), in realtà erano una legittima rivendicazione del proprio diritto ad essere informata degli atti processuali, la cui violazione sarebbe stata altrimenti rilevata avanti alla corte statale (ibidem, 541, n. 17). Il tribunale ecclesiastico non avrebbe avuto quindi nulla da temere a rispettare le norme processuali, ma anzi sarebbe stato soggetto a critiche se le avesse trasgredite.

⁽¹⁵⁹⁾ Tale tendenza viene riscontrata anche nell'indagine svolta da J.G. PROCTOR, *Procedural change in the 1983 Code: the experience of the ecclesiastical provinces of California*, cit., 474.

⁽¹⁶⁰⁾ Mentre nella causa decisa dalla sentenza c. Pinto i giudici avevano avuto l'accortezza di nominare un avvocato d'ufficio alla convenuta (decretum 9 novembre 1984, cit., 318, n. 6), invece in quella considerata dal decreto c. Colagiovanni la convenuta è rimasta senza patrono: «*Sed hoc eidem est tribuendum ... eidem imputanda est culpa vel negligentia... Eidem ergo ius defensionis denegatum non fuit neque tribunalis officium erat eidem constituendo patronum ex officio*» (decretum 30 marzo 1993, cit., 543, n. 20). Per altre cause in cui è stato concesso lo *ius inspiciendi* solo ai patroni, malgrado che una o entrambe le parti fossero senza avvocato o procuratore, si vedano i *decreta* c. Doran, *Torontina*, 19 maggio 1988, p.n. 14.950, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 12; c. Doran, *Edmontonen.*, 18 maggio 1989, p.n. 15.180, *ivi*, n. 10; c. Boccafola, *Neo-Eboracen.*, 25 luglio 1989, cit., n. 16.

⁽¹⁶¹⁾ «*Possibilitas impediendi ut partes quarum interest integra acta inspiciant perspicuo modo in canone circumscriptur: omnino oportet ut sit ob motiva exceptionaliter gravia ... quibus perpensis iudex decernere potest ut aliquod actum nemini manifestetur. Hoc singulare verbum — aliquid — clare manifestat canon non contemplari, sed potius excludere, possibilitatem quod iudex impediatur ut pars vel partes ad integra acta accedant*» (decretum c. Burke, *Stocktonien.*, 15 novembre 1990, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVI (1991), 408, n. 10). «*Quibus vocibus videntur indicari ea omnia quae ex instructione causae fundamentum constituunt pro sententia definitiva in iudicio ferenda! Unde ipso decreti tenore ius defensionis de quo in can. 1620, n. 7 necessario violatur!*» (decretum c. Doran,

costanziata, in merito ai danni gravi che concretamente e positivamente si teme possano derivare dalla conoscenza delle dichiarazioni svolte nel giudizio⁽¹⁶²⁾. Per questo, si invitano i tribunali a far uso della riserva di «*confidentiality*», per indurre qualche teste a deporre, solo se sia giustificata da un rischio obiettivo di un serio e probabile pregiudizio alla persona⁽¹⁶³⁾. Infine, si ritiene contraria alla legge la prassi di permettere la visione degli atti esclusivamente agli avvocati e non anche alle parti, giacché il testo del can. 1598, § 1 attribuisce espressamente tale diritto ai patroni e ai loro clienti, in modo cumulativo e non alternativo⁽¹⁶⁴⁾. Anzi, si è sottolineato come

Sancti Antonii, 3 maggio 1990, p.n. 15.781, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 13).

⁽¹⁶²⁾ «*Tale esset periculum criminale iudicium subeundi, non vero coniectura iudicis timentis nullum testem deponere velle, si scit declarationem suam a parte cui nocet inspiciendum esse*» (decisio c. Pinto, Meten., 24 maggio 1985, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIII (1988), 315, n. 2). «... *quatenus necessaria sit ad gravissima pericula, quae clare in decreto indicantur, vitanda. Tale est periculum criminale iudicium subeundi pro aliquo teste, vel periculum revelationis anteaactorum horribilium in ruinam alicuius vel aliorum absque ratione. Non vero coniectura iudicis timentis ne quis testis deponere velit, si scit declarationem suam illi cui nocet inspiciendam esse*» (decretum, c. Doran, Torontina, 19 maggio 1988, cit., 13). «*In canone, motivum exceptionis specificè indicatur: "ad gravissima pericula evitanda". Uti patet, ipsa pericula exceptionalia esse oportet; iudex insuper aliquomodo naturam periculi, eiusque gravitatis rationem, indicare debet. Insignis abusus foret si iudex modo arbitrario in hac materia egisset*» (decretum c. Burke, Camden., 21 giugno 1990, p.n. 15.780, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 7).

⁽¹⁶³⁾ «*"Confidentialitas" ... invocari tamen a iudice ... legitime licet tantum cum testis in casu, si eius depositio nota fiat, periculo obiettivo gravis damni exponatur. Testibus autem non facile concedenda est licentia confidentialitatem invocandi; minus ad hoc eis suggerere vel insinuare iudici licet. Qui enim privatim scientia alicuius testimonii contra se allati, privatim simul possibilitate id refutandi; quod hoc eius iuris defensionis grave damnum inferre possit, nemo est qui non videat*» (decretum c. Burke, Angelorum in California, 14 dicembre 1989, cit., n. 7). «*Sedulo etiam vitari debent modulae scriptae ("forms"), vel indicationes orales, talibus in terminis redactae ut testes ad "confidentialitatem" invocandam facile inducerentur*» (decretum c. Burke, Camden., 21 giugno 1990, cit., n. 7) Si veda anche la decisione c. Burke, 11 giugno 1992, in *Studia Canonica*, XXVI (1992), 492-494, nn. 9-14.

⁽¹⁶⁴⁾ «*Si aliquis voluerit decretum citatum, in adiunctis particularibus, iustificare, recorderetur: partes ipsas nativum et independens ius habere ... et quidem ab ipso canone 1598 explicite preservatum, acta causae inspiciendi, iuribus distinctis advocatorum a canone recognitis nonobstantibus*» (decretum c. Boccafola, Neo-Eboracen., 25 luglio 1989, cit., n. 16). «... *iudex debet sive partibus sive earum patronis permittere inspectionem actorum. Lex non dicit: partibus vel earum advocatis, sed et. Unde simpliciter non sufficit ut patroni tantum perlegere possint acta causae*» (decretum c. Doran, Litoris Pal-

la norma sia da interpretare proprio nel senso di garantire la difesa personale dei coniugi, dato che l'interesse dei patrocinatori può essere già soddisfatto dalla facoltà di vedere le risultanze probatorie prima della pubblicazione finale⁽¹⁶⁵⁾.

Attenersi al dettato letterale del canone significa certamente rispettare l'ordine gerarchico dei valori coinvolti nel giudizio, che la norma rispecchia e vuole tutelare attraverso un delicato equilibrio di rapporti: l'interesse privato a partecipare attivamente all'*iter* di accertamento del proprio matrimonio, il fine pubblico di verità e di giustizia, il desiderio di riservatezza dei testimoni. Questi beni non rivestono tuttavia lo stesso grado di importanza. Il diritto di difesa delle parti, infatti, ha natura assoluta e prioritaria, in quanto corrisponde ad un attributo inviolabile della persona e costituisce un elemento essenziale della struttura contenziosa del processo. Il carattere confidenziale delle deposizioni, invece, viene sancito e protetto soltanto in via eventuale, in subordine al riscontro di precise condizioni, e purché si possa assicurare comunque la facoltà di ribattere dei diretti interessati⁽¹⁶⁶⁾.

Invero, non sembra giusto riconoscere alle persone interrogate in giudizio il diritto a chiedere che venga conservato il segreto sul contenuto

men., 29 novembre 1990, cit., n. 9). Si tratta di un'obbligazione testuale ulteriore alla semplice tutela dei presupposti minimi del diritto di difesa, se le parti sono assistite dai patroni: «... *ambitus dictae obligationis publicationis ... iuris defensionis confines interdum exsuperat. ... Licet enim in casu huiusmodi partes iure se defendendi practice non preventur, cum earum nomine advocati defensionem ad normam iuris efficaciter exercere valeant, nihilominus id genus exclusio graviter laedit ius invisendi acta, quod sub poena nullitatis norma canonica partibus et earum advocatis cumulative cognoscit, non vera alternative tantum*» (decretum c. Stankiewicz, Arundellien.-Brichtelmestunen., 28 luglio 1994, cit., 560, n. 7). Se il patrono rappresenta la parte come procuratore, è sufficiente la sola notificazione all'avvocato: «... *tribunal legem adimplere si tantum avvocato, qui sit et procurator, significet vel notificet quae partibus et avvocato sunt notificanda*» (decretum c. Funghini, Parisien., 11 maggio 1994, cit., 533, n. 79).

⁽¹⁶⁵⁾ «*De partibus imprimis agitur, quia patroni (quorum tamen facultas heic confirmatur) iam ex can. 1678 ius acta inspiciendi habent. Intentio can. 1598 ... in eo sistere videtur ut ipsae partes, praecisione facta ab eodem iure patronis concesso, acta per seipsas inspicere possint ac earum ius defensionis servare queant*» (decretum c. Burke, Camden., 21 giugno 1990, cit., n. 6; si veda anche dello stesso ponente il decretum, 11 giugno 1992, cit., 491, n. 4). A maggior ragione tale formalità deve essere adempiuta se la parte agisce da sola (cfr. decretum c. Stankiewicz, Toletana in America, 26 ottobre 1990, cit., n. 16).

⁽¹⁶⁶⁾ Sulla prevalenza del diritto di difesa si vedano anche le considerazioni e le citazioni esposte *supra* al § 3.

delle loro affermazioni e ne sia interdetto l'esame ai partecipanti alla lite⁽¹⁶⁷⁾. Il Codice prevede esclusivamente la possibilità di essere esonerati dal dovere di rispondere a favore di coloro che sono tenuti al segreto d'ufficio⁽¹⁶⁸⁾ o di chi tema dalla propria testimonianza infamia, pericolosi maltrattamenti o altri gravi mali, per sé o per il coniuge o i consanguinei o gli affini più vicini⁽¹⁶⁹⁾. Questa è la sola misura stabilita dalla legge per proteggere i terzi dagli inconvenienti molto seri potenzialmente derivanti dal fatto di aver deposto⁽¹⁷⁰⁾, ed è altresì l'unica soluzione che risulta compatibile con un'effettiva garanzia del diritto di difesa delle parti, in quanto appare senz'altro più equo, dal punto di vista del contraddittorio, che il teste non venga affatto sentito, piuttosto che sia negato alle parti il diritto di conoscere le sue dichiarazioni e di potervi controdedurre⁽¹⁷¹⁾. Ma se non sussistono le valide ragioni richieste dalla norma, i convocati sono obbligati a riferire quello che sanno e ad assumersi tutte le responsabilità, anche penose, di quanto hanno esposto⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Il segreto come diritto della persona è sostenuto da S. VILLEGIANTE, *Il diritto di difesa delle parti nel processo matrimoniale canonico*, Roma, 1984, 42-43; A. FARRET, *Publication des actes et publication de la sentence dans les causes de nullité de mariage*, cit., 116-127.

⁽¹⁶⁸⁾ Can. 1548, § 2, n. 1. Peraltro, il segreto sulle notizie conosciute in ragione del ministero, carica o professione, non protegge la riservatezza di chi le ha apprese, quanto piuttosto l'interesse di chi le ha fornite, che può però rinunciare al proprio diritto e liberare il teste dal divieto di parlare.

⁽¹⁶⁹⁾ Can. 1548, § 2, n. 2. Per i documenti vi è un'analoga disposizione nel can. 1546.

⁽¹⁷⁰⁾ Il Codice, pertanto, non riconosce alcun potere di opzione, né in capo al teste né al giudice, di scegliere tra l'essere esonerato ed il deporre con riserva di segreto, come invece afferma S. VILLEGIANTE, *Il diritto di difesa delle parti nel processo matrimoniale canonico*, cit., 43.

⁽¹⁷¹⁾ «It is clear that the fairness of a trial is less prejudiced by the absence of one such witness than by the inadequate protection of the rights of the parties themselves» (*decretum* c. Burke, 11 giugno 1992, cit., n. 14).

⁽¹⁷²⁾ Can. 1548, § 1. Pure l'ipotesi «Right of Confidentiality» nella giurisdizione degli Stati Uniti, che a parere di WRENN (*Procedures*, cit., 59) dovrebbe valere per tutte le dichiarazioni rese ad un sacerdote (c.d. *clergy privilege*), in realtà secondo l'analisi di MOODIE (*Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 143-144) si applica solo per le informazioni rese «during a context of pastoral counseling», non nell'espletamento di altre funzioni ecclesiali, quali l'attività giudiziaria: «Witness testimonies enjoy a limited confidentiality — the acts of the case may only be disclosed to those permitted by law... It is unlikely, then, that a witness would have any firm legal basis for bringing suit against a tribunal because the witness's testimony was inspected by the parties. U.S. Supreme Court precedent favors the rules of ecclesiastical tribunals».

La segretezza non può essere ragionevolmente giustificata neppure nell'ottica di un maggiore incentivo all'accertamento della verità sulle vicende di causa, per il fatto che potrebbe rassicurare le persone e convincerle più facilmente a parlare. Al contrario, l'esclusione del controllo delle parti impedisce di verificare la sincerità e l'effettiva corrispondenza alla realtà delle affermazioni dei testi, potendo addirittura favorire le deposizioni mendaci⁽¹⁷³⁾. Per di più, un'immotivata riservatezza conferisce al processo un'apparenza di clandestinità, se non persino un sospetto di collusione tra i giudici ed uno dei soggetti della lite, che nuocciono irrimediabilmente al buon esito della giustizia⁽¹⁷⁴⁾.

La necessità di seguire un'interpretazione stretta della clausola limitativa dello *ius inspiciendi* contenuta nel can. 1598, § 1 si evince pure dall'analisi dei lavori di riforma del nuovo Codice. Nonostante le obiezioni sollevate da alcuni consultori proprio in relazione ai cenati timori di azioni di ritorsione⁽¹⁷⁵⁾, la Commissione incaricata non ha ritenuto di dover cambiare la formula della norma e di mitigare il precetto di pubblicazione, a causa della diretta connessione di questa regola con il diritto di difesa⁽¹⁷⁶⁾. I redattori, pertanto, hanno inteso trasfondere nel testo di legge la precisa volontà di garantire comunque le prerogative di conoscenza delle parti, malgrado i rischi che possono derivare alla comunità e dei quali il legislatore era piena-

⁽¹⁷³⁾ «Immo qui scit neminem lecturum sua effata non raro liberius loqui solet quam veritas sinit; qui autem novit partes habere ius inspiciendi acta saepe veracior redditur» (*decretum* c. Doran, *Torontina*, 19 maggio 1988, cit., n. 13).

⁽¹⁷⁴⁾ «Oportet insuper iudices non immemores esse quod recursus ad confidentialitatem, cum hoc non plene iustificatur, tendit ad molestam auram clandestinitatis conferendam integro processui quo iustitia defenditur» (*decretum* c. Burke, *Angelorum in California*, 14 dicembre 1989, cit., n. 7). Per analoghe osservazioni, si veda M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 153.

⁽¹⁷⁵⁾ Una prima modifica proponeva di aggiungere al testo la precisazione che alle parti si sarebbe data notizia degli atti «nonnisi ad eundem generalem sensum communicandum», mentre una seconda suggeriva di togliere dai documenti l'indicazione dei nomi dei dichiaranti ed ogni notizia atta ad identificarli (*Communicationes*, XVI (1984), 68). Il fatto che queste idee siano state rigettate come inique dalla Commissione, dovrebbe convincere dottrina e giurisprudenza a non riproporle di nuovo, o, peggio, ad applicarle.

⁽¹⁷⁶⁾ «Admitti nequit. Canon sufficienter providit ultima clausola. Alia ex parte non potest regula generali hoc ius, quod intime conectitur cum iure defensionis, negari» (*ibidem*).

mente consapevole⁽¹⁷⁷⁾. I termini letterali dell'eccezione rappresentano quindi i limiti massimi entro i quali è consentita una legittima restrizione del contraddittorio.

Ad estendere i confini di questa deroga non vale neppure invocare il motivo di una paventata ingerenza della giurisdizione dello Stato nell'amministrazione della giustizia ecclesiale, volta a sindacare l'eventuale violazione dei diritti civili dei cittadini nel corso del processo canonico⁽¹⁷⁸⁾. Pure nei Paesi ove vige il principio di separazione tra l'ordinamento secolare e quello religioso, la Chiesa gode di autonomia nell'organizzazione e nello svolgimento delle funzioni istituzionali, di modo che le decisioni rese a seguito di un regolare processo in materie di propria competenza debbono essere rispettate dalle corti statuali⁽¹⁷⁹⁾. I tribunali ecclesiastici dovrebbero invece

⁽¹⁷⁷⁾ Secondo un'opinione dottrinale, questa considerazione induce ad escludere che sia corretto eludere i confini della prescrizione per adattarla alla situazione reale in ossequio al principio di *epikeia* (se il legislatore avesse saputo, avrebbe stabilito diversamente): « *The drafting committee (and probably the legislator himself) took cognizance of the specific problems publication of the acts could engender, and canon 1598, § 1 is precisely the law they devised to respond to them* » (J.G. JOHNSON, *Publish and be damned: the dilemma of implementing the canons on publishing the acts and the sentence*, cit., 221).

⁽¹⁷⁸⁾ In Italia risultano alcune sentenze in tema di diffamazione, per il carattere lesivo dell'altrui reputazione di alcune circostanze riferite nelle deposizioni rese avanti ai tribunali ecclesiastici, che concludono per la non punibilità del reato, in applicazione dell'esimente di adempimento di un dovere prevista dall'art. 51 c.p. (Pretura Noteresco, 30 settembre 1969, in *Il diritto ecclesiastico*, LXXXII (1971), II, 161-165; Pretura Roma, 23 febbraio 1970, *ivi*, 166-180 e in *Foro Italiano*, XCVI (1971), 20-26), quanto meno in forma putativa (Pretura Roma, 11 aprile 1970, in *Il diritto ecclesiastico*, LXXXII (1971), II, 180-191 e in *Foro Italiano*, XCVI (1971), 15-20). Sulla possibilità di estendere anche ai giudizi ecclesiastici la scriminante di cui all'art. 598 c.p. (per offese contenute in scritti o discorsi emessi davanti all'autorità giudiziaria) si veda in senso contrario: Pretura Bari, 30 novembre 1951, in *Foro Italiano*, Repertorio, v. *Ingiuria*, n. 79 e Pretura Roma, 23 febbraio 1970, cit. In dottrina esprimono invece una posizione favorevole G. OLIVERO, *Diffamazione in giudizio ecclesiastico ed esimente dell'art. 598 cod. pen.*, in *Giurisprudenza Italiana*, (1951), II, 231-239; G. MANTUANO, « *Libertas convicii* » davanti ai tribunali ecclesiastici e diritto penale dello Stato, in *Il diritto ecclesiastico*, LXXXII (1971), II, 162-190.

⁽¹⁷⁹⁾ « *Conditionem iuridicam tribunalium ecclesiasticorum in Statibus Foederatis non tam differentem esse a conditione tribunalium ecclesiasticorum in multis aliis nationibus. Concesso quod sententiae ecclesiasticae in illa natione ob principium separationis Ecclesiae a Statu effectos civiles minime habent, nihilominus, idem principium prohibet immixtionem Status et implicationem legum statuum cum materiis religiosis, visa prima emendatione documento constitutivo Statuum Foederatorum a. 1787, quae praecise in tecto servat liberum exercitium religionis* » (decretum c. Boccafola, Neo-Eboracen., 25 lu-

maggiormente preoccuparsi del giudizio della società civile nel momento in cui non osservano le norme di procedura e impediscono l'esercizio dei diritti processuali delle parti, non solo sotto il profilo di una condanna⁽¹⁸⁰⁾, quanto di una disapprovazione morale e giuridica di un comportamento contrario ai valori di giustizia così acutamente sentiti dalla cultura scientifica e dalla mentalità comune del mondo contemporaneo⁽¹⁸¹⁾. È evidente, infatti, che se la soppressione della pubblicità viene disposta per prevenire un grave danno

glio 1989, cit., n. 17). Sul rispetto delle decisioni riguardanti controversie interne delle comunità religiose negli Stati Uniti, si vedano: W. BASSETT, *Christian Rights in Civil Litigation: Translating Religion into Justiciable Categories*, in *The Jurist*, XLVI (1986), 229-288; M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 144. In particolare vengono citati alcuni precedenti della Corte Suprema: « *In short, the First and Fourteenth Amendments permit hierarchical religious organizations to establish their own rules and regulations for internal discipline and government, and to create tribunals for adjudicating disputes over these matters...* » (*Serbian Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976) 724); « *In the absence of fraud, collusion or arbitrariness, the decisions of the proper Church tribunal on matters purely ecclesiastical, although affecting civil rights, are accepted in litigation before the secular courts as conclusive...* » (*González v. Archbishop of Manila*, 280 U.S. 1 (1929) 16). Sul punto si confronti anche *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595 (1979).

⁽¹⁸⁰⁾ La stessa esperienza dimostra come anche negli Stati Uniti il rischio di azioni giudiziarie contro la parte avversa o i testimoni sia irrisorio: « *The report of civil involvement is minimal, only three or four cases being of even slight significance, and these cases apparently have been settled before any litigation whatsoever. Thus, many of the worries concerning confidentiality and civil entanglement have not yet been verified* » (J.G. PROCTOR, *Procedural change in the 1983 Code: the experience of the ecclesiastical provinces of California*, cit., 484).

⁽¹⁸¹⁾ « *Sed iam age: etiam ubi viget separatio illa inter Ecclesiam et Statum, Caesar aderat adest aderit, observantia prudenti tractandus cum non sit semper noster inimicus, baudquaquam tamen est ei serviendum obsequio vili cum sit raro magister noster, ne prodatur Veritas. Sed Caesar incitabitur ad tribunalia ecclesiastica violanda ubi primum suspicabitur ea fora non adamussim servatura proprias eorum leges canonicas, nominatim leges processuales, et magis in specie leges de personae individuae eiusque dignitatis defensione inter strepitus iudiciales. Pro tribunalis ecclesiasticis hodie est sicut semper erat: serva ordinem, et ordo servabit te* » (decretum c. Doran, Sancti Antonii, 3 maggio 1990, cit., n. 9). « *Proinde, cum agitur de dialogo cum civilibus iurisperitis, argumenta in lege naturali fundata adducentibus, perperam faciunt iudices ecclesiastici qui impressionem causant quod huiusmodi argumenta pro eis nullum momentum habent. Illi qui in hoc sensu imprudentes sunt, legis canonicae ac Ecclesiae tribunalium existimationem detrectant apud illos iurisperitos civiles pro quibus iustitia et authentica iura humana separanda non sunt* » (decretum c. Burke, Stocktonien., 15 novembre 1990, cit., 410, n. 14). Uguali preoccupazioni esprimono W. BASSETT, *Christian Rights in Civil Litigation: Translating Religion into Justiciable Categories*, cit., 248; J.G. JOHNSON, *Publish and be damned: the dilemma of imple-*

economico e sociale, a maggior ragione dovrebbe essere evitato il deplorevole scandalo che la costante negazione delle garanzie di difesa provoca sia all'interno, sia all'esterno della comunità dei fedeli⁽¹⁸²⁾.

In conclusione, si può rilevare come la collaborazione richiesta dalla procedura canonica tra il giudice e le parti per giungere all'accertamento della verità sul matrimonio presupponga fondamentalmente la valorizzazione del ruolo specifico dei diversi soggetti nella dinamica contenziosa ed il rispetto delle situazioni giuridiche che consentono a ciascuno di prestare efficacemente il proprio contributo alla formazione della decisione finale. Per realizzare questo obiettivo bisogna, per quanto riguarda i coniugi e i loro patroni, che tengano un comportamento responsabile e leale, solerte nell'adempiimento degli atti giuridici idonei alla prosecuzione della causa, senza maliziosi ostruzionismi⁽¹⁸³⁾. Per quanto attiene al magistrato, invece, conviene che non abbia pregiudizi ingiustificati o atteggiamenti aprioristici di sfiducia nei confronti delle parti, ma favorisca e promuova ogni iniziativa e partecipazione che siano utili al dibattito processuale e aiutino a far luce sulla validità o meno del consorzio nuziale⁽¹⁸⁴⁾.

menting the canons on publishing the acts and the sentence, cit., 240; M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 154.

⁽¹⁸²⁾ «... *minime probandum est propositum conventae recurrenti ad iudicem laicum contra gravamina decisionum tribunalium ecclesiasticorum... Sed pariter agnoscendum est verum scandalum... audire et nosse denegationem ipsius iuris naturalis necnon canonici ad sese defendendum in causa canonica coram aliquo tribunali ecclesiastico...*» (*decisio c. Stankiewicz, Portlanden. in Oregon*, 20 gennaio 1983, cit., 256, n. 17). «*Proinde, etsi illa exhortatio paulina ut fideles dissensiones suas apud auctoritates saeculares non deferant (I Cor, 6) morale pondus adhuc possidet, non tamen esset rationabile sperare ut christiani, si vident canonicos iurisperitos minus conscios esse quam saeculares naturalium iurium fidelium, huiusmodi pondus sentiant. Si hoc accidisset, quisne tunc affirmare poterit illegitimum esse pro parte apud tribunal civile recurrere ad remedium contra canonicam decisionem obtinendam? Ac quisne admiratione afficeretur si tribunal saeculare in eius favorem decidere?*» (*decretum c. Burke, Stocktonien.*, 15 novembre 1990, cit., 410, n. 16).

⁽¹⁸³⁾ In tal senso si veda S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, cit., 489.

⁽¹⁸⁴⁾ La propensione di alcuni tribunali a considerare e trattare come «ostili» le parti e soprattutto quella convenuta, è stata biasimata dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica in un decreto emesso il 14 maggio 1987 in una causa *Edmontonien.*: «*(G)ravem perturbationem animi conventae... seu dolorem qui haud raro evenit apud catholicos matrimonium sancte colentes considerari non posse signum "hostilitatis" erga Ecclesiam eiusque tribunal matrimoniale nec puniri exclusione a iuribus processualibus...*» (provvedimento citato nel *decretum c. Doran, Edmontonien.*, 18 maggio 1989, cit., n. 9).