

TESI GREGORIANA
Serie Diritto Canonico

FEDERICA DOTTI

Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo?

Spunti per una riflessione comparata
del processo canonico e statale

EDITRICE PONTIFICIA UNIVERSITÀ GREGORIANA
Roma 2005

Vidimus et approbamus ad normam Statutorum Universitatis

Romae, ex Pontificia Universitate Gregoriana
die 29 mensis novembris anni 2003

R.P. Prof. PAOLO C. FERRARI DA PASSANO, S.J.
R.P. Prof. DAMIÁN ASTIGUETA, S.J.

ISBN 88-7839-021-6

© Iura editionis et versionis reservantur

PRINTED IN ITALY

GREGORIAN UNIVERSITY PRESS
Piazza della Pilotta, 35 - 00187 Rome, Italy

INTRODUZIONE

Da che mondo è mondo, gli esseri umani si aggregano, fissandosi delle regole di condotta per poter vivere in pace; quando poi tale convivenza comincia a generare delle difficoltà, esse, oltre ad essere risolte per mezzo dell'applicazione delle norme poste, vogliono trovare una spiegazione che sia coerente e credibile, in modo da risolvere le questioni alla radice anche per l'avvenire. In tal senso si può convenire che sia nato prima il diritto della filosofia, almeno quanto questa cerca le ragioni del divenire e delle trasformazioni umane.

Nel campo del ragionamento giuridico si affrontano questo genere di problemi secondo un'impostazione tendenzialmente binaria: i quesiti infatti si catalogano sia secondo la natura assiologica (rapporto tra giustizia e diritto, suo fondamento etico-antropologico e teleologico, giustificazione degli istituti che ne discendono); sia in relazione alla teoria generale, tenendo in considerazione particolare l'esame dei concetti.

Determinante è in proposito l'impostazione di fondo che si intende privilegiare, mentre si interagisce con interessi e valori che hanno in massima parte a che fare coi fondamenti antropologici del congregarsi: la chiave di volta degli avvenimenti sociali e comportamentali cambia risolutamente a seconda della visione teleologica e assiologica che si predilige. Sulla scorta cioè della *teologia* a cui si fanno risalire gli avvenimenti e le loro spiegazioni.

Date tali premesse di istruzione generale dei problemi giuridici, particolarmente sentiti a livello di comparazione ordinamentale, argomento di una certa attualità si manifesta essere la realizzazione processuale dei parametri di giustizia codificati nelle Carte fondamentali, ciò che in termini moderni, anche in conseguenza degli interventi incipienti dei tribunali internazionali, viene denominato *giusto processo*: la locuzione sembra ricettacolo di ogni possibile manifestazione garantista nei confronti del cittadino, quasi una scoperta recente dell'attuazione

doverosa di rispetto e dignità umana. In realtà, non è che l'espressione codificata di quanto la storia dei processi, antica come la convivenza umana, ha individuato quali valori irrinunciabili della relazionalità sociale: uguaglianza delle parti e *parità delle armi* — condensati invero nella connotazione di *diritto di difesa*, di dire e contraddire, di agire e resistere —; ragionevole durata della scansione procedurale ed economia processuale; certezza del diritto e principio del contraddittorio, attuazione del postulato di isonomia¹.

Il principio del contraddittorio — confronto da instaurarsi tra due (o più) persone che accusano e difendono posizioni contrapposte — è stato assunto nel mondo contemporaneo a presupposto di equità, facendosi garanzia necessaria e *norma del processo* in senso lato. Tale principio generale è l'espressione forse più tipica dell'esercizio dei diritti della difesa, specie dopo aver considerato le espressioni del Magistero recente in ambito canonico, nonché la riforma italiana proprio in tema di giusto processo (l. costituzionale 2/99): in tale ambito il nostro studio ha inteso collocarsi, tenendo dietro al progetto di individuare, riflessi nel loro *modus exercitandi*, i fondamenti teorici su cui si basano il sistema canonico e quello statale italiano.

L'opzione tematica attiene invero ad argomento in continua elaborazione giuridica ed accademica poiché, data per non persa la secolare riflessione teorico-dottrinale circa il concetto di azione, la centralità del dibattito processuale ferve intorno al ruolo

ormai preponderante assunto dalla garanzia (oggi più che mai — grazie al nuovo art. 111 Cost. — costituzionalizzata) del contraddittorio, vero caposaldo e principio cardine irrinunciabile e non derogabile del processo moderno, che inevitabilmente plasma, orienta e informa e dunque concorre a definire lo stesso nucleo essenziale del diritto di agire e resistere².

In effetti, chi opera nella giurisdizione coglie l'urgenza di una riflessione sui fondamenti e parametri assiologici del diritto: *de iure condendo* si devono affrontare tematiche solo apparentemente di tipo meccanico-applicativo. In definitiva le soluzioni migliori e più vantaggiose alle questioni del vivere comune sono quelle fondate sui pilastri dell'ordina-

¹ Termine che qualifica la garanzia di uguaglianza davanti alla legge, senza discriminazioni: cf. L.P. COMOGLIO, «Valori etici», 928-937.

² C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 170.

mento, i c.d. principi supremi, che devono informare non solo la scienza del diritto, bensì e molto di più, la sua concretizzazione³.

Tali postazioni di avvio paiono ben distinte nei due sistemi di riferimento in analisi: nell'ordinamento canonico si esordisce con una potestà pubblica, data da Cristo alla Chiesa per governare i fedeli affinché giungano alla vita eterna⁴; in quello laico statale, con la cura contingente agli eventi, diretta al vivere secondo le scelte e gli interessi dei cittadini, ciò che si denomina *bene comune*.

Sane, Ecclesia [...] natura sua differt a societatibus temporalibus, et quidem ratione tum suae institutionis, tum finis quem persequi debet, tum mediorum quibus in ordine finem persequendum utitur. Omni vero societati est ius proprium, sicuti omni associationi sunt statuta propria, quibus definiuntur eiusdem structura, eius munera et operationis rationes⁵.

In questa prospettiva, abbiamo scelto un'esposizione d'insieme, trasversale, attuata attraverso l'analisi, l'evoluzione, la concentrazione su un *dettaglio* — componente elementare del ecosistema processuale — in realtà capace di modulare la corrispondenza dell'intero apparato giudiziario alle opzioni di rango superiore stabilite dai Fondatori: accade spesso che istituti di ordinamento procedurale siano molto più che meri presupposti, investendo finanche componenti sostanziali dell'amministrazione della giustizia proprio, e magari prima di tutto, perché ne sono la diretta applicazione. I mezzi d'altronde non devono, né tanto meno possono avere natura discorde dal fine.

La ricerca scientifica è fervente nella dottrina di entrambi gli ordinamenti; molte questioni sono sul tavolo e per tante la disputa è ancora aperta, non solo a causa del terreno assai reattivo che l'argomento riscontra nella cultura contemporanea, ma soprattutto perché «la nozione di *giusto processo* [...] rappresenta un orizzonte mai raggiunto né raggiungibile. In altri termini, si tratta di una tensione verso la previsione

³ J.S. MILL, *Sulla libertà*, 153: «A lungo termine, il valore di uno Stato è il valore degli individui che lo compongono; e uno Stato che agli interessi del loro sviluppo e miglioramento intellettuale antepone una capacità amministrativa lievemente maggiore, o qualche sua parvenza fornita dalla pratica minuta; uno Stato che rimpicciolisce i suoi uomini perché possano essere strumenti più docili nelle sue mani, anche se a fini benefici, scoprirà che con dei piccoli uomini non si possono compiere cose veramente grandi; e che la perfezione meccanica cui ha tutto sacrificato alla fine non gli servirà a nulla, perché mancherà la forza vitale che, per far funzionare meglio la macchina, ha preferito bandire».

⁴ Cf. A. VERMEERSCH — I. CREUSEN, *Epitome Iuris canonici*, I, 4-5.

⁵ *Comm* 3 (1971) 52.

di disposizioni sorrette da finalità di garanzia nella scelta di diverse soluzioni processualmente disponibili»⁶. Abbiamo perciò a che fare con un discorso aperto, in continua evoluzione quanto lo è la ricerca umana del meglio, del bene, della convivenza tranquilla e garantita che si desidera e che ha connessione stretta con i parametri dei valori di fondo che l'essere umano opta ed adopera.

Nel testo che segue abbiamo inteso mostrare come i grandi postulati della vita sociale umana, continuamente perfezionabili e perfezionantisi attraverso la realizzazione di garanzie addizionate, si attuano nella dinamica processuale, e come in questa interagisca il rispetto dei diritti della difesa, e tra di essi la funzione del principio in discorso; cioè il valore e la valenza del contraddittorio nell'andamento di un processo giusto.

⁶ G. SPANGHER, «Il giusto processo», 256.

CAPITOLO I

Explanatio Terminorum

1. Elementi costitutivi della ricerca

Il bene comune della società — che si concreta nell'insieme delle condizioni sociali grazie alle quali gli uomini possono perseguire il loro perfezionamento più riccamente e con maggiore speditezza — consiste soprattutto *nell'esercizio dei diritti della persona umana* e nell'adempimento dei rispettivi doveri [...]. Tutelare e promuovere gli inviolabili diritti dell'uomo è dovere essenziale di ogni potestà civile¹.

In tal modo si esprime il Concilio Vaticano II nella Dichiarazione sulla libertà religiosa *Dignitatis Humanae*, definendo il bene comune come cura della possibilità di esercizio dei diritti primari dell'uomo e del cittadino. L'essere umano è caratterizzato da quell'*indole comunitaria*² che lo impegna alla necessaria attenzione da porre nel vivere sociale e nella comunità politica³.

Sul fronte della Costituzione dell'Italia repubblicana, espressione dell'evoluzione storico-politica del Novecento dovuta all'avvento delle masse alla dimensione politica, alla partecipazione sociale alle decisioni supreme, alla democrazia incipiente⁴, possiamo riscontrare un parallelo nell'uguaglianza di ogni soggetto e delle varie confessioni

¹ DH 6, EV 1/1058. Il corsivo è nostro.

² Cf. GS 24, EV 1/1393.

³ Cf. GS 25, EV 1/1396.

⁴ Sono le trasformazioni che danno un'impronta particolare alle Carte fondamentali di questo periodo: «Esse nascono [...] coscientemente da un accordo sociale plurilaterale, pienamente inserito nella storia, esposto all'eventualità di pressioni e di accentuazioni di parte attraverso modifiche esplicite e più spesso implicite»: G. ZAGREBELSKY, «Costituzione italiana», 394.

religiose; parità qualificata non solo nel trattamento cui si può essere fatti oggetto, ma soprattutto nell'accordo sulla uguale capacità di gestione sociale e legislativa, poiché «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.)⁵.

È determinazione di fondo, traduzione peraltro del pensiero del Ruffini il quale insegnava che una assoluta uguaglianza di trattamento giuridico presuppone un'uguaglianza di condizioni pratiche, sicché l'attuazione di una perfetta parità nel trattamento giuridico sarebbe non solo rinnegare la positiva realtà dei fatti, in forza di mere astrazioni, ma sarebbe anche compiere un'opera di giustizia altrettanto astratta e perciò falsa, perché «il trattare [...] in modo eguale rapporti giuridici disuguali, è altrettanto ingiusto quanto trattare in modo disuguale rapporti giuridici uguali». Del resto falsa è quell'uguaglianza assoluta, astratta, matematica, laddove uguaglianza vera, in senso equo, è quella «relativa, concreta, giuridica»: «Il vero principio di parità non suona: a ciascuno lo stesso, ma a ciascuno il suo»⁶. È per vero un postulato formale che ha radici lontane: «Tria sunt iuris praecepta: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere»⁷.

Vogliamo affrontare un aspetto particolare della vita sociale nel suo articolarsi di relazioni, talvolta tanto conflittuali da richiedere un intervento esterno, «nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale», come recita l'art. 111, co. 2 Cost., di recente modificato ad opera della l. costituzionale 23 nov. 1999, n. 2 che ha introdotto nell'ordinamento italiano i caratteri essenziali del principio, da lungo tempo effettivamente noto a dottrina e giurisprudenza costituzionale, denominato *giusto processo*.

Le basi storiche dell'affermazione di questo principio nell'ordinamento costituzionale italiano possono correttamente essere ricondotte al pensiero di Pietro Calamandrei; in particolare [...] il famoso ammonimento secondo cui lo scopo del processo è «il più alto che possa esservi nella vita: e si

⁵ L'Accordo di Revisione del Concordato lateranense al suo art.1 afferma che la Repubblica italiana e la Santa Sede «sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti e alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese»: SANTA SEDE - REPUBBLICA ITALIANA, *Inter Sanctam Sedem*, 522.

⁶ F. RUFFINI, *Relazioni*, 179. Cf. anche P. PERLINGERI, *Il diritto civile*, 91-92.

⁷ Inst. 1, 1, 1. Vedi anche ULPiano, D. 1, 1, 10.

chiama giustizia» aveva anche questo significato: che «il procedimento deve essere strutturato per questa sua giustificazione, deve essere un *giusto processo*». In tal senso, la legittimità della stessa organizzazione strutturale del processo avrebbe dovuto misurarsi [...] prima che sull'osservanza di un dato «cerimoniale», sul rispetto di sostanziali principi di civiltà giuridica, quali l'imparzialità e la terzietà del giudice, il contraddittorio e l'effettiva parità delle parti, la motivazione delle decisioni⁸.

Dalla storia si impara che la cooperazione degli individui è nella natura umana per la conservazione e le necessità della vita; perciò i primi fenomeni sociali sorgono spontaneamente con la liberazione dell'uomo dalla sua individualità biologica. Ovviamente, con i primi fenomeni sociali, sorgono aspetti del diritto originari, anche se unicamente quale attività economica, rivolta alla realizzazione dell'utile individuale. In conseguenza del riconoscimento di una gerarchia di valori, si afferma la preminenza di chi è capace di rendere ragione agli interessi in contrasto, giudicando quale delle aspettative meriti tutela e applicando sanzioni legittime. Con l'espandersi poi, nel tempo, dei compiti sociali e delle attività giuridiche dello Stato, mentre si mira alla formazione di regole di condotta, creando organi preposti all'esercizio di funzioni giudiziarie al fine di garantirne l'osservanza, si delinea la strumentalità del processo «quale insieme di atti da compiersi in modo predeterminato per ottenere il provvedimento del giudice e il cui tecnicismo postula l'assistenza difensiva e la sua stessa regolamentazione»⁹.

C'è *processo* quando in una o più fasi dell'*iter* di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo — ed ovviamente — del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, *in contraddittorio*, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto, i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare¹⁰.

Poiché sono in molti a ritenere che il *metodo dialettico* rappresenti il miglior mezzo escogitato finora dagli uomini per stabilire la verità di un determinato enunciato fattuale, abbiamo scelto di indirizzare la ricerca in primo luogo sul principio del contraddittorio, confronto da instaurarsi tra due (o più) persone che accusano e difendono le proprie posizioni¹¹. Esso è stato assunto nel mondo contemporaneo quale

⁸ M. CECCHETTI, «Giusto processo», 595. Le citazioni nel testo sono tratte da: P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, 46.121.145.

⁹ F.U. DI BLASI, «Difesa», 615. Cf. P. RICOEUR, *Tempo e racconto*, 329-341.

¹⁰ E. FAZZALARI, «Procedimento e processo», 827.

¹¹ Altrimenti detto: «Prima di dannar la gente vederla in faccia e udir la ragion ch'usa» (L. ARIOSTO, *Orlando Furioso*, 18, 2).

presupposto di equità ed è diventato garanzia necessaria e norma del processo in senso lato. Tale principio generale è l'espressione forse più tipica dell'esercizio dei diritti della difesa, nel cui ambito tutto lo studio intende collocarsi, secondo una precisa opzione che trova le sue radici nell'affermazione antica, per la quale: «Procedura optime manifestari spiritum iuris»¹²; in termini più recenti: «Sperandum est exinde novum ius processuale melius ostendere spiritum iuris nostri, scilicet spiritum maxime sollicitum veritate, iustitia, aequitate»¹³.

2. I diritti della difesa

2.1 *Diritti umani e diritti fondamentali*

Scriveva già Norberto Bobbio che «i problemi della storia e della civiltà umana — come sono i problemi del diritto [...] — non sono problemi che si possano risolvere astraendoli dal vasto tessuto della storia, e facendoli oggetto di osservazioni unilaterali e improvvisate», ribadendo fermamente che alla questione del diritto e della sua certezza sono «legati problemi fondamentali per la coesistenza ordinata dell'uomo, come quello della difesa contro l'arbitrio [...] e della protezione dell'uguaglianza giuridica»¹⁴.

A questo proposito si discorre di corresponsabilità — ciascuno secondo la propria funzione — nel collaborare alla loro individuazione e attuazione nei diversi ambiti della società, vuoi civile come ecclesiale¹⁵.

Dobbiamo tuttavia tener ben presente che non possiamo identificare doveri e diritti umani con doveri e diritti civili. Infatti il problema dei doveri e dei diritti umani non è un problema di per sé politico, ma antropologico, sia che lo si affronti dal punto di vista filosofico, che da quello teologico. I do-

¹² M. PLANIOL, *La Très ancienne*, 5.

¹³ C. LEFEBVRE, «De iis quae», 275.

¹⁴ N. BOBBIO, «La certezza», 150-151.

¹⁵ È stato osservato che, per risolvere il problema annoso di tale individuazione ed enumerazione, «la questione dei diritti fondamentali è graduata — in ogni caso e soprattutto nella Chiesa — dal principio della dinamicità: il progresso continuo della Chiesa [...] riflessione sopra se stessa (cioè, penetrazione progressiva del suo mistero), i progressi nella conoscenza della natura umana, l'evoluzione delle circostanze nelle quali deve svilupparsi la convivenza sociale ecc., sono altrettanti fattori che escludono a priori una dichiarazione dei diritti fondamentali che sia definitiva e assolutamente irreformabile»: P. LOMBARDIA, «I diritti fondamentali», 1571. Vedi anche TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, art. 5: «Per additionem lex naturae mutari potest, sicut de facto mutanda est: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt ad humanam vitam utilia tam per legem divina, quam etiam per leges humanas».

veri e i diritti umani riguardano l'uomo in quanto tale, che vive simultaneamente nella società civile e nella Chiesa¹⁶.

Quale primo passo, è di rito individuare la distinzione primaria tra i due ordinamenti presi in considerazione, poiché già l'accezione di diritto fondamentale mostra radici difformi: la connotazione comune fornisce al termine una profondità di valori e attribuzioni che sono antecedenti il sorgere di qualsiasi Stato, il quale d'altra parte sovente li codifica nella sua Carta fondamentale. Nell'ordinamento canonico invece

Al centro dell'interesse non possono non essere i diritti dell'uomo in quanto chiamato alla salvezza [...], questi diritti, diversamente da quanto avviene per i diritti fondamentali dell'uomo che esistono prima ancora dell'organizzazione politica e giuridica della società, non sono preesistenti alla Chiesa, ma vengono da essa stessa attribuiti mediante il battesimo e gli altri sacramenti¹⁷.

Appunto a tale precisazione si collegano le distinzioni e le riflessioni proposte, proprio perché è fondata la convinzione che la specificazione dei diritti fondamentali dell'uomo e del fedele non genera antitesi: perfezionamento degli uni sono gli altri, superandoli nello scopo e completandoli nell'ultraterreno¹⁸. Lo Stato, garante di pluralismo istituzionale, non mira ad avere una verità oggettiva da proporre; deve infatti ammetterne una molteplicità, se vuol essere tutore effettivo di quella democrazia che afferma: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione» (art. 3, co. 1 Cost.)¹⁹. Perciò si assume l'incarico di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, co. 2 Cost.), ottemperando in tal modo alle esigenze di giustizia. E ciò anche attraverso un sistema processuale che regoli lo svolgimento delle attività delle parti ricorrenti al giudice, l'introduzione del processo, le

¹⁶ G. GHIRLANDA, «Diritti e doveri», 22.

¹⁷ G. DALLA TORRE, «Diritti dell'uomo», 125. Tuttavia, proprio per ciò, «Comporre in modo ordinato, secondo giustizia e carità, le relazioni tra i fedeli costituisce, dunque, una delle principali ragioni d'essere della legge canonica: composizione che va attuata garantendo i diritti dei singoli»: S.F. AUMENTA, *La tutela*, 16.

¹⁸ Cf. A. BLASI, «Il diritto alla difesa», 58.

¹⁹ È stato osservato come spesso si versi nella cosiddetta *degenerazione della democrazia di conflitto*, realizzata quando «trovandosi tutti più o meno sul medesimo piano per quanto riguarda le condizioni economiche, e similmente dal punto di vista dell'intelligenza e del sapere, l'unica autorità che ispira una involontaria deferenza è quella del numero»: J.S. MILL, *Sulla «Democrazia»*, 128-129.

forme e i tempi dei vari atti, i rimedi contro i provvedimenti, il modo in cui si deve concludere. «Si tratta di un insieme di norme che vengono qualificate strumentali o formali, appunto perché regolano non il rapporto materiale dedotto in giudizio, ma il modo in cui lo strumento-processo deve essere usato»²⁰.

Sebbene i diritti in questione siano inseriti nella *Grundnorm*, la loro realizzazione riguarda una dimensione pratica che spesso non discende in modo immediato dai proclami dello scritto: per vederli effettivamente applicati occorre, tra l'altro, osservare la prassi giudiziaria. Così, in presenza di un giudizio imparziale e indipendente, si è davanti ad un diritto fondamentale tutelato²¹. Viceversa, c'è solo un interesse protetto, disponibile cioè alla mediazione di altri coefficienti che ne possono eventualmente *condizionare* anche l'esercizio.

Paolo VI dal canto suo, in un discorso a Teheran, ebbe giustamente a dire: «sarebbe vano proclamare dei diritti se non si mettesse contemporaneamente tutto in opera per assicurare il dovere di rispettarli, da tutti, dappertutto, e per tutti»²². Il che vale in ogni ambito: «Se la Chiesa deve rendere testimonianza della giustizia, essa riconosce che chiunque ha il coraggio di parlare della giustizia agli uomini, deve lui per primo essere giusto ai loro stessi occhi. È quindi necessario che noi stessi facciamo un esame circa il modo di agire, i beni posseduti e lo stile di vita, che si hanno all'interno stesso della Chiesa»²³.

Dalla dignità della persona scaturisce il diritto di prender parte attiva alla vita pubblica e addurre un apporto personale all'attuazione del bene comu-

²⁰ EDG, «Processuale civile, diritto», 947.

²¹ Nella storia civile italiana notevolissimi furono, e perdurano, i problemi che scaturiscono dall'attuazione costituzionale: fin dalla prima legislatura repubblicana, alla rottura drastica col sistema precedente si preferì una politica di cauto adeguamento che implicò la sopravvivenza di norme e prassi incoerenti con la Carta. Non approvando a lungo leggi nuove per la realizzazione degli istituti e principi tipizzanti la Costituzione, non si *depurò* il sistema giuridico dalle norme non conformi, privilegiando invece la *continuità dello Stato* (rispetto allo stato fascista, ma anche allo stato liberale sabaudo che lo precede) come valore riconosciuto. Istituti qualificanti quali la corte costituzionale, il consiglio superiore della magistratura, le regioni a statuto ordinario, restarono accantonati e a lungo il sistema legislativo risultò impermeabile persino ai codici e alle leggi di pubblica sicurezza. Raccogliamo ancora ai nostri giorni i frutti dell'inerzia del primo periodo: cf. G. ARMANI, «Prospettive di riforma», 1285-1286.

²² «Il serait vain de proclamer des droits, si l'on ne mettait en même temps tout en œuvre pour assurer le devoir de les respecter, par tous, partout, et pour tous»: PAOLO VI, «Mess. nel XX Anniversario», 151.

²³ SINODO DEI VESCOVI, Doc. *Convenientes*, EV 4/1275.

ne. *L'uomo, come tale, lungi dall'essere l'oggetto e un elemento passivo della vita sociale, ne è invece e deve esserne e rimanerne, il soggetto, il fondamento e il fine.* Fondamentale diritto della persona è pure la tutela giuridica dei propri diritti: tutela efficace, imparziale, informata a criteri obiettivi di giustizia²⁴.

Sin dal momento costitutivo ogni ordinamento presenta l'esigenza di individuare, insieme ad un profilo cosiddetto *formale*, un suo lato *materiale*, «unità di forma e materia [...], che assume un valore tipico»²⁵. Il nucleo giustificativo del diritto non resta confinato a livello di postulati e paradigmi del sistema: il sistema assiologico dell'ordinamento risulta determinante e fondamentale, operante nel processo di positivizzazione delle norme, evento che rende peraltro efficace l'esperienza giuridica e nella quale deve trovare riscontro oggettivo.

All'interno della Chiesa, tale prospettiva è, per natura sua, *dialogica*, rivolta a *convocare* ed a servire tutti gli uomini, adatta ad agevolare apertura e peculiare giustizia: «*accoglienza*, pur se *prudente* (*caritas discreta*), di qualsiasi soggetto e di qualsiasi diverso valore ordinamentale, anche se solo umanamente fondato ("Nihil eorum rescindens, nec destruens, imo etiam servans ac sequens")»²⁶.

È questo un motivo ulteriore in ragione del quale i due ordinamenti sono comparabili e assimilabili proprio nella dimensione processuale: esaminando anche solo l'aspetto dell'uso che si opera del principio del contraddittorio, si evidenziano lati peculiari che attengono non tanto alle disposizioni di natura operativa e formale, quanto all'impostazione di base dei due sistemi, retta e regolata con attenzione ai suoi fondamenti antropologici ed assiologici.

L'essenziale parità tra le parti in ciò che riguarda i loro rapporti di giustizia, nel senso che nessuna ha competenza per modificare il diritto altrui, esige che si adotti un sistema in cui la risoluzione dei problemi spetti ad un terzo imparziale, il quale deve poter decidere sulla base di una discussione giuridica in cui siano date le dovute garanzie a tutte le parti. Lo strumento del processo possiede dunque un'intrinseca logica personalistica e costituisce anch'esso oggetto di reciproci diritti e doveri tra le parti nonché rispetto all'autorità di chi giudica. Questi valori del processo non solo non contengono nulla di opposto alle esigenze giuridiche ecclesiastiche, ma sono stati

²⁴ GIOVANNI XXIII, Enc. *Pacem in terris*, n. 13, EV 2/11. Il corsivo è una citazione di PIO XII, Mess. natalizio, 24 dic. 1944, 12.

²⁵ E. PARESCHE, *La dinamica del diritto*, 533.

²⁶ S. BERLINGO, *Giustizia e carità*, 111. La citazione è di AGOSTINO D'IPPONA, *De Civitate Dei*, 19, 17.

sempre particolarmente sentiti nell'ambito della stessa Chiesa, la quale ha dato un significativo contributo allo sviluppo dell'insieme del diritto processuale²⁷.

Pienamente applicabile sembra, a rigor di termini, la descrizione essenziale degli elementi del processo del prof. Fazzalari: «Il contraddittorio fra coloro che hanno interessi contrastanti in ordine al provvedimento *in fieri*, destinato a coinvolgerli; la simmetrica parità tra i contraddittori; l'indispensabilità dei loro apporti: tutto ciò fa del processo una struttura fondamentale per la convivenza»²⁸.

Il fatto discretivo sta quindi nella coerenza con cui un ordinamento si rifà e applica i principi ai quali è ispirato, *reticolato assiologico di base* che costituisce (almeno nelle intenzioni) l'asse portante e organico dell'intera normativa di uno Stato²⁹.

Tuttavia, le tipologie di diritti fondamentali si ispirano tendenzialmente alle diverse concezioni politiche in auge nel momento sintetico di fondazione: a seconda delle correnti, valgono le conclamate priorità. In una impostazione liberal-democratica di matrice illuminista — ad esempio — si dicono fondamentali quei diritti che tutelano preponderantemente l'individuo e la sua dignità, la libertà di fede e di coscienza; l'uguaglianza dinanzi alla legge e la protezione giuridica del cittadino nei confronti dell'organizzazione statale; la proprietà e la certezza dello stesso diritto come della pena. Su un altro versante, in una concezione socialista, portanti risultano essere i diritti che permettono e concorrono alla uguaglianza concreta, reale e formale, con riguardo specifico ai ceti meno privilegiati³⁰.

Ci troviamo così di fronte ad una tipologia delle stesse garanzie dei diritti pienamente dipendente dall'impostazione che si è scelta nel momento fondazionale di un ordinamento: un'ideologia pluralista guarda al principio di oggettiva equivalenza in rapporto all'attuazione «della più completa elevazione civica ed etica dei singoli qual è inteso da quei medesimi sistemi, di tutte le opzioni spirituali personali»; una monista «è tratta dalle proprie impretebili esigenze sistematiche a privilegiare, sempre in ragione delle istanze connesse a quel programma di maturazione personale quale essi lo intendono a loro volta, o questa o quella opzione spirituale tipica»³¹. Non sembra allora casuale che, nel lb. II

²⁷ C.J. ERRÁZURIZ, *Il diritto*, 226.

²⁸ E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 226-227.

²⁹ Per la dottrina in proposito, cf. S. BERLINGÒ, «Diritto divino», 55-56.

³⁰ Cf. V. PARLATO, *I diritti*, 10.

³¹ P. BELLINI, *Libertà e dogma*, 59.

del CIC *De Populo Dei*, il tit. I abbia come indirizzo *De omnium Christianifidelium Obligationibus et Iuribus*: lo *ius naturale divinum* privilegia il momento del dovere sul diritto, inteso specificatamente come *ratio agendi*, come dovere personale di risposta ad un progetto divino.

Lo statuto dei doveri e dei diritti dei fedeli si pone in modo diverso nella Chiesa rispetto alla società civile: in quest'ultima, è la persona — in quanto attuazione reale della natura sociale dell'uomo — che costituisce la società. Essa è puramente umana, opera esclusiva dell'uomo; al servizio della persona, permette l'attuazione della sua natura sociale; ne riconosce la dignità, i diritti corrispondenti (li tutela e disciplina) e i doveri connessi (ne determina l'attuazione). Nella Chiesa, invece, la questione si fa più complessa: col battesimo, incorporazione in Cristo e nel suo popolo, si costituisce la persona (can. 96)³², a cui diritti e doveri non preesistono. Perciò è la Chiesa che li conferisce ai battezzati e che, quale società umana, si mette al servizio di tale persona col disporne mezzi per la tutela, determinando modalità di adempimento dei doveri ed esercizio dei conseguenti diritti³³. Il che vale a maggior ragione nell'ambito processuale.

2.2 Diritti giuridici

Per un'adeguata individuazione della funzione normativa del diritto e, soprattutto, del suo modo di operare giurisdizionalmente in un ordinamento, proseguiamo nel tracciare le opportune distinzioni, non solo terminologiche e formali, bensì anche contenutistiche e materiali, poiché il concetto di diritti dell'uomo, oltre a designare la posizione giuridica che compete a tutti nel medesimo modo, caratterizza quella del singolo nella collettività, conforme alla dignità della persona umana e da far valere come principio regolatore nei confronti di tutti gli

³² «Baptismo homo Ecclesiae Christi incorporatur et in eadem constituitur persona, cum officiis et iuribus quae christianis, attenta quidem eorum condicione, sunt propria, quatenus in ecclesiastica sunt communione et nisi obstet lata legitima sanctio».

³³ Cf. G. GHIRLANDA, «De Obligationibus», 338. Si osserva che «Esistono dei beni connessi alla dignità della persona umana dei quali nessuno può essere privato senza compromettere quella medesima dignità. Il diritto crea quella situazione di potere giuridico attraverso cui la persona può conseguire il bene desiderato. I cosiddetti *diritti fondamentali dell'uomo* sono strumenti giuridici che permettono di proteggere e perseguire quei beni sentiti come necessari alla piena realizzazione della persona umana»: S.F. AUMENTA, *La tutela*, 56.

elementi dell'ordine statale e sociale³⁴. Poniamo dunque attenzione a tre ordini di considerazioni:

a) ciascun ordinamento giuridico risulta essere espressione di presupposti ideologici e culturali scelti, dai quali traggono origine — con maggiore o minore coerenza — le strutture che lo caratterizzano e le risposte che propone alla soluzione dei conflitti tra soggetti³⁵;

b) mentre il diritto canonico vigente è comunque frutto di due millenni di vita della Chiesa, durante i quali si sono modellate le istituzioni alla ricerca di una congruenza sempre maggiore tra la struttura visibile e l'orientamento intimo al fine ultraterreno³⁶; l'ordinamento della Repubblica italiana, seppur erede nominale della tradizione romanistica³⁷, è relativamente giovane e la sua Costituzione, frutto di uno sforzo politico collettivo di rigenerazione alla base, «dopo la dissoluzione del regime fascista e nelle drammatiche condizioni materiali e spirituali che ne seguirono. Ciò spiega l'*impostazione antifascista* [...] nei suoi principi più profondi, antitotalitari e orientati ad una società *aperta*»³⁸;

c) occorre tener presente che le istituzioni dei diritti canonico e civili si sviluppano parallelamente e gli ordinamenti delle due comunità svolgono la loro utilità per l'uomo, in maniera tanto più efficace quanto più sono capaci di dialogo, particolarmente a proposito delle strutture «comuni» che le reggono e sulle quali si possono incontrare. Un luogo di confronto è, in genere, il criterio normativo del *bonum commune*

³⁴ Cf. W. HUBER, «I diritti dell'uomo», 32-33. La sineddoche *diritti giuridici* denota il legame qualitativo che caratterizza quelli accertati e protetti. È possibile infatti trovarsi dinnanzi a prerogative umane e personali che, seppur riconosciute a livello generale come diritti, vengono però eluse nel loro carattere essenziale in fattispecie concrete. Il che si verifica per il fatto che «*Lex naturae mutari non potest per subtractionem*» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, art. 5).

³⁵ Cf. P. LOMBARDIA, *Lezioni di Diritto canonico*, 1-2.

³⁶ Cf. LG 5, EV 1/289-290.

³⁷ Nell'ambito di tale espressione giuridica è forse opportuno tener presente l'evoluzione della relazione esistente fra il diritto e l'idea di giustizia, nel diritto canonico ricondotta al disegno di Dio: giusto è ciò che Dio vuole, fin dal tempo di Agostino d'Ippona. In realtà, tale concezione si va imponendo rispetto all'idea romana per cui la legge è frutto della libera volontà del principe, e nei confronti dell'idea germanica della legge come patto: cf. J. MALDONADO, «La significación histórica», 6-7.

³⁸ G. ZAGREBELSKY, «Costituzione italiana», 392. «La scommessa della nostra Costituzione. repubblicana del '48 [...] Provare a tenere insieme libertà e uguaglianza mediante un sistema di regole fondamentali condivise. Mediante un progetto di stato inteso non come espressione degli interessi o della forza di una classe dominante, ma come garante dei diritti di tutti»: G. CASELLI, «La democrazia», 104.

*societatis*³⁹, a cui è possibile abbinare il concetto civilistico di ordine pubblico, inteso «nel senso costituzionalistico, quale sistema di valori e di principi inderogabili, che informano storicamente l'ordinamento generale della comunità statale»⁴⁰: non soltanto ciò che l'uomo della strada intende e che lo induce a comportarsi rispettando le regole del cosiddetto vivere civile; la nozione moderna di ordine pubblico non esaurisce il suo valore in un limite negoziale, ma è principalmente «impegno positivo dello Stato all'attuazione dei principi fondamentali (democraticità, effettiva possibilità di partecipare alla vita delle comunità intermedie oltre che alla vita dello Stato, realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo)»⁴¹. Parallelamente si consideri che

L'essenza della Chiesa si attua sempre in una forma storica, per cui non si può mai separare l'essenza dalla forma e viceversa [...]. Tuttavia, essenza e forma non si possono identificare, e la distinzione, che non è reale, ma di ragione, deve essere fatta, altrimenti non si potrebbe avere alcun criterio di giudizio sulle forme storiche che la Chiesa assume⁴².

Nell'analisi di tali modelli assunti da parte della comunità ecclesiale, vige un'ampia e feconda possibilità di confronto con il diritto statale che, pur seguendo impostazioni sue proprie nonché criteri peculiari, contribuisce nel gettare una luce più vivida alle piattaforme di confronto e collaborazione reciproca, non solo sulla materia stessa. D'esordio può essere sia la dimensione costituzionale (riflessione sui diversi principi e valori assunti a fondamento), sia quella di salvaguardia dei diritti (utilizzata per introdurre l'argomento), sia infine quella applicativa, prescelta per l'indagine poiché è luogo di realizzazione del sistema di garanzie in un certo senso *de iure condendo*.

La prudenza giuridica è particolarmente legata al processo, in quanto istituto rivolto proprio alla dichiarazione della giustizia nel caso singolare. Il

³⁹ Cf. P. BELLINI, *Saggi di storia*, 242-250. Ricordiamo sull'argomento: «Il bene comune è antitetico rispetto al bene dei governanti, della classe dirigente o di qualsiasi altra classe. Implica che ogni individuo, indipendentemente dalla sua posizione sociale, ha il dovere di contribuire alla promozione e al benessere della comunità insieme al diritto di beneficiare di questo benessere. *Comune* significa infatti *che include tutti*: il bene comune non può escludere né esentare nessuna parte della popolazione. Se qualche settore della popolazione viene di fatto escluso dalla partecipazione alla vita della comunità, anche a livello minimo, si crea una contraddizione nel concetto di bene comune che pertanto va rettificata. CONFERENZA DEI VESCOVI D'INGHILTERRA E GALLES, «The Common Good», 50.

⁴⁰ V. CRISAFULLI, «La scuola nella Costituzione», 71.

⁴¹ P. PERLINGERI, *Il diritto civile*, 163.

⁴² G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, 30.

giudice esercita la prudenza giuridica nel dettare sentenza; gli avvocati che difendono le parti processuali concorrono con il loro agire professionale al medesimo scopo. Il contraddittorio essenziale nel processo verte sulla determinazione del giusto, ed è pertanto oggetto della prudenza giuridica⁴³.

Il perché poi si orienti ogni sforzo al mantenimento dell'ordine pubblico, perseguimento del bene comune e rispetto delle garanzie, è stato tratteggiato in modo eccellente da A.C. Jemolo a proposito del rapporto tra giustizia e diritto. Nel narrare di «una signora il cui nome è da tutti esaltato, che tutti acclamano, tutti vogliono a convito»; tanto ambita che «tutti ne indicano il nome ai vicini come quello dell'ospite illustre che onora la casa», rileva acutamente che non si sente «altrettanto invocare quegli che [...] è il compagno inseparabile della signora illustre, che solo, ne rende sicuramente benefica la presenza»: «la signora è la giustizia, il compagno è il diritto». Il posto del diritto è molto più modesto nella speculazione generale attorno alla giustizia poiché, pur avendo costituito «il grande apporto di Roma alla civiltà mondiale» e pur essendo stato recepito incisivamente dal Cristianesimo, sviluppatosi su terreno romano, «il popolo non lo ama; lo teme, come lo strumento dei forti e dei potenti, che facilmente può farsi mezzo di sopraffazione»⁴⁴. In realtà però

L'educazione di un popolo, la sua elevazione, consiste proprio nell'apprendere a vivere secondo regole, liberamente poste e accettate; e che non si abbandonano solo perché in un dato caso l'applicazione loro lascia inappagati. La dottrina cristiana, per cui nessun bene massimo da raggiungere, non la salvezza di un popolo, può consentire un peccato; ed il principio kantiano *agisci in modo che la tua azione possa essere assunta a regola universale*, convergono in questo ammonimento: che la giustizia si snatura e cessa d'essere tale se corre dietro al singolo caso, se si abbandona all'istinto e vuole emanciparsi da regole, se, per la preoccupazione di evitare un singolo torto, crede di potersi emancipare dall'inceppo delle norme⁴⁵.

La signoria della giustizia si attua e si protegge di norma nel processo — struttura dialettica del procedimento⁴⁶ — cioè in contraddittorio; tale dimensione consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività;

⁴³ C.J. ERRÁZURIZ, *Il diritto*, 258-259

⁴⁴ A.C. JEMOLO, «Giustizia e diritto», 35.

⁴⁵ A.C. JEMOLO, «Giustizia e diritto», 36.

⁴⁶ «Schema di attività in sequenza, poste in essere da più soggetti»: E. FAZZALARI, «Procedimento e processo», 827.

nella rilevanza delle medesime per chi le pone in essere, di modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme di scelte, reazioni, obiezioni, controlli, nonché subisca i controlli e le reazioni degli altri, dovendo tener conto dei risultati di questa dinamica⁴⁷. Ciò significa che «in tanto si può parlare di processo in quanto si constatino, *ex positivo iure*, struttura e svolgimento dialettico [...]: dov'è assente il contraddittorio — cioè la possibilità, prevista dalla norma, che esso si realizzi — ivi non c'è processo»⁴⁸. Alle medesime conclusioni pervenne il Sinodo dei Vescovi, stabilendo che «la procedura giudiziaria deve concedere all'imputato il diritto di conoscere i suoi accusatori, come anche il diritto di un'adequata difesa. Per essere completa, la giustizia deve includere la rapidità del processo. Il che è richiesto, in particolar modo, nelle cause matrimoniali»⁴⁹. Il processo ecclesiale infatti ha la peculiarità di attuarsi attorno alla complessa ed articolata dialettica tra verità e giustizia: essendo l'attività processuale diretta alla decisione, il giudice deve impegnarsi a giudicare le cose per quello che sono realmente, cercando di raggiungere una pronuncia conforme alla verità. Il fine dell'*iter* processuale è la verità: «con un processo che è *certo*, poiché si configura come *giusta* ricerca della *verità*, si risolve la dicotomia, rimasta per lo più insoluta ancora oggi nel diritto degli Stati» tra giustizia e certezza⁵⁰. Diverse sono le posizioni dottrinali sulla risoluzione della bipartizione menzionata, differenti i presupposti, altri i percorsi e le conclusioni. Dimostrativa comunque l'osservazione per la quale «i principi ideali cui si ispirano i singoli Stati non sono fonti sicure di verità», poiché è da dubitare che possiedano «*universalità* quanto all'estensione nello spazio, *perennità*, quanto a durata nel tempo, *esclusività*, quanto a titolare, *infallibilità*, quanto al contenuto»: «la politica dei governi, ossia l'azione dello Stato [...] è modellata dalle ideologie ossia da quelle assunzioni di principio che costituiscono l'ispirazione e la direttiva di orientamento nell'esercizio del potere legittimo»⁵¹.

Una comprensione della realtà giuridica esige di tener presente l'intreccio tra i rapporti di giustizia e il sistema concreto in cui essi esistono e sono operanti. [...] il sistema, e in primo luogo le norme umane in esso esistenti,

⁴⁷ Cf. A. PICARDI, *La dichiarazione di fallimento*, 154-156.

⁴⁸ E. FAZZALARI, «Procedimento e processo», 828.

⁴⁹ SINODO DEI VESCOVI, Doc. *Convenientes*, EV 4/1278.

⁵⁰ P.A. BONNET, «L'attuazione», 86. «La certezza del diritto [...] è un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»: N. BOBBIO, «La certezza», 150.

⁵¹ M.D. COMPOSTA, «Lo Stato», 61, 63.

non hanno soltanto una funzione dichiarativa del diritto canonico, ma incidono determinatamente sulla sua concretizzazione. Per accertare quali siano i diritti e i doveri in un caso singolo non ci si può accontentare del solo esame della realtà della rispettiva situazione, e cioè della giustizia intrinseca a tale situazione. [...] Siccome la giustizia propria dell'ambito giuridico è sempre concreta, operativa, occorrono poi interventi autoritativi che determinino ciò che è giusto nei casi problematici: le sentenze del giudice⁵².

In verità, il diritto viene anche definito sistema di comunicazione tra gli uomini, tuttavia se ne accentua così l'aspetto paradossale: pur ponendo l'uomo in rapporto col proprio simile, ciò avviene in un clima particolare di composizione della lite, di astio e di rivalsa che non si attagliano precisamente ad una comunicazione produttiva. Si dice che «usa il linguaggio in senso prescrittivo, in modo tale da orientare all'agire e da indurre ciascuno ad essere coerente, nella sua vita di relazione, tra quel che dice e quel che fa»⁵³. Nel diritto della Chiesa inoltre, si deve poter dire che accanto alla tutela dei diritti della persona e all'accertamento della verità dei fatti (che la implica direttamente), dobbiamo sempre ritenere la presenza della *salus animarum*, finalità suprema della Chiesa, e l'applicazione delle leggi *cum aequitate*, quali contenuti e modalità di esercizio del diritto processuale nella Chiesa stabiliti nel CIC⁵⁴. È possibile allora concludere considerando come

Nel diritto ecclesiale si attui una fusione senza confusioni tra la prospettiva comunitaria e quella individuale, a causa della perfetta correlazione tra fine del singolo e fine comunitario: fine di ciascun fedele (e ragione del suo stesso essere nel Popolo di Dio) è infatti il proprio ordinarsi a Dio o, in altri termini, la salvezza della propria anima e fine della Comunione ecclesiale (e motivo della sua stessa esistenza) è la salvezza delle anime⁵⁵.

Già il prof. Onclin concludeva a suo tempo una dissertazione auspicando che «definitio magis distincta iurium subiectivorum omnium quae fidelibus agnoscuntur simul et protectio eorundem certa optanda

⁵² C.J. ERRÁZURIZ, *Il diritto*, 212.

⁵³ S. BERLINGÒ, «Diritto divino», 36.

⁵⁴ Cf. V. PARLATO, *I diritti*, 134-135. Evidentemente ciò è affidato principalmente al giudice che già nelle Decretali (X. 5. 40. 10) veniva così tratteggiato: «iudex dictus quasi ius dicens populo, sive quod iure disceptet. Iure autem disceptare est iuste iudicare. Non est ergo iudex, si non est in eo iustitia».

⁵⁵ P.A. BONNET, «L'attuazione», 102.

certo est, quippe quae maiorem praebeant fidelibus securitatem iuridicam, maxime ad bonum commune procurandum necessariam»⁵⁶.

2.3 Diritti soggettivi

Affermato il principio che nella Chiesa non esiste dualità tra fedele e autorità ecclesiastica perché il diritto del fedele coincide con quello dell'intera assemblea ecclesiale e soprattutto si realizza e compie insieme a quelli di tutti i componenti del Popolo di Dio⁵⁷, la proclamazione di diritti soggettivi senza ulteriori specificazioni, sembra provenire *de relato* dalla trasposizione di categorie presenti nel multiforme ordinamento statale, provocando in tal modo una certa confusione di concetti, pur essendosi già formate opinioni in materia⁵⁸.

È da sottolineare il fatto che esistano diritti soggettivi pubblici e privati; riguardo ai primi, rileviamo che

I diritti che hanno per oggetto un comportamento attivo o il godimento di una prestazione da parte dei soggetti investiti, sono attribuiti ai fedeli, alcuni anche a tutti gli uomini, per la realizzazione di un interesse pubblico, cioè essenziale per l'ordinamento giuridico, quali la *salus animarum* o la tutela della dignità della persona umana e quindi sono configurabili come diritti soggettivi pubblici⁵⁹.

Discorrere invece di diritti soggettivi privati sembra avere più sapore individualistico, di ispirazione antiautoritaria e libertaria, e significa colorare i diritti fondamentali dell'uomo di un temperamento che non appartiene loro, distante dai diritti fondamentali inerenti la persona, almeno nella misura in cui questa si inserisce nella logica evangelica che vuole permeare il pensiero dell'uomo e sull'uomo. Si dovrebbe invece aver presente «la stretta coordinazione funzionale della *pretesa*

⁵⁶ W. ONCLIN, «Considerationes», 226.

⁵⁷ «Hoc necessarium existimatur non solum ob rationes systematicas et technicas-iuridicas, verum etiam quia expedit ut in Codice recipiatur doctrina Const. dogm. *Lumen Gentium* circa fundamentalem unitatem atque aequalitatem omnium membrorum Populi Dei»: SEGRETERIA DELLA COMMISSIONE PER LA REVISIONE DEL CIC, Rel. *Conventus*, 2.

⁵⁸ Per tutti, P. BELLINI, «Diritti fondamentali», 224: «La tradizione culturale della Chiesa è proprio tale da offrire il terreno meno adatto su cui possa attecchire la pianta dei *iura* in senso soggettivo». Ma è stato osservato che «la dottrina canonistica, sotto l'influsso forse della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, cominciò ad approfondire il problema dei diritti soggettivi nell'ordinamento canonico, formulando il voto di una loro formalizzazione legislativa»: R.J. CASTILLO LARA, «I diritti ed i doveri», 307.

⁵⁹ V. PARLATO, *I diritti*, 3-4.

del cristiano (del diritto fondamentale del cristiano) alla superiore esigenza esistenziale del pieno adempimento del *dovere* religioso del cristiano stesso»⁶⁰.

Non ci si può quindi fermare alla presa d'atto dell'esistenza di determinati diritti nominati nell'ordinamento canonico ed evidenziati in modo peculiare nei codici moderni:

Nessun diritto nella Chiesa è da definirsi come personale (nel senso d'inerente alla persona, come precedente la Chiesa stessa) perché l'uomo riceve i diritti dalla Chiesa nell'atto in cui, per dono gratuito di Dio, è incorporato in essa. Quindi, il fedele non si può mettere in rapporto d'opposizione nei confronti della Chiesa, come colui, cioè, che nei confronti di essa deve affermare e rivendicare i suoi diritti; ma nella posizione di colui che adempie i propri doveri ed esercita i diritti per costruire la Chiesa in cui vive e dalla quale vive⁶¹.

Emerge così un aspetto del dibattito e della ricerca canonica piuttosto fiorente, postosi all'ordine del giorno sulla scorta della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e sull'onda lunga del Concilio. Nella fase preparatoria dello schema del CIC e degli schemi della LEF, se ne parlò sovente: sembrava intenzione degli estensori del progetto di intendere l'inserimento a pieno titolo dei diritti fondamentali, già raggruppati nella LEF sotto un articolo dal titolo *Christifidelium Officia et Iura fundamentalia*⁶². Tuttavia, col senno di poi, è lecito osservare che

il Codice non legittima l'uso di tale qualificativo anche se, ovviamente, rimane aperta la discussione a livello di dottrina sull'esistenza o meno di tali diritti nell'ordinamento canonico. Il fatto che trasferendo i canoni dalla LEF al CIC si sia evitato di adoperare la qualifica che avevano, è chiaramente indicativo della volontà del legislatore di non voler qualificare di *fondamentali* tali diritti, o almeno di non voler pronunciarsi sulla natura di essi⁶³.

⁶⁰ P. BELLINI, «Diritti fondamentali», 23.

⁶¹ G. GHIRLANDA, «Diritti e doveri», 36.

⁶² PCCICR, *Schema LEF. Textus Prior*, 15.

⁶³ R.J. CASTILLO LARA, «I diritti ed i doveri», 313. Illuminante un'All. al Corpo Diplomatico del 9 gen. 1989 in Vaticano, riportata da M.D. COMPOSTA, «Due secoli di storia», 143, e nella quale Giovanni Paolo II, osservando come la Dichiarazione del 1948 non presenti i fondamenti antropologici ed etici dei diritti umani che essa proclama, precisa che occorre riscrivere i diritti inviolabili in modo «più conforme alle esigenze dell'uomo contemporaneo, poiché una libertà fine a se stessa costituisce una menzogna contro la verità e il bene comune. Il bene comune è il banco di prova delle libertà e dei diritti».

È ribadito perciò il concetto secondo il quale non esiste nella Chiesa una *bipolarità correzionale* tra fedele ed autorità, quale si riscontra invece tra cittadino e Stato⁶⁴; pensiero giustificato dal fatto che, nonostante i lodevoli sforzi per canonizzarla, risulta estremamente difficile purificarla dalla matrice ideologica in cui è nata, ma anche dalla situazione di tensione o conflitto tra l'individuo e lo Stato soggiacente, «per cui si cerca di salvare per la persona quegli spazi vitali inviolabili di libertà sottratti all'onnipotente Stato e alle sue leggi»⁶⁵.

Ma se la Chiesa è impegnata nella difesa e promozione dei diritti cosiddetti *oggettivi* dell'uomo⁶⁶, tale sforzo non si connatura in vigorose espressioni di principio, quanto in operatività nel suo specifico ordine giuridico, nel quale ha una diretta responsabilità istituzionale. Gli stessi mezzi con cui si interviene a tutela della giustizia (processi, sanzioni, ecc.) sono certamente di carattere strumentale; pur collocandosi nell'ambito del diritto naturale, essi servono le relazioni sostanziali, in se stesse già oggetto di rapporti di giustizia: «il fedele è titolare del diritto ad un giusto processo e ad una giusta applicazione delle sanzioni nella Chiesa»⁶⁷.

I compiti precipui dei poteri pubblici consistono, soprattutto, nel riconoscere, rispettare, comporre, tutelare e promuovere quei diritti; e nel contribuire, di conseguenza, a rendere più facile l'adempimento dei rispettivi doveri. *Tutelare l'intangibile campo dei diritti della persona umana e renderle agevole il compimento dei suoi doveri vuol essere ufficio essenziale di ogni pubblico potere.* [...] È quindi compito fondamentale dei poteri pubblici disciplinare e comporre armonicamente i rapporti tra gli esseri umani in maniera che l'esercizio dei diritti negli uni non costituisca un ostacolo o una minaccia per l'esercizio degli stessi diritti negli altri, e si accompagni all'adempimento dei rispettivi doveri; ed è ancora compito loro tutelare efficacemente o ripristinare l'esercizio di tali diritti⁶⁸.

Siccome un sistema giuridico non può mai operare un'astrazione completa dal sociale, non è prudente sottovalutare i vincoli che da quest'ultimo derivano. D'altra parte, l'autonomia del sociale (in cui vogliamo includere anche il cosiddetto *dinamismo democratico*)⁶⁹ non

⁶⁴ Cf. R. BOTTA, «*Bonum commune Ecclesiae*», 323-325.

⁶⁵ R.J. CASTILLO LARA, «I diritti ed i doveri», 314.

⁶⁶ Espressione efficace di GIOVANNI PAOLO II, Enc. *Redemptor Hominis*, n. 17, EV 6/1230.

⁶⁷ C.J. ERRÁZURIZ, *Il diritto*, 206.

⁶⁸ GIOVANNI XXIII, Enc. *Pacem in Terris*, n. 36.37, EV 2/24.25. Il corsivo è citazione di PIO XII, Mess. di Pentecoste, 200.

⁶⁹ Cf. L. ZANNOTTI, «I rapporti», 1183-1184.

vuol dire fare a meno del sistema giuridico, delle sue decisioni vincolanti, delle sue risorse. Le leggi invece, rappresentano il livello strutturale ed organizzativo attraverso cui «il pluralismo sociale è destinato a proporsi in unità politica, secondo modalità di integrazione progressiva [...] garantendo il farsi di un processo di composizione degli interessi [...] secondo la regola del confronto»⁷⁰. Concetto espresso in modo efficace dal Sinodo dei Vescovi del 1967 che approvò la proposizione secondo cui

A ciascun fedele si devono riconoscere e tutelare i diritti, sia quelli contenuti nella legge naturale o divina positiva, sia quelli che gli derivano debitamente in forza della condizione sociale acquistata e posseduta nella Chiesa. E poiché non tutti hanno la stessa funzione nella Chiesa, né il medesimo statuto è adatto per tutti, giustamente si propone, per la radicale uguaglianza che deve esistere fra tutti i cristiani, sia in forza della dignità umana sia in forza del battesimo, che nel futuro codice venga stabilito uno *statuto giuridico* comune a tutti, prima di trattare dei diritti e doveri propri alle diverse funzioni ecclesiastiche⁷¹.

In conclusione, la natura dei diritti e doveri comuni a tutti i cristiani sembra non possa essere del tutto sottratta alla categoria dei diritti soggettivi, anche se è stata messa in dubbio la loro esistenza nell'ordinamento canonico⁷², considerata anche l'ambiguità del termine e le diverse connotazioni che tende ad assumere *sub* matrice civilistica⁷³. Il significato comune è dunque di «*facultas moralis inviolabilis ordinandi quaedam ad proprium finem, seu quaedam habendi, faciendi vel erigendi*»⁷⁴.

⁷⁰ I. VECCHIO CAIRONE, *Legalità democratica*, 54.

⁷¹ SINODO DEI VESCOVI, Rel. *Principia quae*, EV 2/1708. Il corsivo è nostro.

⁷² Per tutti, vedi P. FEDELE, *Interpretazione teologica*, 17-32.

⁷³ «Posizione direttamente garantita dal legislatore, in modo da assicurare al titolare il soddisfacimento di una propria utilità sostanziale»: EDG, «Diritto soggettivo», 450. È stato precisato che «il concetto di diritto soggettivo tutelato dalla giustizia amministrativa canonica è diverso da quello contemplato dalla dottrina italiana ("cioè come interesse esclusivamente proprio del suo titolare, tutelato direttamente ed in modo solitario")», proponendone la nozione più ampia di «qualunque interesse giuridico riconosciuto e tutelato (anche se in connessione con un interesse pubblico e quindi soltanto in modo indiretto, come avviene per l'interesse legittimo) dall'ordinamento giuridico»: S.F. AUMENTA, *La tutela*, 63. La citazione nel testo è di P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, 209.

⁷⁴ F. SUAREZ, *Commentaria*, 1, 2, 4.

3. Il principio del contraddittorio

Se con il sorgere delle aggregazioni umane si presentano i primi fenomeni sociali che richiedono l'intervento di una normazione che regoli la convivenza e le relazioni, la difesa contro la violazione del diritto sorge come elemento portante dell'ordinamento. Lo scopo dell'intervento dello Stato è quindi l'attuazione della volontà concreta della legge che si attua sia quale reazione immediata e diretta contro un comportamento giuridicamente illecito, sia provocata dall'iniziativa privata. A garanzia dei diritti delle parti sono dettate norme di diritto processuale che disciplinano, in condizioni di uguaglianza, l'attività nello svolgimento del processo e la cui osservanza è garanzia di legalità del provvedimento. Il principio del contraddittorio in esame vuole informare tutte le vicende del rapporto processuale, sia canonico che statale, civile e penale: è alla radice dell'istituto della difesa; costituisce la necessaria contrapposizione degli elementi dell'accusa a quelli dell'imputato nel processo penale; degli elementi di fatto e di diritto a sostegno della domanda dell'attore avverso le contrastanti ragioni del rigetto chiesto dal convenuto durante il processo civile⁷⁵; e nel contenzioso canonico, del *petitum* della parte attrice nei confronti della parte convenuta, resistente o meno. Dobbiamo quindi prendere i passi dal concetto di difesa processuale che ci permette di stringere il cerchio attorno la connotazione precisa e ampia della garanzia in discussione.

3.1 *L'idea di difesa*

Poiché il processo è la sequenza caratteristica di attività regolamentate per garantire la partecipazione ad esse quali contraddittori — cioè con possibilità di interloquire alla pari pro o contro una richiesta determinata — dei soggetti destinatari di una medesima pronuncia, certamente gli è essenziale il diritto alla difesa, elemento tipizzante un intero giudizio sia esso canonico che statale⁷⁶.

La fonte diversa da cui si dipartono le normative in questione influisce non poco sul naturale approccio all'intera materia. Di fatto lo Stato *si riserva* di costituire cittadini, la Chiesa no⁷⁷; ma così la denotazione intrinseca di difesa tenderebbe a mutare secondo l'impostazione accolta: a seconda della *coercibilità* che può esercitare un ordinamento sull'individuo a lui soggetto, muterebbe l'estensione della possibilità di

⁷⁵ Cf. F.U. DI BLASI, «Difesa», 615-616.

⁷⁶ Cf. S. BERLINGO, *Diritto canonico*, 144.

⁷⁷ Cf. DH 10, EV 1/1070.

difesa. Considerazione difficile da accettare poiché non consona alla valutazione appena operata. Soccorre e trae dall'impaccio il pensiero secondo il quale «*Omnia iura exercenda sunt, ratione habita boni communis Ecclesiae necnon iurium aliorum atque suorum erga alios officiorum*», a norma di quanto recita il can. 223 § 1, direttiva forse più pastorale che giuridica per la quale il diritto violato lede non solo il singolo, ma l'intera comunità dei battezzati⁷⁸. Nella positivizzazione del diritto divino, il diritto alla difesa deve essere integralmente garantito (can. 1598 § 1), anzi, sebbene in precedenza non si sia parlato esplicitamente del diritto alla tutela legale, l'intera economia normativa ne ammetteva già l'implicita esistenza⁷⁹.

Siamo debitori allo sforzo dell'ultimo Concilio di adeguare la realtà interna della Chiesa ad una risposta al passo con i tempi, ad una società di Stati democratici e di ordinamenti garantisti moderni⁸⁰. Benché il diritto alla tutela legale si riconduca al diritto divino naturale che salva-guarda la dignità della persona umana e non è soggetto all'attività moderatrice della Chiesa, tuttavia compete all'autorità gerarchica regolare l'esercizio a causa del fine trascendente e del bene comune: all'apparente aporia tra i due ordinamenti si oppone l'anello di congiunzione, la persona umana per la quale sono entrambi costituiti⁸¹.

Sulla scorta di ciò, *ex parte Ecclesiae*, in aggiunta all'antica *ratio peccati*, ha preso consistenza sempre maggiore una nuova *ratio boni perficiendi*, proiezione sul piano delle relazioni intersoggettive della *caritas*, virtù cristiana arricchita dall'apporto umanistico e filantropico

⁷⁸ G. GHIRLANDA, «De Obligationibus», 373. Vedi anche T. BERTONE, «Fedeli, laici, chierici», 73: il can. 223 § 1 ha eliminato il «riflesso di difesa» dell'autorità, «anche se rimane sempre vero che sia nell'ambito civile sia nell'ambito ecclesiale l'esercizio dei diritti fondamentali è regolato dalla legittima autorità, entro i confini di una competenza che non può mai esorbitare nell'arbitrarietà o nella strumentalizzazione».

⁷⁹ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 922: «la mancanza di una tale esplicita normativa nel Codice Pio-Benedettino certamente non significa che il diritto alla difesa sia stato disatteso nella Chiesa sotto il regime del Codice precedente».

⁸⁰ Cf. P. FELICI, «Rel. circa *Principia quae*», 89: «*Quae Concilium Oecumenicum toties ac tanta gravitate protulit atque elatis verbis exaltavit de dignitate personae humanae deque eiusdem iuribus inviolabilibus ubique servandis, utpote quae in natura humana fundamentaliter sint radicata, eo magis in Ecclesia tenenda sunt*».

⁸¹ «Quest'uomo è la prima strada che la Chiesa deve percorrere nel compimento della sua missione: egli è la prima fondamentale via della Chiesa, via tracciata da Cristo stesso, via che immutabilmente passa attraverso il mistero dell'Incarnazione e della Redenzione»: GIOVANNI PAOLO II, Enc. *Redemptor Hominis*, n. 14, EV 6/1209.

della cultura moderna. Il criterio normativo è fondato sul rispetto della dignità della persona umana e sulla realizzazione dei diritti fondamentali della stessa in ordine al conseguimento del *bonum commune societatis*⁸²; principio-guida nei rapporti reciproci, lascia trasparire l'immagine di uno Stato laico che si apre alle esigenze di diversi orientamenti religiosi e ideologici per l'ottimale soddisfacimento degli interessi individuali e collettivi dei cittadini e per stabilire nuove relazioni organiche con gruppi confessionali su materie di interesse comune. Tale atteggiamento viene comunemente detto *laicità* dello Stato: formalmente affermata già nel magistero di Pio XII, è espressione del *bonum commune temporale* al quale presiede la ragione. Il contrasto che sembra crearsi tra supremazia della ragione e rivendicazione di un carattere vincolante dell'espressione ecclesiale, venne successivamente precisato in modo autorevole da Paolo VI, il quale affermò:

La Chiesa odierna, quella della costituzione *Gaudium et Spes*, non teme di riconoscere i *valori* del mondo profano; non teme di affermare quello che Pio XII [...], già apertamente riconosceva, e cioè una «legittima sana laicità dello Stato», come «uno dei principi della dottrina cattolica». Così oggi la Chiesa distingue tra laicità, cioè fra la sfera propria delle realtà temporali, che si reggono con principi propri e con relativa autonomia derivante dalle esigenze intrinseche di tale realtà — scientifiche, tecniche, amministrative, politiche, ecc —, e il laicismo, che dicevamo l'esclusione dell'ordinamento umano dai riferimenti morali e globalmente umani, che postulano rapporti imprescrittibili con la religione⁸³.

Proprio l'ordine morale e pienamente umano trova uno sfondo di quotidianità nell'ambito processuale, dove la concezione di laicità asurge a criterio di valutazione e parametro ermeneutico del diritto vigente: «la laicità caratterizza l'intero ordinamento statale non solo dal punto di vista giuridico, ma anche ideologico»⁸⁴. Ponendosi quale principio direttivo e risultato di un processo storico, si ricollega allo sviluppo del sistema democratico e all'adattabilità dell'ordinamento nel recepire e valorizzare una pluralità di condizioni ideologiche: «principio pluralista e principio democratico convergono nel connotare una società che si riconosce nella propria complessità e si esprime in uno Stato

⁸² Cf. P. BELLINI, *Saggi di storia*, 242-250.

⁸³ PAOLO VI, «Disc.», 22 mag. 1968, 796. Il testo riportato è una citazione di PIO XII, All. *Oriundis*, 220.

⁸⁴ G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza*, 36.

che è il prodotto, *neutrale* e in continuo mutamento, della elaborazione sociale degli interessi e delle misure per soddisfarli»⁸⁵.

Tuttavia, è auspicabile il ricondurre la nozione di difesa ad un concetto unitario:

Nel suo contenuto deontologico corrisponde ad un bisogno della natura umana anelante [...] al riconoscimento del suo diritto e alla negazione di ogni contrastante pretesa avversaria; nella sua funzione giuridica è una esigenza del procedimento nel cui tecnicismo si inserisce per assistere i soggetti privati del rapporto processuale in contrapposizione all'azione penale esercitata dal pubblico ministero o alla domanda dell'altra parte che invoca la tutela giurisdizionale del proprio diritto⁸⁶.

A corroborare il necessario sforzo comune per giungere ad una soluzione dei conflitti secondo verità nel processo canonico, la difesa assume uno scopo preciso, comunitario più che individuale:

Esplicitando un catalogo di diritti fondamentali [e tra questi il diritto alla difesa] la Chiesa ha voluto esprimere i valori che sono alla base del suo ordinamento, a significare che lo sviluppo integrale della persona umana non può prescindere dal rispetto di quei diritti. Non sarà quindi sufficiente che la norma ecclesiastica non violi i diritti dei fedeli: dovranno invece essere i valori che sono alla base dell'ordinamento canonico ad orientare la produzione legislativa, l'attività amministrativa e l'interpretazione giurisprudenziale nella Chiesa⁸⁷.

3.2 *Il metodo dialettico*

Il vocabolo difesa, oltre «la funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un giudice imparziale»⁸⁸, indica altresì una prospettiva particolare dell'intero processo, riassuntiva di un complesso di azioni giuridiche, di soggetti e di atti. Occorre perciò evidenziare come

⁸⁵ L. ZANNOTTI, «I rapporti», 1180. Il corsivo è nostro: è dubbio che possa definirsi neutrale uno Stato soggetto al continuo mutamento «degli interessi e delle misure per soddisfarli», soprattutto nel campo processuale, le cui norme sono indisponibili. Sono infatti leggi oggettive e formali, regolate dai principi di certezza, legittimità e imperatività (cf. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 9-10); oltre che, *iuxta* can. 87 § 1, escluse dalle facoltà proprie dei vescovi di dispensare dalle leggi universali e particolari.

⁸⁶ F.U. DI BLASI, «Difesa», 616.

⁸⁷ S.F. AUMENTA, *La tutela*, 62.

⁸⁸ P. FERRUA, «Difesa», 466.

sia un dato di esperienza ormai pacifico che il metodo dialettico consenta la ricerca più efficace dei dati che siano veri.

La Costituzione italiana ha affermato il principio in maniera preliminare all'art. 24, circostanziandone poi le effettive garanzie nella riforma costituzionale in tema di *giusto processo* che ha trovato espressione nella l. Cost. 2/99. Questa, modificando l'art. 111, co. 2 sancisce: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». In particolare poi: «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» (co. 4).

Nel CIC, a norma del can. 221 § 1, ai fedeli compete il diritto di rivendicare e difendere legittimamente «iura quibus in Ecclesia gaudent»: «La protezione contro la lesione dei propri diritti costituisce, dunque, essa stessa il contenuto di un diritto che è certamente da considerarsi un diritto fondamentale»⁸⁹.

Ciò posto, il diritto alla difesa si realizza essenzialmente e prevalentemente nel contraddittorio, rafforzando la posizione paritaria delle parti che ne garantisce la dialettica processuale: «ciò che deve comunque essere garantito [...] è il contraddittorio nella sua *reale possibilità* di attuarsi e non anche nella sua effettiva realizzazione concreta»⁹⁰.

Il contraddittorio non si articola, in tutti i tipi di processo, mediante norme — e facoltà, poteri, doveri ed atti — uguali per contenuto e per numero; ché anzi può, di volta in volta, essere predisposto dalla legge in forme qualitativamente e quantitativamente diverse, per lo più in ragione del tipo e della natura dell'atto in cui la fase preparatoria in contraddittorio deve mettere capo⁹¹.

La stessa Corte Costituzionale ha avuto più volte modo di determinare come l'esigenza di un equo processo si concreti assicurando sostanzialmente pari facoltà di audizione alle parti, garantendo loro l'informazione e la possibilità di conoscere inizio e sviluppo della procedura, lasciando poi ad esse la scelta di come attuare la propria difesa. Le pronunce del Supremo Organo di legittimità hanno avuto quale fine, delineando i limiti della difesa, di assicurare l'operatività del contraddittorio in ogni fase del giudizio, nonché le medesime capacità di intervento per accusa e difesa. Si è quindi ravvisata l'attuabilità di tutela del diritto nella sussistenza del contraddittorio magari differito tra le parti,

⁸⁹ S.F. AUMENTA, *La tutela*, 66.

⁹⁰ P.A. BONNET, «L'attuazione», 99.

⁹¹ E. FAZZALARI, «Procedimento e processo», 829.

da cui si può prescindere solo quando la minaccia della lesione di un diritto soggettivo, immediata e pur sommariamente provata, sia tale da indurre a provvedimento giudiziario, revocabile nella fase successiva del procedimento quando il contraddittorio deve essere assicurato⁹².

Duplice appare il fondamento della difesa quale *funzione* del processo: diritto individuale e garanzia di corretto accertamento giudiziale. Da un lato, opzione di civiltà, di tutela della libertà, *primato dei mezzi* per il conseguimento dei fini (poiché consente al chiamato in causa di intervenire con uguale — se non maggiore — titolo di chi esprime l'interesse alla punizione: un sistema di accertamento che miri ad applicare pene, non deve confinare ai margini chi dovrebbe subirle)⁹³, valore quindi che si accetta o rifiuta secondo scelte ideologiche; e dall'altro, opzione gnoseologica, utilitaria in senso vigilare, preliminare rispetto ai fini del processo, speranza che «contrapponendo ai ragionamenti ed alle deduzioni dell'accusa i ragionamenti e le deduzioni della difesa si produca un attrito dal quale, come da ferro battuto, sprizzano quelle scintille di luce che illuminano la mente e la coscienza dei giudicanti»⁹⁴. La difesa come garanzia oggettiva è quindi «la convinzione che il miglior mezzo per saggiare la fondatezza di un'accusa sia di instaurare il contraddittorio tra chi, avendola formulata, ha interesse a sostenerla, a *verificarla* e chi, essendone il destinatario, ha intenzione a confutarla, a *falsificarla*»⁹⁵.

La dottrina ha formulato diverse valutazioni a riguardo e il dibattito è vivo, in particolare in merito alla portata specifica da attribuirgli, legalmente molto alta in entrambi gli ordinamenti: valore costituzional-

⁹² Cf. U. GOLDONI — R. REALI, «Difesa», 1-3.

⁹³ Cf. F. CORDERO, *Procedura penale*, 5.

⁹⁴ L. BORSARI, *Codice di procedura penale*, 200. Ci stiamo qui esplicitamente rifacendo alla lunga e appassionata riflessione di solida parte della dottrina italiana che guarda all'operatore del diritto, *in specie* al giudice, con la metafora della sentinella; colui che va alla ricerca della verità, calcolando le vigilie che ancora mancano all'aurora della giustizia. Sono le figure emblematiche di Dossetti, Satta, Calamandrei, Chiovenda che hanno corroborato la competenza giuridica con una proporzionale tensione etica. Cf. la riflessione di G. CASELLI, «La democrazia».

⁹⁵ «Ciò non vuol dire che la scelta del contraddittorio sia funzionale ad un processo inteso come duello o come *gioco* tra le parti, volto a garantire la vittoria del più abile dei contendenti, senza riguardo ad esigenze di giustizia e di accertamento del vero; essa si fonda invece sull'assioma gnoseologico che la verità non si manifesti né per le intuizioni di un giudice onnisciente (secondo la logica inquisitoria), né per la ricerca sincera e spregiudicata delle parti (come nel dialogo platonico), ma si riveli, anzi si tradisca contro lo stesso volere delle parti, proprio nel conflitto degli opposti interessi»: P. FERRUA, «Difesa», 468.

mente garantito (art. 3; 24; 111 Cost.) e criterio programmatico che deve orientare l'applicazione di tutto il lb. VII del CIC (vedi i can. 221; 1598 § 1; 1620).

Ci si sta riferendo al diritto alla difesa in senso lato, il cui riconoscimento postula la funzione triadica fondata nel rapporto dialettico delle parti davanti ad un giudice imparziale. Diversamente la difesa apparirebbe risolversi nel contraddittorio, «gioco di interventi alternati o contestuali, andirivieni di domande e repliche, di asserzioni e negazioni, che costellano l'iter del processo guidandolo verso la fine»⁹⁶.

Certo, difesa e contraddittorio non sono termini equipollenti [...]. Nondimeno, se l'essenza del contraddittorio sta nel diritto delle parti di interloquire, in condizioni di parità, sui temi destinati a formare oggetto della decisione e, correlativamente, nell'esigenza che questa sia emanata secondo prospettive esaminate e discusse dagli interessati, è innegabile che la difesa trovi nel contraddittorio la più alta affermazione: e se la sua tutela resta talora sotto il livello del contraddittorio, non è possibile che lo superi, onde in ultima analisi il declino della prima si può misurare proprio sulla distanza che la separa dal secondo⁹⁷.

Proprio il diritto però, *natura sua*, postula di poter essere esercitato e non impedito: l'ordinamento giuridico che riconosce e attribuisce diritti soggettivi, ne deve garantire anche la difesa e la tutela ai singoli.

[In futuro Codice] iura atque correlativae obligationes modo explicito recensendas esse putamus, cum Ecclesia sit non solum spiritualis, sed et visibilis, organica, hierarchica, socialis et ordinata, quae lege scripta indiget, et organa postulat apta ad easdem promulgandas atque observantiam urgendam [...]. Quare inter principia recognitionis eiusdem Codicis, ea proponuntur (n. 7) quae opportuniora atque iuri ecclesiastico magis congrua, experientia quoque rerum comprobata, visa sunt, ad tutelam iurium quae personis sive moralibus sive physicis competunt tum iure naturae vel divino positivo, tum iure ecclesiastico solerter amanterque ab Ecclesiae auctoritate disposto⁹⁸.

In questo ambito entrano in azione i postulati assiologici che tracciano il reticolato-guida di un ordinamento: mentre nella dimensione giudiziaria statale, la verità processuale ha «carattere meramente probabile, ipotetico, pur essendo convenzionalmente espressa in forma di certezza nella decisione», non constando il contraddittorio di «un

⁹⁶ E. FAZZALARI, «Procedimento e processo», 1072.

⁹⁷ P. FERRUA, «Difesa», 469.

⁹⁸ P. FELICI, «Rel. circa *Principia quae*», 90.

dialogo disinteressato per la ricerca del vero, frutto del buon volere o dell'accordo delle parti su valori generali», bensì di «opposizione dialettica, scontro codificato, ritualizzato di interessi particolari», dove la prova si forma secondo «prospettive configgenti»⁹⁹; nel processo canonico, «la verità deve essere sempre, dall'inizio fino alla sentenza, fondamento, madre e legge della giustizia». Perciò la Chiesa, volendo limitare al massimo i margini di errore, «ha elaborato una procedura» che assicuri le maggiori garanzie alla persona, rispettando i precetti divini, «nell'intento di accertare la verità oggettiva» e affidando al giudice un «servizio di verità»¹⁰⁰: «Veritas est basis, fundamentum seu mater iustitiae»¹⁰¹.

Nell'attuarsi del sillogismo procedimentale la parte attrice invoca a suo favore una legge che le riconosca nel fatto allegato un motivo sufficiente a richiederne l'intervento; norma nella quale si dovrà operare «il passaggio dalla verità del fatto alla giustizia o riconoscimento di ciò che è dovuto»¹⁰². Rinveniamo così un convergere di intenti: «il merito della causa è costituito dagli anelli di una *catena sillogistica* e sarà la logica ad indicarne la successione. In effetti, il processo di accertamento della norma giuridica da applicare ai presupposti di fatto si svolge utilizzando via via gli antecedenti»¹⁰³.

Per concludere, se anche il contraddittorio trova protezione nell'art. 24, co. 2 Cost., confortato da ampia giurisprudenza, non è possibile degenerare in una meccanica sovrapposizione concettuale nei confronti della difesa. Diversa risulta infatti la funzione assegnata all'una e all'altro: la difesa mira a proteggere esclusivamente gli interessi dell'imputato; il contraddittorio ha l'ambizione di porre un metodo di accertamento dialettico che è garante di giustizia¹⁰⁴.

⁹⁹ P. FERRUA, «Difesa», 468.

¹⁰⁰ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 4 feb. 1980, 173; 176. Sul concetto di «verità giudiziale», cf. G. UBERTIS, *Fatto e valore*, 125-129: essa «non può assurgere a meta ultima e assoluta, cui tutto sia subordinato dell'attività giurisdizionale, ma va considerata come il risultato del parallelogramma delle forze, individuali e collettive, che interagiscono nello svolgimento processuale».

¹⁰¹ A. BARBOSA, «De Axiomatibus», Axioma 224, Veritas 5.

¹⁰² GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 4 feb. 1980, 177.

¹⁰³ F.U. DI BLASI, «Difesa», 617. Il corsivo è nostro.

¹⁰⁴ Cf. G.P. VOENA, «Difesa», 15.

4. Il giusto processo

Ogni scelta di metodo implica un'opzione di valore: fondare la difesa nella natura dialettica del giudizio presuppone il situare la persona ai vertici della scala di valutazione scelta, attribuendo al modo di indagine una capacità euristica superiore. Riconoscere nel contraddittorio il mezzo più attendibile di ricerca della verità, comporta «non solo parità tra i contendenti nelle condizioni di partenza e nelle modalità di svolgimento dello scontro dialettico, ma altresì la pari idoneità del contributo di ciascuno a persuadere il terzo, ossia il giudice»¹⁰⁵. La riflessione mette in stretto collegamento l'art. 24 Cost. e la formula del *due process of law* anglosassone¹⁰⁶, traendo spunto da alcune pronunce della Corte Costituzionale (in particolare la sent. 70/61) che mettono in evidenza come non sia sufficiente che tutti possano agire e difendersi in giudizio; occorre che esso si svolga con tutte quelle garanzie senza le quali il processo non sarebbe secondo lo spirito di una costituzione moderna¹⁰⁷.

Il complesso di principi enunciati dagli art. 3, 24, 25 co. 1, 101-104, 107-108, 111-113 [della Costituzione], consente di delineare uno schema fondamentale di *giusto processo*, articolato principalmente nei seguenti elementi: 1) eguaglianza e contraddittorio delle parti dinanzi al giudice; 2) precostituzione per legge del giudice naturale; 3) soggezione del giudice soltanto alla

¹⁰⁵ G.P. VOENA, «Difesa», 2. Cf. anche P. CALAMANDREI, «La dialetticità del processo», 682.

¹⁰⁶ «Frase intraducibile nel suo contesto letterale, che compare per la prima volta nel quinto emendamento della costituzione americana, ove è stabilito che nessuno può essere privato della vita, della libertà o dei propri beni senza la garanzia del *due process of law*. Nel suo significato generale la clausola indica l'insieme delle garanzie costituzionali di legalità e giustizia poste a tutela dell'individuo nei confronti del potere statale [...]. Si tratta di un valore di fondo dell'ordinamento costituzionale, la cui portata interagisce con i mutamenti del clima politico, culturale e sociale»: EDG, «*Due Process of Law*», 473.

¹⁰⁷ Cf. G. FERRARA, «Garanzie processuali», 540, il quale definisce il «dovuto processo legale» come un principio «iscritto nel codice genetico del costituzionalismo». È il «modello internazionale» di giusto processo ad assumere il ruolo di deuteragonista; come nella tragedia greca il secondo attore svolgeva anche la funzione di evidenziare virtù ed etica del protagonista, il *due process of law* internazionale apre una prospettiva ulteriore nell'approccio dottrinale italiano, quella di «non isolarsi in un contesto nazionale, ma di recepire le convenzioni internazionali sul giusto processo, e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi al riguardo, come un elemento interpretativo del quale necessariamente tener conto nella fissazione del rapporto tra norma costituzionale e norma interna, e quindi anche nell'ambito del possibile sindacato della Corte costituzionale»: G. TARZIA, «Le garanzie generali», 662.

legge; 4) divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali; 5) indipendenza ed imparzialità degli organi giurisdizionali¹⁰⁸.

Lo schema fondamentale del *giusto e leale processo* è deducibile dalle citate norme che, oltre tendere ad assicurare alle parti «la parità delle armi e quindi la parità (anche) dei risultati *astrattamente* conseguibili nei processi di ogni tipo», determinano la piena estensione di tale uguaglianza: «dall'azionabilità della pretesa», «allo svolgimento di un processo *leale*, cioè poggiante su di un costante contraddittorio fra le parti viste in condizioni di parità, pubbliche o private che siano»¹⁰⁹. Esso è quindi espressione di una dimensione caratteristica dell'essere umano, la dialetticità, tanto da parlare di *etica dialogica del processo*¹¹⁰. Il Giudice delle leggi del resto ha dato un contributo decisivo alla riflessione dottrinale sul giusto processo, richiamandolo esplicitamente come parametro di costituzionalità della legge processuale: garantire lo svolgimento di un processo giusto è definita «esigenza suprema che non si risolve in affari di singoli, ma assurge a compito fondamentale di una giurisdizione che non intenda abdicare alla primaria funzione di *ius dicere* di cui i diritti di agire e di resistere in processo» si manifestano soltanto quali «veicoli necessari»¹¹¹.

Si riscontra che dagli ordinamenti costituzionali in genere sia avvertita la necessità di far spazio a principi di giustizia materiale, nonché formale e procedurale, coi quali il diritto possa essere concepito come un processo in continuo svolgimento: «un progetto politico, ovvero una visione o concezione del mondo e della vita, si traducono in diritto positivo o, meglio ancora, in *diritto*, senz'altro, *vigente*», non tanto «nel momento in cui si perviene alla (im)posizione o promulgazione di ben definite e sanzionate deliberazioni normative, o *carte* costituzionali, o

¹⁰⁸ L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale*, 155-156. Ma «lascia perplessi l'aver voluto legare il principio del *giusto* processo a un determinato modello processuale, quasi ad affermare che il grado di giustizia e di effettività di un determinato processo dipende dal grado di ispirazione del modello ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza e ciò anche senza voler considerare come tali principi, specificamente costituiti per il processo di cognizione, si prestano punto o poco a reggere forme di tutela giurisdizionale che di cognizione non sono»: F. TOMMASEO, «Revisione», 27.

¹⁰⁹ G. BARILE, *Diritti dell'uomo*, 287-288.

¹¹⁰ Cf. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 172.

¹¹¹ C. COST., «Sent.», 4 mag. 1984, n. 137, 903. Essa fa parte di un gruppo di sentenze significativamente redatte tra gli anni 1984-1986 dal giudice Andrioli, evidentemente sensibile ai temi del processo giusto: cf. V. ANDRIOLI, «Un po' di *Materielles-justizrecht*», 960.

leggi, o precetti, e così via», ma già prima, quando viene fatta «immediata *esperienza* di un nuovo schema di relazioni o di comunicazioni fra i soggetti [...]. È quello il momento del venire in essere del *canone* o *reticolo* o *nucleo* assiologico fondamentale di un nuovo ordinamento»¹¹².

4.1 *Natura giuridica del processo e sue teorie*

Non si può attribuire qualsivoglia natura alle norme secondo la convinzione per cui ciò che conta è il dispositivo, il resto appartiene alla speculazione dottrinale. Pur trattandosi infatti di scelte relative alla ricerca, il cui oggetto quindi non ha carattere vincolante, la questione della natura giuridica sembra rendersi «indispensabile per una corretta interpretazione e applicazione del processo»¹¹³. D'altronde, la disciplina di quest'ultimo fa emergere e realizza valori fondamentali che «costituiscono in sé una realtà di rilievo; e potranno essere ragguagliati al *diritto naturale*, secondo le vedute che ciascuno [...] professi in ordine al medesimo»¹¹⁴.

Le varie teorie circa la tipologia giuridica del processo corrispondono alle diverse scelte dottrinali che denominano i nessi tra i partecipanti al processo e le cui determinazioni si palesano punto d'appoggio per una riflessione non solo sul diritto in generale, ma sull'analisi dell'influenza assiologica ed applicativa che esercitano gli antecedenti non codificati sull'esercizio e la difesa dei diritti.

Per i vari settori dell'esperienza giuridica è dato cogliere la costanza, nella storia pregressa e in quella attuale, di certi valori positivi. Essi si offrono anche ai giusnaturalisti che rifiutino di identificare il *diritto naturale* con un diritto ideale o con una ideologia, in ragione della loro stabilità. Ma tale rilevazione è consentita, perché culturalmente legittimata, anzi imposta, perché concretamente utile, a tutti i giuristi: a prescindere dal divario di

¹¹² S. BERLINGÒ, «Diritto divino», 54.

¹¹³ M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 56; seguiremo peraltro la sua analisi in questo paragrafo. Recuperare d'altronde il concetto di *rapporto giuridico processuale* può rivelarsi elemento prezioso, «a patto che lo si intenda però non in modo *statico*, come rapporto che si instaura una volta per tutte tra i soggetti del processo a seguito della semplice proposizione della domanda, ma in chiave *dinamica*, come concetto rappresentativo di tutta quella serie di relazioni ed interazioni che all'interno di un procedimento giurisdizionale e con riferimento ad ogni fase rilevante dello stesso si verificano tra le parti direttamente (originarie ed eventualmente anche sopraggiunte) e tra ciascuna di esse ed il giudice»: C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 171.

¹¹⁴ E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 1. Cf. A. FALZEA, *Introduzione*, 253-256.

opinioni sul se i valori in discorso siano scelte umane, dunque storiche [...] o abbiano imperscrutabile origine metastorica¹¹⁵.

La teoria *del contratto* valuta il processo essenzialmente come affare privato, accordo tra le parti che sottomettono al giudice la controversia e ne accettano la decisione¹¹⁶. Elaborazione ormai desueta, dimentica l'importante funzione pubblica del processo, salvaguardata da norme processuali integrative, incompatibili con tale impostazione privatistica.

La dottrina conseguente la teoria *del rapporto giuridico*, per superare le difficoltà di un ragionamento del tutto privatistico, sottolinea che, indipendentemente dal conflitto alla base, una volta avviato il processo sorge un insieme nuovo di rapporti giuridici, diritti e doveri, vincoli tra i partecipanti che costituiscono il rapporto processuale¹¹⁷. Sottrae alle parti la disponibilità dello svolgimento della causa, vincolandole al giudice; ma considera il processo in modo esasperato, non flessibile, mentre il più delle volte proprio alla intraprendenza delle parti è affidata la difesa e sono di impulso insostituibile.

La teoria *della situazione giuridica* ha una visione più democratica del processo: i vincoli che sgorgano nel corso di causa non sono di tipo giuridico, categoria di veri obblighi e diritti; si è piuttosto in presenza di una situazione di fatto, posta in essere dalle parti che accettano una risoluzione processuale della loro controversia: la *lispendentia*¹¹⁸. I legami processuali sono dunque mere facoltà e oneri, alternative per agire e compiere ciò che conviene. Viene rispettata la disponibilità e discrezionalità della parte; tuttavia rimane in second'ordine la finalità pubblica del processo: è in rapporto ad essa che sorgono i veri diritti ed obblighi, al fine di giungere alla verità sostanziale¹¹⁹.

La dottrina *dell'istituzione giuridica* cerca di superare impostazioni troppo strumentali del processo, considerandolo istituzione sorta per la composizione pacifica delle controversie. Il fine sociale primario, che corrisponde a verità e giustizia, crea vincoli giuridici, rapporti di obblighi e diritti. Lo scopo è la tutela dell'interesse privato, coordinato a quello pubblico: si conoscono perciò semplici oneri e facoltà lasciati

¹¹⁵ E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 1-2. Cf. anche ID., *Introduzione alla giurisprudenza*, 85-87.

¹¹⁶ Cf. A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, I, 1, 3: «Iudicium est legitimus actus duarum personarum, Actoris et Rei, super eadem quaestione sub eodem iudice contracta».

¹¹⁷ Cf. l'esposizione di F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto*, I.

¹¹⁸ Per primo, cf. J. GOLDSCHMIT, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*.

¹¹⁹ Cf. PIO XII, All. ad *RR Praelatos*, 2 ott. 1944, 282-287.

alla discrezione delle parti qualora non sia imposto un determinato agire processuale¹²⁰.

4.2 Diritto «per valori»

Nell'esperienza del diritto canonico, nessuna fase di *positivazione* o di *formalizzazione* dell'ordinamento può «pretendere di rinserrare in sé il *diritto divino* [...] perché questo, conformemente alla sua natura, è portato ad esprimersi in sempre ulteriori svolgimenti»¹²¹; nell'evoluzione del diritto statale italiano, siamo invece testimoni della difficoltà di giustificare, di *concordare* in modo soddisfacente i cambiamenti etici e comportamentali della società con i fondamenti assiologici del suo diritto. Tuttavia,

perché il diritto sia *positivo* non è necessario che risulti dalla combinazione di più *dichiarazioni* normative, e cioè dall'insieme di più enunciati (simbolici) che evochino un contenuto pre-determinato o pre-determinabile *convenzionalmente*, in forza di un accordo *esplicito* tra i consociati [...È sufficiente che] si concretizzi anche in semplici *manifestazioni*, ossia in comportamenti che possono affondare le loro radici in un *humus* collettivo emozionale, capace di imporsi come forza incisiva sulla realtà delle istituzioni¹²².

L'interpretazione del diritto divino a confronto del diritto umano sta in rapporto curioso con la teoria del diritto *per valori*, superamento della validità quale base della legalità e affermazione della legittimità di valori e principi, fondamento e condizione della legalità. È risposta al problema della convergenza assiologica ordinamentale¹²³: collocando i pilastri costituzionali nella centralità della persona, si attinge ad una dimensione sopranazionale di valori e diritti fondamentali che finisce di essere rivestita da un vago sapore di arbitrarietà. Manca infatti del necessario elemento oggettivo che ancori la norma e la sua interpretazione alla realtà dell'uomo, legato non solo alla *storicità* del suo diritto, bensì e molto di più, alla sua dimensione teleologica¹²⁴.

¹²⁰ Cf. PAOLO VI, All. *ad RR Praelatos*, 4 feb. 1977, 147-150; GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 25 gen. 1988, 1179.

¹²¹ S. BERLINGÒ, «Diritto divino», 51.

¹²² S. BERLINGÒ, «Diritto divino», 54.

¹²³ Cf. F. PIZZETTI, «L'ordinamento costituzionale», 20-24.

¹²⁴ Non è possibile ragionare di *diritto per valori* con apice nella dignità della persona, se non si tiene in considerazione la centralità del processo «in base alla sua struttura dialettica ed ai *contenuti* che la permeano. [...] siamo fermamente convinti dell'*umanità del diritto*, che il diritto è fatto per l'uomo e non viceversa; perciò ne

A prima vista può sembrare che fra alcune posizioni canonistiche e alcune posizioni delle teorie dei valori possano esservi elementi di somiglianza: e questo tanto più se si considerano da un lato le impostazioni secondo le quali l'ordinamento ecclesiale si *costruisce* nella storia col concorso di tutta la comunione ecclesiale e dall'altro quelle che, sul piano degli ordinamenti laici, sostengono che il fondamento è il sistema dei valori che emerge dalla storia e dalla cultura del popolo (o comunque dal sistema dei valori che il giurista deve individuare tenendo conto appunto della cultura giuridica *complessiva* che la comunità, anche — ma solo anche — attraverso la Costituzione esprime). L'apparente somiglianza delle due posizioni (o *insiemi* di posizioni) non deve però ingannare¹²⁵.

Sono proprio i valori a cui è ispirato e tende il diritto canonico a renderlo effettivamente comparabile, agli altri ordinamenti processuali: alla *acribia* e lentezza del giudizio, privilegia l'elasticità del procedere in cui si possano cogliere i presupposti giuridici che avallano il processo: «il principio del contraddittorio, dell'alterità del soggetto giudicante, della pubblicità delle forme, di un pregnante diritto alla difesa»¹²⁶.

5. Quale garanzia?

La formula del giusto processo dà espressione all'esigenza di coordinare sistematicamente tra loro le diverse garanzie afferenti al processo e di rendere omogenee ed interdipendenti le loro concretizzazioni applicative. In questo senso la norma [l'art. 111 Cost.] contiene una fondamentale indicazione di metodo: le garanzie costituzionali del processo hanno bisogno di un'interpretazione e ricostruzione che non si limiti ad analizzarle come entità a se stanti, da scomporre e da ricomporre di volta in volta nei rispettivi elementi testuali, ma sappia coglierne il significato *relazionale* entro una serie di collegamenti e di interdipendenze funzionali¹²⁷.

Anche nella Chiesa sussiste l'esigenza che lo *ius* venga unitariamente inteso: è indiscussa l'attività della giurisprudenza poiché l'individua-

propugniamo la razionalità, l'esigenza di porre, secondo esperienza, dunque nel fluire della storia, regole adeguate ai bisogni dell'uomo. Al sommo poniamo il valore che, pur fra negazioni e contrasti, emerge nella storia con carattere di necessità ed assolutezza: la persona umana. [...] A tale valore — fondante: la mente corre, innanzitutto all'art. 2 della Costituzione — corrispondono, a mio avviso, quelli prevalenti e stabili del processo; ne sono epifanie, storiche e positive»: E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 10-11. Considerazioni approfondite sul *necessario elemento oggettivo* si possono rinvenire in G. GHIRLANDA, «Significato teologico-ecclesiale», 259-260.

¹²⁵ F. PIZZETTI, «L'ordinamento costituzionale», 58.

¹²⁶ R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti*, 123.

¹²⁷ N. TROCKER, «Il valore costituzionale», 49.

zione e l'applicazione della norma, che concretizzano l'ordinamento, rappresentano il tempo di un processo unitario nel quale consiste la via del diritto¹²⁸. È competenza dell'azione l'eminente funzione di vera «*Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*»¹²⁹: tale diritto spetta al fine di ottenere tutela giurisdizionale, salvo lo scopo stesso del sistema processuale canonico di assicurare la piena *communio* tra i fedeli¹³⁰. Il diritto fu formalizzato nel can. 1646 del CIC'17 ed è ora riportato nel can. 1476 che riconosce il diritto processuale nell'ordinamento della Chiesa. Tale norma non è l'unica a garanzia della situazione giuridico-soggettiva in discorso: la disposizione specifica sull'azione spettante ai fedeli lesi nel loro diritto è il can. 221 § 1. Riconosce ad ogni fedele la capacità soggettiva di essere parte in un processo, cioè la facoltà di agire e difendersi.

La *moderazione* del can. 223 subordina poi ogni realizzazione e rivendicazione «ad aedificationem communionis ecclesialis», diventando il parametro «ut tueatur quidem hoc summum bonum pro vita Ecclesiae, auctoritas ecclesiastica officio et iure gaudet ad exercitium singulorum iurium moderandum»¹³¹.

Mentre per l'ordinamento giuridico secolare la società complessa ha costretto il fenomeno giuridico ad acquisire una più sensibile capacità ad ascoltare e percepire le voci ed i segni in continua trasformazione nella società, nell'ordinamento ecclesiale, ispirato a principi di pastoralità e di equità, l'attività dell'operatore giuridico presenta da sempre i profili propri del mediatore di tensioni e conflitti. Nel momento in cui gli ordinamenti giuridici contemporanei, tra cui questo della Chiesa, sono stati costretti a misurarsi con realtà sempre più complesse, la concezione puramente riduttiva (non dialogica) dell'attività giurisprudenziale od amministrativa ha progressivamente ceduto il passo ad una nozione creativo-valutativa, (dialogica) rispetto all'oggetto del conoscere e dell'operare giurisprudenziale¹³².

¹²⁸ Cf. P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, 27-33.

¹²⁹ CELSO, D. 44, 7, 51.

¹³⁰ Cf. R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti*, 13-23. Vedi anche J. BEYER, «La *communio*», 79-85.

¹³¹ G. GHIRLANDA, «De Obligationibus», 373-374.

¹³² R. MAZZOLA, «Il diritto vivente», 319.

CAPITOLO II

Evoluzione storica

1. Premesse

Per una giusta comprensione ed interpretazione il CIC, «oltre che al Concilio Vaticano II, avrà sempre bisogno del ricorso al Codice Pio-Benedettino e a tutta la ricca tradizione canonistica della Chiesa, specialmente a quello che giustamente è chiamato *ius classicum*»¹. Questa fu la considerazione del Pro-Presidente della Commissione Pontificia per la Revisione in occasione della presentazione del CIC, «ultimo documento conciliare [...] primo a inserire tutto il Concilio in tutta la vita»², secondo l'espressione e i desideri pontifici, da Giovanni XXIII a Giovanni Paolo II.

Il diritto processuale trova posto nel CIC all'ultimo libro, non però il meno importante proprio a causa della sua funzione in un certo qual modo regolatrice delle norme. Il *De Processibus* infatti ha ragion d'essere in quanto un ordinamento giuridico è costituito per la protezione delle prerogative dell'essere umano ad una esistenza dignitosa e tranquilla³. Infatti il diritto formale a servizio del diritto sostantivo, «al

¹ R.J. Castillo Lara, «Disc.», 19.

² GIOVANNI PAOLO II, «All. ai partecipanti», 128.

³ Art. 2, Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Cf. F.G. MORRISEY, «Les éléments», 240-241: «Le droit processuel de l'Eglise n'a, en réalité, qu'un seul but: la protection des droits des fidèles du Christ. [...] La société civile ne suit pas toujours le même droit processuel. L'Eglise, en tant que société différente des autres, a le devoir de protéger non seulement les droits temporels de ses membres, mais aussi surtout, leurs droits spirituels. Elle n'est pas tenue d'adopter une forme spécifique de droit à l'encontre d'une autre, mais elle peut

servizio della verità da scoprire nel rispetto del diritto di difesa delle parti, che non è un'utopia, né un bene esclusivo delle parti, bensì un bene del processo stesso in funzione della verità da accertare ai fini della giustizia»⁴.

Già nello schema della LEF (testo rivisto del 1973)⁵, i can. 3 e 22 davano al fedele il diritto di adire i tribunali ecclesiastici competenti. Il loro ruolo è quello di riconoscere i diritti esistenti, ovvero di dichiarare la verità dei fatti; attività diversa da quella che *regola il conflitto*, caratteristica del modello di processo dove «la decisione non è tanto una descrizione del vero stato delle cose, quanto una decisione che risolve la discussione tra le parti [...] l'autonomia dell'individuo ne è la priorità principale, e di conseguenza pone limiti precisi alla ricerca della verità»⁶.

Apriamo così la considerazione dei modelli di sviluppo degli ordinamenti in genere, nella prospettiva di individuare la logica di fondo con la quale si sono configurati e alla quale aderiscono quello canonico e quello statale italiano; simmetria che vuole informare il costrutto normativo da essi prodotto: l'amministrazione della giustizia

nelle sue varie forme, è direttamente connessa all'organizzazione del potere — in particolare a quella del potere giudiziario — alle sue forme e ai suoi scopi. È a questi livelli, e più propriamente all'intersezione di questi livelli, che si colloca la possibilità di costruire modelli dotati di rilevante potenzialità classificatoria ed esplicativa⁷.

Si affaccia così l'annosa questione, vivace nella cultura moderna, circa la possibilità di fondare razionalmente giudizi di valore sullo statuto della scienza giuridica, descrizione del diritto condotta con metodo scientifico. Nel dibattito, l'elaborazione dottrinale italiana è rimasta ai margini poiché, nonostante importanti contributi, è assente una tradizione di studi metodologici. Invece, «rubando un modo idiomatico ai tedeschi, si può dire che ormai anche i passeri fischiano dai tetti contro il postulato positivistico della neutralità assiologica della scienza»⁸. È necessario un metodo sistematico attraverso il quale si operi

— et même, elle doit — choisir ce qui peut donner la plus grande protection possible aux fidèles».

⁴ E. FIORE, «*Legis plenitudo amoris*», 305.

⁵ PCCICR, *Schema LEF. Textus Emendatus*.

⁶ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 212-213.

⁷ M. TARUFFO, «Introduzione», 11.

⁸ L. MENGONI, «Ancora sul metodo», 322. L'Autore riassume il dibattito in questi termini: «È una scienza puramente formale, priva di tensione ai contenuti, che si

alle fonti di entrambi gli ordinamenti in oggetto per distinguere la specificità di ciascuno, nonché gli anelli di congiunzione (sia storici che metodologici) sui quali instaurare il confronto.

Il pensiero sistematico svolge un ruolo essenziale nel contesto della ricerca del diritto. Anzitutto i concetti sistematici hanno una funzione regolativa dell'interpretazione ai fini dell'applicazione della legge ai casi previsti [...]. L'analisi del contenuto teoretico delle norme giuridiche non può avvenire se non sotto la guida delle categorie sistematiche, il collegamento all'una o all'altra delle quali, per successive approssimazioni, conduce alla comprensione del testo come parte organica di una totalità e allarga l'orizzonte ermeneutico fornendo un punto di attacco per intendere più esattamente la norma mediante congrue integrazioni o limitazioni o estensioni di senso⁹.

Ci avvarremo dello schema utilizzato da Mirjan Damaška nel suo libro *I volti della giustizia e del potere*, dove adotta un esame dei fenomeni processuali non formalistico, praticato cioè sull'astratta disciplina del singolo istituto o processo, bensì diretto ad individuarne il funzionamento concreto. L'obiettivo è infatti «mostrare come certe concezioni degli scopi e della forma dello Stato giustifichino o richiedano specifiche combinazioni di forme di processo, in modo da fornire mezzi per elaborare modelli riconoscibili di istituti processuali»¹⁰. Intendiamo così eludere lo stallo della dogmatica giuridica (per la quale le norme sono oggetto privilegiato e irrinunciabile, punto di partenza della elaborazione dei suoi concetti, veri e propri dogmi) che vaglia le soluzioni solo dal versante della razionalità formale nel sistema — governata dal principio logico di non contraddizione — e filtrando in esso le informazioni idonee a individuare le circostanze da ricondurre ai preconcetti astratti della scienza giuridica. Parafrasando un pensiero di Morin, vogliamo dire che condizione della prevalenza di un diritto è «aprire il campo alla teoria dei sistemi e al pensiero della complessità»¹¹.

L'assoggettamento del diritto positivo a istanze assiologiche di controllo rende urgente un chiarimento del rapporto concettuale tra la legge e i giudizi di valore socialmente riconosciuti. Il problema investe il metodo giuridico sia nel campo dell'ermeneutica, sia nel campo della dogmatica. Nel primo occorre acquisire una metodologia che garantisca le condizioni formali

limita a conoscere le norme di un determinato diritto positivo e a ordinarle secondo le loro connessioni sistematiche, o è una scienza che include anche un'attività valutativa?»: *Ibid.*, 320.

⁹ L. MENGONI, «Ancora sul metodo», 333.

¹⁰ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 46.

¹¹ A. ANDRONICO, «Un nuovo genere», 96. Cf. E. MORIN, *Introduzione*, 11-12.

di razionalità delle scelte dell'interprete [...]. Nel campo della dogmatica occorre adeguare le strutture concettuali del sistema ai valori ancorati nella legge fondamentale, e ciò postula un sistema aperto all'integrazione di nuove premesse di decisione [...]. Non i valori per sé considerati, bensì i concetti giuridici strumentali alla loro realizzazione possono essere ridotti a sistema¹².

E tra questi ultimi, appunto, il contraddittorio.

2. I diversi sistemi giuridici

2.1 *Le radici comuni*

La distinzione manualistica contrappone i sistemi cosiddetti *adversarial* a quelli inquisitori: il riferimento conserva validità in quanto, sebbene oggi si abbiano solamente processi di tipo misto, lì si tenga in considerazione «come modelli di organicità in sede logica o come criteri di politica criminale in sede legislativa o come metri di valutazione in sede positiva, oltretutto, naturalmente, come dati di ordine storico»¹³.

Il sistema *adversarial* affonda le radici nella forma processuale rinvenibile presso le repubbliche elleniche e l'ultimo periodo della repubblica romana. Esso combina principi generali quali la necessità di un'accusa introdotta e sostenuta da soggetto diverso dal giudice; la pubblicità dell'intero procedimento; la sua oralità; la parità assoluta delle armi tra attore e convenuto; l'esclusione dell'attività di collezionamento delle prove *ex officio* e la loro produzione soltanto ad opera delle parti; la libertà personale dell'imputato fino alla sentenza definitiva¹⁴.

Il modello processuale *adversarial* ha la forma di una contesa o una disputa: si configura come una lotta tra due avversari di fronte ad un arbitro relativamente passivo, il cui principale dovere consiste nel raggiungere un verdetto. Il modello *non-adversary* è invece strutturato come un'indagine ufficiale. Nel primo modello l'iniziativa ufficiale spetta per lo più alle parti;

¹² L. MENGONI, «Ancora sul metodo», 338-339.

¹³ EDG, «Sistema accusatorio e sistema inquisitorio», 1115. Preferiamo utilizzare il termine *adversarial* perché la definizione di *accusatorio* emerge angusta e inadeguata, troppo suggestiva. Teniamo inoltre nella debita considerazione il fatto che la dizione *inquisitorio* porta con sé un alone deteriore: viene infatti associata ai duri processi penali dell'*Ancien Régime*, nonché confusa con quelli dell'Inquisizione. Cf. F.M. A. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, VI, 127-132.

¹⁴ ANTONINO IMPERATORE, «Cost. De Proximis», 1, 12, § 4: «In controversiis, quas in iudicio movere contingit, aequalitatem litigatoribus volumus servari».

nel secondo è l'organo pubblico a compiere la maggior parte delle attività¹⁵.

Lo schema *non-adversary* del resto, appare genuino nelle caratteristiche di quello attuato sotto Diocleziano e gli imperatori d'Oriente, nonché in certe epoche del diritto canonico. Esso prevede intervento d'ufficio del giudice, segretezza della trattazione anche nei confronti dello stesso incriminato, «fascicolazione» completa del procedimento¹⁶, nessun diritto all'imputato e completa gestione dei poteri al giudice-accusatore, piena libertà di quest'ultimo nella selezione delle prove e conseguente assenza di prerogative all'accusato nel promuoverne la raccolta, limitazione che dava luogo finanche alla possibilità della misura di custodia preventiva del giudicato¹⁷. La vera analisi, dunque, si enuclea attorno al fondamento della «dicotomia tra contesa ed indagine, tra poteri del giudice e di parte»¹⁸, nonché su analoghi principi strutturali del processo: l'ideologia dominante nello Stato circa il suo stesso ruolo influenza le concezioni degli scopi della giustizia, indubbiamente rilevanti nella scelta delle forme processuali mutevoli.

Nella cultura giuridica canonica, si rinviene un embrionale schema processuale già nel vangelo di Matteo (Mt 18,15-17), brano in cui è possibile individuare

un attore (colui che ha subito il torto), un convenuto (colui che ha commesso la colpa), dei testimoni, un'accusa formale davanti ad un organismo superiore ed imparziale rispetto ai due contendenti [...] e l'attribuzione a questo organismo di un potere di giudizio e di condanna a cui si è tenuti a sottostare [...] il potere di rendere giustizia rientra in quella più ampia sfera di attribuzioni di cui Gesù ha voluto dotare la sua Chiesa, per consentirle di edificarsi, di durare nel tempo e di adempiere la sua specifica missione¹⁹.

Il processo di strutturazione giudiziaria proseguì finché, nel 331, l'imperatore Costantino stabilì che la giurisdizione attuata dai vescovi fosse valida anche per lo Stato. Da ciò, il passo ad una competenza completamente concentrata nelle mani delle curie diocesane fu breve.

¹⁵ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 30-31.

¹⁶ Già nel XVI-XVII secolo, i giudici «si abituarono a decidere sulla base di un'ordinata documentazione che faceva da schermo al disordine della situazione reale ed alle sfumature personali, facilmente destinate a rallentare l'attività decisionale. Come sosteneva una massima burocratica del tempo, *quod non est in actis non est in mundo*»: M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 75.

¹⁷ Cf. EDG, «Sistema accusatorio e sistema inquisitorio», 1115.

¹⁸ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 34.

¹⁹ P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, 7-8.

Significativamente in questi primi secoli la procedura adottata compete ad un tribunale collegiale clericale (vescovo, sacerdoti, diaconi), con accusatore ed accusato presenti insieme (interrogati uno di fronte all'altro) per realizzare il contraddittorio ed era consecutiva ad accurata indagine preliminare sull'imputato e sulle ragioni che lo avevano condotto in aula²⁰. Con l'avvento delle popolazioni del Nord-Est europeo, il diritto germanico si sovrappose al sedimentato diritto romano: «il processo veniva rivolto, più che a decidere, a dirimere le controversie, facendone dipendere la soluzione, non dalla convinzione del giudice, ma, per lo più, dal risultato di solenni esperimenti in cui si ravvisava la manifestazione di un ente superiore ed imparziale, la divinità»²¹.

In questo periodo nell'*orbe terrarum* europeo, tranne piccole eccezioni come la Scandinavia e parte del continente orientale, vige l'influenza della giurisdizione ecclesiastica la quale, peraltro, ricorse poco a poco ad elementi sempre più cospicui presenti nel Codice di Giustiniano e nelle Novelle.

Nel tardo XII secolo si fu testimoni di una esplosione di burocratizzazione, con un'importanza crescente del movimento di unificazione all'interno della Chiesa cattolica: in ambito processuale, la mutazione si rivolse sempre più all'ufficiale e *impersonale*, il meno possibile partecipato e collaborativo e si cominciò ad obbligare il giudice a tener

²⁰ Cf. W. PLÖCHL, *Storia del diritto canonico*, 89-93. Vedi anche PAOLO VI, All. ad *RR Praelatos Auditores*, 8 feb. 1973, 100: «Questo potere fu esercitato dagli Apostoli, e i loro successori hanno continuato tale missione. Seguendo il consiglio dell'Apostolo delle Genti, essi hanno giudicato anche le cause civili per farvi prevalere il diritto temperato della carità».

²¹ F.U. DI BLASI, «Difesa», 615. Cf. anche C. LEFEBVRE, «Evoluzione del processo», 26: «con l'intervento dei barbari appaiono nuovi elementi. Prima di tutto può intervenire una così detta *purgatio canonica* [...]. Contro l'accusatore il reo oppone una negazione formale appoggiata su un giuramento, e può ricorrere a coiuratori per manifestare non la propria innocenza ma la sua credibilità, e questi coiuratori prestano anche il loro proprio giuramento, e, se non riesce, è da fare ricorso alle così dette ordaie o combattimenti secondo gli usi del tempo. La Chiesa intervenne allora per determinare il numero dei *compurgatori*: tre, quattro, cinque, ... o ancora di più, esigendo che questi siano gente perbene, conoscenti ottimamente il reo e dello stesso genere, cioè chierici. [...] Il carattere rudimentale di questi processi, in specie il difetto di garanzie per le parti, induce poco a poco la Chiesa a ricorrere a elementi esistenti nel Codice di Giustiniano e nelle Novelle, dopo la richiesta dell'attore al giudice ed una citazione: la litiscontestazione fra le due parti, la produzione delle prove soprattutto testimoniali e poi per titoli e per interrogazione dei testi, in fine la sentenza, dalla quale si può fare appello o supplica all'imperatore».

separate le conoscenze acquisite come persona (*ut homo*) da quelle acquisite in ragione del suo ufficio (*ut iudex*)²².

I criteri di decisione si dovevano rinvenire nei testi sparsi del diritto canonico, come decreti conciliari o bolle papali, e in certa misura anche nella compilazione del diritto romano redatta nel sesto secolo dall'imperatore bizantino Giustiniano. Specialmente importante ai nostri fini è l'atteggiamento che si delineò nei confronti di questi testi. Naturalmente essi, appartenendo a diversi periodi e situazioni sociali ed essendo ispirati a visioni del mondo e a politiche sociali differenti, il più delle volte erano fortemente discordanti. [...] Maturò quindi l'opinione che la ricerca della giusta soluzione dovesse affidarsi all'analisi del testo ed alla penetrazione logica del suo significato²³.

Tale il metodo introdotto dal monaco Graziano, sistema che si manifesta come un prolungamento dei criteri di pensiero teologico della scolastica: Graziano sembra mostrare attitudine aperta, colloquiale e attenta, di integrazione verso lo *ius civile*. Infatti dalla diffusione della *Concordia* si instaura una certa simbiosi tra le scienze canonica e secolare e si solidifica il cosiddetto processo *ordine iuris servato*, comunemente detto processo romano-canonico²⁴. La sua struttura essenziale è attuale nell'ordinamento ecclesiale: «la presentazione al giudice di un ricorso introduttivo (*libello*), la citazione delle parti in giudizio per addivenire alla *litis contestatio*, la raccolta delle prove, le difese degli avvocati e la sentenza del giudice»²⁵.

²² Cf. K.W. NÖRR, *Zur Stellung*, 43.71.

²³ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 71.

²⁴ Per una visione completa sull'opera ermeneutico-metodologica di Graziano, cf. A. WINROTH, *The Making of Gratian*. La riorganizzazione scolastica del diritto fu poi particolarmente influente nel campo della procedura, in cui l'immaginazione giuridica era molto meno imprigionata dai testi assai stimati dell'antichità di quanto non lo fosse il diritto sostanziale: cf. H. BERMAN, *Law and Revolution*, 120-185.

²⁵ P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, 12. «Il processo iniziava da un libello ed una citazione scritta con determinazione dei termini; dopo viene una litiscontestazione con indicazione del luogo e della data, nonché delle eccezioni che possono essere fatte. Graziano indica poi la prova, menzione della quale è da fare per iscritto: prima di tutto il giuramento sotto forma determinata, e soprattutto la prova testimoniale con definizione delle regole di capacità e di credibilità dei testi; il caso di notorietà è brevemente trattato con gli argomenti possibili. Quanto alla sentenza, questa deve essere breve, e non condizionata; Graziano ammette che può essere emendata; infine esiste l'*auctoritas rei iudicatae*. Quanto ai ricorsi, Graziano sottolinea in primo luogo l'appello entro dieci giorni, eccettuata la facoltà di ricorrere alla Santa Sede. La *restitutio in integrum* è possibile in alcuni casi per la riparazione di un danno causato dalla procedura»: C. LEFEBVRE, «Evoluzione del processo», 27.

2.2 Diritto «attivo» e diritto «reattivo»

Dal retaggio comune si dipartirono le due grandi ramificazioni del diritto continentale europeo (*Civil Law*) e di quello anglosassone (*Common Law*)²⁶: col primo si osserva la tendenza della scienza giuridica a fornire schemi di categorie per «esemplificare ed organizzare le norme consuetudinarie», allo scopo di pervenire ai principi unificatori che produssero successivamente le grandi sistematiche dei codici continentali. Comune era infatti «l'opinione che la società fosse governata da pochi principi inalterabili, da cui potevano dedursi norme chiare, capaci di rendere il diritto facilmente conoscibile»²⁷.

Tutta la società appare propensa alla posizione dirigistica dello Stato e lo autorizza ad attuare, anche imponendole, le sue particolari visioni di bene: il dato storico situa l'origine delle codificazioni moderne nelle burocrazie centralizzate del XVI-XVII secolo, nonché nella professionalizzazione dei funzionari giudiziari, nel momento in cui il ruolo del loro potere si limita all'applicazione delle norme e la forza della pronuncia deriva essenzialmente dalle argomentazioni e dalle prove di ragione (*tantum valet quantum ratio probat*)²⁸. Questo tipo di struttura gerarchica è peculiare di uno Stato denominato attivo, il cui diritto è orientato all'attuazione delle scelte politiche del medesimo che mirano alla realizzazione «di una teoria globale delle condizioni di vita ottimali [...]». La sua missione postula la capacità intellettuale di distinguere finalità degne di essere perseguite e di formulare correttamente direttive idonee al loro conseguimento»²⁹. Dallo Stato *attivo* scaturisce il diritto *attivo*, ne esprime pienamente i valori e, pur essendo imperativo, non lo è mai in modo tale da trasformarsi in ostacolo alla realizzazione dei

²⁶ «L'espressione *Common Law* può avere diversi significati. Può essere utilizzato genericamente per designare l'insieme dei sistemi giuridici anglo-americani, oppure per indicare strettamente il diritto creato dalle corti inglesi di *Common Law*, distinguendolo dalle creazioni di altri tribunali reali (*equity, law merchant*), o da ciò che nell'ambito continentale si intende per legge scritta (*statutory law*)»: J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Diritto canonico», 229.

²⁷ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 78. «Le stesse norme del diritto romano e civile subirono nel corso del tempo profonde modificazioni non solo per l'influsso di altre culture e legislazioni, ma anche e, forse, soprattutto per l'animazione che ne fece la dottrina cristiana, mediante quel fenomeno interessantissimo del *diritto comune*, che tanto influsso ha poi avuto nelle successive legislazioni canoniche e civili, fino ai codici dei tempi moderni, nella formulazione dei diritti dell'uomo, oggi universalmente proclamati»: PAOLO VI, All. ad *RR Praelatos Auditores*, 28 gen. 1971, 139-140.

²⁸ Cf. M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 75-83.

²⁹ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 147-148.

programmi politici: lo stesso cittadino «non gode di diritti attribuitigli in virtù del suo essere un fine in sé. Nessun diritto è assoluto o astratto nel senso che il suo esercizio possa prescindere dal suo impatto più ampio»³⁰. Conseguentemente

Il vero obbiettivo del processo [di uno Stato attivo] è applicare la legge nel contesto di circostanze contingenti: si deve stabilire se esistono condizioni tali da richiedere un'iniziativa ufficiale e in tal caso si devono scegliere le misure più adatte a promuovere gli interessi dello Stato. Sicché il diritto attivo rispecchia gli orientamenti dello Stato, si può dire che lo scopo ultimo della giustizia attiva è l'attuazione degli orientamenti politici dello Stato nei casi portati davanti al giudice³¹.

Nel considerare l'altro archetipo di processo, orientato alla risoluzione di conflitti e tipico del sistema anglosassone, prendiamo atto del fatto che i re Normanni, fin dal XII secolo, affidarono importanti funzioni di governo alle mani della nobiltà locale, affrancandosi da un regolare controllo superiore, tipico invece del sistema continentale. L'attività di giurisdizione si venne così ad identificare «nel processo di collegamento della legge ai fatti accertati, e l'accurata determinazione del fatto (*ventilatio veritatis*) divenne un aspetto indispensabile della funzione del giudice (*officium iudicis*)»³². Veri e propri organi decisori erano laici, giurati per lo più e l'unità necessaria veniva mantenuta attraverso un piccolo gruppo di giudici regi, impegnati regolarmente in consultazioni informali e in scambi di vedute, mentre l'eventuale disaccordo tra corti veniva risolto in stile paritario: le decisioni scorrette non

³⁰ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 151. Sull'origine moderna della nozione di diritto soggettivo, cf. M. VILLEY, «La Genèse du droit», 140-177.

³¹ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 157. Vedi anche, in versione critica, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, 268: «L'*ethos* dei diritti dell'uomo splende nelle solenni Dichiarazioni che restano quasi dappertutto, lettera morta: la volontà di potenza ha dominato e continua a dominare il corso della storia [...]. Democrazia e Stato di diritto fondato sulla certezza delle norme e sulla garanzia della controllabilità della formazione e dell'applicazione del diritto costituiscono, questi sì, valori preziosi di *unificazione* e di *civiltà giuridica*».

³² M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 84. «The Framers said little about confrontation when they adopted the Bill of Rights, but they were not writing on a blank slate. They were aware of history of struggle to resist inquisitorial procedures in English courts, and they were anxious to preserve for themselves the adversarial system of trial that their English ancestors had won from the Crown. The struggle began two centuries before the time of the American Constitution. The practice of live testimony, *viva voce*, by witnesses at an open trial in the presence of the accused was widespread in early English common-law courts and was a distinguishing, and treasured, feature of the English system»: J.G. DOUGLASS, «Beyond Admissibility», 234.

erano direttamente annullate, ma ne sortiva in maniera riservata un impedimento all'esecuzione attraverso provvedimenti inibitori. La giusti-zia anglosassone teneva infatti in alta considerazione due voci, da armonizzare e disciplinare: la *Common Law* e l'*equity*³³. Ovviamente, il ricorso continuo all'*equity* dei valori morali o dell'atmosfera personalistica che ne veniva determinata e la conseguente duttilità dei mezzi di tutela, fanno presupporre una decisione non tecnica:

la *Common Law* potrebbe essere collegata al lento processo di graduale accumulazione d'esperienza e alla consuetudine che sorge spontaneamente dalle circostanze sociali, piuttosto che al rispetto di rigide regole tecniche. Ed è questa apertura alle valutazioni correnti nella comunità che può ben essere più profondamente radicata o più tipica, nella cultura giuridica anglo-americana, di quanto non siano il più appariscente arabesco degli atti di causa o le ricercate sottigliezze delle regole di prova. [...] Gli aspetti tecnici della *Common Law* erano profondamente immersi nel pragmatismo del processo e sensibili ai particolari specifici dei casi³⁴.

Fonti di tale diritto *paritario* sono la ragione, l'equità, il diritto naturale, i costumi e la dottrina giuridica poiché il sottile reticolato di direttive tecniche non contrasta l'influenza nel processo di criteri di giustizia sostanziale, la cui infiltrazione non impedisce siano attribuiti vasti poteri ai funzionari: il funzionamento del processo dipenderà abbondantemente dal modo in cui li eserciteranno³⁵. Il dibattito si eleva a fulcro dell'intero processo che si svolge di preferenza senza interruzioni; la sua preparazione è demandata alle parti in causa che presentano anche le prove di fronte al giudice; non ci sono momenti separati da una grande distanza di tempo e ne consegue la non necessità del fascicolo; le dichiarazioni rese da un teste in dibattimento non possono essere confrontate con sue affermazioni precedenti, anche verbalizzate: il processo paritario sviluppa quindi mezzi ottimizzati per mettere alla prova i testimoni nel momento in cui depongono dinnanzi al giudice,

³³ Cf. M. HALE, *The History*, 251-252. Cf. anche F.G. MORRISEY, «Canon Law», 185: «For one of the fundamental characteristics of the common law system is its reliance on *equity*, the spirit and the habit of fairness, justness, and right dealing which regulates the relationships of people with each other. It is grounded in the precepts of conscience, not in any sanction of positive law. For the Anglo-Saxon [...] this is translated into what we generally call *fair play* and it constitutes, as it were, the ultimate test of the true legality of an action».

³⁴ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 90. Cf. anche G. LESAGE, *The Spirit*, 80-86.

³⁵ Cf. F.G. MORRISEY, «Les éléments», 246-249.

giocando sapientemente sulle potenzialità del contraddittorio e dell'esame incrociato (la caratteristica *cross-examination*)³⁶.

Lo Stato, in questo caso *reattivo*, ha l'unico compito di predisporre strutture adeguate nell'ambito delle quali i cittadini possano perseguire i loro scopi: «proteggere l'ordine e costituire un foro per la risoluzione dei conflitti che non possono essere appianati dai cittadini stessi»³⁷.

2.3 Conclusioni

La carrellata storico-sistematica delle caratteristiche sostanziali dei due grandi parametri normativi considerati, fornisce solo un colpo d'occhio sulle ampie «oscillazioni, negli Stati odierni, tra impulsi manageriali e restrittivi, e così suggerisce la possibilità di combinazioni o commistioni di istituti processuali adatti alle due opposte esigenze di governo»³⁸.

Questione cardine diviene allora la variabilità, all'interno dei sistemi, tra un'organizzazione gerarchica del potere, associata a precise caratteristiche processuali (la successione ordinata di fasi, l'affidamento alla documentazione, la propensione al monopolio statale dell'attività giudiziaria) e una paritaria (in relazione con la disponibilità temporale del processo, l'inclinazione all'oralità della testimonianza, la tendenza a delegare l'attività giudiziaria a personale privo di potere). Infatti uno Stato reattivo «non esita a porre l'imparzialità del processo al di sopra dell'esattezza del risultato» e, nel suo risolvere i conflitti, non ha spazio «per istituti processuali che espongano l'organo giudicante a materiale che non sia stato previamente strutturato dall'iterazione delle parti», durante il dibattimento in contraddittorio. Viceversa, nello Stato attivo la procedura è funzionale al diritto sostanziale e ci si aspetta di preferenza il raggiungimento di un risultato accurato, poiché «l'immagine di un organo giudicante *giusto* piuttosto che *imparziale* esprime l'ideale

³⁶ «In essence, the Confrontation Clause creates a right to an adversarial process: a right to see, hear, and test prosecution witnesses through cross-examination and live scrutiny by a jury»: J.G. DOUGLASS, «Beyond Admissibility», 198.

³⁷ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 136.

³⁸ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 164. Si ricorda che «nel modello inquisitorio si trovano aspetti quali la magistratura di carriera, la preferenza per norme rigide, e il far capo a documenti pubblici; mentre nel modello *adversarial* si hanno giurie come organi decisionali, discrezionalità nella decisione, ed affidamento sulla prova orale [...] i criteri di inclusione delle caratteristiche dei modelli divengono numerosi e difficili da organizzare coerentemente: ogni tradizione abbraccia materie analiticamente distinte, attinenti alla struttura istituzionale, alla scelta delle forme processuali, o ad altri aspetti simili che possono coesistere in una tensione irrisolta»: *Ibid.*, 31.33.

del giudice nel processo volto all'attuazione di orientamenti dello Stato»: *audiatur et altera pars* sembra essere tutto ciò di cui abbisogna il processo contraddittorio europeo³⁹.

3. Lineamenti storici del contraddittorio

Asseriva un illustre processualista italiano che «l'esperienza ha dimostrato che le forme nel giudizio sono necessarie, come e a più forte ragione che in ogni altro rapporto sociale; la loro mancanza porta il disordine, la confusione e l'incertezza»⁴⁰: la certezza del diritto quindi è una delle sue stesse condizioni. Sulla base di queste considerazioni, affrontiamo l'evoluzione dei lineamenti del principio in tema secondo l'ormai acquisito schema di Le Bras, forti altresì del fatto che anche nell'ambito dei principi normativi, vale l'assioma per cui «Le dottrine che sono realmente assimilate portano con sé l'impronta di coloro che le hanno assimilate; mentre l'assenza di tale impronta indica che l'assimilazione è stata solo superficiale»⁴¹.

3.1 *La genesi della norma*

Da quando se ne ha notizia, il processo *giusto* si svolge alla presenza dell'imputato e dell'accusa, con l'intervento di almeno due testimoni; non vogliamo però risalire troppo in là nel tempo, dove peraltro le notizie rimangono costanti e concordi nei confronti di un contraddittorio necessario e doveroso, sia per la difesa dei diritti di proprietà, sia per la punizione dei crimini (cf. Dt 19,15-20; Gen 3,9)⁴².

Anche se la paremia *audiatur et altera pars* sembra essere di origine greca⁴³, il primo modello giuridico che assume importanza notevole per

³⁹ Cf. M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 232.281.233.

⁴⁰ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto*, 663.

⁴¹ B. LONERGAN, *Il metodo in teologia*, 318. Per la sistematica storica, cf. G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto*, 71-93.

⁴² Per approfondire l'evoluzione e l'etimologia della nozione di *difesa*, rinviando all'ampia trattazione operata da G. ERLEBACH, *La nullità*, 12-34.

⁴³ Cf. ARISTOFANE, «Vespe», 238: «Saggio davvero chi disse: non giudicate pria d'ascoltar le due parti». Nelle *XII Tavole*, I, 1, 1, si trova: «Si in ius vocat, ito. Ne it, antestamino: igitur em capito», che stabilisce l'obbligo coercitivo, alla citazione, di convenire in causa (cf. can. 1472). Sebbene già Seneca avesse scritto che «qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus fuerit» (*Medea*, 2, 199-200), uno studio di qualche anno fa, attribuisce tuttavia la massima allo Pseudo Focilide che, secondo la tarda antichità (VI secolo a.C.), redasse una serie di massime morali in 230 esametri (tra i quali, «prima di aver udito l'uno e l'altro, non dar sentenza sulla lor lite»). Focilide di Mileto conosceva l'Antico Testamento ed era con

la nostra ricerca è il diritto romano: nato quale diritto consuetudinario della città di Roma, sviluppò via via maggior attenzione al dato giuridico, fino ad essere selezionato e composto dall'imperatore Giustiniano nel *Corpus Iuris Civilis*, articolato in Istituzioni, Digesto, Codice, cui furono poi aggiunte le Novelle. Ora, se nell'antica Roma la legittimazione della regola giuridica proveniva innanzitutto dall'origine consuetudinaria (la quale, ove sussiste, è avvallo a se stessa per la convinzione che non potrebbe essere diversa), agli inizi del secondo millennio, il diritto insegnato nelle università europee era invece fondato sull'interpretazione proprio del *Corpus Iuris* giustiniano: non è più diritto romano, bensì *ius commune*, prodotto dall'elaborazione di materia romanistica, principi di diritto naturale, norme canonistiche⁴⁴.

L'influenza del diritto canonico fu [altrettanto] decisiva nel campo del diritto processuale. [...] Essendo il processo concepito fondamentalmente come una situazione di contraddittorio o di lotta processuale tra le parti, il diritto canonico, anche se elabora un sistema che definisce le regole di tale lotta, si mostra più favorevole all'idea di pace tra le parti⁴⁵.

Certamente il processo e il suo andamento subirono l'influsso della cultura vigente circa l'ordine e il peso delle prove: in una società quale

ogni probabilità un giudeo ellenizzato. Cf. F. CANCELLI, *Note*, 381. Vedi anche G. PERROTTA, *Storia della letteratura*, 67.

⁴⁴ Cf. R. SACCO, «I grandi sistemi giuridici», 1267-1268. È stato rilevato che «Storicamente i Romani Pontefici, forse per motivazioni attinenti alla situazione del tempo, davano grande e pressoché esclusiva importanza alla docenza con il fatto che la promulgazione delle leggi nel periodo classico del diritto canonico, e praticamente fino alla Cost. ap. *Promulgandi* del Papa Pio X, avveniva appunto con la trasmissione ufficiale delle collezioni delle Decretali e di altre leggi alle Università. Limitandoci alle collezioni autentiche: la *Compilatio III Antiqua* è promulgata con la Bolla *Devotioni*, attraverso la trasmissione alla Scuola di Bologna, da Papa Innocenzo III, di cui contiene le Decretali; la *Compilatio V Antiqua*, allo stesso modo, da Papa Onorio III, con la Bolla *Novae Causarum*, del 2 mag. 1226. Le Decretali di Gregorio IX con la Bolla *Rex Pacificus*, 5 set. 1234, di Bonifacio VIII con la Bolla *Sacrosanctae Romanae Ecclesiae*, 3 mar. 1298, le *Clementinae* del Papa Giovanni XXII con la Bolla *Quondam nulla*, 25 ott. 1317, furono promulgate mediante la trasmissione alle Università di Bologna, Parigi e ad altre Università»: P.G. MARCUZZI, «Le forme», 63.

⁴⁵ P. LOMBARDIA, *Lezioni di Diritto canonico*, 54-55. Cf. X. 5, 1, 24: «Contra quos, ut de notoriis excessibus taceatur, etsi tribus modis possit procedi, per accusationem videlicet, denunciationem et inquisitionem ipsorum: ut tamen in omnibus diligens adhibeatur cautela, ne forte per leve compendium ad grave dispendium veniatur, sicut accusationem legitima debet praecedere inscriptio, sic et denunciationem caritativa monitio, et inquisitionem clamosa insinuatio praevenire, illo semper adhibito moderamine, ut iuxta formam iudicii sententiae quoque forma dictetur».

quella medievale, dove mezzi di prova erano i duelli e le ordalie e la sensibilità quella della disuguaglianza classista, l'aver fissato delle norme di valutazione per le prove era «da un lato, una sorta di codificazione delle disuguaglianze e di certi pregiudizi e superstizioni, ma rappresentava anche, dall'altro lato, una sorta di barriera contro gli eccessi ancora peggiori che sarebbero potuti derivare dall'arbitrio dei giudici di quell'epoca»⁴⁶. Si cominciava a diventar coscienti del fatto che la norma giuridica non esiste in astratto, bensì «in quelle formulazioni che le vengono attribuite dall'interpretazione che diventa così il fenomeno *fondante* – fondamentale del diritto»⁴⁷, concetto che d'altra parte rappresenta a tutt'oggi, come nel corso dei secoli, un problema non indifferente nell'ambito di entrambi gli ordinamenti.

Durante il XII secolo, il processo romano-canonico produsse tentativi notevoli per adeguare i meccanismi medievali di risoluzione dei conflitti alla struttura dell'autorità in evoluzione: eccetto che nei casi di *infamia*, l'iniziativa della controversia rimaneva nella facoltà esclusiva delle parti, che proponevano i capi di prova la cui assunzione però veniva concentrata *ex officio debito* nelle mani del funzionario professionista. L'interrogatorio dei testi divenne parte della funzione riservata al giudice: «l'amministrazione della giustizia finì per essere considerata una mansione eminentemente tecnica e professionale»⁴⁸. Era ritenuto inopportuno che le parti si scambiassero carte di rilevanza probatoria: per l'esibizione di un documento in causa, la parte doveva consegnarlo al giudice attraverso l'*editio*. Tutto doveva essere verbalizzato, non solo per il controllo dei costituiti, ma anche per conservare le informazioni al giudice di prima istanza e a quello di controllo. I documenti contenuti nel fascicolo erano «succinti e sintetizzati tutte le volte che è possibile, e posti in un ordine convenzionale per facilitarne la rapida consultazione. Si preferiscono brevi resoconti degli interrogatori alle trascrizioni complete»⁴⁹.

⁴⁶ M. CAPPELLETTI, «Ideologie», 7-8.

⁴⁷ B.E. FERME, «I principi interpretativi», 192. Vedi anche F. SUAREZ, *Commentaria*, 6, 1, 5: «Lex humana loquitur breviter et in generali, et in applicatione eius ad varios casus in particulari oriuntur frequenter dubia, propter quae iudicium prudentem, et declaratio doctrinalis necessaria est»; X. 5, 40, 6: «Intelligentia dictorum ex causis est assumenda dicendi, quia non sermoni res, sed rei est sermo subiectus».

⁴⁸ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 341. Cf. X. 5, 3, 31: «non per accusatores, sed per testes crimina comprobentur, multis nihilominus super hoc et rationibus et argumentis inductis».

⁴⁹ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 102. Cf. anche Clem. 5, 11, 2.

Si comprende allora che il contraddittorio assumesse lineamenti ben particolari: rarissimi i casi di confronto diretto, blande le possibilità di controbattere⁵⁰. L'impalcatura poggiava certamente più sul fatto che il giudice perseguisse effettivamente una giustizia sostanziale, possibilmente ad immagine della giustizia divina: «Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio»⁵¹. Le garanzie dei valori che guidavano la ricerca della verità erano concentrate nell'esaustività del fascicolo, nella gerarchizzazione e competenza dei funzionari, nel legalismo logico che badava piuttosto all'aderenza del processo alle regole racchiuse nella tradizione del *Corpus Iuris Civilis e Canonici*⁵².

Il perno della procedura medievale — il vero *ordo substantialis* — è rappresentato da quel complesso di regole che oggi riassumiamo nella formula *principio del contraddittorio* e che costituisce più propriamente una metodologia di ricerca della verità [...] tale metodologia si risolveva nell'*ars opponendi et respondendi*, in una regolamentazione del dialogo che assicurava reciprocità ed uguaglianza alle parti: *citatio* e *defensio* costituivano momenti di contraria informazione, giustificazione e confutazione.

⁵⁰ Tuttavia, già nella *Concordia* veniva sottolineata l'opportunità della presenza di entrambe le parti: instaurare un giudizio senza il confronto con l'accusato, «et divinae et humanae leges hoc prohibent» (C. 3, q. 8, can. 1). Graziano è assai preciso nella collezione di referti sulla necessità del contraddittorio: «Accusatori omnino non credi decernimus, qui absente adversario causam suggerit, ante utriusque partis iustam discussionem» (C. 3, q. 9, can. 1), estendendo la penalizzazione dell'invalidità alla sentenza pronunciata «absente eo, cuius causa ventilatur» (C. 3, q. 9, can. 2). L'accusa doveva realizzarsi *vivae vocis oraculo*, poiché «Non oportet quemquam iudicari vel dampnari prius, quam legitimos habeat presentes accusatores, locumque defendendi accipiat ad abluenda crimina» (C. 3, q. 9, can. 5). Inoltre, il can. 15 specifica: «Testes per quamcumque scripturam testimonium non proferant, sed presentes de his, que viderunt et noverunt, veraciter testimonium dicant» (C. 3, q. 9). Cf. anche: C. 3, q. 9, can. 8.11.13.

⁵¹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2 c.

⁵² «Il legalismo logico aspira ad una coerenza fondata su principi» ed è lo spirito di un processo con «struttura a più fasi successive, che si svolgono dinnanzi a funzionari legati in una catena di subordinazione. La decisione iniziale non è un momento molto importante, [...] Il fascicolo della causa è il centro nevralgico dell'intero processo, che integra i vari livelli di decisione. [...] Anche l'equazione tra attività processuale e attività posta sotto il diretto controllo dell'ufficio è una caratteristica tipica del processo gerarchico. La delega a soggetti esterni di qualsiasi atto del processo è inopportuna o addirittura incompatibile. L'iniziativa processuale privata è dunque per lo meno un ossimoro nel lessico dell'autorità gerarchica»: M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 110.111-112.

Il contraddittorio rappresentava lo strumento per la ricerca dialettica della verità probabile⁵³.

Già Benedetto XIV, per evitare abusi nell'amministrazione della giustizia, oltre a stabilire l'obbligo della doppia sentenza conforme per l'esecuzione di una dichiarazione di nullità, creò il *defensor vinculi*, ufficiale speciale in ogni tribunale che doveva intervenire sotto pena di nullità in tutti i processi matrimoniali. E così facendo ribadiva la necessità del contraddittorio da instaurarsi tra le parti in causa:

Defensoris [vinculi] persona, tanquam Pars necessaria, ad iudicii validitatem, et integritatem censeatur [...] quaecumque vero, eo non legitime citato aut intimato, in iudicio peracta fuerint, nulla, irrita, cassa declaramus, ac pro nullis, cassis ac irritis habere volumus, perinde, ac si citata, et intimata non esset ea Pars, cuius citari intererat, et quam, iuxta legum et canonum praescripta, ad legitimam iudicii validitatem, citari, aut intimari omnino necessarium erat⁵⁴.

3.2 Norma particolare e sistema giuridico

Il quadro mutò radicalmente con la Rivoluzione francese e le successive insurrezioni nazionali: si sviluppò l'accentramento statale e i caratteri gerarchici dell'apparato giudiziario rimasero gli stessi. Prevalse l'opinione che «l'amministrazione della giustizia costituisse una sfera di attività specialistica nella quale la vigorosa affermazione di posizioni non fondate su un'adeguata cultura equivaleva ad arroganza»⁵⁵. Ciò impose l'esaltazione delle norme astratte e la conseguente grande codificazione europea.

Anche nella Chiesa si tenne fede ai valori giuridici dello *ius commune*:

la connotazione pastorale della giustizia canonica e la funzione fondamentale che in essa svolge il principio dell'*equitas* non si pongono in contrasto con le formalità processuali, non comportano una drastica riduzione o addirittura un'abolizione di quella serie di adempimenti formali che, secondo una tradizione giuridica ormai secolare e generalizzata, compongono il processo⁵⁶.

Attualmente infatti, per entrambi gli ordinamenti canonico e italiano, la categoria di processo è contraddistinta dalla partecipazione degli interessati (quanti destinati a subire l'efficacia del provvedimento finale) all'*iter* procedimentale; in modo peculiare, la dialetticità della parte-

⁵³ N. PICARDI, «*Audiat et altera pars*», 145.

⁵⁴ BENEDETTO XIV, Cost. ap. *Dei Miseratione*, n. 7-8, 697.

⁵⁵ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 80.

⁵⁶ P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, 19-20.

cipazione che deve avvenire in contraddittorio, inteso questo quale «dire e contraddire, sul piede di simmetrica parità, in ordine a tutte le questioni, anche di rito, che il processo pone, e dei cui risultati — del contraddittorio, intendo — l'autore dell'atto finale non può non tenere conto»⁵⁷.

Effettivamente il cammino del processo è identificato con quello della giustizia: nel XVII secolo il sovrano detta legge sul processo,

il giudice diventa *homo burocraticus*; dirige il processo, ma secondo la disciplina data; e il contraddittorio, quando non è scalzato, perde molto della sua pregnanza: da una parte, s'insegna che il giudice può, procedendo con logica formale, arrivare alla verità anche in difetto del contributo di parte; dall'altra, il giudice sa di dover rispondere al sovrano⁵⁸.

Nello Stato di diritto vengono ribaditi alcuni valori transepocali, legati ad esigenze immemorabili e transnazionali: si vuole assicurare il contraddittorio nella sua interpretazione forte, dal punto di vista del diritto di difesa e degli scopi; si gerarchizzano i giudici per garantirne l'indipendenza; si ribadisce il valore della retorica e dei percorsi sillogistici. Perciò il contraddittorio si instaura con un atto preciso, tale da indicare in modo chiaro e compiuto il *thema disputandum*, inserendolo poi in una forma di comunicazione che raggiunga tutti gli interessati; ciascun contraddittore deve aver facoltà di allegare fatti o prove e di partecipare all'istruttoria, sempre in parità reciproca e simmetrica; inoltre, per connessione col diritto di difesa, ciascuno dei contraddittori può farsi assistere e rappresentare da un esperto; tutte le attività svolte devono essere documentate in fascicolo; la sentenza necessita di motivazione; si impone la regola della lealtà tra i contendenti⁵⁹.

3.3 Ricezione della norma

Alla struttura del processo sono dunque intrinseche ragione e sistematicità del conoscere e dell'agire, poiché «la voce processo sta ad indicare *un metodo per la formazione o per l'attuazione del diritto*, il quale mira a garantire la bontà del risultato, cioè tal regolamento del conflitto di interessi che ottenga realmente la pace e perciò sia *giusto e certo*»⁶⁰. Forti di tale concezione, alla fine del XIX secolo molti paesi europei adottarono leggi limitanti il controllo delle parti e potenzianti il

⁵⁷ E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 2-3.

⁵⁸ E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 7.

⁵⁹ Cf. E. FAZZALARI, *Istituzioni*, 310-311.

⁶⁰ F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, 3-4.

ruolo del giudice: «Se era necessario per giungere alla decisione *giusta*, il giudice fu ora tenuto ad intervenire nella formulazione delle questioni; poteva chiedere alle parti chiarimenti su quanto allegavano e volevano provare; poteva anche correggere alcune conseguenze della difesa difettosa delle parti»⁶¹. Ai giorni nostri si ha modo di osservare commistioni particolarmente fantasiose: Stati di matrice attiva, ispirati ai principi dell'ideologia liberale, imbastiscono espedienti tipici di parametri da risoluzione dei conflitti, sviluppando contese tra imputato e Stato. Ovvero, laddove il contraddittorio in dibattimento dev'essere il fulcro di tutto il processo, si addivene spesso ad un riesame del lavoro già svolto nelle indagini preliminari. Assistiamo dunque alla trasformazione dello Stato in ente manageriale, dove il potere ha la sua filosofia onnicomprensiva e le imposizioni dell'*élite* dominante diminuiscono di molto le possibilità che si abbiano scontri ufficiali su temi politici. Ma gli Stati di impostazione reattiva mettono in campo un potere che si coinvolge nel fare politica. Nell'ordinamento giuridico si introduce una grossa instabilità, nemmeno derivata dalle ambiguità prodotte dalla mancanza di una singola teoria che coinvolga il bene sociale. Avviene così la defezione dalle strutture che proteggono l'amministrazione della giustizia:

L'elevatissima carica garantista contenuta nella disciplina del dibattimento, negli Stati Uniti, è neutralizzata dalla prassi ormai largamente in uso — circa il 94% degli affari penali è definito sostanzialmente con questo metodo —, di concordare tra difesa e accusa uno sconto di pena, o altri benefici sanzionatori, in cambio della dichiarazione di colpevolezza resa dall'imputato (cosiddetto *Bargaining*)⁶².

Non è casuale la questione dei *substantialia processus*:

Il diritto al processo pubblico, dinanzi a tribunale imparziale, indipendente e precostituito; il diritto a parteciparvi sul piede di parità rispetto agli avversari, con adeguate possibilità di difesa; il diritto a processo ragionevolmente rapido: questi diritti, quali canonizzati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, realizzano altrettanti valori permanenti del processo giurisdizionale; alla stessa stregua del *Nemo iudex sine actore* e della *res iudicata*⁶³.

⁶¹ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 346.

⁶² G.M. DE VINCENZI, «Difesa», 495.

⁶³ E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 8. Cf. D. COCH, *Abstinentia Iuris Naturae*, 12-13: «Substantialia processus dicuntur esse iuris naturae et ita originem trahere ex iure divino ac naturali [...] Hae sunt potiores regulae, quae communiter traduntur in tantum esse iuris naturae, ut omitti vel negligi nequeat, tamquam essentialia [...] Ea vero, quae principaliter naturalia in processu dicta, nec ipsum principem nedum iudicem negligere posse».

CAPITOLO III

La visione canonica

Elemento congenito al diritto è l'attuazione, corrispettiva capacità d'esercizio che consta nella prerogativa di depennare, evitare, superare, tener lontano ciò che si oppone alla sua esecuzione; «essa è a sua volta un diritto, il diritto alla difesa, inerente ad ogni diritto [...] la lotta per il proprio diritto, o la sua difesa, rappresenta una situazione normale ed esprime un universale diritto inerente a tutti i diritti soggettivi»¹. E siccome la tutela del diritto fondamentale si esercita nel processo, quest'ultimo si svolge *ritualmente*: ad istanza di parte e amministrato dal giudice che deve guidarne il dialogo processuale secondo le norme, cioè riconoscendo e conferendo alle parti le facoltà necessarie per l'esercizio dei propri diritti.

Nel momento in cui si avvia la dinamica processuale attraverso l'attività delle parti — domanda dell'attore e citazione del convenuto — si realizza quell'aspetto specifico della nostra trattazione che è il contraddittorio: «Vogliamo però constatare [...] che il contraddittorio è qualcosa di indispensabile al processo, qualcosa di necessario affinché si possa avere un processo, o meglio ancora, *il processo è inconcepibile senza il contraddittorio*»².

Prima di analizzare la disciplina in merito nel codice canonico vigente, è opportuno volgere lo sguardo all'ambiente che l'ha immediatamente preceduto e in cui si è formato, dato che «*Id fuit constans catholicae Ecclesiae propositum, ex quo potissimum tempore imperii romani leges sunt in Corpus iuris redactae, ut sacri item canones in*

¹ R.J. CASTILLO LARA, «La difesa», I-II.

² G. ERLEBACH, *La nullità*, 66-67. Il corsivo è nostro.

unum colligerentur, sicque eorum scientia et usus et observantia facilius unicuique fieret»³.

1. Tra Codice e Codice

1.1 *La ricezione del primo Codex*

Il Codice, dal momento che è il principale documento legislativo della Chiesa, fondato nell'eredità giuridico-legislativa della Rivelazione e della Tradizione, va riguardato come lo strumento indispensabile per assicurare il debito ordine sia nella vita individuale e sociale, sia nell'attività stessa della Chiesa. Perciò, oltre a contenere gli elementi fondamentali della struttura gerarchica e organica della Chiesa quali furono stabiliti dal suo Divin Fondatore oppure radicati nella tradizione apostolica, o in ogni caso antichissima, ed oltre alle principali norme concernenti l'esercizio del triplice ufficio affidato alla stessa Chiesa, il codice deve definire anche alcune regole e norme di comportamento⁴.

Il Legislatore nel promulgare il CIC del 1983 ribadì l'armonia con la lunga tradizione normativa, dallo *ius antiquum* in poi. La medesima preoccupazione albergava nel cuore della Chiesa durante la *constituenda* prima codificazione del 1917, anche a proposito della connaturata lentezza dei processi; tra i voti che pervennero a Roma dopo la lettera del 1868 in preparazione al Concilio Vaticano I⁵, si legge: «Novum iuris canonici Corpus conficere necesse esse videtur; ac vel in primis quoad processum causarum: qui magis ac magis expeditior sit»⁶. Il che avvenne in maniera peculiare: se le collezioni precedenti — dalla *Concordia* di Graziano in poi — erano state commissionate ad un soggetto preciso che si era magari avvalso dell'ausilio di collaboratori, *in primis* delle Università; l'elaborazione del primo CIC venne coordinata e diretta dal card. Gasparri, ma si tradusse in opera di consultazione assidua: «Qua-

³ P. GASPARRI, «Praefatio», XXI. Nel capitolo l'analisi verterà sullo sviluppo, lo studio, l'applicazione nel diritto processuale canonico del principio del contraddittorio nel periodo compreso dal CIC'17 al diritto vigente.

⁴ GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Sacrae Disciplinae Leges*, XI.

⁵ PIO IX, Enc. *Aeterni Patris*.

⁶ P. GASPARRI, «Praefatio», XXXII. Ci si è domandati «se dall'esame dei verbali, dei voti e degli *schemata* emergesse la ricerca, nella fase preparatoria del *Codex*, di un processo *dovuto* e di un processo *giusto* e quante di queste istanze fossero state recepite e trasfuse in precetto positivo nei canoni del CIC'17 [...] il diritto di *azione* e il *principio del contraddittorio* vengono riconosciuti e consacrati, negli schemi, in una formula, che poi risulterà accolta nel can. 1646 del *Codex*: "Quilibet potest in iudicio agere, nisi a sacris canonibus prohibeatur: reus autem legitime conventus respondere debet"»: C. PUNZI, «Il processo dovuto», 837.839.

propter nihil in novo Codice legitur, quod non quater vel quinquies, eo modo quo diximus, disceptatum sit, immo etiam et decies et duodecies, si quid occurrisset difficultatibus implicitum»⁷.

Nel CIC'17 non erano direttamente menzionati né il diritto alla difesa né il contraddittorio, idiomi legali attribuibili a sviluppi successivi della sensibilità giuridica; non possiamo però dire che vi fossero disattesi, poiché la difesa era già considerata un diritto naturale⁸. Pur non figurando «tra le cause di nullità della sentenza, che potevano dar luogo alla querela di nullità [...] la negazione della difesa era ritenuta causa di nullità della sentenza in forza del can. 1680, in quanto mancava un elemento essenziale del processo»⁹.

Etsi locutio *ius defensionis* non occurrit in vetere Codice, hic de facto illud variis normis tuebatur, ut v.g. per normas circa citationem partis conventae (can. 1711-1725), circa litis contestationem (can. 1726-1731) — quae vocabatur formalis conventi contradictio petitioni actoris, facta cum animo litigandi coram iudice (can. 1726) —, circa varias probationes (can. 1747-1836) et speciatim circa illas per testes, quos partes inducere et reprobare possunt (can. 1759 § 1; 1761; 1763; 1764 § 2-5), circa publicationem actuum (can. 1858-1859) et conclusionem in causa (can. 1860-1861), necnon circa causae discussionem (can. 1862-1867)¹⁰.

Si rintraccia dunque una disciplina peculiare in termini di *giusto e dovuto* processo; il primo formulato nel dovere del giudice di rendere giustizia ad ognuno e nelle disposizioni circa il gratuito patrocinio (can. 1914-1916); il secondo tutelato nelle prescrizioni sul diritto di azione e sul contraddittorio, nonché sul divieto al giudice di *denegare iustitiam* (can. 1646; 1608; 1625). «Ma se per il *dovuto processo* è necessario

⁷ P. GASPARRI, «Praefatio», XLI. *Modus procedendi* che, come si vede oltre, fu pienamente condiviso dal Pontefice S. Pio X: «Interea, cum novi Codicis partes gradatim ad finem adducerentur, Summus Pontifex Pius X praecepit, ut de confecto opere Episcoporum totius catholici orbis iudicium exquireretur, itemque Praelati omnes regularium Ordinum, qui legitime ad Oecumenicum Concilium vocari solent, sententiam rogarentur» (*Ibid.*, XLI).

⁸ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 922. «È interessante far notare, al riguardo, come nel primo Schema preparatorio al CIC'17 nel canone corrispondente al can. 1667 si affermava *actione munitur quodlibet ius, etiam minus strictum seu ex mera aequitate profluens*, clausola che scompare negli schemi successivi e, ovviamente, nel canone promulgato»: R.J. CASTILLO LARA, «La difesa», III. Il testo riportato nella citazione si trova in F. ROBERTI, *CIC Schemata*, 162.

⁹ R.J. CASTILLO LARA, «La difesa», XI. «Neque omnes possibiles nullitates recenset, quae obveniri possunt etiam a iure naturae ob defectum essentialis elementi (can. 1680 § 1)»: c. Di Felice, «Decr.», 14 apr. 1973, n. 2, 190.

¹⁰ F. DANEELS, «De Iure Defensionis», 247.

considerare la persona del giudice, al quale è diretto il divieto di *dene-gare iustitiam*, certo è che l'esigenza di un *giusto processo* si risolve nell'esigenza di un *giudice giusto*¹¹. Abbiamo così un ordinamento che individua nel giudice il cardine del sistema, connotando di egemonia particolare la considerazione della persona e dell'operato del magistrato rispetto alla disciplina del processo.

1.2 *La ricerca successiva*

[Se il CIC'17] ebbe l'indiscusso merito di riunire per la prima volta l'immenso numero di leggi accumulate lungo i secoli in una raccolta sistematica, organica, esclusiva ed universale di formule chiare e concise, non poté tuttavia liberarsi del tutto da istituti o norme anacronistiche, dipendente com'era da quell'abbondanza di materiale che doveva ordinare¹².

Tale motivo, assommato ai rivolgimenti storici della prima metà del secolo scorso, corroborò l'esigenza di un aggiornamento al fine di adattare la normazione alle mutate circostanze: era necessario puntare sulla persona umana e di ciò Pio XII fu il grande maestro e legislatore, la cui eredità passò a Giovanni XXIII e che toccò a Paolo VI portare a potenziamento. Nel novembre del 1965, alla chiusura del Concilio, nominò una Commissione che intraprendesse la proposta revisione del Codice e che preparasse una sorta di Costituzione, a guisa di *proemio* per le normative latina ed orientale. Doveva essere la *Lex Ecclesiae Fundamentalis*¹³. Per il resto, l'operazione sul Codice si assumeva di modeste proporzioni: «le direttive della Superiore Autorità offrivano un criterio [...]: *recognoscere*, cioè rivedere, aggiornare, introdurre le modifiche giudicate necessarie, senza scostarsi troppo dal codice vigente, *qui veluti ducis munere fungitur*»¹⁴. Ad ogni buon conto, le esigenze poste dal Concilio andavano ben oltre la semplice revisione: attendevano una vera e propria riforma.

[CIC] *recognitio non esse potest sola emendatio prioris quatenus res in aptum ordinem rediguntur, iis additis, quae inducendo visa sunt, atque iis omissis, quae non amplius vigent, sed instrumentum vitae Ecclesiae quam*

¹¹ C. PUNZI, «Il processo dovuto», 839.

¹² R.J. CASTILLO LARA, «Disc.», 28.

¹³ Cf. M.D. COMPOSTA, «Due secoli di storia», 157.

¹⁴ R.J. CASTILLO LARA, «Disc.», 28-29. Il corsivo è di PAOLO VI, «All. *Singulari cum Animi*», 41.

maxime accomodatum post celebratum Concilium Vaticanum II evadat oportet¹⁵.

Il nodo nevralgico era specificato nel giusto bilanciamento di libertà — spazio inviolabile di autonomia della persona — e giuridicità dell'ordinamento canonico, qualità da preservare dal travaso indiscreto di concetti e categorie non adeguati: «Ut finis totius legislationis [canonicae] proponitur auxilium vitae spirituali fidelium afferendum, quae agenda est potius ex proprio conscientiae officio seu *Responsabilitate* quam vi praeceptorum»¹⁶. In tale clima si proseguì nel programma di revisione, con uno sguardo attento e vigile alle istanze culturali e agli sviluppi che la ricezione del Concilio stava portando nelle coscienze.

Il Legislatore [...] non è stato primordialmente guidato da un rigore metodologico e scientifico, ma ha voluto mettere in rilievo ciò che, in questo determinato argomento, sembrava necessario ribadire, sottolineare o esprimere nella legislazione. [...] In questa prospettiva non si può negare che l'aver messo nel Codice in particolare rilievo alcuni doveri e diritti, anche se oggettivamente fondati, si deve anche in non piccola parte alle esigenze culturali createsi nell'attuale società civile ed ecclesiastica¹⁷.

1.3 La legislazione intermedia

Corre l'epoca dei grandi sommovimenti culturali: dopo la trasformazione socio-economica del dopoguerra, all'inizio degli anni '60 esplode in Italia il cosiddetto miracolo economico; l'insurrezione studentesca nel '68, la rivoluzione culturale cinese, la guerriglia nell'Ibero-America, la guerra in Vietnam e, in Italia, l'*autunno caldo* e l'insuccesso del centro sinistra, contribuirono all'ingresso in una lunga e movimentata crisi, caratterizzata da un ripensamento del problema tra fede e storia. Non fu vicenda sporadica e passeggera, ma radicata, epocale: investiva società e Chiesa nel loro insieme, nelle loro strutture, nei loro equilibri¹⁸.

Il Sinodo dei Vescovi del 1967 aveva approvato i *Principia quae CIC recognitionem dirigant*; in essi, al n. 7 erano stabiliti i criteri *De ordinanda procedura ad tuenda iura subiectiva*, che raccomandavano l'applicazione equa del principio di tutela giuridica, «cosicché scompaia totalmente qualunque sospetto di arbitrio nell'amministrazione

¹⁵ PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 4 feb. 1977, 148.

¹⁶ PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 4 feb. 1977, 149.

¹⁷ R.J. CASTILLO LARA, «I diritti ed i doveri», 32.

¹⁸ Cf. S. PANIZZOLO, *Coscienza di Chiesa*, 28-29.

ecclesiastica»¹⁹. Nel raccomandare una nuova disposizione sistematica del CIC, il medesimo Sinodo teneva inoltre conto che

Fin quasi dall'inizio della promulgazione del Codice vigente, il suo ordine sistematico è stato giudicato carente in alcuni aspetti dai canonisti più illustri [...] e adesso appare ancor meno adatto. Esso perciò va composto sia secondo l'orientamento e lo spirito dei Decreti del Sacro Concilio, sia secondo le esigenze scientifiche della legislazione canonica²⁰.

Il card. Pericle Felici, presidente della Commissione per la Revisione del CIC, nella prolusione ai detti *Principia*, aveva osservato che «Inter principia recensendo esse existimatur solutiones duarum quaestionum quae maioris momenti apparent pro exercitio iurisdictionis ecclesiasticae. Quorum prima organizationem ipsius iurisdictionis tangit, altera autem peculiarem modum eiusdem exercitii»²¹.

Nella fluttuazione si delineavano le esigenze e le finalità da seguire — la consapevolezza del rapporto libertà/autorità, diritti del soggetto/diritto oggettivo — poste al Legislatore: in ottemperanza, nel 1970 fu preparato un ristretto *Schema canonum de procedura administrativa*, seguito da un altro, inviato il 20 apr. 1972 alle Conferenze dei Vescovi e ai Dicasteri della Curia Romana²².

Aria di rinnovamento si respirava un po' dovunque: è peculiare di questi tempi l'innescarsi della promozione del diritto di difesa quale facoltà, appartenente a ciascuna delle parti processuali, di opporsi alle richieste dell'altra: furono pubblicate corpose trattazioni in merito²³. In effetti

In processu enim suam imaginem reperiunt summa themata et problemata iustitiae et libertatis relate ad animarum salutem aeternam. Sic ius processuale canonicum hodie plus quam heri debet fulgere sua *instrumentalitate* et *diaconia* relate ad ius substantiale. Ipsa techna processus ideo aptari debet naturae particulari iuris substantialis et eiusdem finalitati, quae

¹⁹ SINODO DEI VESCOVI, Rel. *Principia quae*, EV 2/1709.

²⁰ SINODO DEI VESCOVI, Rel. *Principia quae*, EV 2/1713.

²¹ P. FELICI, «Rel. circa *Principia quae*», 90.

²² Cf. PCCICR, «Schema Canonum», 35. Per le pronunce dell'Episcopato, vedi *Comm* 4 (1972) 122-160.

²³ Per tutte, cf. K.T. GERINGER, *Das Recht*, 22.25: «Das Recht auf Verteidigung im (kirchlichen) Prozess ist die jeden Streitteil zustehende Befugnis, dem Vorbringen des anderen Teils zu widersprechen [...] die dem Menschen von Natur aus zustehende Befugnis und vom Richter einzuräumende Möglichkeit, dem Vorbringen des anderen Streitteils zu widersprechen».

expleri valet tantummodo in perspectiva theologica et sic, etiam in iure canonico partialiter reformato et totum recognoscendum, elucere debet²⁴.

Sulla scia del rescritto alla Conferenza episcopale statunitense²⁵, il 28 mar. 1971 viene promulgato per tutta la Chiesa il M.p. *Causas matrimoniales* circa i nuovi criteri di competenza e la costituzione dei tribunali, la procedura di appello e le disposizioni sui casi speciali che prevedono un processo abbreviato. Esso avrà validità per un periodo limitato di tempo: «donec novus CIC promulgetur»²⁶. Intanto in Italia, come già in altri Stati, si assiste all'introduzione del divorzio e si affaccia alla ribalta il problema, attualmente assai vivo, della salvaguardia dei diritti dei coniugi ad intervenire nella procedura amministrativa canonica, soprattutto nelle disposizioni *in casibus specialibus*: ciò che preoccupa è la garanzia del rispetto delle regole «relative alla citazione e alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti»²⁷. La difficoltà verte sul timore per il quale «hoc modo privari partem nullitati matrimonii contrariam *sacro* iure appellandi atque sese defendendi in gradu appellationis. Sed difficultas huius generis, quamvis primo oculorum ictu appareat maioris momenti, tamen attente perpensa ad nihilum reducitur»²⁸. L'accento viene già ora giustamente posto sulla natura e la conduzione dell'ufficio ricoperto da ogni soggetto all'interno della dialettica processuale. Precisò infatti l'allora segretario del PCCICR il giorno della presentazione del *Motu Proprio*; Giudici, Difensore del Vincolo e finanche gli Avvocati «sono tutti legati dall'unità del fine del processo matrimoniale, cioè l'accertare autorevolmente ed il porre in vigore la verità ed il diritto ad essa corrispondente, relativamente all'esistenza o alla continuazione del vincolo matrimoniale»²⁹.

²⁴ E. COLAGIOVANNI, *De innovatione*, 11.

²⁵ CONSIGLIO PER GLI AFFARI PUBBLICI, Rescr. *Attentis precibus*, 28 apr. 1970.

²⁶ PAOLO VI, M.p. *Causas matrimoniales*, EV 4/428. Giova rilevare che l'anno successivo vennero introdotte le nuove Norme per i processi *super rato*: CONGREGAZIONE PER I SACRAMENTI, Istr. *Dispensationis Matrimonii*; lo stesso Pontefice dirà in seguito che sono state introdotte «per un più rapido svolgimento dei processi»: PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 28 gen. 1978, 183.

²⁷ Cf. A. GIBBONI, M.p. *Causas Matrimoniales*, 51-52. Il testo tra virgolette è citazione da SANTA SEDE - ITALIA, «Concordato», art. 34, co. 5.

²⁸ I.B. FERRATA - H. NAPOLEONI, *Notationes*, 15.

²⁹ R. BIGADOR, «Presentazione», 3.

1.4 *Lex Ecclesiae Fundamental*

Intanto il dibattito dottrinale circa i diritti fondamentali del fedele e la loro normazione continuava, producendo adattamenti ai quattro *Schemata* della LEF di volta in volta all'esame. L'indole della normativa era considerata «non tantum iuridicam, sed theologicam quoque»³⁰: si cercava infatti di esprimere in un linguaggio tecnico, formule teologiche che perdevano il carattere principalmente esortativo per assumere la forma vincolante propria della norma giuridica.

La cautela e la tendenza a non separare completamente la teologia dal diritto, per affermare la rispettiva natura e diversità sul piano funzionale, aveva origini molto profonde che riconducevano alla stessa giustificazione della presenza e della funzione del diritto nella Chiesa. Sotto quest'ottica, si spiega la preoccupazione continuamente presente di affermare e spiegare in una premessa, *proemio* o *brevis introductio doctrinalis* quale fosse, la necessità e la funzione del diritto in generale e di una legge fondamentale all'interno della compagine ecclesiale³¹.

Nell'ultima redazione della LEF, i riferimenti teologici risulteranno ridotti al minimo in favore di una forma giuridica e tecnica preminente che rinvii, attraverso presupposizione, alle fonti teologiche, bibliche e dottrinali ispiratrici. Lo scopo comunque rimane quello di rendere più giuste le relazioni all'interno dell'ordine sociale della Chiesa, provvedendo a definire i limiti legittimi di elasticità delle norme subordinate alle disposizioni fondamentali, evitando il più possibile un'interpretazione arbitraria e *contra ius*³². Infatti, nella *postrema recognitio schematis* del 1980 si leggerà che per il titolo originario *Lex Ecclesiae Fundamental*

a) Significatio technica verborum *lex et fundamentalis* est magni momenti in iure, quia clare manifestat LEF esse legem positivam, quae habet characterem fundamentalem seu constitutionalem ideoque valorem supremum vel superiorem in tota legislatione Ecclesiae universae [...] c) vox *fundamentalis* quae sensu iuridico eadem est ac *constitutionalis* clare distinguit normas LEF a legibus ordinariis Ecclesiae (sive universalibus sive particularibus), quae quidem leges ordinariae hoc characterem constitutionali seu fondamentali carent³³.

³⁰ Cf. *Comm* 4 (1972) 128.

³¹ P. LA TERRA, *La formalizzazione*, 8. Per il testo in corsivo, cf. *Comm* 4 (1972) 124.125.126

³² Cf. P. LA TERRA, *La formalizzazione*, 9-13.

³³ *Comm* 5 (1973) 199.

Della LEF ci interessa il can. 21 nel *Textus emendatus*³⁴, il quale immette nell'ordinamento canonico il principio di legalità, divenendo l'attuale § 3 del can. 221. Ma un sistema di doveri e diritti non avrebbe senso qualora non fossero approntati mezzi processuali idonei a renderne operativa la tutela: la Commissione ritenne necessario elaborare il testo menzionato in altri due paragrafi. Il primo riconosce ai fedeli la capacità di difendere «legitime» i diritti dei quali godono nella Chiesa, «in foro ecclesiastico, et quidem via iudiciali necnon, in casibus iure definitis, via amministrativa». Tale inciso scompare nel *Textus Novissimus*, rimanendo solo la clausola di ordine assiologico «ad normam iuris». Nel corso degli emendamenti poi, cambia il numero del canone: prima il 20, infine il 22. Significativamente nel *Textus Novus*, elaborato dopo le osservazioni pervenute da parte dei vescovi (tra il 1973 e il 1976), nel primo paragrafo al verbo «defendant» viene anteposto «vindident»: attenzione precisa alla condizione di parità tra azioni ed eccezioni processuali di attore e convenuto; si specifica poi la determinazione «in foro competenti ecclesiastico» e si conserva la clausola di valore «ad normam iuris»³⁵. Già nella redazione del *Textus Novissimus* è sintomatico che scompaia dal § 1 la frase «et quidem [...] via amministrativa»: è oggi storico che il Legislatore abbia espunto dal Codice promulgato la decentrazione della giurisdizione amministrativa³⁶.

Agli sgoccioli della revisione, nella difficoltà incipiente di promulgare la LEF, fece il suo ingresso nell'ultimo schema del CIC la

³⁴ PCCICR, *Schema LEF. Textus Prior*. Ci serviremo della sinossi riportata in P.A. BONNET – G. GHIRLANDA, *De Christifidelibus*, 118-119.

³⁵ Infatti, dopo il resc. *Attentis precibus*, dato per la Conferenza episcopale degli Stati Uniti e poi esteso alle Conferenze del Belgio, dell'Inghilterra e del Galles, dell'Australia e del Canada (il rescritto mantenne peraltro il suo vigore in concomitanza col il M.p. *Causas matrimoniales*), furono numerose le richieste di estensione delle norme ivi contenute. Per evitare abusi, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica si pronunciò negativamente, ribadendo la supremazia delle norme del M.p. in vigore per tutto l'orbe cattolico. In proposito, cf. SEGNETURA APOSTOLICA, «Decr. c. *Felici* », 13 apr. 1978, 22, ove l'*adnexum* riporta le parole del Sommo Pontefice alla RR: «Dobbiamo, peraltro, registrare con dolore la tendenza a strumentalizzare certe concessioni, motivate da situazioni ben circoscritte, per giungere ad una pratica evasione della legge processuale canonica, alla quale si è tenuti, e ciò spesso mediante l'artificiosa creazione di domicili o dimore stabili fittizie» (PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 28 gen. 1978, 183).

³⁶ «Quamquam mentio expressa de hac ratione deleta sit, nulla dubitatio concipi potest, quia huiusmodi tuitio est vera necessitas, quae impellit ad ordinanda in Ecclesia tribunalia administrativa, ita ut defensio iurium in eisdem habeat propriam et canonicam proceduram»: P.A. BONNET – G. GHIRLANDA, *De Christifidelibus*, 22.

formulazione testé esaminata del diritto fondamentale alla tutela giuridica, divulgata poi nel can. 221³⁷.

1.5 *Il nuovo Codice*

I diritti e i doveri fondamentali come tali, anche se formulati e promulgati dal legislatore, sono in vigore primariamente per la loro radice nel diritto divino positivo o naturale. Infatti il can. 221 § 1 dice: «christifidelibus competit», non volendo indicare espressamente l'autorità che concede questa *competentia*; la collocazione del canone, però, ed il contesto del lavoro preparatorio non lasciano alcun dubbio: si tratta di un diritto materialmente fondamentale, riconosciuto e non solo concesso dal legislatore³⁸.

Assistiamo ad una attribuzione di valore, peculiare del diritto di agire e di difendersi secondo i modi prescritti dalla legge. Invero il suddetto canone sembra essere una legge sostanziale formale di carattere fondamentale, locuzione obsoleta per definire una norma, seppure «*nonnullae leges processuales sunt simul formales et substantivae, quatenus dum tutelam iuridicam praestant etiam certa iura tribuunt*»³⁹. Ma tale riferimento procede sia dalla natura garantistica e funzionale che diviene carattere della legge formale, sia dalla caratteristica di norma sostanziale, correlata al fatto che esprime un diritto soggettivo e non è processuale⁴⁰: «*Parum esset condere iura, nisi essent qui ea executioni debitae demandarent*» (VI° 3, 16, 1).

Nel CIC si trovano numerosi altri accenni ed applicazioni concrete alla difesa dei diritti: il can. 50 stabilisce che «*eos audiat quorum iura laedi possint*», correlandovi al can. 51 l'obbligo della motivazione del decreto, anche per permetterne l'eventuale impugnazione (can. 57). Oltre alle prescrizioni che tendono ad assicurare la totale libertà e consapevolezza dell'atto giuridico (can. 125-126; 172; 169-170; 188; 219; 643 § 1, 4°; 656, 4°; 658; 1026; 1036; 1089; 1095-1099; 1103), il can. 223 ammonisce: «*In iuribus suis exercendis christifideles [...] rationem habere debent boni communis Ecclesiae necnon iurium aliorum atque*

³⁷ Cf. *Comm* 12 (1980) 89-90. «Venuto meno il proposito di promulgare la LEF (1981), i canoni sugli obblighi e i diritti dei fedeli contenuti in questo testo legislativo (la LEF), vennero trasferiti nel CIC. Dal punto di vista formale il testo dei canoni era quello formulato nella sessione dei lavori del 24-29 set. 1979, da parte del *Coetus* incaricato della LEF e che aveva sottoposto lo schema ad una *postrema recognition*»: A. MONTAN, «Obblighi e diritti», 549. Per il testo richiamato nella citazione, cf. *Comm* 12 (1980) 25-47; 13 (1981) 44-110.

³⁸ G. ERLEBACH, *La nullità*, 52-53.

³⁹ F. ROBERTI, *De Processibus*, I, 90.

⁴⁰ Cf. G. ERLEBACH, *La nullità*, 56.

suorum erga alios officiorum». La via regale per la tutela delle lesioni è pertanto quella processuale nel giudizio contenzioso il cui oggetto sono «personarum iura perseguenda aut vindicanda» (can. 1400 § 1, 1°):

Tutto nel processo è ordinato a garantire l'imparzialità, l'oggettività e giustizia della sentenza e assicurare in questa forma una reale difesa del diritto, sia dell'attore come del convenuto, poiché nella fase del giudizio il diritto rivendicato dell'attore è solo presuntivo, acquistando fermezza legale solo dopo che la sentenza è passata in giudicato⁴¹.

Tale *rationis ordinatio* — canone di giustizia — mette in primo piano l'esigenza di formalità e solennità processuali: esse sono «*garanzia pubblica* della giustizia e della verità della sentenza, e dell'operato del giudice»⁴²; esse medesime piacquero alla Commissione redigente il CIC, la quale sintetizzò tra le note positive quanto segue:

* claritas, brevitatis, simplicitas; * novum ius processuale plures leges praebebat quae revera ius processuale CIC renovant, et notabile progressum in iure constituunt; * processus celerior fit; * materia optime inter varias partes distributa est; * novum ius respondet *Principia quae recognitionem CIC dirigant* a Synodo Episcoporum approbata, necnon spiritui Concilii Vaticani II; [...] * opportune remissio interdum fit ad ius civile pro aliquibus institutis; [...] * providum temperamentum assequitur inter exigentias decentralizationis et unitatis organizationis iustitiae, itemque inter exigentias celeriores processus celebrandi et commoda praebendi pro assecutione iustitiae ac veritatis; * normae spiritu aequitatis et iustitiae imbutae sunt et specialis cura habetur pro tutela iurium personarum; [...] * consummata technica iuridica in canonibus adhibita est⁴³.

In sintesi, la garanzia del diritto alla difesa non è una novità del Codice vigente e la sua realizzazione — che attua la dialettica processuale, il contraddittorio — ha come presupposto la partecipazione di tutte le parti, seguendo la definizione del CIC'17 circa il giudizio: «*controversiae in re de qua Ecclesia ius habet cognoscendi, coram tribunali ecclesiastico, legitima disceptatio ac definitio*» (can. 1552 § 1). A tale proposito si specificò: «*disceptatio legitima dicitur discussio in contradictorio quae regulariter definitioni praemittitur et iuxta normas statutas agitur*»⁴⁴. Fu autorevolmente puntualizzato in seguito che «non concipitur iudicium seu iudicialis disceptatio, nisi adsit

⁴¹ R.J. CASTILLO LARA, «La difesa», VIII.

⁴² J. OCHOA, «*Il de Processibus*», 367.

⁴³ *Comm* 10 (1978) 210.

⁴⁴ F. ROBERTI, *De Processibus*, I, 75.

contradictorium, seu facultas utrique parti concessa se defendendi adversus partis assertiones et allegationes»⁴⁵. Dunque la connessione intima tra diritto alla difesa e contraddittorio si manifesta con vigore nella genealogia del CIC: pur non aparendovi mai la voce specifica, è tuttavia elemento pregnante della relazione giuridica processuale.

2. La Dottrina

Dal punto di vista della speculazione dottrinale, il contraddittorio sussiste solo fra le parti, e non di principio e fra tutti i soggetti della dialettica procedimentale, poiché vive tra i singoli interessati quale baluardo alla violazione del diritto sostanziale. Dunque «il contraddittorio si esprime nella forma del giudizio secondo le norme riguardanti la dinamica del processo e l'attività concreta delle parti»⁴⁶, elementi del giudizio di cui ci occuperemo in questo paragrafo.

2.1 Il giudice

Fin dalla presentazione del libello, la figura del giudice ha importanza nevralgica: pur essendone garantita la terzietà col ribadire il principio secondo cui giudica *ex actis et probatis* (can. 1608 § 2), nella configurazione attribuitagli si introduce il principio

audace, per cui il giudice può ottenere che dagli *actis et probatis* risulti una verità e una giustizia più oggettiva, più reale, più vera e meno legale o legalista, mediante la facoltà concessa dal can. 1452, di poter supplire la negligenza o imperizia delle parti nel presentare delle prove o nel proporre delle eccezioni, quando ritenga che ciò è necessario per evitare una sentenza gravemente ingiusta (cf. 1452 § 2)⁴⁷.

Se egli quindi non può conoscere della causa fuorché sollecitato da domanda giudiziale, una volta che questa sia stata legittimamente in-

⁴⁵ M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius*, II, 900.

⁴⁶ G. ERLEBACH, *La nullità*, 64. Vedi anche V. DE PAOLIS, «La giustizia amministrativa», 33: «solo il processo giudiziale è previsto e concepito come un istituto in cui le parti sono effettivamente su un piede di parità, con un arbitro giudice che è veramente *super partes*, e gli strumenti giuridici che lo regolano sono inderogabili e tutti vi sono sottomessi, sia le parti che il giudice».

⁴⁷ J. OCHOA, «*Il de Processibus*», 373. in uno dei *vota* alla consultazione per lo *Schema Canonum de Modo Procedendi pro Tutela Iurium seu de Processibus* leggiamo: «Nonnullis placeret auctoritatem discretionalem iudicis in quibusdam articulis processus augere, ita ut actiones dilatoriae refrenari et formalitates quaedam certis sub conditionibus sopprimi possint et ita ad sententiam cito pervenire, salvis semper iustitia et contradictorio partium in cursu processus» [*Comm* 10 (1978) 211-212].

trodotto, ha piena facoltà di muoversi in autonomia, *ex officio*. Il dovere primario dell'imparzialità è salvaguardato infatti da un complesso di garanzie: deve essere prima di tutto competente (can. 1405-1415; 1673); deve astenersi *ad validitatem* in caso di dubbio sulla sua imparzialità (can. 1448 § 1) o semmai essere recusato se non lo fa (can. 1449; cf. C. 3, q. 7, can. 3-7); è vincolato *ad instantiam partis* nell'istruzione del processo (can. 1452 § 1), ma supplisce alla negligenza di queste in corso di causa (can. 1452 § 2; cf. VI^o. R.I. 12). È obbligato a procedere celermente (can. 1453), è vincolato da segreto (can. 1455), non può accettare doni durante il giudizio (can. 1456; cf. X. 3, 1, 10), decide in coscienza, raggiungendo almeno la certezza morale (can. 1608; cf. VI^o. 2, 14, 1); non può recuperare in seconda istanza la medesima causa (can. 1447). «Iudices autem debent uti aequitate» (C. 3, q. 4, can. 1)⁴⁸.

È paradossale l'argomento di una mera passività (connessa alla terzietà necessaria) del *dominus* dell'azione nell'ambito del processo canonico: questi è autorizzato ad interrogare direttamente (can. 1530), ammettendo in aula «quos ad processum expediendum necessarios esse» (can. 1470 § 1). Guarda insomma di amministrare liberamente e con prudenza la causa (can. 1559; 1561-1565): «Tutto ciò alla ricerca difficile ma ineludibile di un equilibrio fra tutela dell'interesse soggettivo e tutela del pubblico interesse alla corretta amministrazione della giustizia»⁴⁹.

Il giudice in conclusione «ha il dovere e il diritto di dominare il processo, quindi anche il contraddittorio, concedendo, nei limiti della legge, le varie facoltà processuali o imponendo gli oneri alle parti per arrivare alla conclusione del processo in conformità al suo fine»⁵⁰; visto che senza un contraddittorio organizzato *ad normam iuris*, «non si può avere una decisione giusta e valida, un giudizio che metta fine al disordine, una sentenza cioè che risolva la crisi della certezza del diritto nel caso concreto»⁵¹. Cuore di tutto il ragionamento è la vigorosa impar-

⁴⁸ «De cette étude psychologique que le juge fera sur lui-même, la première et essentielle conclusion est que, pour juger les autres, il doit avant tout renoncer à son moi mauvais: amour propre, paresse, intérêt personnel, préjugés, trop bonne opinion de soi-même, source de tant de nos errements; sensibilité déréglée avec ses antipathies ou ses sympathies, fussent-elles pour la loi, mais au détriment de l'impartialité. Il doit impitoyablement retrancher, comprimer toutes ces imaginations qui entravent le jugement droit»: A. JULLIEN, *Juges et avocats*, 256-257.

⁴⁹ G. LO CASTRO, «Il mistero del processo», 142. Cf. M.F. POMPEDDA, «Prolusione», 3-5.

⁵⁰ G. ERLEBACH, *La nullità*, 64.

⁵¹ S. VILLEGIANTE, *Il diritto di difesa*, 7.

zialità dell'organo giudicante nella contrapposizione dialettica delle parti. La sua funzione è irrinunciabile poiché è garanzia di ricerca oggettiva della verità *ex conscientia*:

capacità di agire e giudicare distaccandosi dalle proprie e personali vedute e opinioni, di giudicare astraendo da ogni pregiudizio sia generale sia particolare, riferito cioè al caso; di saper astrarre da considerazioni umane, politiche e sociali; di saper accettare anche l'altrui opinione pur contraria alla propria [...]; di saper accettare in fase di camera di consiglio il parere della maggioranza, o magari del più giovane; di saper affrontare e confrontare le ragioni degli altri colleghi senza prevenzione o chiusura di sorta; e infine e soprattutto di sapersi arrendere davanti agli atti e a quanto provato, senza mai piegare, attraverso artifici istruttori apparentemente legali [...] gli stessi atti secondo una propria teoria preconcepita o particolare impostazione, ricordandosi sempre che se è lui a dare la decisione finale, egli non è comunque l'unico essenziale protagonista del processo canonico, nel quale si impone [...] il rispetto dei differenti ruoli⁵².

2.2 *Le parti*

*Depositio partium maximi est momenti, cum agatur de iure stricte personali quod alii cedi nequit. Inde provenit ut de facto semper partes citentur ut personaliter compareant coram iudice. Depositio partis actricis, necnon conventae sunt elementum maximi momenti totius processus, et sine illis vix causa pertractari et decidi valet*⁵³.

Non è possibile esperire un giudizio di qualsiasi tipo senza la necessità di ristabilire la verità delle cose o riequilibrare la situazione creata, dando a ciascuno il suo. Ciò nonostante, si è sostenuto nella fattispecie del processo matrimoniale canonico (la prassi maggioritaria dei giudizi canonici), che non sia *in contraddittorio* fra due parti, non solo perché possono essere d'accordo, ma anche perché non è possibile facciano valere propri diritti ed interessi contrapposti: sono infatti chiamate dal giudice a contribuire all'accertamento oggettivo della verità «in funzione di una realtà ad esse immanente e solo concettualmente extraprocessuale che è la *salus animarum*»⁵⁴. Si tratta di una

⁵² M.F. POMPEDDA, «Il giudice», 142-143.

⁵³ M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius*, III, 113.

⁵⁴ Cf. S. VILLEGIANTE, *Il diritto di difesa*, 16-18. Vedi anche M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius*, III, 111: «Econtra dantur casus in quibus coniuges vir et mulier ambo concorditer expectant declarationem nullitatis matrimonii. [...] In talibus causis processus cum aliquali contradictorio possibilis non esset, quia abest lis inter partes».

visione angusta, limitata ad una idea rigida del contraddittorio: due versanti opposti e in conflitto che rivendicano l'affermato diritto al fine di vederselo assicurare.

Non è però l'accezione cardinale che la scienza giuridica gli attribuisce: possibilità effettiva, a ciascuna parte data, di ottenere udienza, di dire e contraddire richieste, prove e deduzioni ammesse in processo⁵⁵. Del resto, seguendo una tale speculazione dottrinale portata alle estreme conseguenze, si approderebbe tranquillamente alla

amministrativizzazione delle cause di nullità del matrimonio e allo smarrimento della loro natura giudiziaria, a prescindere dall'eventuale conservazione delle procedure solo formalmente giudiziarie. [...] questa evoluzione dimostra ancora una volta che vi è un *ecosistema processuale* e che lo smarrimento di uno dei suoi componenti [...] compromette la sussistenza dell'intero processo⁵⁶.

Inquadrando l'attuazione del contraddittorio esclusivamente nella *contrapposizione reale* delle richieste delle parti, si mortifica l'estensione, la valenza, l'efficacia di detto principio, senza il quale non si concepisce un *iudicium*, almeno inteso come *probatio causae, eiusdemque defensio*. Non risulta perciò corretto ragionare di *assenza del contraddittorio* nel caso in cui entrambe le parti (*rectius*, i coniugi) siano concordi nel domandare l'accertamento dell'atto giuridico che ritengono viziato: è da rimarcare infatti la distinzione tra contraddittorio cosiddetto *proprio* o reale, e contraddittorio quale *modus agendi*, valore di ricerca e criterio di discrezione circa l'effettività del *petitum*⁵⁷.

Il soggetto interveniente in processo deve dunque avere l'idoneità per farlo, la capacità di agire (can. 98; 1476); la comparizione del convenuto in giudizio è un vero e proprio obbligo che ha origine nel decreto con cui il giudice cita le parti a presentarsi e trova ragione nell'esigenza di giustizia che, per stabilire con precisione le pretese avanzate, vuole

⁵⁵ Cf. per il Magistero: GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 923. Per la giurisprudenza: c. *Stankiewicz*, Sent. 20 gen. 1983; c. *Pompedda*, Sent. 23 lug. 1986; c. *Palestro*, Sent. 7 feb. 1990, n. 4, 7-8 (le decisioni rotali inedite sono state consultate nella biblioteca del Seminario di Giurisprudenza della PUG). Per la dottrina: F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum Universum*, II, 1, 1, 4: «Iuris naturalis sunt petitio actoris, citatio rei, probatio causae, eiusdemque defensio, decisio illius, et sententiae pronuntiatio; nam haec ad substantiam pertinent, et talia sunt, ut sine illis causa controversa recte, et rite discuti, atque decidi nequeat: cetera [...] sunt iuris positivi humani; quia non necessitatem, sed solemnitatem sapiunt».

⁵⁶ J. LLOBELL, «L'introduzione», 60-61.

⁵⁷ Cf. A. JACOBS, *Le Droit de la défense*, 86-87: «La contradiction est un moyen de rechercher la vérité».

sentire tutti gli interessati e le loro argomentazioni (can. 1507-1508): esse devono versare in condizioni di perfetta parità (cf. VI^o. R.I. 32: «Non licet actori quod reo licitum non existit»)⁵⁸.

Il contraddittorio *in acto* si evidenzia in una duplice forma, selezionata da parte del giudice o delle parti.

Dal primo punto di vista, il principio del contraddittorio si presenta come l'espressione di un principio più sostanziale ed intrinseco, coesistente all'idea medesima del processo, che si può chiamare il *principio di contraddizione*, oppure della *bilateralità dell'azione*. [...] Dal secondo punto di vista, da quello cioè delle parti in causa, il principio del contraddittorio si presenta invece come espressione della garanzia di quel diritto di difesa che costituisce un diritto naturale dell'individuo e che oggi si trova assunto tra i diritti soggettivi pubblici, riconosciuti dalle Carte Costituzionali (in Italia, vedi art. 24 Cost.)⁵⁹.

Come qualità generale, il processo canonico non è tanto al servizio delle parti, quanto piuttosto che le parti, confrontandosi in contraddittorio, servono al processo e all'attuazione della giustizia, la quale traduce la verità, «forza della pace», che rende liberi⁶⁰. Alla luce di ciò si inquadra l'innovazione riguardante il valore probatorio delle dichiarazioni delle parti: il rapporto di fiducia che deve ispirare l'atteggiamento di fondo dei giudici nei loro confronti, trova l'appoggio dei can. 1536 § 2 e 1679 per superare la limitazione di cui al can. 1536 § 1, via peraltro tracciata da autorevole dottrina⁶¹.

2.3 I patroni

«Questio de advocatis in processu matrimoniali est magni momenti et videtur prae se ferre characteres prorsus peculiare [...] Equidem cum

⁵⁸ «Processus iudicialis canonicus etiam principio contradictorio conformatur sive quod spectat ad partium praesentiam in exercitio actionis in iudicio, sive quod attinet ad earum defensionem. Idque postulat etiam principium aequalitatis partium in processu iudiciali iuxta quod, admissa petitione iudiciali partis actricis, audiri debet pars conventa ne processus inaudita altera parte progrediatur»: A. STANKIEWICZ, «De citationis Necessitate», 75.

⁵⁹ A. VITALE, «In tema di rappresentanza», 479-480. Il corsivo è tratto da S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 92.

⁶⁰ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. ad *RR Praelatos*, 4 feb. 1980, 172-174. Vedi anche F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto*, I, 393-396.

⁶¹ Cf. M.F. POMPEDDA, «Il valore probatorio», 437-439; P. MONETA, «La funzione giudiziaria», 40-41.

causa civilis, [...] ne concipi quidam possit absque contradictorio»⁶². Memori che in sede di redazione del CIC, fu osservato: «Maxima abita est cura ut praetermitterentur definitiones aliaque, quae ad doctorum magis quam legislatoris pertinent officium»⁶³, non ci vogliamo occupare di una disquisizione sui compiti e le funzioni di costoro; occupa invece il fatto che l'operato dell'avvocato «riguarda gli atti in cui è direttamente interessato il merito della controversia, puntando sul loro contenuto: il libello, l'oggetto del contraddittorio, le prove»⁶⁴. E se nel diritto alla difesa si enuclea l'intervento delle parti nel processo, «è proprio per salvaguardare in modo davvero conveniente un tale diritto, [...] che l'esistenza di un patrono come pure di un procuratore alle liti costituisce strumentalmente un diritto basilare»⁶⁵.

Infatti il diritto di difesa è legato in modo eminente al carattere contraddittorio del processo e ciò comporta quale condizione di esercizio, l'essere informato dell'azione come delle prove e degli argomenti apportati. Lo *ius postulandi* esercitato attraverso il patrono implica «una migliore garanzia dello *ius defensionis*, un più facile conseguimento della *verità oggettiva*, conforme al principio canonico del *favor veritatis*, una agevolazione dell'*economia processuale*»⁶⁶.

Il primo atto che garantisce il contraddittorio è la citazione della parte convenuta (can. 1507-1508; 1677), la cui *ratio* è nell'introduzione del libello (can. 1508 § 2), comportamento che mostra la mano del patrono e a cui è allegato mandato di parte (can. 1484). Viene citato il difensore del vincolo *ex* can. 1433, qualora sia previsto. Alla concordanza del dubbio, promossa generalmente d'ufficio (can. 1513; 1677 § 2), intervengono i patroni, comparendo di persona; il decreto viene poi notificato a chi di interesse (can. 1513 § 2). La fase istruttoria del

⁶² V. BARTOCETTI, *De causis matrimonialibus*, 111. Preferiamo discorrere di *patroni*: il termine appare nel can. 1490 con riferimento esplicito ai membri dell'organico «ab ipso tribunali stipendium recipientes» che possono esercitare l'incarico di avvocati o procuratori. Nel CIC'17 non compare mai tale locuzione; nell'istr. *Provida Mater* si parlava in modi separati di *advocatus* e *procurator*, pur assistendo all'introduzione del vocabolo *patronus* per indicare l'avvocato; nella giurisprudenza rotale tale espressione divenne tipica, indicando ora il procuratore ora l'avvocato. In vari luoghi del Codice tuttavia, si rileva una certa identificazione tra queste ultime due figure (can. 1490; 1687 § 1; 1701 § 2; 1738): cf. G. ERLEBACH, *La nullità*, 228-229; M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 246-249.

⁶³ *Comm* 2 (1970) 101. Vedi anche IAVOLENO, D. 50, 17, R.I. 202: «Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset».

⁶⁴ Cf. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 245-248.

⁶⁵ P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale*, 175.

⁶⁶ N. ANDRIANO, «Avvocati e procuratori», 129.

processo si svolge ugualmente in contraddittorio: le parti sono sentite (can. 1530) e inducono le prove che stimano valide (can. 1527); attraverso i patroni sono di principio abilitate a conoscere ogni atto collazionato dal giudice (can. 1598; 1600 § 3; 1604) e a contraddirvi apportando adeguati riscontri⁶⁷. Nel Codice vigente si è inteso potenziare l'attività dei patroni: hanno diritto ad essere presenti all'esame delle parti, dei testimoni e dei periti (can. 1559; 1678) e nel processo matrimoniale di visionare gli atti giudiziali, «etsi nondum publicata» (can. 1678 § 1, 2°). Pubblicati questi, possono chiederne copia (can. 1475 § 2; 1598 § 1).

A questo punto, la normativa processuale inserisce una clausola emblematica: nei giudizi che riguardano il bene pubblico, il giudice *ad gravissima pericula evitanda* può disporre che qualche atto non venga reso pubblico, «cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat» (can. 1598 § 1). *Doctores disputant*, tanto che il Magistero pontificio si è espresso⁶⁸. È circostanza cruciale dell'esercizio del contraddittorio: da questo preciso momento, esso diviene *effettivo*, attuazione di quello che possiamo definire *virtuale* e che, a parte alcune occasioni di pratica *reale* (cf. can. 1534; 1560 § 2), ha permeato in modo imprescindibile tutto il processo.

Il patrono svolge un'attività preziosa nell'ambito della causa e nel vivere del contraddittorio: «è il primo filtro che supera [...] la cattiva informazione dei clienti nonché l'infondata pretesa e l'errata loro convinzione di avere diritti da far valere e tutelare davanti al giudice»; componente che integra l'ordine giudiziario (cf. can. 1490; obbligatorio nelle cause penali: can. 1723), potendo servire eminentemente «alla suprema causa della verità [...] con la sua] chiarezza, essenzialità, precisione terminologica e logicità delle tesi e degli argomenti addotti»⁶⁹. Pur se

Facile est proinde ut advocatus forsan inadvertenter et bona fide trascentat et iustos fines in sua actione transgrediatur nisi coërceatur. Hoc periculum generatim aberit quando in causa adest *verum contradictorium*, quando

⁶⁷ Cf. A. JACOBS, *Le Droit de la défense*, 88-89.

⁶⁸ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, n. 6, 924. «Ad rem hoc animadvertendum est: haberetur inversio normae necnon gravis error interpretationis, si quis exceptionem immutaret in regulam generalem»: F. DANEELS, «De Iure Defensionis», 256.

⁶⁹ Cf. R. FUNGHINI, «Intervento», 1.3.

nempe actor nullitatem petens suum habet advocatum et vicissim reus validitatem matrimonii sustinens suum pariter habet⁷⁰.

2.4 *Le parti pubbliche*

Lex providerit constituens defensorem vinculi ex officio. Nec tamen hac providentia, aequalitas vera processualis vel, melius, figura veri efficacisque contradictorii obtenta est, quia diversae naturae sunt duae partes, una (coniuges) agunt sua ipsa *necessitate, utilitate, poena, passione excitati*; altera autem pars, nempe defensor vinculi, est officialis ecclesiasticus nullo impulsu personali motus⁷¹.

Tra le parti pubbliche — ministri del tribunale (can. 1428-1437), il difensore del vincolo introdotto da Benedetto XIV⁷², «deve proporre ed esporre tutti gli argomenti che possono essere ragionevolmente addotti contro la nullità»⁷³: insieme al promotore di giustizia è deputato per le cause che riguardano il bene pubblico. Nominato dal vescovo (can. 1435), è tenuto a rispettare tutte le norme che attengono agli altri ufficiali del tribunale (can. 1454-1457). Come il giudice, non può seguire validamente la medesima causa in due istanze (can. 1447) e deve astenersi qualora aleggi qualche sospetto di concussione o coinvolgimento (can. 1448 § 2); può essere infatti ricusato (can. 1449 § 4).

Giacché «la procedura deve comportare l'effettiva conoscenza di quanto dovrà essere dibattuto nel processo ed, insieme, quella conseguente possibilità di una conveniente tutela della posizione giuridica soggettiva»⁷⁴, il difensore del vincolo, attraverso «l'adempimento solerte e fedele del suo dovere», compie un'opera di giustizia, collaborando al convergere dell'azione «mediante l'unità del fine, l'indirizzo verso il fine, l'obbligo della subordinazione al fine. Questo triplice elemento impone all'azione propria dei singoli partecipanti esigenze essenziali e la segna di una particolare impronta»⁷⁵: indaga, espone e chiarisce tutto ciò che si possa prospettare *pro vinculo*, giacché il legame coniugale è l'unico sotto inchiesta. Da ciò discende che il contraddittorio — contrariamente a quanto si è sostenuto — non può essere garantito esaurientemente da questa parte pubblica, non solo perché «anche se adempie la sua funzione diligentemente, di frequente non ha mezzi efficaci per

⁷⁰ V. BARTOCETTI, *De causis matrimonialibus*, 117. Il corsivo è nostro.

⁷¹ V. BARTOCETTI, *De causis matrimonialibus*, 111-112.

⁷² Cf. BENEDETTO XIV, Cost. ap. *Dei Miseratione*, n. 5, 697.

⁷³ E. OLIVARES, «Difensore del vincolo», 343.

⁷⁴ P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale*, 429.

⁷⁵ PIO XII, All. ad *RR Praelatos*, 2 ott. 1944, 284.283.

produrre prove a favore della validità del matrimonio e, d'altra parte, può essere sostanzialmente d'accordo, in coscienza (*rationabiliter*), con quanto richiesto dalla parte attrice»⁷⁶; quanto perché il giudizio pronunciato *ex actis et probatis* non concerne la sua vita, non inferisce a lui e, pur rimanendo presenza necessaria *ad validitatem* (can. 1433), non è in condizione di espletare la garanzia nel significato di *modus procedendi*.

Nam Rota Romana pluries nullitatem insanabilem sententiae declaravit ob ius defensionis parti conventae resistenti denegatum, quamvis defensor vinculi in causa intervenerit; defensor vinculi utique pro munere suo publico vinculo defendere debet, atvero id non facit de mandato partis conventae, quae proprio iure defensionis gaudet, quo privari nequit; defensio vinculi, si et quatenus pars conventa exercitio iuris defensionis renuntiavit, utique a solo difensore vinculi exercetur, quo casu adhuc habetur aliquod contradictorii exercitium, de facto et sui generis, inter partematricem et defensor vinculi⁷⁷.

Quanto al promotore di giustizia, ha il dovere di tutelare il bene pubblico nelle cause contenziose qualora «discrimen vocari potest» (can. 1430); sempre in quelle penali. Per quanto riguarda la nomina, i requisiti, i doveri e i diritti in generale, valgono le considerazioni fatte per il difensore del vincolo; oltre ai coniugi, a lui solo compete impugnare il vincolo matrimoniale *ex* can. 1674, 2°. Considerato che la maggioranza dei processi canonici sono nullità matrimoniali, qualora si avvii il giudizio dietro richiesta del promotore di giustizia, «viene essenzialmente instaurato il rapporto processuale e garantito il principio del contraddittorio [...] Se il promotore di giustizia fa parte del processo solo come un *technicus iuris* senza la veste di parte processuale, i suoi voti servono ad aiutare il giudice e non vanno necessariamente resi noti alle parti»⁷⁸.

⁷⁶ J. LLOBELL, «L'introduzione», 43.

⁷⁷ F. DANEELS, «De Iure Defensionis», 258. Cf. anche G. ERLEBACH, *La nullità*, 81-83.218-219.

⁷⁸ G. ERLEBACH, *La nullità*, 204.213. È significativo che l'istituto del promotore di giustizia, il *promotor fidei* di un tempo, introdotto dal processo canonico dilagò nel processo penale continentale, interrompendo la stretta relazione bipolare tra giudice ed imputato e venendo poi considerato come un funzionario collaboratore del giudice. Tale ufficio, variamente denominato dai governi secolari del Continente, venne organizzato in istituzione gerarchica, divenendo persino difensore generale delle norme emanate dal sovrano (il *Fiskalat* nella Prussia assolutista). Dalla Svezia approdò nella Russia zarista e fu persino adeguato all'economia giuridica dello Stato sovietico: cf. M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 310-311; C. LEFEBVRE, «Juges et Savants», 76-102; M. KOVALEVSKY, *Russian Political Institutions*, 217-220.

A riguardo degli assessori e degli uditori, essi istruiscono la causa su mandato del giudice; per loro valgono, *mutatis mutandis*, i medesimi rilievi svolti per l'organo giudicante.

Il notaio invece merita una considerazione a parte: una disposizione di Innocenzo III nel Concilio Lateranense IV (X. 2, 19, 11) stabilisce che, *contra falsam assertionem* il giudice durante l'interrogatorio debba essere coadiuvato da una persona pubblica che rediga protocollo scritto, garanzia per il deponente contro il ministro *corrotto*. La sua presenza «sarebbe fondata nel diritto naturale in quanto permetterebbe di difendersi contro eventuali asserzioni del giudice, interpolate nella deposizione»⁷⁹: è quindi necessario al processo giusto.

In conclusione, l'uso corretto del diritto di difesa in contraddittorio «è il contrassegno della civiltà con cui viene disciplinato un processo»⁸⁰.

3. La Giurisprudenza

La giurisprudenza nella disciplina canonica ha assunto una funzione differenziata: all'interno dell'economia giuridica riveste un compito importante, modulando le comprensioni e applicazioni della norma su quello che diviene, di tempo in tempo, il sostrato sociale. Non consta solo del dinamismo del giurista, ma anche del prodotto della di lui attività, ossia il discorso sul diritto; qualora poi giunga alla creazione di norme, procede «in forme assai diverse da quelle riconducibili all'intervento di un legislatore e la modifica del diritto che essa opera avviene con una evoluzione lenta e continua»⁸¹.

L'organo deputato dal Legislatore a provvedere all'unità della giurisprudenza è il Tribunale della Rota Romana (cf. PB, art. 126), foro ordinario di appello che giudica anche in terza istanza⁸². Premesso l'obiettivo di omogeneità della produzione rotale, essa è da tenere in considerazione a ragione del fatto che la nozione di *ius defensionis* appare nel Codice rare volte e una di queste, fondamentale in verità, nel can. 1620, 7°, ove si stabilisce che la sentenza è nulla qualora «*ius defensionis alterutri parti denegatum fuit*».

⁷⁹ G. ERLEBACH, *La nullità*, 221.

⁸⁰ G. LEONE, *Come si svolge un processo*, 33.

⁸¹ EDG, «Giurisprudenza», 584.

⁸² «Gli stessi principi e gli istituti fondamentali del Diritto Canonico potranno essere individuati in maniera più genuina e definiti in termini più sicuri con l'apporto della dottrina contenuta nelle vostre Decisioni»: PAOLO VI, All. *ad RR Praelatos*, 13 feb. 1968, 206.

Tale argomento «continua ad occupare la canonistica»⁸³, necessitando di approfondimenti sostanziali quanto scevri di emulazione applicativa da altri ordinamenti: a tal fine sono cruciali la giurisprudenza rotale come gli studi di essa, conseguenze di una linea di pensiero che permetta un discernimento sui fini e, soprattutto, sui mezzi opportuni per raggiungerli.

[La forma dialettica del metodo di trattazione della lite] compendiata nel c.d. principio del contraddittorio, 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'avversario⁸⁴.

Il contraddittorio è realtà processuale, corporeità del processo, termine dell'equivalenza che sta al diritto alla difesa come entrambi stanno alla propria funzione attuativa: «la base comune fra di loro è quindi il processo. [...] Ciò spiega la difficoltà di una sostanziale separazione del concetto del contraddittorio da quello di diritto di difesa, perché il diritto di difesa si manifesta come contenuto del contraddittorio»⁸⁵; pur essendo il diritto alla difesa *ratio* del contraddittorio, è sempre primo a generare la possibilità del secondo. Affronteremo quindi dall'angolazione giurisprudenziale, l'attuarsi del contraddittorio tecnico, nel divenire cioè del processo di cognizione che si equilibra sui canoni del *giusto processo*:

- imparzialità e terzietà dell'organo giudicante;
- condizione di parità e simmetria delle parti in giudizio;
- effettiva possibilità concessa alle parti di essere ascoltate, di conoscere quanto addotto dall'altra, di contraddire⁸⁶.

⁸³ F. DANEELS, «Uno studio», 725.

⁸⁴ I. ZUANAZZI, «Lo *ius ad probationem*», 71-72.

⁸⁵ G. ERLEBACH, *La nullità*, 71-72.

⁸⁶ «La contrapposizione processuale delle parti è corroborata dal principio di eguaglianza delle stesse; ciò vuol dire che entrambe godono genericamente delle stesse facoltà processuali, tra le quali, la più importante è quella di poter spiegare le proprie ragioni e poter esibire le rispettive prove (cf. VI^o. R.I. 32. 71) [...] Il principio di eguaglianza delle parti va completato infine con la regola dell'imparzialità del giudice, che è uno dei presupposti necessari del processo»: G. ERLEBACH, *La nullità*, 63.64.

3.1 *L'introduzione della causa*

Il contraddittorio è uno strumento, un tipo acquisito di *modus agendi* per accertare la verità e per la tutela della persona: «Exinde melius est non coarctare libertatem accusandi, dummodo eruantur elementa sufficientia ad inducendum processum»⁸⁷, acciocché l'antitesi dialettica tenda a rendere garantita la logicità sostanziale dei rispettivi apporti, elemento imprescindibile per la ricerca della verità oggettiva. Posto ciò, ai soggetti agente e resistente (o compiacente) è riconosciuto il potere di determinare il *quid*, il *petitum*, assumendosi la responsabilità circa la partecipazione al presupposto etico della scoperta dialogica della verità ed al principio del contraddittorio, collaborazione simmetrica e paritaria per il fine comune, ovvero la sentenza⁸⁸.

Vigente il Codice Pio-Benedettino, la giurisprudenza della RR si era trovata ad affrontare la carenza circa la garanzia del contraddittorio. In genere si limitava ad una sussunzione nel diritto alla difesa, affermando semplicemente che è un diritto naturale⁸⁹. A tale proposito si parla di *ius substantiale defensionis*, distinguendo, all'interno del medesimo *genus*, i diversi modi di concretizzazione⁹⁰. Nella fase in discorso, il diritto alla difesa è ben tutelato: il can. 1507 stabilisce il principio cardine, l'*audiatur et altera pars*. La citazione, primo atto formale rivolto alla parte convenuta, segna infatti l'apertura del contraddittorio (can. 1508 § 2; 1677 § 1)⁹¹.

Un inciso merita la dichiarazione di assenza. Nello *ius novum*, si parlava di contumacia: comprendeva la violazione dell'ordine pubblico, la sua persistenza (recidiva) e la rinuncia alla difesa (X. 2, 14, 3-4). Vigente il CIC'17, prevalse la presunzione di defezione dal diritto di difesa⁹², accezione sedimentatasi nell'attuale normativa che la inquadra nella ingiustificata non comparizione o mancanza di risposta alla fase introduttoria (can. 1592 § 1). Il giudice deve assicurarsi della volontà

⁸⁷ C. LEFEBVRE, «De iis quae», 264.

⁸⁸ Cf. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 160. Vedi l'ampia trattazione di A. CORTINA, *Razionalità comunicativa*.

⁸⁹ Cf. c. *Prior*, Sent. 18 gen. 1921, n.2, 22.

⁹⁰ Cf. c. *Prior*, Sent. 27 apr. 1917, n. 15, 93; c. *Guglielmi*, Sent. 30 lug. 1930, n. 7-9, 500; c. *Agustoni*, Decr. 7 nov. 1986, n. 4, 170-171.

⁹¹ «Hoc enim ipso iure naturali requiritur, ut partes sciant quid circa ipsas agatur, et sese defendere possint»: c. *Many*, Sent. 12 nov. 1909, n. 12, 150; «Citationis ratio igitur nititur naturali iure quod postulat ne quis damnetur nisi prius auditus fuerit seseque defendere potuerit»: c. *Fagiolo*, Sent. 30 ott. 1968, n. 5, 713.

⁹² M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius*, II, 863.

determinata della parte di essere assente dal giudizio, di non volervi partecipare⁹³.

Il diritto alla difesa non si esaurisce tuttavia nel contraddittorio e la giurisprudenza rotale ha assunto posizione nitida: «essentia [...] iuris defensionis duobus elementis constat: iure ad contradictorium et iure ad auditionem»⁹⁴. Il convenuto può decidere di non presentarsi poiché conta gli sia data la facoltà di essere udito, di poter conoscere e contraddire alle affermazioni fatte, salvo il suo diritto di sanare l'assenza, presentandosi *animo interveniendi in iudicio* (can. 1511; 1507): «con questa normativa è lo stesso Legislatore che ci dimostra l'importanza della citazione, condizionandone la validità a tutta una serie di accortezze formali tendenti a tutelare effettivamente il diritto di difesa»⁹⁵. L'oggetto della causa deve essere comunque chiaro: al libello incombe l'evidenza del *quid petatur* e del *quo iure*.

Se dunque il diritto alla difesa consta dei due elementi menzionati, il primo si verifica nella *litis contestatio* (can. 1513): rende operativa la relazione con l'altra parte, elemento impreteribile del contraddittorio⁹⁶. Il diritto ad essere udito invece, si realizza in primo luogo nell'istruttoria, nella deposizione e nel fornire prove correlate. Di fatto è alla concordanza del dubbio che si instaura il rapporto processuale triadico che regge lo svolgersi del processo:

in realtà tale rapporto si instaura fra le parti, e fra il giudice e le parti in un tutt'uno. Questa concezione permette di comprendere in maniera molto organica come il diritto di difesa (insieme con quello di azione) orienti le parti nel loro rapporto processuale reciproco e nei loro rapporti processuali con il giudice. Una restrizione del diritto di difesa nel processo al solo diritto al contraddittorio, [...] non risponderebbe alla struttura del processo, nel quale il contraddittorio non è il fine del processo, ma solo il modo più adatto di raggiungere il fine che sta al di là del puro contraddittorio⁹⁷.

Il libello dunque non è tanto una *vocatio in ius*, quanto piuttosto una *vocatio iudicis*: infatti questi convoca le parti davanti a sé (can. 1507 § 1) per determinare l'oggetto della domanda, il quale, ancorché indica-

⁹³ C. Giannecchini, Decr. 26 giu. 1984, n. 4, 96-98.

⁹⁴ C. Stankiewicz, Decr. 15 giu. 1979, n. 7, 7.

⁹⁵ G. GIATTINO, *Pubblicità e segreto*, 100. Cf. c. de Lanversin, Decr. 14 feb. 1985, n. 8-12, 36-38.

⁹⁶ Cf. c. Pompedda, Sent. 23 lug. 1986, n. 8, 5: «Contradictorium autem formaliter fit per litis contestationem, qua in ordine canonico integrum manet ius defensionis»; c. De Jorio, Sent. 27 gen. 1965, n. 9, 84.

⁹⁷ G. ERLEBACH, *La nullità*, 75.

to in libello (can. 1502), viene statuito con decreto (can. 1513 § 1)⁹⁸. Per alcuni, già con la notifica del decreto di citazione avverrebbe la prima lesione del diritto dal momento che, *iuxta* can. 1415, le verrebbe impedito il ricorso ad un altro tribunale competente⁹⁹. Tuttavia è questione artificiosa poiché bisogna tenere in considerazione che il can. 1673 circa il foro competente nelle cause matrimoniali (la stragrande maggioranza), stabilisce in modo alquanto preciso tale ripartizione, ponendo freno ad eventuali, storici abusi¹⁰⁰.

3.2 L'istruttoria

Il protagonista effettivo di questa fase, cuore del giudizio, è il giudice: *dominus causae*, deve osservare le regole della trattazione e del contraddittorio nel rispetto del diritto alla difesa, legato com'è all'accertamento della verità sostanziale *solum Deum prae oculi habens*¹⁰¹. Così il giudice onora la finalità ultima del contraddittorio, servire la verità secondo giustizia: «se il contraddittorio si è sviluppato come collaborazione delle parti con il giudice per la definizione della causa secondo verità, egli si trova di fronte a due sintesi»¹⁰² dalle quali è chiamato a discernere il vero.

Il principio si esplica nella facoltà di diritto naturale di apportare prove a propria difesa (meglio: a proprio discarico)¹⁰³; il giudice quindi, non può legittimamente impedire il costituirsi di prove che inciderebbero sulla decisione della causa: «elementum substantiale processus consistere in legitimo contradictorio, ac partem, ex ipso iure naturali, facultate pollere se defendendi, ac impugnandi argumentum adversarii; prohiberi igitur nequit quominus probationes afferat, quae influere in definitivam decisionem possit»¹⁰⁴. Inoltre, se nel CIC'17 il *dominus* fruiva di facoltà massima nell'ammettere «quos ad processum expediendum [...] necesarios esse iudicaverit» (can. 1640 § 1); nel Codice vigente, pur corrispondendo il can. 1470 § 1 al citato disposto, attra-

⁹⁸ Cf. G. ERLEBACH, «Le fattispecie (parte dinamica)», 403.

⁹⁹ Cf. S. VILLEGIANTE, *Il diritto di difesa*, 27.

¹⁰⁰ Cf. SEGNAURA APOSTOLICA, «Decr., c. Sabattani», 19 giu. 1985.

¹⁰¹ R. FUNGHINI, «Intervento», 2.

¹⁰² S. VILLEGIANTE, *Il diritto di difesa*, 20.

¹⁰³ Cf. *c. Heard*, Sent. 28 lug. 1938, n. 3, 474: «Certo ipso naturali iure ius habent partes ad suas probationes, exceptiones et defensiones afferendas, quibus sane ipsa sententia definitiva inniti debent»; *c. Pompedda*, Sent. 23 lug. 1986, n. 9, 5-6.

¹⁰⁴ *C. Masala*, Decr. 27 mar. 1984, n. 5, 46. Vedi anche: *c. Bruno*, Decr. 31 ott. 1986, n. 7, 6-7.

verso il nodo ermeneutico dei can. 1543 e 1559 si desume che «mentre l'esclusione delle parti dagli interrogatori dev'essere conoiderata cosa normale, salvo decisione contraria del giudice, nel caso dei patroni la procedura assolutamente segreta è un'eccezione stabilita dal giudice *propter rerum adiuncta*»¹⁰⁵. Tenendo conto che il principio del contraddittorio abbraccia sia la possibilità data alle parti di dire e contraddire davanti al giudice, sia la realizzazione di un *modus procedendi* eminente nella ricerca della verità oggettiva¹⁰⁶, non è sufficiente pervenire ad una sentenza conforme alla verità quando i mezzi utilizzati a tale scopo non siano adeguati alla ricerca suprema e abbiano leso una delle parti in causa, il più delle volte coartandone il diritto all'ascolto e alla difesa¹⁰⁷.

In questa fase di merito, si può verificare «remotis, quantum fieri poterit, dissidiis et scandalo» (can. 1560 § 2), il contraddittorio *reale*: esso si attua qualora il giudice, esaminando testimoni e parti singolarmente, ritenga opportuno esperire un confronto tra loro circa affermazioni dissenzienti. È legittimo ritenere che la determinazione «in re gravi» si riferisca al merito della causa qualora corra il serio pericolo di sfociare in una sentenza ingiusta (cf. can. 1645 § 1). La medesima norma è richiamata dal can. 1534 che la estende alle dichiarazioni delle parti (cf. can. 1866 § 2-3, CIC'17). Eccetto questa precisa occasione, il contraddittorio *virtuale* permea l'intero procedimento di escussione delle prove, finanche nel caso che una delle parti non vi partecipasse. Infatti, anche se non si realizza un conflitto (più spesso: un confronto) materiale tra le versioni e langue la dimostrazione competitiva delle tesi, non per questo dev'essere assente l'altro aspetto del contraddittorio, il principio attivo che si sostanzia nel modo di agire ed *organizzare* il processo da parte del suo *dominus*: «scopo del processo matrimoniale non è l'attuazione della giustizia commutativa in cui si tratti di arbitrare equamente fra due litiganti, ma l'accertamento della verità e per di più la verità che concerne uno degli atti più sacri del cristiano, il *sacramentum magnum*»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ N. CAPPONI, «Il principio», 167-168.

¹⁰⁶ Cf. c. *Wynen*, Sent. 9 mar. 1955, n. 8, 220; c. *De Jorio*, Sent. 10 feb. 1982, n. 3, 59-60; c. *Davino*, Decr. 19 ott. 1989.

¹⁰⁷ Cf. A. JACOBS, *Le Droit de la défense*, 442: «Il ne suffit donc pas toujours de parvenir à une sentence conforme à la vérité, encore faut-il que les moyens utilisés à cette fin aient respecté chacune des parties à la cause, autrement dit, que celles-ci aient pu se faire entendre et se défendre».

¹⁰⁸ N. CAPPONI, «Il principio», 170-171.

La giurisprudenza rotale distingue chiaramente il diritto alla difesa dal suo uso: violazione della prerogativa difensiva si ha solo quando il giudice ne priva la parte o gliene rende impossibile l'esercizio¹⁰⁹; non si è tenuti a dover per forza difendere i propri interessi e il diritto è di principio destinato alla protezione del bene privato di ciascuna parte. Il che tuttavia ben si comprende diventi corrispettivo di una certa obbligazione a collaborare nella ricerca della verità, particolarmente nei processi circa il *bonum publicum*, secondo quanto è possibile arguire dai can. 1476 e 1531 i quali impongono alla parte legittimamente convocata in giudizio il dovere di rispondere. Cosa non estensibile *ex natura rei* al giudizio penale, dove invece il CIC medesimo stabilisce di non deferire giuramento all'imputato (can. 1728 § 2), in ottemperanza all'antico brocardo *nemo tenetur se detegere*.

Circa la previsione di un processo contenzioso orale, si può affermare che «dire processo orale è designare l'udienza come campo di azione delle parti e del giudice»¹¹⁰. Oltre le caratteristiche della prevalenza della parola orale su quella scritta (che concerne solo la fase preparatoria), del dibattimento, dell'immediatezza nell'escussione delle prove, dell'unicità dell'organo istruttore e giudicante, della libera valutazione probatoria giudiziale, della concentrazione, nel processo orale persistono ampie possibilità per alterare il principio di uguaglianza tra le parti, anche perché elemento portante è la «facilità di eloquio»¹¹¹. È intuitiva l'effettività del contraddittorio nella fattispecie, poiché si verifica la validità «dell'immediatezza del dialogo istruttorio»¹¹²: «durante l'istruttoria intesa come svolgimento del dialogo emerge il compito del giudice unico il quale deve non solo interrogare ed ascoltare, reprimere

¹⁰⁹ Cf. c. Wynen, Sent. 16 feb. 1957, n. 4, 101; c. Lefebvre, «Decr.», 17 lug. 1976, n. 21, 329; c. Stankiewicz, «Sent.», 25 feb. 1982, n. 6, 309; c. Doran, Sent. 28 apr. 1987, n. 8, 7-9; «Ius defensionis consistit in concessione concreta et practica nedum iuris abstracti seu mere 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»: c. Boccafola, Decr. 25 lug. 1989, n. 7, 5.

¹¹⁰ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, 404. In merito all'allora definito *processo sommario*, la Commissione pontificia affermò: «est processus iudiciarius radicitus simplicatus, manente substantia contradictorii, actionis, exceptionis, probationum, publicitatis, discussionis et sententiae motivis praeditae»: *Comm* 8 (1976) 192.

¹¹¹ C. VOCINO, «Oralità nel processo», 602.

¹¹² A. NICORA, *Il principio di oralità*, 352.

*gli eccessi, rettificare le deviazioni, ma soprattutto cercar di chiarire le oscurità»*¹¹³; in una parola, organizzare il contraddittorio.

Durante il processo penale, *mutatis mutandis*, sia nell'indagine previa (can. 1717-1719) che nelle fasi successive, oltre la considerazione della costante valutazione prudenziale dell'Ordinario sull'opportunità del procedimento (inteso quale *extrema ratio*, cui ricorrere qualora siano esaurite le altre vie)¹¹⁴, il contraddittorio è accuratamente preservato; al punto che il can. 1469 § 3 del CCEO obbliga il gerarca ad ascoltare l'accusato prima altresì di decidere sull'avvio del processo o sul tipo di procedura. In questa fattispecie, la stretta formalità processuale impone un'*attiva* partecipazione dell'imputato, «data facultate sese defendendi» (can. 1720, 1°) secondo le regole di rito: è proclamata «la necessità di garantire, mediante il processo, l'oggettività nell'accertamento della verità, l'imparzialità e l'indipendenza delle persone chiamate a giudicare e la tutela dei diritti dei fedeli, tra i quali innanzitutto il diritto alla difesa»¹¹⁵. Dunque nel corso dell'indagine preliminare,

Le prove possono essere raccolte secondo i principi generali dei can. 1526-1583, anche se la loro successiva qualifica come prove per un processo richiederà la riproduzione in giudizio perché la fase dell'indagine previa non lascia spazio al contraddittorio, che invece trova posto anche nel procedimento penale amministrativo¹¹⁶.

3.3 La pubblicazione degli atti e la discussione

Dicesi pienamente pubblico il processo che si svolge in pubblico e dove tutto ciò che è prodotto in giudizio è a disposizione delle parti; dicesi pienamente attuato il principio della parità delle parti di fronte al giudice, quando tutte le parti, pubbliche e private, hanno gli stessi diritti e gli stessi doveri¹¹⁷.

Posto il principio della pubblicità, una volta completata l'istruzione il giudice mette a disposizione delle parti gli atti non ancora noti, sotto pena di nullità (can. 1598 § 1): «non si specifica se questa riguarda la

¹¹³ A. STANKIEWICZ, «Il processo contenzioso», 48. Il corsivo è di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, 186.

¹¹⁴ Cf. Z. SUCHECKI, «Il processo penale», 229.234.

¹¹⁵ J. SANCHIS, «L'indagine previa», 263.

¹¹⁶ M. MOSCONI, «L'indagine previa», 204.

¹¹⁷ N. CAPPONI, «Il principio», 165. Cf. ULPiano, D. 50, 17, R.I. 41: «Non debet actori licere, quod reo non permittitur».

sentenza o il processo, ma propendo a ritenere che si tratti di nullità della sentenza, e proprio sul motivo che a ciò può contribuire, come specifica il nuovo canone in merito (cf. can. 1620, 7°) [...] l'impossibilità di esercitare il diritto alla difesa»¹¹⁸. Corollario è che l'utilità dell'indagine e l'esito del processo dipendono in gran parte «dal modo in cui è stata condotta e realizzata e dalla qualità degli atti del sommario»¹¹⁹: valore insostituibile ha la pubblicazione degli atti, garanzia di trasparenza e correttezza. È evidente che il contraddittorio non esprime più «contrapposizione di pretese, ma collaborazione simmetrica e paritaria nella formulazione della decisione finale»¹²⁰: dopo il decreto *ex* can. 1598 § 1, il contraddittorio — finora essenzialmente *virtuale* — diventa *effettivo*; il dado è tratto e, definitivamente remota la possibilità di dissidio e scandalo, le parti e i loro patroni possono prendere visione del fascicolo ed elaborare le proprie memorie difensive.

In questa fase viene alla ribalta la struttura di fondo del processo canonico: la sollecitudine pastorale situa al can. 1600 una norma la quale, al fine di evitare l'emanazione di una sentenza ingiusta e di garantire l'affermazione della verità, dispone che il giudice, nonostante l'avvenuta *conclusio in causa*, possa ordinare un supplemento di istruttoria. «È la manifestazione più vivida, veramente *audace*, [...] della finalità del processo canonico: superare la *forma* non per attestarsi sul *certum*, ma per far trionfare il *verum*»¹²¹.

Il can. 1598 § 1 consacra l'integrale garanzia del diritto alla difesa, atteso che «la Chiesa vuole una procedura seria che col suo metodo dialettico, ossia con la possibilità data ai diretti interessati di dire e contraddire, offre maggiori garanzie per arrivare ad una decisione che corrisponda alla verità»¹²².

Vigente il Codice del 1917, il contraddittorio sembrava inteso quale strumento all'esclusivo servizio del giudice al fine di conoscere la verità oggettiva e sciogliere la controversia¹²³; in seguito, si passò a preferirne l'inquadramento nel diritto naturale, ovvero nella natura stessa del

¹¹⁸ M.F. POMPEDDA, *Diritto processuale*, 28.

¹¹⁹ J. SANCHIS, «L'indagine previa», 251.

¹²⁰ M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 21.

¹²¹ G. DI MATTIA, «Il principio», 187.

¹²² F. DANEELS, «Uno studio», 728. Cf. anche SEGNATURA APOSTOLICA, «Sent. c. Ratzinger», 27 ott. 1984, 267.

¹²³ C. Lega, Sent. 22 nov. 1913, n. 21, 599; c. Sebastianelli, Sent. 28 gen. 1918, n. 5, 14.

processo «in cui veniva meno il contraddittorio, mancando la pubblicazione degli atti»¹²⁴.

La limitazione al contraddittorio espressa nel canone, *ad gravissima pericula evitanda*, è condizionata da tre requisiti: 1) deve riguardare solo qualche prova, non tutte; 2) è vincolata allo scongiurare un pericolo molto grave; 3) deve sempre garantire il diritto alla difesa¹²⁵. Si devono infatti pubblicare le prove, «accettate come tali dal giudice, non invece — nella fase discussoria — gli allegati aggiunti al *Restrictus iuris et facti*»¹²⁶: «questa tappa del processo è un altro punto nodale oltre la prima citazione, nel quale la parte [...] ha la facoltà di conoscere le prove dell'altra parte, finora segrete, per poterle impugnare, completare le prove proprie e difendersi efficacemente nella fase successiva»¹²⁷. Qualora sussistessero atti *sub secreto*, questi, pur venendo a conoscenza dell'organo giudicante, non potranno essere altro che indicativi di una certezza morale già formatasi *ex actis et probatis*. Essi comunque, per salvaguardare un'opportuna difesa, devono essere resi noti ai Patroni e, nell'evenienza la parte convenuta ne fosse sprovvista e non intendesse costituirlo, le sarà nominato un avvocato d'ufficio. In tal modo è valorizzato al massimo l'esercizio del principio in argomento¹²⁸.

¹²⁴ G. ERLEBACH, «Le fattispecie (parte dinamica)», 416; vedi anche: c. Davino, Sent. 1 apr. 1976, n. 3, 161: «publicatio actorum procul dubio facienda est ut legitimae consulatur defensioni. Et ita hoc necessarium dicendum est ut sine ipsa, cum locus non fiat contradictorio, de nullitate sententiae ambigendum non est»; c. Staniewicz, Sent., 20 gen. 1983, n. 8, 249; c. Serrano, «Decr.», 15 mar. 1985, n. 10, 88; c. Giannecchini, Decr. 26 mar. 1987, n. 2, 52-54; c. Bruno, Decr. 3 lug. 1987, n. 2c, 4-5.

¹²⁵ Cf. c. Doran, Sent. 28 apr. 1987, n. 12, 13-15.

¹²⁶ G. ERLEBACH, «Le fattispecie (parte dinamica)», 421. Cf. c. de Lanversin, Decr. 18 dic. 1986, n. 10, 181.

¹²⁷ G. ERLEBACH, «Le fattispecie (parte dinamica)», 424.

¹²⁸ C. Erlebach, Decr. 26 ott. 2001, n. 5c: «si iudex disponat restrictionem publicationis actorum, ille providere debet ut apte consulatur iuri defensionis partis, cui denegata est possibilitas invisendi integra acta causae. Hoc fieri potest per eius Patronum, scilicet Patronum fiduciae vel ex officio concedendum, et particolari obligatione secreti servandi obstringendum [...] Notandum est tamen, ordinarie non sufficere peragere actorum publicationem erga solos patronos, sed eam necessariam esse etiam erga partes». «Il contraddittorio viene, di nuovo, spostato, dai margini, al centro del fenomeno processuale: non è più una prova di forza, ma diventa uno strumento di ricerca della verità probabile. Possiamo parlare, di nuovo, di un principio del contraddittorio; ma con l'espressione *principio* qui non intendiamo più gli assiomi logici della tradizione illuministica, né i principi generali degli ordinamenti positivi. Il principio del contraddittorio rappresenta, piuttosto, una di quelle *regulae iuris* raccol-

Segue il decreto di conclusione in causa che può incidere sul contraddittorio e sull'esercizio del diritto alla difesa nel caso particolare in cui le parti non abbiano costituito patroni, difendendosi da sole: in tale evenienza, verranno a conoscere le prove soltanto alla pubblicazione, non è perciò ammissibile che il decreto di conclusione manchi, pur non essendo per sé solo causa di nullità¹²⁹.

3.4 *Le impugnazioni*

Nell'ordinamento canonico vigente, il diritto alla difesa ha assunto valenza assiologica ampiamente tutelata, perciò il Legislatore ha esteso i poteri discrezionali del giudice, vero arbitro del processo, «per evitare che un'eccessiva tutela del diritto di difesa finisca di favorire l'ostruzionismo delle parti meno oneste e addirittura la possibilità di ricatti di natura economica»¹³⁰ e permettere il conseguimento di un preciso diritto: ottenere una sentenza che chiarisca il proprio *status* personale. È opinione comune che in grado di appello, la tutela di cui si parla non debba essere così estesa come in primo grado, possono di fatto mancare intere fasi processuali (cf. can. 1629; 1639 § 2; 1682 § 2). In ogni caso, «si *ius defensionis denegatum fuerit* [...] non agitur de nullitate sententiae, sed de eius inexistencia [...] Non sumus tunc in casu nullitatis sententiae, sed inexistenciae eius ob impossibilitatem moralem iustae decisionis»¹³¹. Occorre appunto tener conto dei criteri teleologici che ordinano la materia: devono manifestarsi nella conformazione alla giustizia e ne consegue che il non rispetto delle procedure 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»¹³².

Il CIC sanziona la lesione del diritto alla difesa (e del contraddittorio) nel can. 1620, 7°, stabilendo la nullità della sentenza *ob ius defensionis denegatum*: il concetto utilizzato in questo canone è relativamente autonomo, poiché si presta a svariate interpretazioni, proprio in coerenza

te nell'ultimo libro del Digesto, cioè uno di quei principi di una logica del senso comune, destinati a facilitare la *interpretatio* basata sull'equità»: N. PICARDI, «Il principio», 680-681.

¹²⁹ Cf. M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius*, II, 905.

¹³⁰ C. GULLO, «Il diritto di difesa», 31.

¹³¹ O. ROBLEDA, «De Nullitate Sententiae», 17-18.

¹³² I. ZUANAZZI, «Lo *ius ad probationem*», 75; cf. anche c. Faltin, Sent. 27 giu. 1991, n. 8, 11-12.

ai valori e criteri che si assumono come determinanti. La giurisprudenza citata è quasi totalmente conseguita a querele di nullità: il diritto alla difesa è diventato prosaicamente un criterio generale di verifica della validità delle procedure e delle sentenze¹³³.

Sebbene in appello sia prevista anche la possibilità di una procedura abbreviata (il c.d. *processus brevior*)¹³⁴, qualora si attenga alla ratifica della sentenza affermativa in primo grado (can. 1682 § 2) circa una nullità matrimoniale, gli elementi necessari sono

pochi e semplici. È sufficiente che la sentenza sia stata regolarmente notificata; le parti che si sentono onerate dalla sentenza hanno diritto di interporre appello nel termine perentorio [...]. Trascorso questo termine, il giudice *a quo* deve trasmettere d'ufficio [...] gli atti della causa con eventuali appelli al tribunale di appello¹³⁵.

Ci fu una notevole discussione sul carattere di tale procedura (giudiziale o amministrativa?), per noi interessante qualora si aprisse, in tale evenienza, la questione del contraddittorio da osservare o meno. Tuttavia, un decreto rotale ha affermato che la procedura non prevede un vero e proprio contraddittorio¹³⁶. In ogni caso, bisogna tener presente che, pur venendo riconosciuto quale principio,

può essere esercitato solo nei limiti stabiliti dal legislatore e concretizzati dal giudice. L'estensione o i limiti del contraddittorio devono dunque corrispondere alla natura del procedimento nel quale questo si innesta. [...] la questione si pone solo in relazione ai limiti o ai modi in cui il contraddittorio possa essere esercitato¹³⁷.

Riguardo poi alla *Nova causae propositio* (can. 1644), la giurisprudenza la equipara alla presentazione del libello, non imponendo però la notifica al convenuto, bensì l'accettazione dell'organo giudicante: nel caso di una doppia sentenza conforme affermativa, potendo nel frat-

¹³³ Cf. A. JACOBS, *Le Droit de la défense*, 454-456. E anche c. *Serrano*, Decr. 15 mar. 1985; c. *Palestro*, Decr. 18 giu. 1986; c. *Giannecchini*, «Decr.», 26 mar. 1987; c. *Boccafola*, «Sent.», 13 feb. 1988; c. *Funghini*, «Decr.», 17 giu. 1992.

¹³⁴ Cf. PAOLO VI, M.p. *Causas matrimoniales*, art. VIII, EV 4/448.

¹³⁵ G. ERLEBACH, «La procedura abbreviata», 59.

¹³⁶ C. de *Lanversin*, Decr. 21 mar. 1990, n. 5, 6: «Potissimum verbum continenter huiusmodi canonis manifestat intentionem legislatoris ad celeritatem processus tendere; quapropter in hoc breviori processus appellationis non conceditur *contradictorium* proprie dictum».

¹³⁷ G. ERLEBACH, «La procedura abbreviata», 66. Quindi vale la norma per cui «ius propriae defensionis exercendum est, non ad libitum partis, sed ad normam iuris»: SEGNAVURA APOSTOLICA, «Decr. c. *Sabattani*», 19 giu. 1985, n. 8, 439.

tempo essere cambiato lo *status* dei coniugi, si verifica una sospensione perlomeno preliminare del loro diritto di passare a nuove nozze (can. 1644 § 2; 1650 § 3). Tale congelamento del diritto soggettivo non obbliga all'*audiatur et altera pars*, giacché «non requirere contradictorium vel auditionem seu interventum alterius partis in concedendo vel denegando novo causae examine, sicuti non requiritur in admissione vel reiectione libelli causae introductorii»¹³⁸.

Ciò posto, non qualsiasi violazione del diritto alla difesa (in cui è sussunto il principio del contraddittorio in questa precisa fase) dà luogo a nullità per difetto di elementi costitutivi: l'inadempienza deve aver compromesso il nucleo sostanziale delle facoltà di agire e resistere in giudizio, con pregiudizio delle proprie ragioni¹³⁹. Il pregiudizio del diritto alla prova implica nullità *ex* can. 1620, 7° solo se comporta il «vizio più grave di carenza di un *minimum* di contraddittorio»¹⁴⁰, e ciò perché la prerogativa di causare la nullità discende dalle disposizioni positive, operando il divieto di interpretazione estensiva delle clausole irritanti (can. 14; 18)¹⁴¹.

In conclusione, «quamvis processus primo et per se sit ordini publici et ad legem publicam tutandam, non dubio quin inter fundamentales normas, quibus ordo publicus et res publica moderatur, exstet tutela iurium personarum, etiam et praesertim cum ministerium invocet publicae potestatis»¹⁴². Già sotto il CIC'17 del resto il diritto alla difesa

tuetur litis contestatione, seu formali conventi contradictione petitioni actoris, facta animo litigandi coram Iudice (can. 1726). Praescribuntur igitur: citatio partis conventae (can. 1712), concordatio dubiorum (can. 1728), interrogatoria partium (can. 1742), probatio per testes (can. 1754), probatio

¹³⁸ SEGNETURA APOSTOLICA, «Decr. c. Sabattani», 19 giu. 1985, n. 8, 438. «Quaestio de concedenda causae retractatione inaudita altera parte cognoscitur»: E. DEL CORPO, *De Retractingione*, 102.

¹³⁹ Cf. SEGNETURA APOSTOLICA, «Sent. c. Sabattani», 17 gen. 1987, n. 13-14, 273: «non omnis negatio legitimae defensionis importat iudicii atque sententiae nullitatem, sed solummodo illae quae eiusdem iudicii *substantiam* afficiunt»; c. Serrano, Decr. 15 mar. 1985, n. 3, 277; c. Pompedda, «Decr.», 17 giu. 1985, n. 14-16, 273-274; c. Bruno, Decr. 31 ott. 1986, n. 8, 8; c. Doran, Sent. 28 apr. 1987, n. 9, 10; c. Giannecchini, «Decr.», 23 mag. 1989.

¹⁴⁰ I. ZUANAZZI, «Lo ius ad probationem», 103. Cf. anche c. Stankiewicz, Sent., 20 gen. 1983, n. 8, 19; c. Pinto, Decr. 24 mag. 1985, n. 2, 140-141; c. Serrano, Decr. 1 lug. 1988, n. 2, 157-158; c. Davino, Decr. 15 gen. 1990, n. 7, 9-10; c. Corso, «Decr.», 16 gen. 1990; c. Bruno, «Decr.», 15 lug. 1993.

¹⁴¹ C. Doran, Sent. 28 apr. 1987, n. 8, 16: «Soli canonicae legis nullitatis sanctione carentis violatio actus nullitatem non secum fert».

¹⁴² C. Serrano, Decr. 1 lug. 1988, n. 5, 159-160.

per peritos (can. 1792), probatio per instrumenta (can. 1812), publicatio processus et causae discussio (can. 1858-1967). Quae, si sint ommissa, ius defensionis denegatum tenendum est¹⁴³.

«La legge del processo [...] ed il modo di applicarla, sono il fenomeno probabilmente più importante di convivenza organizzata e testimoniano del grado di civiltà di un popolo»¹⁴⁴.

4. Il Magistero pontificio

L'orientamento che segue al Concilio è caratterizzato da un prevalente interesse per l'uomo: l'antropologia è il fulcro su cui poggia la comprensione delle vie seguite per raggiungere la persona. Il diritto canonico poi affida al canonista come al legislatore, il compito specifico di formulare nella norma canonica le implicazioni giuridiche dei valori teologici essenziali, dettati dalla struttura della Chiesa — *Communio ecclesiae et ecclesiarum*¹⁴⁵.

4.1 Pio XII

Tale filo conduttore partiva da lontano; anzi, nel magistero pontificio, del quale prenderemo in esame essenzialmente le Allocuzioni alla RR, se ne accertano le tracce già dai discorsi di Pio XII¹⁴⁶.

La costante di ogni prolusione inaugurale dell'anno giudiziario sortisce un richiamo alla fedeltà, genuinità e ortodossia dell'interpretazione giurisprudenziale, promozione di «un diritto umano-divino, raggio di quel Verbo divino umanato, il lume del cui volto è segnato sopra la nostra ragione e la cui luce illumina ogni uomo che viene in questo mondo»¹⁴⁷. L'indole giuridica del Pontefice avviò una pedagogia definitoria di compiti e funzioni nel processo canonico, in particolare di quello matrimoniale, il più assiduo nelle aule rotali. Papa Pacelli si rifece alla legittimità dell'ausilio delle scienze moderne, il cui genuino progresso può supportare «la ricerca della vero; perché figlia della verità vuol essere la giustizia, se ha da farsi madre di pace; onde [...]

¹⁴³ C. Di Felice, Sent. 24 apr. 1982, n. 4, 233.

¹⁴⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, 17.

¹⁴⁵ Cf. E. CORECCO, «Considerazioni», 1216-1217.

¹⁴⁶ La ricerca ha preso in esame le allocuzioni alla RR a partire dal 1939 ad oggi. L'intenzione era quella di considerare la produzione pontificia dal CIC'17 in poi, cosa però impossibile in quanto Pio XI e Benedetto XV non si sono giovati di questo mezzo pastorale e magisteriale.

¹⁴⁷ PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 2 ott. 1939, 335.

res iudicata pro veritate accipitur)¹⁴⁸. Si rafforza così la necessità della certezza del diritto:

Se infatti la tranquillità, la stabilità e la sicurezza dell'umano commercio in genere esigono che i contratti non siano con leggerezza proclamati nulli, ciò vale ancor più per un contratto di tanto momento, qual è il matrimonio, la cui fermezza e stabilità sono richieste dal bene comune della società umana e dal bene privato dei coniugi e della prole¹⁴⁹.

Nel medesimo intervento il Sommo Pontefice, richiamando il giudice ad un'investigazione «condotta con ogni severità, rigore e diligenza», insiste sul fatto che «in ogni stadio del processo è dovere l'osservare pienamente e strettamente le regole»¹⁵⁰; l'anno successivo infatti, si intratterrà nelle considerazioni circa la necessità della certezza morale e su cosa essa comporti, poiché «tale certezza, la quale si appoggia sulla costanza delle leggi e degli usi che governano la vita umana, ammette vari gradi»¹⁵¹. Il Santo Padre osservò che, risultando talvolta la certezza morale da «una quantità di indizi e di prove» che solo nel loro insieme bandiscono «per un uomo di sano giudizio» ogni ragionevole dubbio, siffatta simultanea presenza «può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente e base, dalla quale derivano: cioè nella obiettiva verità e realtà»¹⁵². Sebbene non fosse ancora l'epoca calda delle dichiarazioni sui diritti dell'uomo, non sembra arbitrario l'accostamento al principio del contraddittorio, col quale oggi-giorno dichiaratamente si confronta l'escussione delle prove in istruttoria nonché la loro valutazione. Altrimenti come potremmo comprendere l'affermazione che «per rendere sicura la oggettività di tale certezza, il diritto processuale stabilisce ben definite regole di inchieste e di prove», secondo le quali sono ottemperate «determinate prove o corroboramenti di prove» e per le quali «si costituiscono speciali uffici di persone, incaricati durante il procedimento di tenere dinanzi agli occhi, affermare e difendere determinati diritti o fatti»: «Che cosa è questo se

¹⁴⁸ PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 1 ott. 1940, 234. il testo in corsivo è tratto da ULPiano, D. 50, 17, R.I. 207.

¹⁴⁹ PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 3 ott. 1941, 424.

¹⁵⁰ PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 3 ott. 1941, 425. «La regola del giudizio, sia in quanto determina il contenuto della decisione in caso di mancanza di prove, sia in quanto si limita a facoltizzare il giudice ad emettere in ogni caso una decisione di merito, incide non già sull'opera di ricostruzione storica dei fatti della causa quanto sull'atto di sussunzione dei fatti stessi sotto una norma giuridica»: G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, 164.

¹⁵¹ PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 1 ott. 1942, 339.

¹⁵² PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 1 ott. 1942, 340.

non un giusto formalismo giuridico, che riguarda talvolta più il lato materiale, tal altra più il lato formale del processo o del caso giuridico?»¹⁵³.

Poiché quindi lo scopo del processo, cioè la sentenza, esige nel giudice la certezza morale circa i fatti *ex actis et probatis*, tale convinzione «deve avere un carattere oggettivo e non essere fondata solamente sulla opinione o sul sentimento meramente soggettivo del giudice». Essa deve mantenere un'impronta stabile, garantita dall'unità di azione: «un unico scopo, un comune indirizzo di tutti verso questo scopo unico, un obbligo giuridico-morale di prendere e di conservare un tale indirizzo»¹⁵⁴.

Il giudice è tenuto a conformarsi allo scopo di tutto il processo, trovandovi «una sicura norma direttiva in ogni personale indagine, giudizio, prescrizione, divieto, che lo svolgimento del processo porta con sé»; il difensore del vincolo è responsabile delle osservazioni che vengono «sottoposte all'esame dei giudici, poiché questi hanno da trovare nell'accurata opera di lui un aiuto e un complemento alla propria attività»; il promotore di giustizia è soggetto alla identica unicità del fine «poiché ambedue [...] pongono in fondo al giudice la medesima richiesta: di emettere un giudizio secondo la verità e la realtà dello stesso fatto oggettivo»; l'avvocato risulta ugualmente subordinato allo scopo finale. Tale consapevolezza lo deve guidare «nelle sue riflessioni, nei suoi consigli, nelle sue asserzioni e nelle sue prove», portandolo «positivamente ad agire in tutta la serie degli atti del processo secondo i dettami della coscienza».

La valutazione della verità è compito esclusivo del giudice, ma la struttura del processo, e di quello canonico in modo eminente, non può paragonarsi ad una competizione dove si debba vincere debellando l'avversario; «non si tratta di creare un fatto con la eloquenza e la dialettica, ma di mettere in evidenza e far valere un fatto già esistente». Scindere l'attività di qualsiasi soggetto intervenga in giudizio dal servizio alla verità, significherebbe attribuire falsamente al prestigio, all'apparenza, alla suggestione *extra-documentale*, «all'abile argomentazione

¹⁵³ PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 1 ott. 1942, 340-341. Vedi anche F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, 452.

¹⁵⁴ PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 2 ott. 1944, 281-282. «L'insegnamento di Pio XII [...] è una considerazione [...] in cui univocamente concorrono l'aspetto naturale e negoziale come quello soprannaturale e sacramentale, l'aspetto giuridico come quello teologico, le esigenze e le finalità individuali e familiari come quelle sociali e pubbliche»: G. DOSSETTI, «Grandezza e miseria», 167.

una forza creatrice del diritto». La tensione di tutto l'argomentare si sviluppa nello sforzo di convergere all'unico fine: «né alle parti, né ai testimoni, né ai periti, è lecito di costruire fatti non esistenti, dare agli esistenti un infondata interpretazione, negarli, confonderli od offuscarli»¹⁵⁵.

Nell'affrontare il confronto tra gli ordinamenti canonico e civile, il Sommo Pontefice osservò acutamente che «la potestà giudiziaria è una parte essenziale ed una necessaria funzione del potere di due società perfette, la ecclesiastica e la civile. Perciò la questione della origine della potestà giudiziaria si identifica con quella dell'origine del potere»¹⁵⁶. Ma pur essendo difformi le attività dei due sistemi, non si esclude che ci si «possa opportunamente avvantaggiare del vero progresso della scienza del diritto anche in questo campo»¹⁵⁷. Pio XII affermò in seguito che anche nei processi penali è doveroso assicurare tutte le tutele opportune ed essenziali al *giusto ed equo giudizio*¹⁵⁸.

Finalmente, se nulla vieta l'avvalersi dei risultati della ricerca nei due ambiti, «sarebbe errato il voler trasferire meccanicamente gli elementi e le norme dell'una nell'altra, e tanto più il volerle addirittura eguagliare»¹⁵⁹.

4.2 Giovanni XXIII

Papa Roncalli proseguì il cammino innovativo del diritto tanto che il 25 gennaio 1959, insieme all'indizione del Concilio Vaticano II, annunciò la revisione del Codice: il Sommo Pontefice seppe cogliere i segni dei tempi e istituì una Commissione che ne intraprendesse i lavori. Negli interventi alla RR manifestò il suo cuore vivamente pastorale, col desiderio di «*quam plurimis prodesse, giovare a quanti più si può, cercando di fare il bene, e facendo rispettare diritti e doveri reciproci*»¹⁶⁰.

Il suo richiamo ricorrente coinvolgeva quanti per vocazione e professione si interessano dei problemi giuridici degli altri: «robustezza di

¹⁵⁵ Cf. PIO XII, All. *ad RR Praelatos*, 2 ott. 1944, 283-288. «Il diritto canonico, nonostante tutte le sue singolarità, resta sempre soggetto agli imperativi fondamentali della comune logica giuridica»: G. DOSSETTI, «Grandezza e miseria», 174.

¹⁵⁶ PIO XII, All. *ad RR Praelatos*, 2 ott. 1945, 257. Cf. anche M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 393-394 e M. TARUFFO, «Introduzione», 15-16.

¹⁵⁷ PIO XII, All. *ad RR Praelatos*, 2 ott. 1944, 289.

¹⁵⁸ Cf. PIO XII, All. *ad RR Praelatos*, 6 ott. 1946, 397.

¹⁵⁹ PIO XII, All. *ad RR Praelatos*, 29 ott. 1947, 497.

¹⁶⁰ GIOVANNI XXIII, All. *ad RR Praelatos*, 19 ott. 1959, 824.

dottrina [...] robustezza nutrita alle fonti del diritto naturale e positivo, che non cede a nessuna lusinga e debolezza ed è al tempo stesso accompagnata da un perfetto equilibrio di giudizio, proveniente dalla conoscenza delle condizioni del tempo in cui viviamo»¹⁶¹.

Giovanni XXIII si seppe dimostrare in ogni occasione attento interprete delle difficoltà del suo tempo, dei movimenti generazionali che preparavano le grandi sollevazioni sociali di cui fu testimone la fine del decennio, nel quale il Sommo Pontefice ebbe modo di affermare che

la Chiesa non difende interessi di caste o consuetudini superate. Il suo canto glorioso, il suo titolo di onore risuona nel *Pater Noster: Fiat voluntas tua, sicut in caelo et in terra*. Questo essa propone e difende nel mondo: la volontà di Dio, nella quale è la pace, la serenità e la prosperità anche materiale per tutti i suoi figli¹⁶².

Secondo quanto ebbe a rimarcare in seguito:

Fondamentale diritto della persona è pure la tutela giuridica dei propri diritti: tutela efficace, imparziale, informata a criteri obiettivi di giudizio. *Dall'ordinamento giuridico, voluto da Dio, promana l'inalienabile diritto dell'uomo alla sicurezza giuridica, e con ciò stesso ad una sfera concreta di diritti, protetta contro ogni arbitrario attacco*¹⁶³.

4.3 Paolo VI

Fu il Pontefice delle *linee direttive*; fissò il programma della revisione e ne seguì da vicino i lavori proporzionati all'impresa, secondo la sua stessa considerazione: «breui tempore perficienda erunt, quae prius per hominum aetates patrari consueverant»¹⁶⁴.

Nelle allocuzioni alla RR, Paolo VI si mostrò attento alla custodia dei criteri fondamentali: fedeltà al Concilio e alla tradizione giuridico-legislativa della Chiesa¹⁶⁵. Nonostante «documenti conciliari e Codice, teologia e diritto, appartengano a generi letterari molto diversi, ed ognuno deve restare fedele alla propria peculiarità», tutti i documenti

¹⁶¹ GIOVANNI XXIII, All. ad RR *Praelatos*, 25 ott. 1960, 901.

¹⁶² GIOVANNI XXIII, All. ad RR *Praelatos*, 13 dic. 1961, 818.

¹⁶³ GIOVANNI XXIII, Enc. *Pacem in Terris*, n. 13, EV 2/11. Il corsivo è una citazione di PIO XII, Mess. natalizio, 24 dic. 1942, 21.

¹⁶⁴ *Comm*, 9 (1977) 24.

¹⁶⁵ «Per il magistero di Paolo VI l'ecclesiologia sta a fondamento del discorso sul diritto canonico [...] egli fece, negli anni del post-Concilio, del tema della Chiesa uno dei punti nodali del suo dialogo coi fedeli di tutto il mondo [...] l'insegnamento di Paolo VI sulla Chiesa costituisce il luogo teologico nel quale si colloca e si giustifica il discorso sul diritto canonico»: E. CAPPELLINI, «Il diritto canonico», 12.17.

dell'Assise Vaticana figurano in abbondanza tra le fonti della normativa canonica. Come d'altra parte, «le innovazioni, che successivamente richiedeva la storia, non rappresentarono mai una rottura con la tradizione, ma una evoluzione in perfetta linea di continuità e sintonia»¹⁶⁶.

Un *memento* ciclico viene rivolto al «vigile senso di giustizia»: particolarmente nella fase istruttoria, dove si rende attuale grande prudenza «per evitare che ogni ingiustizia possa prendere consistenza; sarà necessario il coraggio della verità, per ammonire [...] che non si inganna il Giudice divino, per il quale ha valore soltanto la verità oggettiva, quella inerente alla realtà dei fatti»¹⁶⁷. L'ufficio di giudice attinge così ad implicazioni teologiche, morali e sociali «per l'evidenza che in voi assume l'autorità nell'atto di conferire alla legge l'efficacia della sua concreta applicazione al fatto particolare, e d'instaurare o di restaurare l'ordine controverso o turbato fra i membri determinati della comunità»¹⁶⁸. Il magistrato, *quaedam iustitia animata*,

è l'interprete dello *ius* obbiettivo, cioè della legge, mediante l'uso del proprio *ius* soggettivo — cioè di quella *potestas et libertas* di cui egli deve poter disporre nel massimo grado —; ne consegue che egli deve possedere una grande obbiettività nel giudizio, e insieme una grande equità, per poter valutare tutti gli elementi di cui è venuto pazientemente e tenacemente in possesso [...] il Giudice non verrà mai meno ai criteri fondamentali del diritto naturale, cioè umano, giusto, né all'osservanza della legge vigente, dello *ius scriptum*, che si suppone espressione della ragione e della necessità del bene comune¹⁶⁹.

Fa allora capo al giudice il postulato della giusta ed equa gestione del processo¹⁷⁰, sottolineatura indotta dall'erompere della grande contestazione circa l'esistenza del diritto nella Chiesa, «diffusa tendenza cosiddetta carismatica, che diventa antigerarchica [...] mentalità, che vor-

¹⁶⁶ Cf. R.J. CASTILLO LARA, «Disc.», 31. Vedi anche PAOLO VI, All. *Disciplinarum Iuris Canonici Cultoribus*, 339-340: «E contra, canonica lex talis profecto est, ut maximi momenti munus in Ecclesiae vita exsequi debeat, ut nempe omnia fulciat et tutetur et foveat incepta communia, quae ad christianam vitam fidelius usque et constantibus vivendam suscipiuntur».

¹⁶⁷ PAOLO VI, All. *ad RR Praelatos*, 11 gen. 1965, 235. «Quello che il legislatore vuole è che la verità sia sempre raggiunta attraverso il processo»: G. BETTIOL, *Sulle presunzioni*, 18.

¹⁶⁸ PAOLO VI, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1966, 152.

¹⁶⁹ PAOLO VI, All. *ad RR Praelatos*, 29 gen. 1970, 112. Il rimando della citazione in latino è a TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, art. 1.

¹⁷⁰ «Legum legis magistratus, legum interpretes iudices, legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus»: M.T. CICERONE, «Arringa», 53, 146.

rebbe presentare come legittima e giustificata la disobbedienza, a tutela della libertà di cui debbono godere i figli di Dio»¹⁷¹.

V'è certamente un sano formalismo giuridico da seguire: altrimenti regnerebbe l'arbitrio, con danno gravissimo degli interessi delle anime; ma il giudizio dipende anche e soprattutto dalla equilibrata estimazione delle prove e degli indizi da parte del giudice, la cui coscienza, quindi, è particolarmente impegnata¹⁷².

Il Pontefice marcatamente osserva la necessità dell'equità del diritto, «scuola di giustizia, di discrezione e di carità operante [...] Per questo è un diritto gerarchico, vincolo di comunione, un diritto missionario, uno strumento di grazia, un diritto della Chiesa»¹⁷³, poiché «ci è stato conferito un ufficio, non un dominio»¹⁷⁴. In memoria di ciò, il Papa ribadisce che «le virtù morali spesso non bastano per soddisfare i bisogni tecnici dell'amministrazione della giustizia; occorrono le leggi, occorrono le procedure, che la rendano esatta e spedita». Proprio perciò ha promulgato il m.p. *Causas Matrimoniales*, che «segue le linee fondamentali del processo canonico tradizionale, introducendo però modificazioni procedurali»¹⁷⁵. Con a cuore la missione pastorale di tutta la Chiesa, si preoccuperà di ribadire tre caratteristiche processuali: la diligenza nel dovere, «significa sentirsi sorretti dalla coscienza della missione che si è ricevuta»; la disponibilità nel seguire le direttive del Magistero; una conveniente speditezza nell'*iter* processuale, il cui «binario di scorrimento» è la ricerca della verità oggettiva e il cui fine è la retta amministrazione della giustizia: «anche le leggi che regolano la vicenda processuale hanno un'intrinseca ragione di essere nell'ordinamento ecclesiale, sono frutto di collaudata esperienza, e vanno quindi osservate e rispettate»¹⁷⁶. La sistematizzazione del diritto sostanziale e processuale stava realizzandosi alle due condizioni di integrità temporale e spaziale, non arrestandosi alla mera considerazione delle forme.

¹⁷¹ PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 29 gen. 1970, 113.

¹⁷² PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 28 gen. 1971, 139.

¹⁷³ PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 8 feb. 1973, 96.98. Vedi anche G.M. COLOMBO, *Sapiens Aequitas*, 289-304.

¹⁷⁴ BERNARDO DI CHIARAVALLE, *De Consideratione*, 2, 6, 419: «impositum senserimus ministerium, non dominium datum».

¹⁷⁵ PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 30 gen. 1975, 181.182. Cf. anche PAOLO VI, «Disc.», 17 set. 1973, 848.

¹⁷⁶ Cf. PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 28 gen. 1978, 181-182. «Dovremo studiarci di riconoscere nell'attività legislativa della Chiesa una manifestazione congeniale alla sua missione»: PAOLO VI, «Ud. gen.», 17 ago. 1966, 834.

4.4 Giovanni Paolo II

Il Codice è vigente: Giovanni Paolo II «volle studiare personalmente lo *Schema Novissimum* [...] ed approfondire l'esame dei problemi più rilevanti, coadiuvato da una commissione di esperti e da un'altra di qualificati Presuli, dedicandovi molte sessioni di lavoro collegiale, e, finalmente, ne decise la promulgazione»¹⁷⁷. Fin dagli esordi del suo magistero, Giovanni Paolo II evidenzia la prospettiva del suo pensiero e dell'opera pastorale in perfetta coerenza al Concilio: la dignità della persona umana e la considerazione dei suoi diritti. «Il grande rispetto dovuto ai diritti della persona umana, i quali devono essere tutelati con ogni premura e sollecitudine, deve indurre il giudice all'osservanza esatta delle norme procedurali, che costituiscono appunto le garanzie dei diritti della persona»; egli parla infatti del diritto processuale come «un fatto di Chiesa, come strumento di superamento e di risoluzione dei conflitti», in ragione del quale «ogni individuo ha l'obbligo di esercitare i suoi diritti fondamentali in una maniera responsabile e moralmente giustificata»¹⁷⁸. Perciò ricorda che tutto deve essere fonte di verità, «in modo speciale devono esserlo gli *atti della causa*, e, tra questi, gli *atti istruttori*», i quali non creano «un evento che non è mai esistito», ma mettono in evidenza un fatto «verificatosi nel passato e perdurante forse ancora nel presente»¹⁷⁹.

Gli attentati del nostro tempo sono quelli già annunciati da Paolo VI: una mentalità contraria al Vangelo e alla tradizione giuridica ecclesiale che ricorre «a presunte o probabili innovazioni, ad interpretazioni che non hanno oggettivo riscontro nella norma canonica», dato che la giustizia della Chiesa «emerge dall'insieme di tutte le prove processuali, valutate coscienziosamente alla luce della dottrina e del diritto della Chiesa, e col conforto della giurisprudenza più qualificata»¹⁸⁰.

Il Sommo Pontefice snoda nei suoi annuali interventi alla RR, un pensiero attuativo non solo dei principi conciliari, ma di quelle verità assiologiche che fanno da sostrato all'intera normativa:

La Chiesa ha sempre affermato e promosso i diritti dei fedeli, ed anzi nel nuovo Codice ne ha promulgato come una *carta fondamentale* (can. 208-223), offrendo, nella linea di auspicata reciprocità tra diritti e doveri iscritti

¹⁷⁷ R.J. CASTILLO LARA, «Disc.», 30.

¹⁷⁸ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 17 feb. 1979, 423-424.425.426.

¹⁷⁹ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 4 feb. 1980, 174.

¹⁸⁰ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 24 gen. 1981, 232-233.

nella dignità della persona del *Christifidelis*, le opportune garanzie giuridiche di protezione e di tutela adeguata¹⁸¹.

L'osservanza precisa della procedura da parte del giudice diventa garanzia della corretta amministrazione della giustizia: l'atteggiamento di fronte alla legge consta di due fattori, il *factum* e lo *ius*, da possedere nel loro insieme per avere una *visione globale* e penetrare lo spirito della legge, la *mens legislatoris*¹⁸².

Nel 1989, Giovanni Paolo II perorò un discorso emblematico, interamente dedicato al diritto alla difesa. Il Papa vi desume i cardini del processo di modo che lo *ius defensionis semper integrum maneat*: è il «principio che deve guidare tutta l'attività giudiziaria della Chiesa»¹⁸³. Tre i canoni commentati (can. 221 § 1; 1620; 1598 § 1), all'interno dei quali il Santo Padre sviluppa il contenuto autorevole di ciò che significa contraddittorio: «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*»¹⁸⁴. Deve esserne garantita la concreta possibilità: è obbligo del giudice ottemperare ogni impegno affinché l'esercizio del diritto possa essere espletato nel corso della causa, provvedendo alle dovute notificazioni anche qualora una delle parti sia dichiarata assente. Giovanni Paolo II svolge un programma articolato sull'attuazione del diritto alla difesa, toccando i vari momenti del processo in cui si concreta l'esercizio del contraddittorio: non solo nell'istruzione, ma nella pubblicazione degli atti (can. 1598 § 1) e nella motivazione ed emanazione della sentenza (*ex* can. 51; 1612 § 3: sempre validamente motivata), al fine di garantire il proseguimento dell'esercizio delle proprie prerogative in altra istanza. Tutto ciò impone al giudice «una ricerca della verità particolarmente diligente»¹⁸⁵.

¹⁸¹ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 feb. 1983, 556.

¹⁸² Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1984, 645.

¹⁸³ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 922.

¹⁸⁴ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 923. «Agitur hic de sententia principali totius allocutionis: non concipitur aequum iudicium seu, aliis verbis, non habetur iudicium hoc nomine dignum, sine possibilitate concreta uniuscuiusque partis in causa ad auditionem et ad contradicendum»: F. DANEELS, «De Iure Defensionis», 246.

¹⁸⁵ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 925. «Papa probabiliter hic prae oculis habet illud *ius ad aequum iudicium*, quod in mundo odierno magis magisque inter iura hominis computatur»: F. DANEELS, «De iure defensionis», 251.

Non si priva così di giuridicità l'azione dell'operatore del diritto: forse si dimentica che «anche la giustizia e lo stretto diritto — e di conseguenza le norme generali, i processi, le sanzioni e le altre manifestazioni tipiche della giuridicità, qualora si rendano necessarie — sono richiesti nella Chiesa per il bene delle anime e sono pertanto realtà intrinsecamente pastorali»; e come tutto tende al fine ultimo, è giusto affermare che «il processo rappresenta una progressiva conquista di civiltà e di rispetto della dignità dell'uomo»:

Il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale¹⁸⁶.

Non può essere vanificato da principi ermeneutici desunti da discipline diverse da quella canonica: è un argomento portante nello sviluppo omogeneo della giurisprudenza con i valori che unificano l'ordinamento¹⁸⁷. Il Pontefice ribadisce i criteri interpretativi della legge, immessi nella «visione della legislazione canonica che ne consenta una valutazione unitaria [...] senza dimenticare, alla luce di una corretta antropologia cristiana, la realtà *uomo* a cui è destinata»¹⁸⁸. «Un giusto atteggiamento verso la legge, infine, tiene conto anche della sua funzione di strumento a servizio del buon funzionamento della società umana e, per quella ecclesiale, dell'affermazione in essa della *communio*»¹⁸⁹. È necessaria una visione antropologica corretta, non «chiusa ai valori e significati che trascendono il dato immanente»¹⁹⁰: porterebbe arbitrio e abuso della normativa in favore dei fedeli. «La certezza del diritto e l'acquisizione della verità, devono trovare il loro corrispettivo in norme procedurali, che mettano al riparo da arbitri e leggerezze inammissibili in ogni ordinamento giuridico»¹⁹¹. In una parola, il con-

¹⁸⁶ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 18 gen. 1990, 873.876.

¹⁸⁷ «Il problema attuale con l'interpretazione evolutiva è che l'interprete diventa legislatore; l'interprete crea la nuova norma e questo non è possibile nell'ordinamento canonico vigente [...] la percezione soggettiva del giudice finirebbe per prevalere, con la conseguenza che non potrebbe esserci una vera unità nell'ordinamento canonico. Infatti, l'unità deriva dall'interpretazione retta e dalla conseguente applicazione giusta della legge, così come si presenta nel Codice, cioè applicando il can. 17»: B.E. FERME, «I principi interpretativi», 210.212.

¹⁸⁸ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 29 gen. 1993, 1258.

¹⁸⁹ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 28 gen. 1994, 949.

¹⁹⁰ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 5 feb. 1987, 1455.

¹⁹¹ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 10 feb. 1995, 1016.

traddittorio processuale deve essere condotto, amministrato e *organizzato* secondo lo spirito del diritto: «anche il *modus*, con il quale i processi ecclesiastici sono condotti, deve tradursi in comportamenti idonei ad esprimere tale afflato di carità»¹⁹².

¹⁹² GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 17 gen. 1998, 783.

CAPITOLO IV

La versione italiana vigente

Numerosi [sono] i fattori che formano la fisionomia della legge civile e [...] la bontà o giustizia dell'ordinamento giuridico consiste nella sua capacità di operare una loro armonica ed equilibrata sintesi, in altre parole la razionalità della legge civile sta nel suo sapiente bilanciare due esigenze ineludibili: esigenza di senso o fedeltà a dei valori ed esigenza di realismo o attenzione ed intelligente interpretazione della situazione¹.

Il contraddittorio nel diritto italiano si presta ad una indagine complessa e ad una scansione circa il suo operare nell'ecosistema processuale dell'ordinamento. Non basta infatti che gli operatori «conoscano a perfezione le leggi come sono scritte; sarebbe necessario che altrettanto conoscessero la società in cui queste leggi devono vivere. Il tradizionale aforisma *iura novit curia* non ha alcun valore pratico se non si accompagna a quest'ultimo: *mores novit curia*»². Il contraddittorio fra coloro che hanno interessi contrastanti; la parità in condizioni di simmetria; l'indispensabilità degli apporti personali nella causa, rendono il processo una struttura fondamentale della convivenza umana: «schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato anche al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento»³.

Allo scopo di vagliarne lo sviluppo, intendiamo partire dalla regola generale, la *Grundnorm* dietro la quale si erge «l'idea che le norme fondamentali della convivenza politica e sociale possano essere il prodotto della volontà degli uomini che agiscono secondo piani e obiettivi razionali»: le Costituzioni moderne risalgono alla volontà di razionalizzare e

¹ S. VIOTTI, «Il problema morale», 351.

² P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*, 177.

³ E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 4.

stabilizzare le relazioni collettive in quadri sistematici e certi, essendo «il prodotto di periodi storici dominati, al contrario, da irrazionalità, instabilità e incertezza»⁴.

1. La Costituzione italiana e la sua riforma

Ripercorrendo la storia costituzionale moderna, successiva all'ultimo conflitto mondiale, la constatazione a cui si perviene è inequivocabile:

Nelle principali convenzioni internazionali e nelle costituzioni degli Stati di democrazia classica, soprattutto in Europa, determinate *garanzie* attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo — in particolare, quelle derivanti dai più significativi principi di *natural justice* (ed abitualmente descritte con i brocardi latini: *nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita et al-ligata partium, nemo iudex in causa sua, audiat et altera pars, nemo inauditus damnari potest*) — si sono progressivamente imposte come *fondamentali ed inviolabili*, nel contesto generale dei diritti e delle libertà personali dell'individuo, in virtù di una contingente necessità giuridico-politica⁵.

All'indomani del drammatico epilogo del conflitto mondiale, le democrazie occidentali (nell'Estremo Oriente, il Giappone compì passi analoghi) cercarono di correre a ripari istituzionali ed opposero «ferme, durature e resistenti difese nei confronti dei diritti individuali e degli abusi liberticidi» perpetrati da regimi totalitari. A prevenire il genocidio e le repressioni sistematiche non erano più sufficienti i principi delle tradizionali teorie giusnaturalistiche, «che in termini razionali concepivano i *diritti umani* quali entità inalienabili della persona, preesistenti ed opponibili come tali ad ogni autorità o potere statale, indipendentemente da qualsiasi loro riconoscimento in leggi positive»⁶. Le garanzie processuali furono costituzionalmente riconosciute a livello internazionale, inserendosi a pieno titolo nel patrimonio dei diritti inviolabili della persona⁷.

Si intuisce dunque l'accresciuto interesse per i valori costituzionali, esperienza culturale di un popolo: se la tendenza ad elaborare principi comuni ai diversi sistemi giuridici induce all'individuazione dei *naturalia processus*, la propensione giusnaturalistica interviene nell'inter-

⁴ Cf. G. ZAGREBELSKY, «Costituzione italiana», 392.

⁵ L.P. COMOGLIO, «Valori etici», 892.

⁶ Cf. L.P. COMOGLIO, «Valori etici», 892.

⁷ Cf. ASSEMBLEA GENERALE DELLE N.U., «Dichiarazione», Preambolo e artt. 1-10; CONSIGLIO D'EUROPA, «Convenzione», Preambolo e artt. 5-6; ASSEMBLEA GENERALE DELLE N.U., «Patto internazionale», Preambolo e artt. 2.9-14.

pretazione del diritto in confronto ai principi costituzionali: «il diritto deve essere, oltre che indagato come fatto, approvato e disapprovato in base a determinati valori assunti come criteri di valutazione»⁸. I principi costituzionali assumono la valenza di *dictamina rectae rationis*, categorie ordinanti del sistema: «tutte le libertà sono vane se non si possono rivendicare e difendere in giudizio e se l'ordinamento di questo giudizio non si fonda sul rispetto della persona umana, che riconosce in ogni uomo una coscienza libera, solo responsabile davanti a se stessa e perciò inviolabile»⁹.

1.1 *Il «dovuto processo legale»*

In uno scritto paradigmatico degli anni cinquanta, E.J. Couture diffuse il tema del *due process* nell'ambito giuridico italiano; da allora, la garanzia del giusto processo rappresenta uno dei grandi indirizzi del giusnaturalismo processuale che sgorgano dagli art. 8 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948: viene proclamato il diritto all'equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale¹⁰. A tale formula, l'art. 6 della Convenzione europea del 1950 associò i requisiti del termine ragionevole e della precostituzione del giudice: «la garanzia del giusto processo si specifica [...] in un complesso di principi-guida: l'imparzialità del giudice; la pubblicità delle udienze; l'obbligo di motivazione delle decisioni; il contraddittorio; il diritto alla prova»¹¹.

La tutela della persona umana per mezzo della giustizia, garantita questa mediante un processo legale, non è oggetto di discussione. La discussione

⁸ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo*, 142. Riguardo alla ricerca sui *naturalia processus*, cf. K.W. NÖRR, *Naturrecht*, 18-23.

⁹ P. CALAMANDREI, «Processo e giustizia», 273.

¹⁰ Cf. E.J. COUTURE, «La garanzia». Per i precetti sanzionati dall'ASSEMBLEA GENERALE DELLE N.U., «Dichiarazione», art. 8: «Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the Constitutions or by the law»; art. 10: «Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him».

¹¹ V. DENTI, «Valori costituzionali», 445. Cf. CONSIGLIO D'EUROPA, «Convenzione», art. 6: «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement».

comincia quando si tratta di sapere cosa significa un processo legale: quale minimo di elementi giuridici è richiesto perché esista processo e quale insieme di elementi si debba riunire perché questo sia legale, ossia adeguato, appropriato, adatto ai suoi fini¹².

Fonti remote si ravvisano nella *Magna Charta Libertatum*¹³, una delle più antiche formulazioni a proposito della regolarità del processo: in essa si legge la primigenia codificazione del *dovuto processo legale*. Natura analoga ebbe nel Nuovo Continente la *Norwest Ordinance* del 1787¹⁴, istituita dal Continental Congress del Territorio del Nord-Est; e quasi ottant'anni più tardi, nella Costituzione degli Stati Uniti furono sanzionati il V e XIV Emendamento che sanciscono in modo paradigmatico le garanzie del *due process of law*¹⁵.

Nell'elaborazione statunitense, questo concetto si scisse in una duplice rappresentazione: il *substantive* e l'*adjective due process of law*¹⁶, in ragione delle quali *due process of law* è «in senso ampio la garanzia che sorge da una elaborazione regolare e corretta della legge; ma è anche *due process of law* la garanzia che quella legge elaborata dal parlamento è ragionevole, è giusta e si contiene nei limiti consacrati dalla costituzione»¹⁷. Il *substantive due process of law* è diventato una

¹² E.J. COUTURE, «La garanzia», 81.

¹³ «Statuto inglese, la cui promulgazione, avvenuta il 15 giu. 1215, fu imposta dai feudatari al re Giovanni. Si componeva di 60 capitoli che accoglievano sostanzialmente altrettante richieste baronali»: EDG, «*Magna Charta Libertatum*», 743. Nel testo, il cap. 39 proclama: «No freeman shall be taken or imprisoned or disseized or exiled or in any way destroyed, nor will be go upon him nor send upon him, except by the lawful judgement of his peers and by the law of the land»; nell'originale latino: «[...] nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae». Il corsivo è nostro.

¹⁴ Art. 2: «The inhabitants of the said territory shall always be entitled to the benefits of the writ of *habeas corpus*, and of trial by jury, of a proportionate representation of the people in the legislature and of the judicial proceeding according of the course of the common law [...] No man shall be deprive of his life, liberty or property, but by the judgement of his peers or the law of the land, and should the public exigencies make it necessary for the common preservation to take any person's property or to demand his particular services, full compensation shall be made for the same».

¹⁵ V Amendment: «No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, [...] nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property without due process of law»; XIV Amendment: «[No State shall] deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

¹⁶ Circa la trattazione dottrinale, cf. J. MOTT, *Due Process of Law*.

¹⁷ E.J. COUTURE, «La garanzia», 87.

forma di controllo di fatto sul vigore dell'ordine giuridico, impiegato quale sinonimo della *law of the land*; mentre l'*adjective due process of law* è la garanzia del processo legale senza relazione con alcuna forma particolare del procedimento. Comunque «veniva violata la garanzia del *due process of law*, ogni volta che i metodi o le norme del procedimento privassero i cittadini del diritto di difendersi in condizioni adeguate»¹⁸.

La traccia di tale pregressa elaborazione è rinvenibile nel superamento degli schemi concettuali tradizionali, evoluzione operata con le norme della Costituzione del 1947, in particolare nell'art. 24¹⁹. Vi è affermata la garanzia dell'azione (diritto a ottenere dal giudice una sentenza di merito), la quale *due process clause*

è suscettibile di violazione non soltanto laddove siano *irragionevoli* le modalità tecniche di esercizio dei poteri processuali, ma anche nei casi in cui la configurazione stessa dei *substantive rights*, nella sua incidenza sulla possibilità di provarne in giudizio l'esistenza, sia tale da pregiudicarne la tutela, condizionando *irragionevolmente* l'esito del processo²⁰.

Il principio di azionabilità è stato dettagliatamente investigato: la Suprema Corte ne ha studiato l'attuazione con varia giurisprudenza, rilevando però la zavorra di un'impostazione tradizionale, incentrata su esigenze qualificatorie della norma come *sostanziale* o *processuale*. Si fa strada una nozione lata di *tutela* non più «*processuale* in senso tecnico-formale, ma assume anche aspetti extragiudiziali o *sostanziali*, mirando a realizzare pienamente il contenuto dei diritti azionabili»²¹.

Il dato culturale interviene in maniera incisiva proprio nel contemplare l'insufficienza della nozione puramente processualistica dell'azione: l'azionabilità dei diritti e degli interessi legittimi ha da essere considerata come proiezione delle forme di tutela che l'ordinamento prevede per le singole situazioni oggettive. Il dettame dell'art. 24 si intende dunque «garanzia di effettività che alle singole situazioni sostanziali corrispondano forme di tutela omogenee e cioè tali da assicurare

¹⁸ E.J. COUTURE, «La garanzia», 88.

¹⁹ «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

²⁰ L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale*, 127.

²¹ L.P. COMOGLIO, «Art. 24», 50.

soddisfazione agli interessi dei quali quelle azioni sono espressione»²². La norma si è legata al precetto dell'art. 3, co 2 Cost.²³: l'effettività della tutela giuridica dovrebbe impartire un intervento *promozionale*, capace cioè di individuare «concrete condizioni, di fatto e di diritto, pre-costituite ai soggetti a livello di ordinamento complessivo»²⁴.

1.2 *I predicati assilogici costituzionali*

Le garanzie processuali sono andate differenziandosi nei vari *human rights systems*, assumendo «come essenziale (quasi, per loro stessa definizione) una diretta, attuale ed effettiva protezione dinanzi ad organi supremi di giustizia»²⁵. Garanzia è ogni strumento in grado di trasformare e attualizzare un diritto — riconosciuto in astratto dalle norme — in diritto effettivamente tutelato e protetto, suscettibile di attuazione e reintegrazione quando risulti violato. Nell'applicazione ed osservanza si traduce il principio *nullum ius sine remedium*²⁶.

Sono garanzie in senso formale (statico) i dati strutturali che rafforzano dall'esterno la stabilità e l'opponibilità dei medesimi principi garantiti, oltre che la loro tendenziale immodificabilità temporale. Si dicono invece garanzie in senso attuativo (dinamico) gli strumenti giurisdizionali previsti per assicurare condizioni effettive di godimento di qualsiasi diritto attribuito dalle norme fondamentali.

[Le garanzie costituzionali] — proprio quando si riferiscono al processo ed ai suoi principi di struttura — acquisiscono la loro più genuina fisionomia e rilevanza in una duplice prospettiva: a) [...] mirano a rendere effettiva, in termini strumentali, la possibilità di ricorso al giudice, per la tutela di quei medesimi diritti fondamentali, che sono *riconosciuti* dalle costituzioni o dalle convenzioni internazionali; b) [...] identificano, in termini contenutistici, altrettanti diritti pubblici subiettivi, aventi per oggetto le condizioni minime e insopprimibili di un processo *giusto*²⁷.

²² A. DI MAJO, *La tutela civile*, 3.

²³ «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

²⁴ A. DI MAJO, *La tutela civile*, 16.

²⁵ L.P. COMOGLIO, «Valori etici», 893.

²⁶ Cf. L.P. COMOGLIO, «Giurisdizione», 1064-1067. Cf. J.I.H. JACOB, *The Fabric*, 63.

²⁷ L.P. COMOGLIO, «Valori etici», 894-895.

Dette *garanzie di giustizia* rendono effettivo qualsiasi altro diritto o libertà fondamentale e sono perciò temi cardine della giustizia moderna²⁸. In particolare l'esercizio, in condizioni adeguate e paritarie, dei diritti di azione e di difesa in giudizio, come del resto il correlato diritto delle parti ad un processo equo e giusto: emerge un'opzione ideologica di fondo, un atteggiamento di complessivo avvaloramento che vuole consacrare precisi fondamenti etici del processo, legittimando scelte di civiltà giuridica che dovrebbero massimizzare il grado morale delle forme di tutela. Ciò significa che è da

considerare come *dovuto* [...] non già qualunque processo che si limiti ad essere estrinsecamente *fair* (vale a dire: corretto, leale o regolare, sul piano formale, [...]), bensì un processo che sia intrinsecamente *equo e giusto*, secondo i parametri etico-morali accettati dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca e paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione²⁹.

Si parla di *strumentalità* del processo, secondo precise connotazioni deontologiche che preservino non solo scopi e obiettivi tecnici, ma anche aspetti etici del procedimento giudiziario: le garanzie formali non devono mai essere fini a se stesse, ma cooperare al conseguimento di equità sostanziale e giustizia procedurale, così da rendere operanti i requisiti minimi che fanno coincidere il *dovuto processo* con il *processo giusto*³⁰.

In una considerazione globale dei sistemi giuridici, prevalgono i paradigmi strutturali provenienti dall'*adversary system* delle tradizioni di *common law*: il modello di processo (*contradictory*) viene percepito *due* e *lawful* non tanto per i pregi tecnici (quali la ricerca dialettica della verità, ascrivibile ad azioni e reazioni di comportamenti antagonisti delle parti in tendenziale parità); quanto perché conforme a valori culturali e sociali corrispondenti a scelte e valori di premesse etico-deontologiche, ascrivibili al modello internazionale del processo equo e giusto³¹. In termini pratici, il modello italiano di *giusto processo* viene a coincidere «con il tipo dibattimentale (orale, pubblico e concentrato),

²⁸ Sul punto F. BAUR, «Die Effektivität», 257-262; nonché G. CASELLI, «La democrazia»: «le regole e le garanzie, in particolare quelle scritte nella nostra costituzione, sono pensate e disegnate proprio [...] a tutela della parte più debole, per garantire i diritti e le libertà di tutti. È la parte più debole che deve essere tutelata ontologicamente senza possibilità di smentita.», 105-106.

²⁹ L.P. COMOGLIO, «Valori etici», 899.

³⁰ Cf. A.M. MORELLO, «El proceso justo», 471-475.

³¹ Cf. J.I.H. JACOB, *The Fabric*, 5-19.

che le norme internazionali — ed, in particolare, l'art. 6 della Convenzione europea del 1950 — hanno tratto dai principi ispiratori del *due process of law* [...] facendone soprattutto proprie le profonde componenti ideologiche» e nel quale «il contraddittorio e l'eguaglianza formale dei litiganti sono la chiave di volta dei procedimenti»³².

1.3 *Il paradigma processuale ordinatorio*

La questione da porsi riguarda l'incidenza dei valori internazionali del giusto processo sulla riforma costituzionale: paiono fronteggiarsi le interpretazioni garantistico formale e sostanziale delle norme.

Poiché la garanzia del contraddittorio rappresenta l'unico punto in comune delle due diverse prospettive [...], il contrasto non può che derivare dall'applicazione dell'art. 24, co. 2 Cost. ed ha la sua radice nella differente valutazione di quella funzione *promozionale* della tutela giurisdizionale che si è soliti ricondurre all'art. 3, co. 2 Cost., ma che in realtà deriva da tutto il complesso di principi che caratterizzano il moderno Stato sociale³³.

Il dibattito si instaura tra i promotori del sistema *adversary*, fondamento del processo di cognizione ordinario, e i fautori delle regole elastiche del rito amministrativo, serbate comunque le garanzie di *fairness* e *impartiality*. Ciò suppone l'aumento dei poteri discrezionali d'ufficio del giudice e comporta scelte ideologiche: «un progetto riformatore che abbia alle spalle i valori consacrati in una Carta Costituzionale non può sfuggire all'esigenza di legittimare sulla base di questi valori le proprie scelte»³⁴.

La riflessione si sposta perciò all'art. 130, co. 1 del Progetto di Revisione costituzionale, elaborato dalla Commissione Bicamerale e trasmesso al Parlamento il 4 nov. 1997: «la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti a giudice terzo. La legge ne prescrive la ragionevole durata»³⁵. Il testo sfoggia una pluralità di postulati dei quali è opportuno stabilire il retto significato, confrontandoli con quelli già sanciti nella Costituzione o recepiti nel diritto costituzionale vivente. L'espressione di *giusto processo* risuona tautologica: è strutturale ad un processo essere giusto in quanto, per sua

³² Cf. L.P. COMOGLIO, «Valori etici», 916-917.

³³ V. DENTI, «Valori costituzionali», 462.

³⁴ V. DENTI, «Valori costituzionali», 463.

³⁵ Cf. per il dibattito i verbali di: *Commissione parlamentare per le riforme*.

natura, è rivolto a rendere giustizia; nonché ambigua perché, essendo tale formula assente dalla normativa costituzionale del '48, lascia intendere che fino ad ora non sempre si sarebbero celebrati processi giusti, donde la necessità di sancirne il principio. Per esperienza, antidoti alla genericità delle massime sono la ricerca dei precedenti giurisprudenziali e dottrinari, meglio se estesi all'ambito comparatistico (obbligato qui il riferimento agli ordinamenti comunitari) e il confronto ponderato a livello di assiologia del sistema³⁶.

Se dunque l'*imparzialità* del giudice assume rilevanza nella riforma e la *parità delle parti* (*iuxta* art. 3; 24 Cost.) ha significato sostanziale nell'esercizio della giurisdizione e nell'attribuzione dei poteri processuali, l'affermazione secondo cui «ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti» emerge quale elemento tattico di effettività del *giusto processo*. E poiché il principio del contraddittorio si esprime primariamente nella contrapposizione dialettica di due soggetti su basi di parità per convincere e persuadere un terzo, esso

verte su una realtà *in fieri*, articolata lungo una sequela di atti, il primo dei quali (domanda, imputazione) pone il tema della contesa e l'ultimo (sentenza) la risolve. Prima, durante o dopo ciascuno degli atti intermedi è possibile instaurare un contraddittorio tra gli interessati alla pronuncia finale, per consentire loro, rispettivamente, di dibattere sull'opportunità di compierlo (contraddittorio preventivo); di prendere parte attivamente al suo svolgimento (contraddittorio contestuale); di interloquire sul valore probatorio che deve assumere ai fini della decisione (contraddittorio posticipato)³⁷.

Si evidenzia il paradigma di *isonomia*, che «garantisce a tutti l'egualianza dinanzi alla legge, senza discriminazioni irragionevoli» ed è considerato perciò «meta permanente del diritto processuale costituzionale»³⁸. Il contraddittorio dunque non è solo espediente di controllo e prevenzione degli abusi dei diritti o delle facoltà di parte; è «condizione essenziale di validità della pronuncia decisoria, con cui il giudice *statuisce sulla domanda*», perché è legittimo ritenere che esso, negli schemi di un *processo*, «inteso quale *procedimento necessariamente partecipativo*, consacrì *in limine litis* la regola *audiatur et altera pars* [...] — principio cardinale anche nella *natural justice* e nell'*adversary system*»³⁹.

³⁶ Cf. G. TARZIA, «Le garanzie generali», 660-661.

³⁷ G. GIOSTRA, «Contraddittorio», 1.

³⁸ Cf. L.P. COMOGGIO, «Valori etici», 928.936.

³⁹ L.P. COMOGGIO, «Contraddittorio (principio)», 2.

La garanzia rimane quella di «potere fare quello che fa l'altra parte per farsi ragione»,⁴⁰ e ricomprendere in tale nozione restrittiva l'obbligo del giudice al dialogo con le parti: «la terzietà del giudice, richiesta dalla norma costituzionale, si risolve interamente nell'imparzialità del giudicante e non anche, a quanto sembra, in una posizione strutturale del giudice rispetto alle parti»⁴¹, cosa che non mette in discussione l'esercizio dei poteri ufficiosi del giudice o il principio di collaborazione fra giudice e parti⁴².

1.4 *L'effettività della tutela*

In seguito alla riforma dell'art. 111 Cost. (l. costituzionale 2/99)⁴³, sono tramontati alcuni rimandi del Progetto di Revisione, quali il *giusto processo* come categoria ordinante di carattere generale; il riferimento alla pluralità tipologica di *processi giusti*; i principi strutturanti dell'*oralità*, *concentrazione*, *immediatezza*, della *pubblicità* e dell'*effettività*. Nella genesi della norma si inserirono diverse dispute su alcune pronunce della Corte Costituzionale e di Cassazione: dallo scontro polemico (soprattutto sul dibattuto art. 500 cpp) emerge l'esigenza di restaurazione del modello penale *adversarial* con il recupero costitu-

⁴⁰ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, 98.

⁴¹ F. TOMMASEO, «Revisione», 29.

⁴² Cf. E. GRASSO, «La collaborazione».

⁴³ Art. 111: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i rimedi giurisdizionali devono essere motivati».

zionalizzato dei principi cardine, tra i quali il principio del contraddittorio nella formazione della prova⁴⁴.

L'influsso diretto del *due process of law* nello sviluppo del neogiusnaturalismo costituzionale italiano e l'incidenza ermeneutica delle Carte internazionali sui diritti dell'uomo, obbligano al coordinamento dei contenuti nella nostra Costituzione. La nozione di giusto processo assurge a categoria ordinante di più *garanzie minime* (condizioni necessarie e sufficienti di *legalità* e di *equità* processuale) al cuore delle quali stanno il diritto di azione e il diritto alla difesa, muniti di inviolabilità assoluta; nonché il principio del contraddittorio, fondato sull'eguaglianza e sulla *égalité des armes* delle parti davanti al giudice⁴⁵.

Si evince dal sistema che in ordine all'espressione *giusto processo* si configurano tre interpretazioni difformi: in primo luogo, l'impostazione polemico-retorica che critica il principio, in quanto privo di riscontro nell'impianto costituzionale. Evidentemente non tiene conto del fatto che i valori sanciti nell'art. 111 novellato, godevano già di ampio riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale anteriore alla riforma. Un altro indirizzo insiste sulla tautologia della dizione impiegata, che si risolve essenzialmente nella conformità del processo ai postulati espressi dalla novella costituzionale. Ma la norma enuncia il contenuto autonomo di giusto processo, dotato di proprio significato precettivo, senza tuttavia esaurirlo nel dettato formale. Il terzo orientamento fa sua la convinzione che il *giusto processo* abbia valenza relazionale e sistemica:

È una formula in cui si coordinano e si integrano in un sistema coerente e ragionevole tutte le diverse garanzie che attengono all'esercizio della funzione giurisdizionale, evitando il pericolo di un'interpretazione atomistica ed assolutizzante di ciascuna di esse, e promovendone, invece, una applicazione che tenga conto di tutte le loro interazioni, del risultato complessivo che si ottiene, e dell'esigenza di tutelare i diritti inviolabili di tutte le parti coinvolte in giudizio⁴⁶.

⁴⁴ Cf. L.P. COMOGLIO, «Le garanzie fondamentali», 337-339. Per le sentenze menzionate, vedi: CASS., sez. un. pen., «Sent.», 6 nov 1992, *Martin*. C. COST., «Sent.», 26 mar. 1993, n. 111; «Sent.», 3 giu. 1992, n. 254; «Sent.», 24 feb. 1995, n. 60; «Sent.», 2 nov. 1998, n. 361.

⁴⁵ Cf. L.P. COMOGLIO, «Le garanzie fondamentali», 346-347. Per un quadro analitico ed esaustivo della nozione di *garanzie minime*, cf. I. ANDOLINA - G. VIGNERA, *I fondamenti*, 3-230.

⁴⁶ A. BALSAMO, «L'inserimento», 473. Cf. in merito: M. CECCHETTI, «Il principio», 70-76.

Il diritto soggettivo ad un processo giusto coinvolge più garanzie concorrenti, non esaurendosi in cauzioni singole e imponendo un carattere strumentale alle assicurazioni processuali nei confronti del fine di giustizia del processo: il diritto individuale contempera e bilancia i diversi valori costituzionali richiamati dall'art. 111 e si riveste di portata normativa autentica, poiché incide in modo rilevante sulla fisionomia del sistema processuale. Fermo che la verità dei fatti rappresenta una condizione necessaria di decisione giusta, qualunque sia il criterio giuridico impiegato per definirne la portata giuridica⁴⁷. Giunge ad identiche conclusioni anche la dottrina che considera la decisione giudiziaria quale attuazione della legge: l'applicazione della norma presuppone un accertamento di circostanze che integrano la fattispecie astratta⁴⁸.

Lo Stato costituzionale non può più rinunciare alla verità come valore culturale di riferimento. È in funzione della ricerca della verità che lo Stato costituzionale pone il principio dell'indipendenza personale e istituzionale del giudice, la regola della pubblicità dei dibattimenti giudiziari, e le norme sul giusto processo⁴⁹.

La prospettiva epistemologica rende più chiara la funzione del principio del contraddittorio che favorisce l'andamento circolare di adeguamento delle ipotesi interpretative alla realtà. In effetti la sua affermazione — tradotta nel metodo dialettico di formazione della prova — parte dal cosiddetto «presupposto della divisione della coscienza»: «solo il confronto delle diverse prospettive da cui muovono le parti consente di cogliere il significato dei fatti e di comprenderne il reale valore sociale»⁵⁰.

Il contraddittorio si qualifica dunque come *garanzia strutturale di ordine oggettivo* (art. 24, co. 2 Cost.): nasce quale diritto individuale della persona accusata e convenuta davanti al giudice. Ha dimensioni di reciprocità, necessarie alle parti in processo: tanto può dirsi realizzato un

⁴⁷ Cf. M. TARUFFO, *La prova*, 36-38.

⁴⁸ Cf. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, 32-35.

⁴⁹ A. BALSAMO, «L'inserimento», 475. Cf. anche P. HÄBERLE, *Diritto e verità*.

⁵⁰ Cf. A. BALSAMO, «L'inserimento», 476. Riportiamo la voce autorevole di un magistrato, G. CASELLI, «La democrazia»: «Se un sistema politico punta tutto ed esclusivamente sulle logiche della sicurezza e della guerra, se alla disperazione di chi vive nell'ingiustizia, si contrappone soltanto uno schieramento armato [...] allora si finisce sempre avvitati in logiche contorte. Come Penelope, gridiamo pace di giorno ma prepariamo ingiustizie, violenze di notte [... la pace] È sinonimo di uguali opportunità, di speranza, di diritti, di libertà, di convivenza rispettosa per ciascuno. Pace è pluralismo l'esatto opposto di una verità assoluta chiamata ad affermarsi sulle altre, con tutti i mezzi possibili», 107-108.

contraddittorio equilibrato e ragionevole, quanto vengano assicurate condizioni di effettiva parità e l'eguaglianza delle armi, influenzando sulla formazione del convincimento del giudice (la *Chancengleichheit*). Perciò il contraddittorio sta alla difesa nel rapporto di mezzo al fine, insopprimibile strumento di attuazione: sarebbe costituzionalmente inammissibile che non venga assicurato, almeno a livello di *possibilità* tecnica, entro i limiti cronologici di ciascun grado del giudizio⁵¹.

Il *rapporto tra contraddittorio e formazione della prova* è scelta deliberata dal legislatore nella Revisione: disciplina l'effettiva possibilità di instaurare un adeguato regime probatorio, opportunamente assicurato, anche d'ufficio dal giudice, in ordine alle risultanze di tutte le prove acquisite, prima che vengano valutate. L'eventuale omissione della dialettica processuale configura vizi *in procedendo* ed errori decisori, denunciabili davanti agli organi giurisdizionali di gravame. L'ampia tipologia di relazione tra contraddittorio e prova volta la pagina dell'acceso dibattito sull'utilizzazione delle prove assunte in altro procedimento o comunque non coperte dalla garanzia⁵².

Per il cosiddetto *Rechtsgespräch*, siamo nel rapporto tra contraddittorio e norma: rafforzato a livello giuridico e deontologico, si è convertito in un vero e proprio dovere del giudice, tenuto a «far osservare e ad osservare egli stesso il principio del contraddittorio»⁵³. Nel contesto costituzionale, non v'è più luogo per apprezzamenti di mera discrezionalità del giudice: la provocazione del contraddittorio e la trattazione anteriore di qualsiasi questione pregiudiziale, non sono valutazioni di mera opportunità rimessa al giudice, ma conseguenza costituzionalmente necessaria della loro sollevazione⁵⁴. Concludiamo con le considerazioni in diritto di una sentenza costituzionale che attesta come la garanzia di un processo giusto sia

esigenza suprema che non si risolve in affari singoli, ma assurge a compito fondamentale di una giurisdizione che non intenda abdicare alla primaria funzione di *dicere ius* di cui i diritti di agire e di resistere in processo (quale che ne sia l'oggetto) rappresentano soltanto i *veicoli necessari* in non diversa guisa delle norme ispiratrici della titolarità e dell'esercizio della potestà dei giudici⁵⁵.

⁵¹ Cf. I. ANDOLINA - G. VIGNERA, *I fondamenti*, 111-187.

⁵² Cf. L.P. COMOGLIO, «Preclusioni», 977-979.

⁵³ Cf. art. 16, co. 1 cpc francese del 1975: il giudice deve «faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction».

⁵⁴ Cf. L.P. COMOGLIO, «Le garanzie fondamentali», 355-365.

⁵⁵ C. COST., «Sent.», 4 mag. 1984, n. 137, 903.

2. Le garanzie minime nel Codice di Procedura Civile

2.1 *Prolegomeni dell'affermazione di un diritto*

Visto che il processo giudiziario è regolato dal giudice secondo un ordine («per processum iudicarium intelligamus formam iudici, seu solitum iudiciorum ordinem in disceptanda lite observandum»)⁵⁶, la nozione indica il metodo per la formazione o l'attuazione di un diritto che sia giusto e certo: la giustizia ne è qualità intima e sostanziale e la certezza una dimensione esterna e formale. Giacché per ottenere un regolamento giusto e certo «è necessaria *esperienza* per conoscere i termini del conflitto, *saggezza* per trovarne il punto d'equilibrio, la collaborazione tra le persone interessate con persone disinteressate si è dimostrata a tal fine un metodo particolarmente efficace»⁵⁷.

L'esercizio dell'azione avvia il processo⁵⁸: è un diritto soggettivo processuale che si stabilisce non verso l'avversario, ma nei confronti del giudice. È diritto alla funzione giudiziale, cioè al suo svolgimento che è finalizzato «non a dar ragione all'attore, ma ad accertare se l'attore abbia ragione o abbia torto»⁵⁹. Nel cpc in vigore la garanzia formale della *vocatio in ius* è riprodotta all'art. 101⁶⁰, a cui è attribuito l'appropriato *nomen iuris* di «principio del contraddittorio». La terminologia corrente si adegua a una duplice esigenza espressiva: da un lato spicca che il contraddittorio — disciplinato all'art. 101 cpc per quanto riguarda l'instaurazione nella fase introduttiva — rappresenti un mezzo capitale per la realizzazione dello scopo del processo, garantendo l'accertamento e l'attuazione del diritto controverso su un piano di *uguaglianza delle armi*. Dall'altro, sottolinea il rapporto di mezzo a fine, intercorrente tra la garanzia di un effettivo contraddittorio (esigenza primaria di

⁵⁶ A. GRAVELIUS, *De Vitio nullitatis*, 5-6.

⁵⁷ F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, 4. «L'antitesi dialettica di almeno due soggetti, in posizione contrapposta, sarebbe una componente essenziale — addirittura, una condizione definitoria — del processo contenzioso. Il fatto che il giudizio, per essere considerato tale, debba necessariamente *procedere in contraddittorio delle parti interessate* scaturisce [...] da un *principio di ragion naturale*»: L.P. COMOGGIO, «Contraddittorio», 5. Il testo in corsivo è tratto da G. FOSCHINI, *I motivi*, 55-56.

⁵⁸ Art. 99 cpc: «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente».

⁵⁹ EDG, «Azione civile», 138. Vedi anche L.P. COMOGGIO, «Contraddittorio», 5; e G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, 83-97.

⁶⁰ Art. 101 cpc: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa».

partecipazione dinamica di ogni parte al dibattito processuale) e il diritto alla difesa di ciascuna di esse (espressione fondamentale della persona umana). Una piena ed effettiva realizzazione del contraddittorio in qualsiasi tipo di procedimento è il presupposto necessario dell'adeguato esercizio dei diritti fondamentali che spettano alle parti⁶¹. È vero quindi che la rilevanza del contraddittorio «trascende l'interesse privato delle singole parti, per investire quello pubblico, attinente al regolare svolgimento della funzione giurisdizionale»⁶².

Il principio del contraddittorio infatti è l'espressione stessa del giudizio civile [...] perché l'azione che sta alla sua base è essenzialmente bilaterale, cioè postula un rapporto fra soggetti e l'esigenza di tutela in ordine a questo rapporto. Dal principio del contraddittorio discendono come corollario tutte le altre norme che improntano il processo civile: la dipendenza del giudizio dall'azione, la dipendenza del giudice dalle parti in ordine alla produzione della prova, l'impossibilità del giudizio di *non liquet*, tutto ciò che si indica, in una parola, col carattere dispositivo del processo⁶³.

Il principio dunque comporta la realizzazione della tutela: la dichiarazione di un diritto non può non avvenire che nei confronti di due soggetti. Se l'affermazione del diritto esposta nell'azione, legittima e obbliga alla contraddizione formale del convenuto, quest'ultima non è indispensabile: è il giudice ad accertare se esistono le condizioni per il provvedimento richiesto. In dottrina si discute se sussista un principio della domanda per il convenuto, così come esiste per l'attore (art. 99 cpc): l'equivoco sembra nascere dal fatto che la domanda viene rivolta al giudice, non alla parte. Ciò nondimeno, tra parte e giudice si stabilisce un rapporto di giudizio, non di domanda/risposta: questi giudicherà sull'esistenza del diritto e perciò sulla legittimità dell'azione⁶⁴. «Il consistente orientamento giurisprudenziale [...] è inteso dalla Corte a ravvisare l'oggetto dell'art. 24 Cost. non nella garanzia dell'esercizio

⁶¹ Cf. L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio (principio)», 3-4. Puntualizzò già R. MARANTA, *Tractatus*, f. 110, n. 3: «quia citatio est inventa de iure naturali et est species defensionis [...] nullo modo potest omitti etiam per principem», elevando così l'instaurazione del contraddittorio a segno dei diritti naturali.

⁶² C. COST., «Sent.», 2 feb. 1978, n. 10, 554.

⁶³ S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 145.

⁶⁴ Il contraddittorio si configura «non tanto come momento dialettico fra le situazioni giuridiche delle parti e le istanze di tutela quanto come uno strumento operativo del giudice e quindi come momento fondamentale del giudizio»: N. PICARDI, «Il principio», 680.

dell'azione e della difesa ma nella partecipazione dei legittimati ad agire e contraddire nell'esercizio della funzione giurisdizionale»⁶⁵.

Nel processo civile si analizzano i concetti base secondo una distinzione soggettiva che riferisce le necessità di tutela del singolo e un profilo oggettivo che «identifica le garanzie generali di struttura dell'ordinamento giudiziario»: è l'archetipo del processo, configurato dalla stessa Costituzione, «modello minimo — i cui insopprimibili elementi fanno sì che, solo con il loro simultaneo concorso, la giurisdizione e il processo» possano definirsi equi, corretti, giusti⁶⁶.

2.2 *L'imparzialità del giudice*

Il concetto di contraddittorio travalica le esigenze meramente individuali di assistenza tecnica, richiamando garanzie di tipo oggettivo riferite alle posizioni delle parti in processo: se in una prospettiva giuridico-politica il contraddittorio è scelta legislativa di opportunità pratica che, sfruttando la contrapposizione dinamica tra le parti, mira al conseguimento di fini superiori (l'adozione del metodo dialettico per la ricerca razionale della verità; l'attuazione della giustizia sostanziale; il bisogno di autoregolamentazione delle forze interne processuali contro gli abusi); sotto altro profilo formale o tecnico,

la *bilateralità* dell'azione, fondata sul necessario dualismo tra attore e convenuto, si armonizzerebbe con il carattere strutturalmente *trilatero* del giudizio — in cui l'intervento del giudice è diretto a comporre, in una *sintesi* superiore, il contrasto bilaterale fra una *tesi* ed un'*antitesi* — contribuendo a collocare razionalmente il contraddittorio fra i c.d. *naturalia processus* (senza i quali, cioè, il *giudizio* non potrebbe neppure definirsi tale)⁶⁷.

Si fa strada la caratterizzazione progressiva di un ruolo forte del giudice nella direzione del processo e la necessità di rivendicazione delle garanzie del contraddittorio, vero e proprio dovere dell'ufficiale giudicante di provocare, magari di propria iniziativa, il contraddittorio tra le parti su qualunque questione abbia rilievo decisivo. Il che riveste di invalidità assoluta le pronunce fondate su questioni, pur rilevabili

⁶⁵ C. COST., «Sent.», 4 mag. 1984, n. 137, 903. Cf. C. COST., «Sent.», 2 feb. 1982, n. 18, 935 e L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio (principio)», 4.

⁶⁶ Cf. L.P. COMOGLIO, «Giurisdizione», 1067-1069.

⁶⁷ L.P. COMOGLIO, «Giurisdizione», 1081. Le opzioni fondamentali di dialogo delle opposte ragioni sono un'essenziale *opzione di civiltà* dell'ordinamento: il contrasto dialettico tra una tesi ed un'antitesi viene subordinato all'impegno di sintesi unitaria in forme di collaborazione organizzata: cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos Auditores*, 18 gen. 1990, 873.

d'ufficio, non sottoposte all'*iter*, accollando così al magistrato una responsabilità nuova nella prevenzione del fenomeno delle *Überraschungsentscheidung*⁶⁸.

Se la realizzazione *effettiva* del contraddittorio — soprattutto nei processi di tipo dispositivo — presuppone, necessariamente, che il giudice formi il proprio convincimento sulla sola base degli elementi decisori, discussi dalle parti in corso del giudizio, e ne renda poi conto in un'adeguata motivazione, è chiaro che la *sorpresa* conclusiva viene a suggellare *ex post* la definitiva inosservanza di quel principio, ponendo nel nulla ogni requisito di *lealtà* processuale⁶⁹.

Il tutto si ricollega al dettato costituzionale che sancisce la necessità del giudice naturale (art. 25, co. 1 Cost.), la soggezione di questi soltanto alla legge (art. 101 Cost.), l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte della magistratura ordinaria (art. 102, co. 1 Cost.), alla quale è assegnato il fine istituzionale della tutela delle posizioni subietive sostanziali (art. 103; 113 Cost.), nonché la garanzia della sua indipendenza ed autonomia (art. 104-108 Cost.). Terminologicamente, la funzione giurisdizionale assume un ruolo decisivo: dal dato formale dell'appartenenza del magistrato agli organi giudiziari dello Stato, scaturisce il requisito dell'*indipendenza*, «ben più incisivo e differenziale rispetto al requisito dell'imparzialità», comune anche alla pubblica amministrazione (art. 97, co. 1 Cost.)⁷⁰.

La nozione di *terzietà* integra le garanzie di autonomia ed indipendenza della magistratura, operanti nei confronti di qualsiasi influsso esterno (si parla di separazione dei poteri): il singolo organo giurisdizionale deve essere composto da pubblici ufficiali soggettivamente diversi dalle parti in lite, terzi ed indipendenti. Il concetto di *imparzialità* codifica la serenità e il distacco attraverso l'assenza di qualsiasi pregiudizio personale: mira all'esercizio della funzione *super partes*. Conseguenza logica è il regime delle *incompatibilità*: rendono inconciliabile la funzione giurisdizionale con lo *status* soggettivo del magistrato, posto in situazioni che ne comprometterebbero la piena franchezza e trasparenza (cf. art. 35 cpp).

L'imparzialità e la terzietà del giudice devono essere intese in senso soggettivo (per ciò che riguarda il *foro interno* del magistrato, ritenuto

⁶⁸ Cf. N. TROCKER, *Processo civile*, 499-503.637-664.

⁶⁹ L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio», 26; cf. V. DENTI, «Questioni», 219-220.

⁷⁰ Cf. L.P. COMOGLIO, «Giurisdizione», 1095. Vedi anche V. DENTI, «La magistratura», IV, 1-13.

imparziale fino a prova contraria) ed oggettivo (per la rilevanza delle condizioni esterne che potrebbero compromettere o pregiudicare l'amministrazione imparziale della giustizia)⁷¹.

Rimane, infine, particolarmente accentuata — in termini deontologici — l'incidenza della nozione costituzionale di *imparzialità*, quale canone o parametro di orientamento generale per il giudice nell'esercizio dei suoi poteri di direzione del processo e, soprattutto, nell'esercizio dei poteri di iniziativa istruttoria d'ufficio⁷².

Le diverse applicazioni del contraddittorio ineriscono all'essenza del giudizio *adversarial*, in cui i teorici ravvisano l'attuazione ideale dei fondamenti di *natural justice*⁷³. In una dialettica di posizioni a confronto, la parità delle parti in contraddittorio non è privilegio del modello *adversary*, esattamente come non è rispondente al fine il mito della neutralità passiva del giudice⁷⁴: proprio i modelli processuali di giustizia rapida e semplificata fissano l'abbandono di certi dogmi tradizionali, incrementando i poteri d'ufficio, *inquisitori*, dell'organo giudicante. L'autentica flessibilità del *due process* è capace di bilanciare l'autorità del giudice con un assetto adeguato «di garanzie di difesa per le parti in contraddittorio»⁷⁵.

Il principio amplifica i ranghi dei suoi destinatari: prescindendo dagli obblighi delle parti, incombe al giudice il dovere di far rispettare, in ogni fase del processo, il postulato, facendosene egli stesso promotore. Perciò, se sussiste *a priori* per il *vocatus in iudicium* una mera possibilità di comparizione e di difesa, con l'intervento del giudice *a posteriori* si converte in opportunità di contrasto dialettico con le tesi dell'av-

⁷¹ Cf. R. SABATO, «L'imparzialità», 167-176.

⁷² L.P. COMOGLIO, «Le garanzie», 373. Vedi anche C. COST., «Sent.», 7 ott. 1999, n. 381, 3936: «La struttura del processo può essere articolata secondo una molteplicità di modelli [...] assicurando in particolare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, che costituiscono presupposto e requisito essenziale di ogni giusto processo».

⁷³ Cf. E. FELLMAN, «Tutela della libertà», 161-170. «Il processo civile anglo-americano presenta una caratterizzazione *antagonistica* per eccellenza, là dove il prevalere della *party prosecution*, della *party autonomy* e del *party control* tende a relegare il giudice in un ruolo di arbitro inerte e neutrale, ben lontano dal *dramma* della competizione contenziosa ed investito dei soli poteri direttivi che si rendano necessari per imporre alle parti la costante osservanza delle *regole del gioco*»: L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio (principio)», 6; vedi anche i richiami storiografici in J.I.H. JACOB, *The Fabric*, 9.

⁷⁴ Cf. W. HENCKEL, *Prozessrecht*, 118-224.

⁷⁵ Cf. L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio», 8.

versario⁷⁶. Si ha la rivalutazione del ruolo attivo del giudice, il cui «compito primario non è quello di farsi *dittatore* del processo», bensì quello di rendersene «garante e promotore» attraverso poteri di controllo e di stimolo costanti, esercitando una sorta di «funzione educativa»: non esiste infatti «*a priori* alcuna incompatibilità (relativa o tantomeno assoluta) fra la struttura di processi (dominati dal principio inquisitorio) e l'esigenza di un'eguaglianza sostanziale o di un contraddittorio pieno fra i soggetti coinvolti nella lite»⁷⁷.

2.3 La pubblicità delle udienze

La semplice uguaglianza formale non salvaguarda in sé il conseguimento del fine di giustizia sostanziale in quanto non garantisce che la contrapposizione delle parti *serva* all'accertamento razionale della verità controversa. L'esigenza processuale implica infatti che il contraddittorio sia *effettivo e concreto*, minimo inderogabile assicurato: il principio di pubblicità vi si correla quale garanzia strutturale del giudizio e della sua decisione. Da sempre uno dei cardini di giustizia e legalità procedurale, attesta l'avvallo di trasparenza e controllabilità da parte di coloro nel cui nome la magistratura esercita la giustizia⁷⁸.

Comparsa per la prima volta nell'art. 72 dello Statuto Albertino, è una garanzia di tradizione illuministica: si è estesa formalmente all'udienza pubblica di discussione (con l'eccezione dei processi *a porte chiuse*) e alla pronunzia in sessione del provvedimento giurisdizionale. Pur non essendo espressa formalmente nella Carta fondamentale, questa garanzia sostanziale è operante ed immanente: deriva dal rapporto imprescindibile tra il popolo sovrano, nel cui nome si amministra la giustizia, e i controlli da esercitare sulla prassi della magistratura⁷⁹.

⁷⁶ In Germania, l'enunciato costituzionale (*Bonner Grundgesetz*, artt. 92; 101, co. 1; 103, co. 1: «Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör») riconosce a ciascuno il diritto di farsi udire dal giudice. L'importanza sta nell'aver imposto quale *garanzia minima* inderogabile il rispetto del *rechtliche Gehör*, indipendentemente dalla struttura del procedimento o dal mutare delle *Prozessmaximen*: cf. N. TROCKER, *Processo civile*, 373-392.

⁷⁷ Cf. L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio», 12-13.

⁷⁸ Art. 128 cpc: «L'udienza in cui si discute la causa è pubblica a pena di nullità, ma il giudice che la dirige può disporre che si svolga a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume».

⁷⁹ Cf. V. DENTI, *La giustizia civile*, 92-97 nonché I. ANDOLINA - G. VIGNERA, *Il modello*, 199-202.

Nel testo novellato dell'art. 111 Cost. è palese che alcuni elementi tipici del modello internazionale di giusto processo continuano a non esservi contemplati. Tra questi, la pubblicità del procedimento e la pronuncia delle sentenze in udienza pubblica: la l. costituzionale 2/99 non contiene tutti i principi riconducibili al prototipo europeo, ma solo la parte maggiormente condivisa dalle forze politiche. Nel dibattito in Parlamento furono evidenziate le capitali lacune del testo approvato in Senato: la pubblicità del processo, la reale tutela dei non abbienti, gli strumenti e i parametri per garantirne la durata ragionevole, l'effettiva unitarietà della giurisdizione, la garanzia contro le autoincriminazioni, i diritti delle vittime del reato⁸⁰. Tuttavia

la nozione di giusto processo corrisponde ad un principio a *tessitura aperta*, nel senso che non è esauribile tramite un'elencazione esaustiva di criteri congiuntamente definitivi; dunque, il fatto che alcuni aspetti di esso non siano esplicitati nel nuovo art. 111 si deve spiegare solo con l'assenza di un consenso diffuso in ordine alle concrete modalità per la loro garanzia, ma non vale a negare che essi facciano parte di quella nozione⁸¹.

2.4 L'obbligo di motivazione delle decisioni

Gli art. 131-135 cpc dispongono l'obbligo di motivazione dei provvedimenti del giudice: la sentenza abbisogna di «concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione» (art. 132, co. 1, 4° cpc); mentre l'ordinanza è «succintamente motivata» (art. 134, co. 1 cpc), così come il decreto nei casi previsti dalla legge (art. 135, co. 4 cpc). La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali è una garanzia fondamentale «non solo perché risponde all'esigenza democratica di dare conto delle ragioni per cui un potere è stato esercitato in un certo modo, ma anche perché consente di meglio individuare eventuali errori del giudice e di proporre motivata impugnazione»⁸².

C'è processo [...] quando nell'*iter* di formazione di un atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla sfera di ricognizione dei presupposti su piede di reciproca e simmetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere, ma non obliterare⁸³.

⁸⁰ Cf. *Atti parlamentari della Camera, XIII legislatura*. Disegni di legge e relazioni.

⁸¹ M. CECCHETTI, «Giusto processo», 606-607.

⁸² EDG, «Motivazione della sentenza», 789.

⁸³ E. FAZZALARI, «Diffusione del processo», 869-870.

I diritti e le garanzie nel processo non si configurano più come limiti all'incedere dell'istruttoria, bensì come fonti di veri e propri doveri di *attivazione*: ampliano le possibilità di controllo e di impugnazione agli organi di gravame. Si riammette così l'interesse circa l'obbligo di motivazione, esplicitazione dimostrativa del dovere di *tener conto* dei risultati del contraddittorio nella composizione di ogni provvedimento giudiziale, presupposto della difesa attraverso le forme di impugnazione⁸⁴. È possibile, in sede di deliberazione, ovviare alla tentazione del frain-tendere il principio *iura novit curia* trascendendo nell'adozione di una terza opinione per la *ratio decidendi*, scadendo così nell'annoso fenomeno delle *sentenze a sorpresa*⁸⁵. Perciò l'obbligo di motivazione as-surge a garanzia di tipo oggettivo o strutturale, nella quale coesistono il principio di legalità *iuxta* art. 101, co. 2 cpc, l'idoneità a consentire un controllo esterno dello *ius dicere*, supporto indispensabile per un adeguato esercizio del diritto alla difesa nei confronti della decisione medesima⁸⁶.

2.5 Il contraddittorio

È difficile arginare il contraddittorio a *opportunità non immanente* al processo, nel caso in cui la sua funzione si esaurisse nella *parità delle armi* attraverso una meccanica contrapposizione di tesi, principio unicamente logico-formale. Invece non è tanto uno strumento di lotta tra le parti, quanto un mezzo operativo del giudice e perciò un momento determinante del giudizio.

Il processo (quanto meno nel suo momento fondamentale: il giudizio) obbedisce [...] a tecniche argomentative e giustificative. Una volta spostato l'angolo visuale sul giudice, il contraddittorio diviene il cardine della ricerca dialettica, condotta con la collaborazione delle parti. Siamo nell'ambito di una logica, non del necessario e dell'inevitabile, ma del probabile e del ragionevole⁸⁷.

Il giudice è legato al contraddittorio in modo tale da non poter assumere a criterio delle sue decisioni questioni non sottoposte alla discussione tra le parti. In effetti, per rendere attuale il principio, è sufficiente che la parte, prima di provvedimenti esecutivi, possa esporre

⁸⁴ Cf. L.P. COMOGGIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni*, 79-82.

⁸⁵ Cf. L.P. COMOGGIO, *La garanzia costituzionale*, 145-147.

⁸⁶ Cf. L.P. COMOGGIO, «Giurisdizione», 1101-1102.

⁸⁷ N. PICARDI, «Il principio», 680. Sul criterio della *ragionevolezza*, vedi EDG, «Ragionevolezza», 991-992.

le proprie ragioni. Il fondamento razionale discende direttamente dal carattere bilaterale dell'azione mentre il fondamento pratico, attingendo all'attività contrapposta dei soggetti, facilita nel processo civile la ricerca dei fatti e l'attuazione della legge⁸⁸. L'art. 101 cpc del resto, risponde ad un *interrogativo preliminare*:

a) il contraddittorio statico iniziale [...] esercita una funzione garantistica di contenuto minimo verso colui, nei cui confronti (a torto o a ragione) la domanda risulti formalmente proposta [...]; b) la sua osservanza, in altri termini, non è subordinata ad alcuna effettiva identificazione di quella *giusta parte*, realmente dotata di *legitimatio ad causam*, [...che consentirà] in definitiva, una pronunzia sul merito; c) l'inosservanza di tale garanzia minima, ripercuotendosi in modo diretto sul momento della decisione, rende comunque invalida ogni *statuizione* del giudice sulla domanda, in quanto determina la nullità assoluta della sentenza [...]; d) le possibilità di una valida *statuizione* sulla domanda, senza la preventiva *citazione* (e/o la preventiva *comparizione*) di colui nei cui confronti essa sia stata proposta, si restringono alle sole ipotesi normative, nelle quali eccezionalmente l'instaurazione del contraddittorio non sia iniziale e preventiva, ma sia differita ad una fase susseguente [...]⁸⁹.

Le norme più significative risultano l'art. 164, co. 2 e l'art. 156, co. 3 cpc, «la cui formulazione lascia intendere come sia accolto nell'ordinamento processuale un criterio generale di valutazione per cui la regola della forma, come requisito per la validità dell'atto, cede sempre innanzi al concreto raggiungimento dello scopo di questo»⁹⁰. Ciò che

⁸⁸ Cf. E. BETTI, *Diritto processuale*, 88. Parlando di diritti e interessi ad agire e resistere, si tende a sottolineare che il principio del contraddittorio si debba attuare con un'incisività tale da «rimuovere ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»: esso deve assicurare a ciascun soggetto in lite, non solo in modo formale, ma anche sostanziale, la potestà attiva di partecipazione dialettica in giudizio, attuata anche attraverso l'adeguata assistenza professionale: vedi C. COST., «Sent.», 11 nov. 1979, n. 127, 624.

⁸⁹ L.P. COMOGLIO, «Giurisdizione», 1082-1083. Nel contenuto precettivo dell'art. 101 cpc, si postula l'esistenza di un atto di citazione regolare, il cui accertamento sarà normato agli artt. 163-171 cpc, e di un atto di notificazione regolare, governato a sua volta dagli artt. 137-151 cpc. Tale contenuto precettivo rimanda al contenuto di altre norme che coniugano i requisiti di validità di determinati atti processuali, quali citazione, notificazione, comparsa, rinviando a loro volta agli atti processuali in generale (artt. 121-126): cf. A. NASI, «Contraddittorio», 720-721.

⁹⁰ A. NASI, «Contraddittorio», 720. Art. 164, co. 2: «Se il convenuto non si costituisce in giudizio, il giudice, rilevata la nullità della citazione [...], ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio. Questa sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione. Se la rinnovazione non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione

più interessa non è imporre l'incondizionato rispetto di principi giudiziali equi (le regole del *fair hearing*), quanto rendere attuali e concreti diversi criteri che, durante il giudizio, adeguino le forme di citazione tempestiva, assicurando una congrua opportunità di comparire davanti al giudice e farsi udire, oltre che la completezza delle forme di difesa attiva, a disposizione del convenuto in un dibattimento leale e corretto. Se esigenza di fondo si conferma un contraddittorio effettivo e concreto, minimo inderogabile agli interessati, la nozione che scaturisce dall'art. 101 cpc prevede modestamente che l'onere di parte (la regolare citazione del soggetto contro cui è proposta domanda) condizioni il potere del giudice di statuire sulla richiesta. Poiché la norma non si preoccupa di abbozzare alcun profilo di *espansione* del contraddittorio oltre il primo atto con cui il rapporto processuale viene costituito, essa appare limitata alla salvaguardia della *vocatio in ius* quale momento informativo. Il che però prescinde dalla evoluzione dei momenti successivi, i quali realizzeranno pienamente l'effettività della difesa e del contraddittorio fra le parti, come si ha modo di constatare anche nel diritto tedesco (si veda gli istituti del *Recht zur Stellungnahme* e del *Recht zu deren Berücksichtigung*)⁹¹.

Siccome il giudice «deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti» (art. 112 cpc), è lecito che la parte convenuta abbia diritto di addurre ogni motivo e circostanza secondo cui la domanda dell'attore debba essere respinta, negando l'esistenza della norma e la sua applicabilità al caso concreto; negando i fatti a fondamento della domanda, così come l'esistenza delle condizioni del provvedimento richiesto. Tenuto conto che per *eccezione* s'intende genericamente qualunque difesa da parte del convenuto, «la distinzione fra eccezioni e difesa ha importanza anche sotto il profilo probatorio, perché solo per le prime vale la regola *reus in excipiendo fit actor*»⁹².

della causa dal ruolo e il processo si estingue». Art. 156, co. 3: «La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato».

⁹¹ Cf. L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio», 7-14.

⁹² Cf. S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 171.172-173. È stato osservato che «la prima iniziativa che il convenuto può assumere nel processo contro di lui instaurato può essere di natura essenzialmente negativa, quando sostenga, cioè, che l'effetto affermato dall'attore non si è mai verificato nell'ordinamento, o perché non esiste il fatto costitutivo a cui l'attore si è riferito, o perché, esista o non esista quel fatto come entità materiale, non esiste la norma giuridica che, qualificandolo, ne tragga l'effetto affermato dall'attore»: G. FABBRINI, «L'eccezione», 247-248.

La regolarità della citazione e dell'instaurazione formale del contraddittorio agiscono senza termini medi come condizione di validità dell'atto decisorio con cui il giudice interviene sulle domande proposte e determina i limiti oggettivi della pronunzia finale⁹³. A tutela del principio di libertà delle forme (art. 121 cpc), non viene in considerazione la citazione o il ricorso quale atto processuale tipico; piuttosto quale atto funzionale alla *vocatio in ius*, la notificazione della domanda alla controparte. Su tali garanzie minime di validità non incide affatto l'esigenza di una forma tipica della domanda: «l'essere *citato*, per l'avversario dell'attore, implica unicamente — in termini di informazione e di difesa sostanziale — l'essere tempestivamente edotto dei contenuti della domanda come tale, non importa con quali specifiche modalità strumentali essa venga formulata e comunicata»⁹⁴.

In sintesi, il contraddittorio è garanzia strutturale di ordine oggettivo, in ragione della quale il diritto alla difesa è suscettibile di esercizio differito, successivo ed eventuale, purché non oltre i limiti cronologici del grado di giudizio. La garanzia in discorso (oggettiva e strutturale: art. 111, co. 2 Cost.) si organizza in una coincidenza mutua bilanciata che non deve scadere nel rinnovato «formalismo delle garanzie»⁹⁵.

Per di più il contraddittorio instaura un legame deontico con la norma giuridica: il *Rechtsgespräch* che designa il confronto sulle *questiones iuris* esige la vigilanza da qualsiasi sentenza a sorpresa, stabilendo l'obbligo del contraddittorio preventivo fra le parti in ordine ad ogni questione «di rito o di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare, che sia dotata di incidenza decisoria [...] L'esigenza della preventiva instaurazione del contraddittorio, a conti fatti, non incide in termini limitativi, ma semmai in termini modali e strumentali» sulla libertà del giudice circa lo *ius dicere*⁹⁶.

⁹³ Cf. S. SATTA — C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 176-177. Vedi anche V. PUNZI, *Iura novit curia*, 81.

⁹⁴ L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio», 15. Da ciò derivano i due corollari per cui anche «le forme del *contraddittorio posticipato* od *attenuato*, previste dalla legge, devono comunque trovare attuazione entro limiti temporali invalicabili [...In secondo luogo] il principio del contraddittorio deve essere *inderogabilmente osservato*, con la *preventiva audizione* dei soggetti coinvolti»: ID., «Contraddittorio (principio)», 16.

⁹⁵ Cf. S. CHIARLONI, «Questioni».

⁹⁶ Cf. L.P. COMOGLIO, «Le garanzie fondamentali», 362-363. Vedi anche l'art. 16 cpc francese del 1975, secondo il quale il giudice «ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties qui si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement [...] ne peut fonder sa décision sur le moyen de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations».

È da apprezzare la relazione tra contraddittorio ed escussione delle prove: la previsione costituzionale lo circoscrive testualmente alla sola assunzione delle prove nel processo penale (garanzia derivata da quella generale del contraddittorio tra le parti) e non sembra che essa debba pervadere ogni genere di processo. Ma se così fosse, si rischierebbe di escludere *a priori* l'ammissione e l'utilizzo delle prove precostituite di tipo documentale, per definizione predisposte fuori del giudizio e in esso meramente acquisite. Alla possibilità di produzione delle prove deve essere lasciato lo spazio più ampio possibile, senza esclusioni e lasciandone libero l'esercizio; questa stessa ampiezza tipologica e oggettiva (di prova e controprova), la si deve assicurare anche nella discussione sul riutilizzo in un nuovo e diverso giudizio di certe prove atipiche, costituite fuori del processo, e di altre prove costituendo tipiche, formate e assunte in un processo diverso. Resta in ogni caso il divieto assoluto di utilizzare in un'altra causa, con la stessa efficacia di prova piena, le risultanze di una prova costituenda «assunta nel contraddittorio tra parti diverse, in un processo diverso, e che sia ancora ontologicamente ripetibile»⁹⁷.

2.6 Il diritto alla prova

«La contrapposizione dialettica fra una dualità minima di antagonisti» in contesa davanti all'organo giudicante deve avere a che fare con la «struttura bilaterale del giudizio, inteso quale *actus ad minus trium personarum*»: secondo la tradizione, lo sviluppo si è avuto «in parallelo con la nozione di *rapporto giuridico processuale*, in cui l'identità dello scopo formale opera la *reductio ad unum* di un insieme combinato di relazioni strumentali» che, a processo pendente, si stabiliscono tra le situazioni di potere, di diritto o di dovere delle diverse parti in causa⁹⁸.

Il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti, fondamento delle pretese esercitate, è elemento cruciale della garanzia costituzionale: i poteri sostanziali di azione e di difesa devono essere esercitati dalle parti e in nome di esse⁹⁹. In effetti lo sviluppo del pensiero sul contraddittorio dovrebbe partire dal problema della parte — soggetto che pone una tesi e prende posizione di fronte ad un fatto,

⁹⁷ Cf. L.P. COMOGLIO, «Le garanzie fondamentali», 358-361.

⁹⁸ Cf. E. FAZZALARI, *Istituzioni*, 73-85.

⁹⁹ Art. 115 cpc: «Salvo i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza».

esprimendo un giudizio — in relazione a ciò che la stessa dice in processo, cioè in riferimento al problema della domanda e della prova, nonché alla presa di posizione del giudice¹⁰⁰. Perciò non può mancare il riferimento alle fasi del procedimento probatorio, senza tuttavia dimenticare che «è in realtà un subprocedimento, facente parte pur sempre del procedimento civile»: tale collegamento esalta il nesso della fase probatoria col giudizio e con la sentenza che lo esprime, vagliando «un elemento teleologico fondamentale, [...] in grado di gettare forse qualche luce sulle conseguenze, che alla violazione, per l'uno o per l'altro aspetto, della regola del contraddittorio debbono ricollegarsi»¹⁰¹.

La distinzione fondamentale tra le prove riguarda la loro formazione in giudizio (prove costituenti) o la loro semplice ricezione (prove costituite), perciò la struttura degli atti che le producono in processo è logicamente diversa. Per tutte vale che nell'atto di introduzione, l'esigenza del contraddittorio venga indistintamente osservata: essenziale non è solo la reciproca conoscenza, ma anche la parità delle posizioni processuali delle parti. Tale esigenza si esprime nel potere processuale di delineare al giudice la realtà dei fatti posti a fondamento delle proprie ragioni. Nel processo ordinario è prescritta l'indicazione specifica dei mezzi di prova, nonché il deposito dei documenti in comunicazione (art. 163; 165-167 cpc); l'estensione ad attore e convenuto della potestà circa la produzione di nuovi documenti e la richiesta di nuovi mezzi di prova durante l'intero corso dell'istruttoria (art. 184). Anche nel processo del lavoro è sottolineata la parità delle parti dall'angolatura dell'identità delle preclusioni (art. 414 e 416 cpc), mentre vengono livellate le pretese di tutti i soggetti a proposito della deduzione dei mezzi di prova non proposti prima (art. 420, co. 5 cpc): non si rinvergono dunque tra le parti discriminazioni lesive della garanzia.

L'ammissione delle prove costituenti deve avvenire in contraddittorio, mentre la produzione delle prove costituite si realizza con l'offerta in comunicazione e il deposito in cancelleria. Il contraddittorio è necessario «non solo nell'acquisizione della prova tipica preformata al processo, ma anche, e precedentemente, nella formazione della prova stessa»¹⁰². Nel caso della prova precostituita, l'ammissibilità si lega ad

¹⁰⁰ Cf. A. NASI, «Contraddittorio», 725.

¹⁰¹ G. TARZIA, «Problemi», 636.

¹⁰² G. TARZIA, «Problemi», 638-639, il quale afferma per le prove precostituite, quali documenti, che «è certo che non basti il fatto materiale, l'operazione della loro produzione in giudizio, per considerarli senz'altro acquisiti al processo, al di fuori di un vaglio di ammissibilità e di rilevanza: un vaglio che, se non si svolge anticipata-

altro tipo di garanzie, attinenti in genere alla struttura di quanto viene prodotto in dibattimento. La difesa della controparte (cf. art. 2712 cc, per esempio)¹⁰³ viene esercitata con metodo diverso dal contraddittorio *stricto sensu*: questo nella fattispecie presiederà l'acquisizione al fascicolo del processo.

Un discorso a parte è necessario per le prove atipiche in sostituzione delle costituite: esse sono da ritenersi del tutto inammissibili in merito non tanto al principio di tipicità, quanto proprio dalla considerazione della centralità del contraddittorio nell'ordinamento processuale (art. 1513 cc; art. 262; 696 cpc)¹⁰⁴. Diversa è la valutazione delle prove collazionate in altro procedimento:

le prove che, in un modo o nell'altro, a prescindere dalla loro provenienza, non si siano comunque formate in giudizio, nel *contraddittorio* fra le parti in esso costituite, sono bensì ammissibili, ma — se si eccettuano le prove documentali tipiche, nei limiti in cui esse esplicano efficacia di prova *legale* (art. 2700 e 2702 cc) — sono utilizzabili unicamente con un'efficacia *probatoria attenuata o secondaria* (quali *indizi o fatti noti*, ex art. 2727 cc, oppure, meglio, quali *argomenti di prova*: cf. art. 116, co. 2; 310, co. 3 cpc). Naturalmente, esse possono venire contrastate con ogni mezzo di prova diversa e/o contraria, che sia a disposizione delle parti in contraddittorio o comunque a disposizione del giudice *ex officio*¹⁰⁵.

mente, deve tuttavia trovare poi luogo, in sede decisoria, nel provvedimento del giudice che assume o — proprio per ragioni di inammissibilità o irrilevanza — rifiuta di assumere i documenti stessi tra il materiale probatorio utilizzabile per la decisione».

¹⁰³ «Le riproduzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti o di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime».

¹⁰⁴ Tuttavia, «Una realizzazione del contraddittorio tecnico, al di fuori del processo, pur se dotata di minori garanzie, dovrebbe costituire il requisito minimo ed irrinunciabile per l'introduzione della prova atipica nel processo»: G. TARZIA, «Problemi», 642.

¹⁰⁵ L.P. COMOGLIO, «Le garanzie fondamentali», 361. Art. 116: «Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno [...], dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse in processo». Vedi anche l'art. 522 del *Código de Processo civil* portoghese, novellato dal d.l. n. 47690 dell'11 mag. 1967: alla rubrica *Valor extraprocessual das provas*, afferma che «l. Os depoimentos e arbitramentos produzidos [num processo com audiência contraditória da parte] podem ser invocados [noutro processo contra a mesma parte], sem prejuizo do disposto no

È la loro *formazione* che deve compiersi in contraddittorio delle parti: non giova una garanzia di assunzione in contraddittorio astratto perché, quand'anche si realizzasse un confronto posticipato alla realizzazione della prova, e quindi tardivo, non ne legittimerebbe l'introduzione in processo. Non si può neppure parlare di confronto preventivo del giudice con le parti: l'esercizio di istruttoria ufficiosa non può aver luogo prima dell'udienza (art. 420-421 cpc). Tanto meno è concepibile un'istruttoria segreta, in assenza delle parti o di una di esse: sarebbe palesemente nulla (art. 202-209 cpc). Si è discusso sulla facoltà del giudice di scegliere discrezionalmente le prove idonee all'accertamento: «si tratta di assicurare il controllo dell'esercizio del potere del giudice, in relazione al convincimento che egli manifesterà nella fase della decisione»¹⁰⁶.

3. Diritto alla difesa e contraddittorio nel processo penale

3.1 Considerazioni preliminari

Il giudice accerta il fatto scegliendo tra le ipotesi quella a suo parere più rispondente alla realtà: egli non dà vita l'evento, ma «crea la norma», fissando l'esperienza giuridica, «onde si può dire veramente che il fatto esiste così come il giudice lo ha accertato». Tale creazione ha le sue regole logiche e legali:

il giudizio che il giudice compie si può ridurre ad un sillogismo, nel quale la premessa maggiore è data dalla norma, la minore dal fatto, la conclusione dalla riconduzione del fatto alla norma e si distingue così un giudizio di diritto e un giudizio di fatto: un giudizio di accertamento della

n. 3 do artigo 355º do Código Civil; se, porém, o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e arbitramentos produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova. 2. O disposto no número anterior não tem aplicação quando o primeiro processo tiver sido anulado, na parte relativa à produção da prova que se pretende invocar».

¹⁰⁶ G. TARZIA, «Problemi», 647. Inoltre «Il metodo del contraddittorio, che si dovrebbe specificare qui in un previo avvertimento alle parti e in un invito ad indicare i testi ritenuti più importanti (nell'ipotesi dell'art. 245, co. 1 cpc) o comunque i mezzi di prova da esse giudicati prioritari per le loro esigenze difensive (art. 209 cpc) costituisce la sola e sufficiente garanzia, che alle parti può essere concessa, se il giudice deve mantenere la direzione effettiva dell'istruzione probatoria»: *Ibid.*, 647.

norma, che è data al giudice ed esiste fuori e senza di lui; e un giudizio sull'esistenza dei fatti che esistono anch'essi per definizione fuori di lui¹⁰⁷.

Nel diritto penale il lavoro del giudice dipende anche dal fatto che la norma sia diretta a stabilire le condizioni dell'esistenza del reato, la specie e le modalità della sanzione, ovvero disciplini il complesso delle attività che regolano, in caso di violazione, la sanzione della legge¹⁰⁸. Imperniato su una contrapposizione dialettica, la cui posta in gioco è la persuasione del *terzo* deputato a risolverla, il contraddittorio postula sempre un rapporto triadico: il fine primario ed ineludibile del processo penale è quello della ricerca della verità, quindi la scelta della *dialettica dibattimentale* ha a che fare con la rispondenza del sistema di formazione della prova alla individuazione del fatto illecito (reato) per combinarne la conseguenza (pena e misura di sicurezza)¹⁰⁹. Dopo la novella costituzionale dell'art. 111, nonché la sent. 440/00 del Giudice delle leggi, il contraddittorio nella formazione della prova durante il processo penale è specificatamente dichiarato nella «dimensione oggettiva» quale modo di investigazione giudiziale dei fatti, oltre ad essere richiamato nella sua «dimensione soggettiva» come diritto dell'imputato di confrontarsi col suo accusatore¹¹⁰.

Mutano dunque le prospettive con cui valutare la materia: la forza del diritto alla difesa non dipende tanto da garanzie singole, quanto dalla collocazione nel sistema delle funzioni e dai suoi legami all'interno del rapporto triadico giudice, accusatore, imputato. Due sono gli aspetti prioritari: la separazione nitida e chiara dei poteri del giudice e delle

¹⁰⁷ Cf. S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 177-179. A proposito del *sillogismo processuale*, vedi anche GIOVANNI PAOLO II, All. ad RR *Praelatos Auditores*, 4 feb. 1980, 176-177.

¹⁰⁸ Cf. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 17-18.

¹⁰⁹ Cf. F. CORDERO, *Riti e sapienza*, 433; A. BALSAMO, «L'inserimento», 476.

¹¹⁰ Cf. C. COST., «Sent.», 25 ott. 2000, n. 440, 3306-3307: «Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale è ora espressamente enunciato nella sua dimensione oggettiva, cioè quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nella prima parte del co. 4 [dell'art. 111 Cost.], mediante la formulazione "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova", ed è richiamato anche nella sua dimensione soggettiva, cioè quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel co. 3 del medesimo art. 111 Cost., ove viene riconosciuta alla persona accusata "la facoltà davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico". Il principio trova poi una specifica puntualizzazione nella regola, dettata dalla seconda parte del co. 4, secondo cui "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore"».

parti (occorre scindere la ricerca delle fonti di prova dalla formazione di queste, attività squisitamente processuale); e il rapporto dialettico tra accusa e difesa (garantito da una netta distinzione delle parti dalla funzione del giudice, esclusione di ogni transazione, cumulo, mescolanza di poteri)¹¹¹.

Diventano indispensabili circostanze quali il diritto dell'indagato o dell'imputato di essere informato tempestivamente sulle accuse mossegli; il diritto di disporre di un termine adeguato per approntare una difesa efficace; il diritto di difendersi da sé o con l'ausilio di un difensore; il diritto di interrogare e ascoltare dal vivo i testimoni d'accusa; il diritto di ottenere l'ammissione e l'assunzione dei testimoni a discarico; il diritto del detenuto al controllo della legittimità della detenzione; il diritto all'assistenza linguistica per mezzo di interpreti, qualora non si conosca la lingua ufficiale; il principio del *ne bis in idem*¹¹².

Emerge nuovamente la funzione dominante del contraddittorio quale metodo di conoscenza, laddove il metodo non può essere tutelato a prescindere dalla sua idoneità a perseguire il fine, almeno alla luce delle conquiste dell'epistemologia giuridica che ritiene il contraddittorio strumento consolidato per la ricerca della verità.

3.2 Uguaglianza delle parti e contraddittorio penale

È necessario dissipare l'equivoco che limita la dimensione difensiva a mera attività processuale, insieme di pratiche dirette «a far valere di fronte al giudice i diritti soggettivi e gli altri interessi giuridici dell'imputato»¹¹³. Il fraintendimento è fugato nel riconoscerla «funzione dialettica contrapposta all'accusa; definendola cioè non solo essenzialmente per i poteri che esercita, ma anche differenzialmente per i rapporti che instaura con le sue adiacenze, vale a dire con le altre funzioni del processo»¹¹⁴. Occorre che le parti siano poste in posizione di assoluta eguaglianza operativa per tutto l'arco del processo, marcando lo spazio di un'opposizione effettiva, dialetticamente utile: accusa e difesa sono due forze uguali e contrarie; sono termini del medesimo paradigma: affermano o negano ipotesi su cui il giudice sentenzierà. Bisogna dunque che i poteri dell'una siano simmetrici a quelli dell'altra nella reciprocità — idoneità a controbilanciare — in modo da assicurare l'equi-

¹¹¹ Cf. P. FERRUA, «Difesa», 466-467.

¹¹² Cf. art. 111, co. 3-5 Cost. e *amplius* L.P. COMOGLIO, «Valori etici», 901-902.

¹¹³ V. MANZINI, *Trattato*, II, 542.

¹¹⁴ P. FERRUA, «Difesa», 466.

librio nella ricerca e formazione delle prove, nello svolgimento delle argomentazioni in fatto e in diritto, nella critica della decisione con l'esperimento dei mezzi di gravame¹¹⁵.

È dunque coerente, nel suo impianto,

il puro processo inquisitorio che nega la difesa come l'accusa per concentrarle nelle mani d'un solo giudice che, secondo un'idea teologica, domina tutto l'*iter* del processo, raccogliendo prove tanto a carico quanto a favore dell'imputato. Ma è illogico, prima che iniquo, falsare l'equilibrio tra le due funzioni, dopo averle riconosciute autonome da quella giurisdizionale. Dotare l'accusatore di tutti i poteri inerenti alla sua qualità e poi vietare alla difesa di partecipare dialetticamente alla formazione delle prove o ammetterla in condizioni di inferiorità o di passività (sono i metodi dei cosiddetti sistemi misti) significa rinnegare quel contraddittorio a cui è preordinata la struttura triadica del processo¹¹⁶.

La riforma del 1988 sul processo penale¹¹⁷ convergeva nella verifica che l'assunto di colpevolezza formulato dall'accusa sulla base di materiale probatorio raccolto unilateralmente durante le indagini preliminari, dovesse attuarsi attraverso elementi di prova acquisiti in contraddittorio tra le parti: «il dibattimento era la sede *naturale* in cui il contraddittorio per la prova trovava la massima espressione»¹¹⁸. Intervennero tuttavia pronunce del Giudice Costituzionale tese a sostituire l'opzione politico-epistemologica di dialetticità dell'assetto processuale con il vago principio di «*non dispersione dei mezzi di prova*», concetto dal nome suggestivo, di sicura ascendenza inquisitoria, che nessuno si meraviglierebbe di trovare nel *Malleus* dello Sprenger; e di cui, però, non vi è traccia nella Costituzione»¹¹⁹. Il contraddittorio nella sua accezione *forte* — «contributo diretto delle parti nell'atto stesso di formazione della prova» — non può essere svilito a formalità di acquisizione delle prove: se ne farebbe un attributo *debole* «per il quale è sufficiente la critica sulle dichiarazioni scritte, già raccolte dagli organi inquirenti»¹²⁰.

¹¹⁵ Cf. P. CALAMANDREI, *Istituzioni*, 426. Per il *diritto al gravame*, cf. L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio (principio)», 17 e C. COST., «Sent.», 23 giu. 1994, n. 253, 2005.

¹¹⁶ P. FERRUA, «Difesa», 467.

¹¹⁷ Cf. l. 16 feb. 1988, n. 81.

¹¹⁸ G. UBERTIS, «Dibattimento», 454.

¹¹⁹ P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, 164. Il testo in corsivo è della C. COST., «Sent.», 3 giu. 1992, n. 255, 1968.

¹²⁰ Cf. P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, III, 40.

Diventa imprescindibile il requisito della parità durante il processo, assioma ricavabile dal nodo ermeneutico degli art. 3 e 111, co. 2 Cost. e la cui portata precettiva «consiste nella garanzia che ogni processo debba svolgersi in modo tale da assicurare alle parti l'uguale possibilità di incidere sul convincimento del giudice»¹²¹. La presenza fisica delle parti però, non esaurisce la funzione del contraddittorio: deve trattarsi di un intervento efficace, integrazione attiva del dibattimento.

La mancata escussione del teste secondo i principi di oralità, pubblicità e contraddittorio si risolve nell'impedimento di ogni controllo del teste da parte dell'imputato e nella violazione a) del suo diritto di vedersi giudicato su prove di accusa escusse pubblicamente e b) del suo diritto di essere posto in condizioni di interrogare o far interrogare il testimone a carico, diritto garantito, tra l'altro, dall'art. 6 n. 3 lett. d) della Convenzione sui Diritti dell'Uomo¹²².

Un sistema dunque è da ritenersi conforme all'esigenza di civiltà solo quando «la materia della decisione sia costruita coralmemente dai partecipanti al giudizio»¹²³.

3.3 Dettato costituzionale in materia

La garanzia del contraddittorio è sancita nella Convenzione europea:

La CEDU non richiede [...] necessariamente il contraddittorio per l'elemento di prova, ma non legittima la scelta di garantire *solo* il contraddittorio sull'elemento di prova. Essa ritiene ineludibile garantire che, prima di essere giudicato, l'imputato possa guardare negli occhi chi depone contro di lui e possa contestargli le affermazioni rese in una fase precedente. Essa non pretende che dal contraddittorio emerga l'elemento di prova utilizzato dal giudice per decidere, ma esige come requisito minimo che la fonte di prova sia comunque inserita nel circuito del contraddittorio: esige, cioè, un *contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova*¹²⁴.

¹²¹ Cf. M. CECCHETTI, «Il principio», 79-80.

¹²² M. FOSCHINI, «La giustizia», 45. Nel diritto nord-americano, viene chiamata *Confrontation Clause*: «The Sixth Amendment tells us that a defendant has a right to be confronted with the witnesses against him. When a prosecution witness appears at trial, the basic meaning of that right seems clear enough. First, it means that the defendant should be present in the courtroom when the witness testifies. It also means that the jury should see and hear the witness so that the jurors can assess the credibility of the witness for themselves based on her demeanour while testifying» (J.G. DOUGLASS, «Beyond Admissibility», 197-198).

¹²³ F. CORDERO, «Linee di un processo», 172.

¹²⁴ G. UBERTIS, «Doppio binario», 190.

L'inviolabilità postulata dall'art. 24, co. 2 Cost. impone nel suo, di apprestare tutti gli strumenti necessari per assicurarne l'effettività: si costituisce facoltà a contenuto positivo, caratterizzante il concetto medesimo di libertà quale autonomia e partecipazione¹²⁵. D'altronde le norme costituzionali quale quella in esame, abbisognano di un'ulteriore attività di determinazione legislativa, che cali il principio nelle fattispecie in cui deve essere operante. Spetta al legislatore ordinario, ma anche all'interprete «quando lo svolgimento del principio conduce a risultati obbligati, in un contesto operativo già definito»¹²⁶.

Il Giudice delle leggi ha impegnato modifiche che ottengono ripercussione amplificata in tutto il sistema processuale penale: intervenendo sulla caratterizzazione dell'art. 500 cpp (in specie con le sentt. 255/92 e 361/98), si è premurato di elencare in maniera meticolosa le deroghe al contraddittorio dibattimentale «al fine di trarne conferma dell'esistenza di un'immanente regola generale di non dispersione probatoria [...]: come dire, le eccezioni sono divenute regola e l'iniziale regola è divenuta eccezione irragionevole»¹²⁷. Significa ribadire che il principio dell'oralità nel processo penale riformato non è regola assoluta, bensì mero canone ispiratore; non valore in sé, ma semplice criterio privilegiato per giungere al fine tendenziale della ricerca della verità, cuore del processo. Si è avverato così nel processo penale, quanto già rilevato nella sperimentazione scientifica, dove «variazioni piccole nei parametri di un qualunque sistema non portano, necessariamente, a variazioni piccole nel risultato, cioè, nell'evoluzione futura»¹²⁸.

¹²⁵ Cf. F. NEUMANN, *Lo stato democratico*, 33-39.

¹²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, 107.

¹²⁷ O. MAZZA, «Giudizio», 360. Art. 500 cpp (riformulato dalla l. 356/92): «Fermi i divieti di lettura e di allegazione, le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. Tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti e sulle circostanze da contestare il testimone abbia già deposto. Le parti possono procedere alla contestazione anche quando il teste rifiuta o comunque omette, in tutto o in parte, di rispondere sulle circostanze riferite nelle precedenti dichiarazioni. Le dichiarazioni usate per la contestazione possono essere valutate dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata. Quando, a seguito della contestazione, sussiste difformità rispetto al contenuto della deposizione, le dichiarazioni utilizzate per la contestazione sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento e sono valutate come prova dei fatti in esse affermati se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità».

¹²⁸ G. CASATI, «Introduzione», 9. Quanto ebbe a domandarsi paradossalmente Ed Lorenz — «Può il battito d'ali di una farfalla in Brasile scatenare un uragano in

La questione ottiene vasta eco perché gli interventi della Corte Costituzionale hanno disancorato l'armonia del *nuovo* processo penale, spingendolo in una dissonanza di principi tale da incrinarne la corrispondenza agli stessi postulati dai quali è suscitato.

Una volta affermato che l'interesse idoneo a comprimere la sfera costituzionalmente tutelata può essere tratto non solo da una disposizione ma anche da un principio desumibile dalla Carta costituzionale, si è aperta inevitabilmente la strada ad una vasta gamma di interessi, spesso costruiti in maniera tanto vaga da servire per tutti gli usi, oppure forniti di nessuna o, al più, di marginale rilevanza costituzionale¹²⁹.

Il punto focale si assesta sul tema dell'epistemologia della giurisdizione penale, sul problema della verità nel processo; in ultima analisi, sugli «scopi stessi della giustizia penale»¹³⁰. Viene alla ribalta allora una domanda *ontologica* che attiene al significato proprio e allo scopo ultimo dell'intero processo: l'annosa tensione tra una soluzione del caso giocata solo sull'impresa tecnica, dove «un esito vale l'altro, purché correttamente ottenuto»¹³¹; e l'orizzonte del «richiamo forte — e quasi ossessivo — al principio della ricerca della verità quale fine primario ed ineludibile del processo [...] *télos* della giurisdizione penale [che] stigmatizza un preciso *grund-Wert* di una — neppure tanto immaginaria — gerarchia assiologica all'interno del processo»¹³². E poiché la regola aurea del sistema *adversarial* ritiene prove le dichiarazioni di terzi e imputati solo quando assunte attraverso la *cross-examination*, se acquisite fuori di essa, bisognerà attingerne garanzia altrove in quanto si ridurrebbero a meri spunti di indagine.

Texas?» — *mutatis mutandis* diviene: «Può la modifica dell'art. 500 cpp determinare l'uragano del processo e la disgregazione dell'intero sistema accusatorio?». «Come dire che il *semplice ritocco* di qualche norma rischia, per un effetto a farfalla, di tradire l'intera filosofia dell'impianto accusatorio del processo e che dunque, parafrasando il sano e più ancor celebre scetticismo di von Kirchmann, *tre parole* della Corte Costituzionale rischiano di far divenire carta da macero intere biblioteche». Cf. P. GAETA, «Controriforma», 1859-1860.

¹²⁹ G.P. VOENA, «Difesa», 14.

¹³⁰ G. FIANDACA, «Modelli», 2023.

¹³¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, 100-101.

¹³² P. GAETA, «Controriforma», 1863. I fautori del primo fronte sostengono «l'assioma che non esiste *la verità*, ma solamente una verità processuale alla quale tanto meglio ci si accosta quanto più le parti sono poste in condizione di parità e quanto più sono libere di cercare, di allegare, di discutere, di contraddire»: E. FASSONE, «Giudice-arbitro», 587. In altre parole, «la decisione finale è sempre conseguenza di un operare assiologicamente orientato, nel quale importa, in certo qual modo, più il metodo del risultato»: G. UBERTIS, *Fatto e valore*, 128.

Ciò che dovrebbe sempre differenziare l'attività del giudice da quella dello storico o dell'archeologo, le cui opinioni non passano in giudicato, è la *pratica del contraddittorio*: il quadro probatorio da cui scaturisce la decisione dovrebbe formarsi in un costante rapporto dialettico tra accusa e difesa [...] priva del contraddittorio, la ricerca della *verità* può consistere in quel moto circolare che porta il giudice a raggiungere i postulati da lui stesso stabiliti all'inizio¹³³.

3.4 Istruzione

Affinché il processo sia «il luogo di attuazione della legge, e non il luogo della sua elusione», è necessario rafforzare l'applicazione imparziale della normativa penale, opzione che si collega al valore delle conoscenze che il giudice acquisisce nel corso del procedimento: «la ricerca della verità dei fatti nel processo rappresenta una finalità necessaria nell'ambito delle concezioni razionali e democratiche della giustizia che caratterizzano l'attuale cultura giuridica occidentale»¹³⁴.

Il principio del contraddittorio viene richiamato all'art. 111 Cost. negli aspetti oggettivo e soggettivo, «come metodo di conoscenza e come garanzia dell'imputato»¹³⁵. Esso si stempera in una serie di tutele e diritti di numero e contenuto non definibile *a priori*, giacché nulla autorizzerebbe a ritenere esaustivo il catalogo: «per elevato che sia il livello di tutela difensiva, è sempre consentito aggiungervi un supplemento, destinato anch'esso virtualmente a non restare l'ultimo»¹³⁶.

Alcune fondamentali garanzie sono ritenute indispensabili all'istruzione della causa: a) la conoscenza dell'accusa, del fatto e della sua qualificazione giuridica; b) il potere riconosciuto alle parti di ricercare le fonti di prova, almeno in via generale (tale regola non esclude ovviamente la legittimità di iniziative probatorie da parte del giudice)¹³⁷; c) la partecipazione della difesa all'escussione probatoria, dove il contraddittorio implica il diritto ad ottenere l'inclusione delle prove sul *thema*: è compito del giudice vagliarne ammissibilità e pertinenza, rispettando il criterio della *par condicio*. L'efficacia del contraddittorio

¹³³ P. FERRUA, «Difesa», 486.

¹³⁴ Cf. A. BALSAMO, «L'inserimento», 475. Vedi anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 43: «il concetto di verità come corrispondenza delle asserzioni ai fatti del mondo empirico è connesso intrinsecamente alla concezione garantistica del processo».

¹³⁵ C. CONTI, «Le due anime», 198.

¹³⁶ Cf. F.P. LUISO, *Principio*, 1-3: più che di un *contenuto minimo*, la dottrina parla di *nucleo ideale* del contraddittorio.

¹³⁷ Cf. P. FERRUA, «Difesa», 466-467.

si esplica nel momento di formazione dell'atto, non in sede successiva¹³⁸; d) il diritto di sviluppare la propria linea difensiva nell'attività retorico-argomentativa svolta in corso di causa, culminante nella discussione finale.

Sono da menzionare tre ulteriori garanzie che svolgono una funzione ancillare rispetto al contraddittorio, contribuendo alla sua effettività: a) il diritto all'assistenza tecnica, ossia al difensore di fiducia; b) il diritto al silenzio (*nemo tenetur se detegere*), volto a garantire la libertà del contraddittorio [...]; c) la motivazione della sentenza, che consente di verificare, insieme alla logicità dell'*iter* argomentativo, se il giudice abbia tenuto conto delle sole prove sottoposte all'esame delle parti¹³⁹.

Ancora una volta, la parità di poteri tra accusa e difesa è uno degli obiettivi più stimolanti per la condizione del contraddittorio: esso «è costituzionalmente tutelato solo in quanto il suo riconoscimento sia imprescindibile per garantire il diritto di difesa»¹⁴⁰. Dunque, la previsione di inutilizzabilità (art. 111, co. 4 Cost.) è solo una sanzione del comportamento che sfugge il confronto, non invece «esclusione di un determinato elemento di prova per la sua assoluta ed ontologica inaffidabilità»¹⁴¹.

A questo proposito, la stessa CEDU ribadisce che ai fini della decisione sono utilizzabili anche le deposizioni rese nella fase istruttoria anteriore al dibattimento, «purché venga accordata all'imputato una possibilità adeguata di contestare le dichiarazioni a suo carico [...] Ciò che si richiede è che la fonte di prova sia comunque inserita nel circuito del contraddittorio»¹⁴².

3.5 Dibattimento

Il contraddittorio serve ad acquisire in maniera ottimizzata le prove, perciò esso risulta depotenziato dall'introduzione nel fascicolo di accertamenti precostituiti: alle parti viene tolta la possibilità di partecipare

¹³⁸ «Mentre l'imputato può mutare impunemente la sua versione dei fatti, il testimone, sapendosi esposto al rischio di una incriminazione, sarà psicologicamente spinto a ribadire sempre quanto ha dichiarato (magari su istanza del pubblico ministero) in istruzione, cosicché l'assenza del contraddittorio, realizzatasi in fase istruttoria, finisce con il pregiudicare la difesa persino quando la prova testimoniale sia ivi interamente riassunta senza alcuna lettura del verbale istruttorio»: G. LOZZI, «Lecture testimoniali», 883.

¹³⁹ P. FERRUA, «Difesa», 471.

¹⁴⁰ Cf. A. CRISTIANI, «Aspetti problematici», 966-968.

¹⁴¹ P. TONINI, «L'alchimia», 41. Cf. anche V. GREVI, *Alla ricerca*, 333.

¹⁴² Cf. G. UBERTIS, *Principi*, 57-62.

attivamente alla loro elaborazione, potendoli solo discutere *ex post*¹⁴³. Premesso quindi che «i caratteri di un sistema processuale si individuano nel rapporto che lega l'attività di indagine e il dibattimento. Il grado di accusatorietà o inquisitorietà di un processo dipende dal valore probatorio attribuito alle risultanze investigative»¹⁴⁴.

Il Giudice delle leggi però, secondo un ormai diffuso *pendolarismo legislativo*, hanno innescato l'alternarsi di iniziative e declaratorie per le quali

lo sgretolarsi della legalità probatoria nel dibattimento ha avuto quale logico riflesso quello di rendere più appetibile il ricorso ai procedimenti speciali — segnatamente al *patteggiamento* e al giudizio abbreviato — in cui il materiale utilizzabile per la decisione è sempre più coincidente con quello che ha accesso al rito ordinario¹⁴⁵.

Constando dunque il dibattimento dell'esposizione introduttiva, durante la quale viene provvista l'ammissione delle prove; dell'istruzione dibattimentale, nucleo essenziale; delle contestazioni e delle letture; al giudice dibattimentale è consentito intervenire d'ufficio (*ex art. 507 cpp*) anche per rimediare alla negligenza o all'inerzia del pubblico ministero o dei difensori. Tuttavia, dall'art. 468 *cpp* (citazione di testimoni, periti, consulenti tecnici) emerge la questione della produzione delle liste: l'insinuazione di temi di prova *a sorpresa* resta sempre uno spettro da fugare. Perciò se «la rigida predeterminazione delle domande verrebbe ad ingessare eccessivamente lo svolgimento dell'esame», non è possibile accettare che basti indicare le circostanze *per relationem* ai fatti enunciati nel capo di imputazione: si rischia di pregiudicare diritti fondamentali quali la difesa «attraverso la presentazione di prove contrarie. Una lista di nomi senza specifica indicazione delle circostanze oggetto d'esame non appare di alcuna utilità per le controparti» in ordine al contraddittorio¹⁴⁶. Il diritto alla prova è condizionato dalla valutazione del giudice il quale opera secondo il criterio dell'*assoluta necessità*.

Quando il legislatore affida alla discrezionalità del giudice il potere di attribuire i caratteri di assolutezza ad un concetto di relazione, seppure di

¹⁴³ G. GIOSTRA, «Contraddittorio», 4-5.

¹⁴⁴ P. VENTURA, «Escussione», 3183. «Lo sbarramento tra le indagini preliminari e il dibattimento non dipende dalla sfiducia nel pubblico ministero [...], ma da una scelta metodologica a favore del contraddittorio»: G. ILLUMINATI, «La giurisprudenza», 64.

¹⁴⁵ O. MAZZA, «Giudizio», 361. Vedi anche G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope*, 266.

¹⁴⁶ Cf. O. MAZZA, «Giudizio», 363-365.

contenuto superlativo, come la necessità, l'applicazione di una regola (o di una eccezione) diventa un'evenienza accidentale e la motivazione che la nega si trasforma in un giudizio di valore apodittico praticamente invulnerabile¹⁴⁷.

Il diritto alla difesa implica almeno la possibilità di *vedere in faccia* la persona a cui vengono rivolte le domande, cogliendo così nelle risposte «i tratti prosodici, paralinguistici; meno padroneggiabili, meno falsificabili [...] che non gli enunciati verbali, sono talvolta preziosi indici, rivelatori» del dichiarante¹⁴⁸. La *cross-examination* svolge un ruolo cruciale: la versione iniziale dell'art. 500, co. 3 cpp prevedeva l'utilizzo delle dichiarazioni adoperate in contestazione esclusivamente per la valutazione della credibilità dell'esaminato, senza poterle acquisire al fascicolo del dibattimento; ora la dichiarazione di illegittimità ha invertito le proporzioni. Quindi laddove la pregressa formulazione valorizzava il contraddittorio nella formazione della prova, ridimensionando la potenzialità persuasiva di quanto raccolto unilateralmente, il nuovo testo riconosce all'imputato, chiamato in reità, il diritto di utilizzare ai fini della contestazione le dichiarazioni del chiamante, qualora questi si sottragga al controesame dibattimentale. Ciò significa però garantire solo la possibilità, non l'effettività del confronto: «la realizzazione di un effettivo contraddittorio rimane affidata all'azione maieutica dell'accusato e del suo difensore [...] se la scelta del coimputato è di non prendere parte al confronto dialettico con l'accusato, il contraddittorio non si realizza»¹⁴⁹.

Circa le letture, la riforma del 1988 si era ispirata all'esigenza di limitare le possibilità di acquisizione dibattimentale degli atti formati non in contraddittorio; tuttavia, oltre all'inserimento dell'art. 511^{bis} che prevede la lettura di verbali di prove di altri procedimenti, «il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando, per fatti e circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione» (art. 512 cpp). È però aleatorio il criterio indicato dal legislatore – l'irripetibilità sopravvenuta per cause imprevedibili – mina vagante di un meccanismo degenerativo che si è innescato nell'impianto del dibattimento¹⁵⁰.

¹⁴⁷ A. CRISTIANI, *Le modifiche*, 186. Cf. G. UBERTIS, «Diritto alla prova», 105.

¹⁴⁸ P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, 181.

¹⁴⁹ P. VENTURA, «Escussione», 3187. In proposito, vedi anche la controversia C. COST., «Sent.», 2 nov. 1998, n. 361, 3085.3086.

¹⁵⁰ Cf. P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, 158-159.

In conclusione, la dialetticità della prova

è da reputare salvaguardata quando, per consentire al giudice di fondare sul fenomeno probatorio la propria pronuncia, venga considerato essenziale il contributo delle parti: e ciò può avvenire sia attraverso la garanzia della loro partecipazione alla formazione dell'elemento di prova costituendo ovvero all'adduzione di quello inevitabilmente precostituito sia attraverso il riconoscimento ad opera delle medesime — e non di una sola di esse — che quanto diversamente conseguito corrisponde a ciò che sarebbe ottenibile con il vaglio del contraddittorio, e specificamente del dibattimento, il quale esprime anche così la sua funzione di garanzia probatoria¹⁵¹.

4. Etica della verità e giusto processo

Acquisito che «la disciplina degli istituti varia secondo che essi si inquadrino nell'uno o nell'altro ramo del diritto», sovente il risultato delle riforme conferma e rafforza «il loro carattere di reazione a situazioni contingenti, affrontate per così dire *alla spicciolata*, al di fuori di un organico programma e senza sufficiente coordinazione con un piano chiaro [...] capace di rispondere alle esigenze di una società che rapidamente si trasforma»¹⁵². Perciò il tema del *giusto processo* rievoca esigenze di lealtà e correttezza dei soggetti processuali, precisando un concetto ideale di giustizia che preesiste rispetto alla legge e si collega direttamente ai diritti inviolabili di ogni persona coinvolta, prerogative che lo Stato deve riconoscere (art. 2 Cost.)¹⁵³: «Una clausola così generale pare rendere aperto e non tassativo l'elenco dei diritti e delle garanzie sanciti»¹⁵⁴.

Il contraddittorio impone che la decisione del giudice avvenga *audita altera parte*: prima di essere raggiunto dall'emanazione di un provvedimento chi ne subirà le conseguenze deve essere messo in condizione di esporre le proprie difese. Ne sono state individuate tre tappe di evoluzione: nella prima si stabilisce una concezione arcaica dove il contraddittorio è minimo e formale, astratta facoltà di interloquire riconosciuta alle parti; durante la seconda, marcata dal pensiero liberale, il

¹⁵¹ G. UBERTIS, «La ricerca», 33.

¹⁵² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 18.24.

¹⁵³ Cf. C. CONTI, «Giusto processo», 628-629.

¹⁵⁴ Cf. G. UBERTIS, *Principi*, 11. Vedi anche M. SCAPARONE, «Il diritto di difesa», 84: «si tratta di una disposizione generica ed *aperta* cosicché, qualora l'esperienza dimostrasse e la coscienza collettiva riconoscesse l'utilità, ai fini di una più efficace difesa dell'imputato, di un qualsiasi altro diritto, potere o facoltà, anche questo dovrebbe immediatamente dirsi compreso nella garanzia offerta dalla norma in esame».

postulato consta dello scontro dialettico tra parti contrapposte che deve guidare il giudice alla decisione finale; la terza, apice di evoluzione del contraddittorio integrale, vede le parti agire nel loro interesse e contribuire alla ricerca della verità insieme al giudice, stimolato da quella serenità che sgorga dalla sua terzietà e imparzialità¹⁵⁵. Riguardo alla parità delle parti, il criterio assume valenza difforme nel processo civile o nel penale: mentre nel primo il pieno equilibrio è attuabile senza remore, nel secondo è necessario tener da conto la diversità delle posizioni istituzionale e sostanziale, intercorrenti tra pubblico ministero e imputato. «In base al principio di adeguatezza, il concetto di parità deve adattarsi al tipo di processo (civile o penale) ed alla natura dell'interesse (pubblico o privato) che la singola parte per-segue»¹⁵⁶. Se ne evidenzia lo stretto legame col principio del contraddittorio: se anche è realizzabile un certo equilibrio a prescindere dal confronto processuale, esso tuttavia non sarà attuabile se le parti non sono in condizione di piena omogeneità¹⁵⁷.

Altro elemento è la neutralità del giudice: accantonando la dissociazione dottrinale — tra fautori della pleonastica nella nozione «giudice terzo ed imparziale» e sostenitori della posizione istituzionale (la terzietà) e della funzione processuale (l'imparzialità) — merita «precisare come l'accostamento del principio di terzietà del giudice a quello del contraddittorio sia indicativo: la piena attuazione del contraddittorio postula un determinato assetto della giurisdizione»¹⁵⁸.

Garanzia ulteriore è la ragionevole durata, criterio che esige concentrazione e continuità nella trattazione: tiene conto dell'esigenza di assicurare il contraddittorio poiché la durata ragionevole è «idonea alla realizzazione [...] le] finalità, e con le variabili connesse, fra gli altri elementi, alla materia, all'oggetto, ai soggetti»¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cf. A. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, 174-175.

¹⁵⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, 1211. Evidentemente, parità delle parti «non vuole affatto dire meccanica o automatica identità di diritti e di doveri per l'accusa e per la difesa»: M. CHIAVARIO, «Le garanzie», 122.

¹⁵⁷ Cf. G. UBERTIS, *Principi*, 37.

¹⁵⁸ C. CONTI, «Giusto processo», 630.

¹⁵⁹ G. SPANGHER, «Il giusto processo», 256. Osservava già P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, 132-133: «è inutile che le leggi processuali prescrivano scadenze e preclusioni, se magistrati e patroni non riescono a trovare da sé il punto di incontro e di equilibrio tra il dovere che l'avvocato ha di essere difensore strenuo e non frettoloso delle ragioni del suo cliente, e il dovere altrettanto importante che egli ha di essere collaboratore leale del giudice e di non ritardare per tattica il corso della giustizia. Se giudici e avvocati si alleano in un comodo costume di fiacchezza, è vano

Le garanzie della funzione giudiziale e dei diritti delle parti sono le «due grandi anime del principio del giusto processo»: è giusto il processo

in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai criteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio [... esso] comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di *terzietà* che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio¹⁶⁰.

Una priorità è legata alla regola in esame, «fulcro ineludibile della *giustizia* del processo, in quanto individuerrebbe nel confronto dialettico l'unico metodo possibile per giungere ad una decisione giusta»; i cui corollari sono l'argomentare «tra parti almeno potenzialmente contrapposte, alle quali sia garantita una sufficiente posizione di parità, nonché la necessità che la decisione finale venga affidata ad un soggetto che abbia una posizione esterna ed estranea [...] e quindi sia *terzo*»¹⁶¹. «Oralità e contraddittorio [...] esprimono linee di politica processuale, valori la cui tutela può conoscere infinite variazioni»¹⁶² che rendono inevitabile «un'operazione ermeneutica volta a rendere possibile un coerente sviluppo delle caratteristiche essenziali del *giusto processo*»¹⁶³.

che sulla carta i codici restringano i termini e vietino i differimenti o impongano la concentrazione».

¹⁶⁰ C. COST., «Sent.», 15 set. 1995, n. 432, 3371. Cf. anche N. TROCKER, «Il valore costituzionale», 45: «*giusto* non è qualunque processo che si limiti ad essere *regolare* sul piano formale [... ma solo] il processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali ed i valori condivisi dalla collettività».

¹⁶¹ M. CECCHETTI, «Giusto processo», 614.

¹⁶² P. FERRUA, «Difesa», 491.

¹⁶³ A. BALSAMO, «L'inserimento», 494.

CAPITOLO V

Sinossi dei processi

1. La frammentarietà

Proprio perché i rapporti giuridici sono distinti come lo sono i sistemi di diritto che li creano e nei quali essi vivono, può essere immaginato e attuato un coordinamento al fine di permettere che una misura presa nell'uno dei due sistemi rispetto al rapporto giuridico in esso esistente si traduca, in determinati casi, in un'analogia misura riguardo al rapporto vigente nell'altro ordinamento¹.

In effetti, le comunità ecclesiale e civile, distinte ed autonome, si ritrovano a perseguire l'utilità comune in maniera tanto più pertinente quanto più sono capaci di dialogo. Proprio in forza di quest'ultimo si potrà giungere a una opportuna collaborazione: ciascuna nel proprio ordine concorrono a servire lo stesso uomo, senza dar adito a sterili contrapposizioni, ma accogliendo con rispetto l'apporto peculiare l'una dell'altra².

Per far fronte a tale *modo nuovo* di relazionalità, si è attinto largamente agli impianti teorici elaborati dagli internazionalisti; in ogni caso, oggi nella ricomposizione assume una mansione determinante il sistema di risoluzione delle controversie che attinge direttamente alla giustizia (quale attribuzione dello *ius suum*) e si esplica nell'affermazione della certezza del diritto.

Nella controversia la legge positiva, di per sé astratta e generale, viene applicata alla vita e viene interpretata. Poiché non può identificarsi con il diritto come realtà ontologica, *nessun ordinamento giuridico è da consi-*

¹ MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, «Nota italiana», 21.

² Cf. S. PANIZZOLO, *Coscienza di Chiesa*, 110-111.

derarsi definitivo ed esaustivo, bensì *frammentario*, non potendo prevedere tutte le situazioni concrete che si possono verificare, né esprimere adeguatamente l'esigenza morale di giustizia che sostiene tutta l'esperienza giuridica³.

Prendiamo allora le distanze da una qualificazione dell'indagine in termini sommari di bene/meglio o attuale/efficace, avendo accreditato l'opinione secondo cui «il diritto positivo suppone dei convincimenti morali nelle persone ed è finalizzato a rendere possibile la compresenza e l'interazione di soggetti e mondi vitali diversi per convinzioni e progetti di vita»⁴, e ciò in ogni ordinamento che meriti di essere contraddistinto in conformità alla sua *metanorma*⁵.

1.1 *De disciplina servanda*

Se la scienza potesse staccarsi da questa vita, se si staccasse da essa come talvolta è accaduto, resterebbe senza basi e non sarebbe più se stessa, perché si ridurrebbe o a una pura e penosa descrittiva di fatti giuridici (che del resto non avrebbe criterio per distinguere dagli altri fatti del reale sociale) oppure ad una pura e vuota attività di costruzione di elementi logici che risultano dalle norme (si ridurrebbe veramente ad una logica astratta e formale alla quale sfuggirebbe la norma stessa nella profonda e caratteristica connessione con l'esperienza). Nell'uno e nell'altro caso la scienza del diritto non sarebbe più conoscenza del diritto, ma costruzione di alcuni sistemi vuoti — di fatti e di norme — che non avrebbero alcuna rassomiglianza con la vita né potrebbero inserirsi nel lavoro della vita⁶.

Il *monito metodologico* è adeguato ad un confronto di sistemi nei quali è legittimo individuare una certa discrasia: se nell'ambito statale

³ G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, 17. Il corsivo è nostro.

⁴ S. VIOTTI, «Il problema morale», 322-323.

⁵ «Parlare dell'ordinamento è parlare della sua norma fondamentale [...]. Le norme di un ordinamento sono valide quando fanno parte di quell'ordinamento; le metanorme contengono i criteri di validità o appartenenza all'ordinamento in questione. Si noti che la logica ci dice che le metanorme non possono essere *indotte* solo dalle norme che esse rendono valide. Il procedimento di induzione porterebbe infatti a un numero infinito di possibili metanorme, parzialmente diverse e tutte in grado di identificare le norme date. Le metanorme devono poter essere individuate autonomamente: gli ordinamenti come tali possono quindi essere individuati solo partendo *dall'alto*; le metanorme e le norme fondamentali, quando ci sono, non possono essere solo implicite»: M. JORI, «Ordinamento giuridico», 839-840.

⁶ G. CAPOGRASSI, *Il problema*, 128. In altre parole, M.F. POMPEDDA, «Disc.», 6: «si torni e si approfondisca la scienza giuridica, sui particolari problemi che non soltanto l'esegesi dei canoni ma soprattutto la realtà della vita presenta».

si recepisce un organico autosufficiente di norme che si strutturano e dispongono in stadi più o meno lontani dalle comuni proposizioni teoretiche, dalle regole ermeneutiche o dalle declamazioni relative ai principi⁷; nel mondo canonico «è l'intero dinamismo della ragione, fatto di dimensione speculativa e pratica, ad entrare in gioco, coniugato alla volontà, nella formulazione della legge e per ciò stesso nella costruzione della scienza (teologica) della legge»⁸.

Il merito della ricerca si ancora alla centralità della persona, espressione dei *massimi sistemi* sia della società statale (per norma ordinaria) che di quella ecclesiale (per scelta): entrambi gli ordinamenti nascono universali, per soddisfare le esigenze vitali delle medesime persone e devono essere aperti e *adattabili* alle condizioni culturali⁹.

Il concetto giuridico è sempre espressione più o meno adeguata del proprio tempo, oltre che frutto di uno sviluppo e spesso di un vero e proprio travaglio culturale e interpretativo, il quale è pur sempre il segno di uno sforzo costante e attento che mira a rendere la codificazione — che di tutto ciò è il risultato ultimo — il più possibile aderente e consona alla situazione concreta nella quale è chiamata ad assolvere il suo servizio: disciplinare e moderare quella concreta e determinata società civile¹⁰.

Proprio il lb. VII. *De Processibus* è depositario delle norme istituite dalla Chiesa al fine di amministrare la giustizia «sia nel campo giudiziario (processi in senso stretto), che in quello extragiudiziario (processi o piuttosto procedimenti amministrativi, nei quali il *processo* assume un senso più ampio)»¹¹. È poi la prassi a mettere alla prova i caratteri profondi del sistema che contiene «norme di stretta o comune giustizia che nella Chiesa s'impongono per la sopravvivenza della comunione stessa, che altrimenti si ridurrebbe ad una aspirazione senza riscontro nella realtà»¹².

Nell'ambito di diritto comparato vale l'opinione per cui le cause delle differenze sostanziali attengono a rapporti che si creano fra potere

⁷ Cf. R. SACCO, «I grandi sistemi», 1267.

⁸ E. CORECCO, «Considerazioni», 1214. Cf. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 115-116.

⁹ Cf. G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, 19-20. Cf. il prologo degli Accordi di Villa Madama: SANTA SEDE - REPUBBLICA ITALIANA, *Inter Sanctam Sedem*, 521-522.

¹⁰ P. LARocca, *La forma*, 18. Le citazioni sono fatte col permesso dell'autore.

¹¹ L. CHIAPPETTA, *Il CIC*, II, 531.

¹² V. ANDRIANO, «Introduzione», 800. Ovvio che questa esigenza risulti particolarmente avvertita nel contesto processuale che «passa nella opinione comune per il regno della forma»: F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto*, II, 160.

politico e giudiziario, ovvero tra potere politico e attività legislativa e tra organi giudiziari e scuola (visto e considerato che, nel sistema romano-canonico europeo, «il modello giuridico di più alto prestigio è quello insegnato nelle università, e l'insegnamento dà un grande peso alla definizione e alle regole generali»¹³). In tale eredità culturale, la forma del diritto processuale diviene strumento per proteggere i diritti del singolo di fronte ad eventuali abusi¹⁴; perciò l'impegno del legislatore è quello non solo di fornire un diritto sostanziale giusto ed equo, quanto dotarlo di un complesso di forme precise, «modalità attraverso le quali un atto umano deve necessariamente esteriorizzarsi al fine di acquistare giuridica rilevanza»¹⁵.

Nell'economia processuale il diritto alla difesa esige attenzione prioritaria nei confronti di altri valori, tanto è vero che «il diritto oggettivo è conosciuto e vive, affinché il diritto soggettivo, o comunque l'interesse di una parte sia riconosciuto, tutelato ed attuato»¹⁶. La ragione sostanziale discende dal fatto che, già nel 7° dei *Principia quae*, erano previsti l'accertamento e la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive *unicuique christifidelium*¹⁷, legittimazione processuale sancita poi nel can. 1476.

Intimamente connesso è il motivo formale che si ricollega alla genesi del can. 221 quale criterio costituzionale: la difesa è un bene da garantire in ogni circostanza. Secondo le parole di Giovanni Paolo II: «il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate [...] come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale»¹⁸. Siamo in presenza di un principio assiologico *modale*, cui l'intera struttura normativa è tenuta ad adeguarsi, restituendo al loro valore e significato primigenio gli istituti in cui è organizzata. Piattaforma corrispondente alla dottrina statale:

¹³ R. SACCO, «I grandi sistemi», 1267. Cf. anche M. DAMAŠKA, *I volti*, 69-83; nonché H. BERMAN, *Law and Revolution*, 120-185.

¹⁴ «Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit»: R. VON JHERING, *Geist der römischen Rechts*, II/2, 3B1 § 45, 475.

¹⁵ M. GIORGIANNI, «Forma degli atti», 989. «Tutto il diritto processuale è un diritto formale»: S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 177.

¹⁶ A. BETTETINI, «Il diritto d'azione», 153.

¹⁷ Cf. SINODO DEI VESCOVI, Rel. *Principia quae*, EV 2/1708.

¹⁸ GIOVANNI PAOLO II, All. ad RR *Praelatos*, 18 gen. 1990, 876.

Qualsiasi processo (o modello e tipo di processo) è (o può essere) *giusto*, solo se ed in quanto la legge vi abbia previsto o comunque regolato un'adeguata attuazione di tutte quelle *condizioni minime coesenziali*, che (in base all'art. 111, 2° co.) si intendono all'uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti¹⁹.

Tra le suddette garanzie minime oggettive, viene annoverato il principio del contraddittorio.

1.2 *La facoltà di dire e contraddire*

I valori di ordine ideologico e tecnico — affermatasi in ambito internazionale alla metà del XX secolo — costituiscono la matrice etico-culturale del giusto processo e si compendiano nel tipo di procedimento *semplice, chiaro, rapido*²⁰. Sul piano tecnico, presenza l'esigenza di legalità e correttezza delle forme del giudizio qualificata *lawful judgment*: si tratta di una struttura dibattimentale concentrata, in forma orale e pubblica, davanti ad un organo giudicante, sotto l'assunto etico dell'amministrazione della giustizia che impone il carattere *fair*²¹. Nelle tradizioni socio-culturali anglosassoni circa il *fair play*,

I predicati *assiologici* correlati alla *fairness* del procedimento fanno sì che la giustizia *procedurale* si imponga per sua forza naturale, come parametro di *legalità formale* del giudizio, cioè quale *correttezza* ed *equità* delle forme e delle garanzie processuali con cui è consentito dalla legge attuare la giustizia sostanziale davanti al giudice. Non conta, in definitiva, la qualità o la natura del risultato e degli effetti ottenibili al termine del giudizio, ma contano la qualità e la natura delle forme e delle modalità²².

Amministrare la giustizia significa qui risoluzione dei conflitti, esprimendo un legame alla verità soltanto processuale²³; è *modus*

¹⁹ L.P. COMOGLIO, «Le garanzie», 353. Rimane comunque affidato al legislatore ordinario il compito di definire l'architettura degli istituti processuali e di calibrarne la dinamica e la struttura: cf. C. COST., «Sent.», 25 ott. 2000, n. 440.

²⁰ Cf. L.P. COMOGLIO, «I modelli», 713-717.

²¹ Cf. L.P. COMOGLIO, «Le garanzie», 341-342.

²² L.P. COMOGLIO, «Le garanzie», 345.

²³ La soluzione giuridica «sfocia in una decisione che non riflette l'applicazione del diritto alle questioni in causa: il provvedimento è un compromesso che di rado indica punti di riferimento stabili sul come i casi futuri verranno decisi in mancanza di accordi privati [...] I giudici si limitano a presiedere alla discussione delle parti avverse, e intervengono nel processo solo quando è necessario per controllare e garantire un'equa soluzione delle questioni incidentali. Il verdetto segue la chiusura della disputa, e se questa è stata corretta e l'organo decisionale non ha compromesso la

agendi lontano dal contenuto della cultura canonica e continentale di *Civil Law*. Tuttavia poggiano sulla comunanza di assiomi importati dalla giustizia naturale, che si impongono quasi *sub specie aeternitatis* e che sembrano precorrere l'*iter* del restauro di un modello di giusto processo efficiente anche nel nostro sistema. In esso il diritto naturale e la sua giustizia sono più «un metodo che un sistema di norme [...] metodo di un modo di ragionare realistico che connette norme a situazioni e situazioni a dati strutturali»²⁴.

All'interno del metodo canonico, la causa ultima dei ricorsi è costituita dall'esigenza di verità che vuole permeare ciascun atto e ricerca nel corso di ogni procedimento ecclesiale: *iuxta* can. 221 § 2, il fedele esercita il proprio diritto ad un giusto processo, ad una pronuncia secondo giustizia nel rispetto (*rectius*, nella ricerca) della verità.

Pertanto nel *processo giusto*, regolato dalla legge (secondo la legalità processuale), si ritrovano la parità delle parti quale corrispondenza dinamica di diritti; il contraddittorio, garanzia di difesa e canone oggettivo-strutturale, metodologico, del giusto processo; la terzietà e l'imparzialità del giudice (la prima, disposizione strutturale ed ordinamentale, indipendenza ed *alteritas* soggettiva dell'organo giudicante; la seconda concerne in senso funzionale il *foro interno*, scevro da pregiudizi ed equidistante dalle posizioni delle parti)²⁵.

Se quindi è vero che «i fini ecclesiali non possono essere garantiti, attraverso semplici meccanismi formali quali sono in genere quelli delle società civili»²⁶; è altrettanto vero che Chiesa e Stato hanno in comune lo stesso uomo²⁷.

Nella prospettiva di macro-comparazione — sforzo di classificare al di là delle contingenze, i grandi sistemi giuridici per mezzo di un dettaglio *noetico*²⁸ — la verifica dell'effettiva dialettica del contradditto-

propria neutralità, il soccombente non ha ragioni di dubitare della legittimità della propria sconfitta»: M. DAMAŠKA, *I volti*, 145.146.

²⁴ S. COTTA, «Nuove prospettive», 193. Confronta le diverse concezioni A.F. ESPOSITO, «*Fair trial* anglosassone», 1-25. Sempre in tema, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Diritto canonico», 231.

²⁵ Cf. L.P. COMOGLIO, «Le garanzie», 340-341.

²⁶ V. DE PAOLIS, «La giustizia amministrativa», 35.

²⁷ Cf. GS 42, EV 1/1453: «Ipsa nihil ardentius desiderat quam ut omnium bono inserviens, se libere sub quovis regime evolvere possit, quod iura fundamentalia personae ac familiae et boni communis necessitates agnoscant».

²⁸ Cf. J.L. CONSTANTINESCO, *La méthode comparative*, 34-38, il quale definisce la ricerca finalizzata alla classificazione in sistemi giuridici, *macro-comparazione*; quella invece orientata all'analisi di particelle giuridiche primarie, costituenti gli ordinamenti giuridici, *micro-comparazione*.

rio (instaurato con un atto certo nel quale sia indicato il *thema disputandum* e comunicato con certezza a ciascuna delle parti), dà modo di abilitare l'impianto giuridico se adeguatamente rispettoso del diritto alla difesa nei termini di un processo giusto. «La giustezza o meno di un tipo di processo *deve essere valutata in rapporto alla sua maggiore o minore conformità riferita ai principi caratterizzanti il, e fondamentali del, tipo di ordinamento nel quale il processo si inquadra od al quale inerisce*»²⁹.

1.3 I presupposti strutturali

Protagoniste le parti, il processo si snoda attraverso un regime formale che tende a convergere nei passaggi cruciali: l'azione di parte è inderogabile e si esplicita nella interpellanza, cui segue la citazione e l'intimazione degli atti giudiziari. Se la domanda «è l'atto mediante il quale l'attore, affermando l'esistenza di una volontà concreta della legge che gli garantisce un bene, chiede che tale volontà legale sia attuata di fronte al convenuto, invocando a questo fine l'intervento dell'organo giurisdizionale»³⁰, l'impulso al processo deve ottenere forma scritta: «solo un elemento documentale, infatti, può produrre l'effetto, essenziale ai fini processuali, consistente nell'avvio del giudizio»³¹. Si prospetta dunque la questione della conoscibilità della domanda: la parte convenuta deve poter organizzare la propria strategia difensiva. Nondimeno, finanche nel processo penale italiano sono previste, in caso di emergenza, deroghe di cognizione da parte della persona sottoposta alle indagini (nonché di intervento del suo difensore)³², qualora

²⁹ M. CECCHETTI, «Giusto processo», 608; il testo in corsivo nella citazione è di S. FOIS, «Il modello costituzionale», 571.

³⁰ G. CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, 627. Definizione accolta dalla dottrina canonica contemporanea: cf. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 292. E anche F. ROBERTI, *De Processibus*, I, 422: «Petitio iudicialis in contentiosis est actus quo quis iudicis ministerium invocat, ad obtinendam executionem alicuius iuris in aliquo casu concreto. In processu criminali petitio dirigitur ad infligendam vel declarandam poenam».

³¹ P. LAROCCA, «La forma», 38. Cf. can. 1472 § 1: «Acta iudicialia, tum quae meritum quaestionis respiciunt, seu acta causae, tum quae ad formam procedendi pertinent, seu acta processus, scripto redacta esse debent».

³² «Il diritto del difensore di assistere allo svolgimento dell'interrogatorio non sembra, infatti, in grado di assicurare gli stessi esiti del procedimento di formazione della prova che si attua nel corso dell'istruzione dibattimentale, potendo garantire, nella migliore delle ipotesi, una sorta di contraddittorio imperfetto»: A. BUZZELLI, «Il contributo», 102-103.

paia fondato un pregiudizio per l'assicurazione delle fonti di prova (cf. art. 335, co. 3^{bis}; 364-366 cpp).

D'altro canto, pur essendo nel processo contenzioso canonico ribadita la necessità dell'informazione, non pare si versi in un vero e proprio diritto: se il can. 1508 § 2 prevede un'allegazione abituale del libello alla citazione, disciplina parimenti la possibilità *propter graves causas* di posticiparne la lettura alla deposizione in giudizio³³. Tempo addietro la Segnatura Apostolica aveva valutato il dubbio: «An ius habeat pars conventa, per procuratorem legitime in iudicio iam constitutum, cognoscendi libellus partis actricis ante litis contestationem»; risolvendo in Congresso: «Negative, id est, pars conventa non habet ius cognoscendi libellum partis actricis nec quando accipit citationem, nec in ipsa sede litis contestationis»³⁴. È vero che la pronuncia precede la promulgazione del Codice vigente, ma i principi non sono cambiati³⁵: se fosse autorevole lo *ius cognoscendi* in capo alla parte convenuta, non sarebbe plausibile per il CIC ammetterne una limitazione di tale portata. Logicamente la fattispecie è altra da quella disciplinata al can. 1598, dove non si tratta di un *congelamento* del diritto alla difesa per un certo lasso di tempo, quanto di una vera estromissione di elementi probatori dalla disponibilità conoscitiva delle parti.

Ma cosa accade per il promotore di giustizia e il difensore del vincolo *in casu*? Riguardo al primo, la forma dei suoi interventi non solo ne presume l'esame, quanto piuttosto lo obbliga alla visione, e anche alla redazione, del documento (cf. can. 1431; 1675; 1717; 1721). Per il secondo, il CIC neppure si esprime nei termini del can. 1508: nell'eventualità di una causa di bene pubblico — nella quale è tenuto a fare la sua comparsa a norma dei can. 1432-1433 — la prassi fa conse-

³³ Nei lavori del *Coetus Studiorum de Processibus*, rinveniamo in proposito che «libellus litis introductorius adiungatur citationi, quod valet pro processu contentioso ordinario; utrum hoc valeat suo loco; ita quinque Consultores. Duo Consultores non totum libellum citationi adiungere vellent sed notificare tantum causam principalem citationis; unus Consultor autem rem remittere vellet prudentiae iudicis»: *Comm* 11 (1979) 90. Per il can. 1508 § 2, vedi anche M.F. POMPEDDA, *L'assenza*, 17: «In verità si tratta di norma non perentoria né obbligatoriamente imposta, ma lasciata invece alla discrezionalità del giudice».

³⁴ SEG NATURA APOSTOLICA, «Decr. c. *Staffa*», 6 apr. 1971, 122.

³⁵ «Non si può inoltre ipotizzare nella interpretazione del vigente Codice, una frattura col passato, quasi che nel 1983 vi sia stato un salto in una realtà totalmente nuova. Il Legislatore infatti positivamente riconosce e senza ambiguità afferma la continuità della tradizione canonica»: GIOVANNI PAOLO II, All. ad *RR Praelatos*, 29 gen. 1993, 1258.

guire la facoltà di accedere al libello, notificato anche a lui. Tuttavia, se la normativa processuale canonica del 1983 ha rimosso *quasi* tutti i privilegi accordati nel CIC'17 alle parti pubbliche (cf. can. 1603 § 3), non sarebbe corretto configurare qui una difformità di trattamento qualora, *iuxta* can. 1508 § 2, il giudice valutasse opportuno non manifestare il contenuto del libello alla parte convenuta. È *par condicio* anche questa.

Dunque, la lettura delle norme e la loro comprensione deve avvenire su un piano di effettivo coordinamento ai principi fondamentali e alla *ratio* sottesa, affinché il regolamento di interessi compia il suo *esodo* dall'oggettività legale alla soggettività applicativa.

2. Il reticolato assiologico di base

Il giudice è legittimato, per chiara disposizione legislativa (can. 1446; 1063; 1155; 1676; 1695)³⁶, ad avviare il processo *extrema ratio* (cf. can. 1341)³⁷, fallite cioè la composizione pacifica della lite ovvero la rinuncia all'esercizio del proprio diritto da parte di chi ha subito l'ingiustizia, deve poter accertare l'esistenza di un contraddittorio che non si può intendere mera opposizione di interessi (succede infatti che le utilità da soddisfare possano essere finanche le medesime)³⁸; bensì, giustapposta convinzione circa i fatti di un evento che abbia coinvolto la vita dei soggetti in giudizio, i quali unici possono collaborare efficacemente all'accertamento della verità. Tale scelta intenzionale è indicativa di un *modus agendi* che nell'ordinamento ecclesiale non è mai neutrale: ha da conformarsi a quel principio supremo sostanziale che designa la natura trascendente della Compagine terrestre, la *salus animarum*: «Omnis institutio ecclesiasticarum legum ad salutem referenda

³⁶ Cf. S. SINISI, *La ricostruzione*, 74-79.

³⁷ «Ordinarius proceduram iudicalem vel administrativam ad poenas irrogandas vel declarandas tunc tantum promovendam curet, cum perspexerit neque fraterna correctione neque correptione neque aliis pastoralis sollicitudinis viis satis posse scandalum reparari, iustitiam restitui, reum emendari». Vedi anche J. LLOBELL, «Note», 277: «il giudice è legittimato ad avviare il processo solo quando, falliti i tentativi di pacifica composizione della lite o di rinuncia al diritto da parte di chi ha subito l'ingiustizia, abbia accertato in sede preliminare l'esistenza di un vero contraddittorio».

³⁸ «Il contraddittorio di più soggetti avanti al giudice acquisisce un valore assai prossimo a quello di un *confronto* dialettico tra posizioni *eventualmente* contrastanti»: L.P. COMOGGIO, «Contraddittorio (principio)», 3.

est animarum»³⁹. Altrimenti sembrerebbe consentire mezzi tali da connotarlo

come un analogo ritualizzato del conflitto e quindi della guerra, dato che anche il processo termina con un vincitore e un vinto. Nonostante le apparenze rituali, l'analogia però è fallace. Nel processo vi è sì contrasto di interessi e di pretese, ma quelli e queste sono presentati in termini di diritto e non di forza. E soprattutto la parte *vincitrice* è tale perché la sua pretesa è risultata obiettivamente (per quanto è possibile nei giudizi umani) conforme alla legge comune. Perciò nel giudizio processuale il *vincitore* è la legge e con essa il senso del diritto: la coesistenza interpersonale nel comune rispetto, paritario e reciproco, della legge⁴⁰.

L'affinità di principi processuali canonici e statuali⁴¹ ha come fulcro indiscusso la persona umana e la sua tutela: sono massime insopprimibili nelle modalità del processo e rispecchiano postulati

individuati nella pubblicità degli atti, nell'imparzialità dell'ufficio giudicante, nella possibilità di partecipare e difendersi su di un piano di parità col contraddittore, nella ragionevole speditezza degli accertamenti, nella necessità di contestare e formulare chiaramente l'accusa, nella facoltà riconosciuta a tutti di allegare prove e di farsi assistere da un esperto, nel doveroso impegno di motivare il deciso e di instaurare un *dialogo* sincero tra le parti in *processo*, per non alterare i termini reali del *discorso*⁴².

Nella dottrina italiana, l'indagine sui *principi supremi* (assiologici rispetto agli istituti che ne derivano)⁴³ consiste «nella definizione della loro natura giuridica», per la qual cosa «la formulazione della categoria giuridica *principi costituzionali supremi* non possa prescindere (salvo specificazioni) da un'impostazione del diritto come struttura unitaria e

³⁹ IVO DI CHARTRES, *Ep.* 40, 74. In altri termini: «il diritto di difesa [...] non deve essere esercitato con identiche modalità in ogni caso, ma può essere regolato in modo diverso, per essere adattato alle esigenze delle speciali caratteristiche dei singoli processi, con l'ovvio limite che non rimanga vanificato, o reso estremamente difficoltoso, l'esercizio del diritto stesso» (CASS., sez. I civ., «Sent.», 3 ott. 1974, n. 2572, 1191).

⁴⁰ S. COTTA, *Dalla guerra alla pace*, 148-149.

⁴¹ Alcuni parlano di «contenuto della sostanziale necessaria coincidenza»: cf. J. LLOBELL, «Note», 286.

⁴² S. BERLINGÒ, «Il diritto al *processo*», 354. Vedi anche E. FAZZALARI, «Valori permanenti», 5-6.

⁴³ Cf. C. COST., sentt. 30/71; 18/82; CASS., 913/73, nella quale si affermò per la prima volta il principio per il quale, nel procedimento di delibazione *ex art.* 17, l. 847/29 (la c.d. l. matrimoniale), non potesse essere omessa ogni forma di contraddittorio delle parti interessate e di difesa delle medesime.

formale»: devono quindi riguardare l'esistenza stessa dell'ordinamento, la sua integrità e funzione primaria⁴⁴. Del resto la norma in cui «si concreta il diritto, è regola di comportamento, non proposizione di astratti principi, che ci si possa limitare a conoscere; guarda all'azione; anzi con riferimento all'azione ha senso parlare della sua prospettiva ultima, la giustizia»⁴⁵.

2.1 *Nemo iudex sine actore*

Dalla normativa canonica discende il rispetto scrupoloso dei diritti processuali di ambedue le parti, la cui amministrazione compete all'operatore del diritto come protezione di diritti inviolabili⁴⁶: «lo *ius defensionis* del convenuto va circoscritto e inteso in relazione allo *ius defensionis* dell'attore»⁴⁷; arduo problema qualora si versi in situazione di assenza della parte convenuta (can. 1592). La disciplina processuale ribadisce la necessità di rendere attuale il diritto alla difesa: l'opzione procede dalla volontà dell'interessato⁴⁸. Nondimeno, il Pontefice accredita un'obbligazione grave in capo al giudice istruttore «di fare seri tentativi per ottenere la deposizione giudiziale di tale parte [convenuta] e anche dei testimoni che potrebbe addurre [...] di cercare con pazienza la sua piena cooperazione nel processo»⁴⁹. Se la parte convenuta

⁴⁴ Cf. R. PASCALI, «Diritto ecclesiastico», 273.275.286. «Il problema dei principi supremi non può che essere chiarito, anzi non può che coincidere, con una *teoria del minimo inderogabile*»: *Ibid.*, 292-293.

⁴⁵ G. LO CASTRO, «Conoscenza», 21. Non siamo invece d'accordo con chi afferma che è necessario le norme vadano «interpretate siccome ispirate da una *ratio* che implica collegamento con la cultura del contemporaneo e quindi anche accostamento alla sua dinamica evolutiva. Nei casi dubbi, in particolare, dovrà il canonista [...] non trascurare, ove il caso lo richieda e, logicamente, *iuxta modum*, di consultare la dottrina processualistica formatasi in ambito statuale, che della cennata cultura è massima espressione»: S. GHERRO, «Il diritto alla difesa», 6. Non si tratta di un mero lavoro di consultazione delle fonti o di soluzioni già elaborate, ma crediamo sia da operare una valutazione, assiologica appunto, conforme ai principi supremi che nel diritto ecclesiale non risultano colorarsi di diacronicità, «tentazione antica di trasferire pari pari, senza un adeguato ripensamento, categorie, concetti, istituti, norme, strumenti giuridici elaborati dalla sofisticata dottrina giuridica secolare in relazione alle peculiari necessità di un ordinamento affatto diverso da quello canonico com'è quello statale»: G. DALLA TORRE, «Diritti dell'uomo», 127.

⁴⁶ «Prudente ma amplissimo arbitrio del giudice»: P. FEDELE, *Lo spirito*, 215.

⁴⁷ S. GHERRO, «Il diritto alla difesa», 12.

⁴⁸ Cf. S. VILLEGGIANTE, «Lo *ius defensionis*», 193.

⁴⁹ GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 923. Cf. F. DANEELS, «De Iure Defensionis», 253-255.

dimostra di non essere potuta intervenire per legittimo impedimento, potrà esperire querela di nullità (can. 1593 § 2; 1622, 6°) nel termine perentorio di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza⁵⁰.

La vertenza non è senza rilievo: nel processo penale italiano sono all'ordine del giorno i dilemmi sistematici suscitati dalla novella al regime delle contestazioni (l. 356/1992, nonché C. Cost., sent. 361/98), circa il *riciclaggio* di componenti probatorie alla documentazione nel fascicolo (art. 500; 503; 370, co. 1 cpp). Con la formula di «non dispersione» degli elementi qualificati da irripetibilità sopravvenuta (art. 512 cpp), ci troviamo in una sorta di logica *efficientistica* che tende a custodire, tesaurizzare e reintrodurre nel giro qualsiasi elemento possa vagamente attenersi alla ricerca difficile di una verità che finisce per denotarsi solo *processuale*. Analoghe considerazioni valgono per chi saluta come innovativo l'art. 512_{bis}, a norma del quale si dà «lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero [...] se essa, essendo stata citata, non è comparsa»: ma la citazione del teste, benché all'estero, non è mai «un'inutile *lungaggine* dalla quale si può tranquillamente prescindere, rappresentando, al contrario, un'attività indispensabile per l'instaurazione del contraddittorio nella formazione della prova»⁵¹.

Sono sintomatiche della ragione *efficientistica* rispetto al contraddittorio le vicissitudini dell'art. 513 cpp (lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare) con particolare riguardo alle persone imputate in procedimento connesso (art. 210 cpp):

l'ultima versione legislativa dell'art. 513 cpp garantisce solo tendenzialmente che i contributi conoscitivi vengano acquisiti nel rispetto del contraddittorio. [...] la lettura è ammessa subordinatamente al consenso delle parti, facendo così salva l'esigenza di rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio stesso. Al contrario, la lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato può avvenire nei suoi confronti anche senza il suo consenso e in presenza di conegni processuali legittimi, quali il rifiuto dell'esame, la contumacia o l'assenza, mentre non si può ritenere che il contraddittorio sia

⁵⁰ Cf. F. DANEELS, «De Iure Defensionis», 255 e J.J. GARCÍA FALDE, *Nuevo derecho*, 81.

⁵¹ O. MAZZA, «Giudizio», 377. C. COST., sentt. 24/1992; 254/1992; 255/1992; 60/1995; 381/1995 calcano le tappe fondamentali della giurisprudenza circa il principio di non dispersione della prova.

sufficientemente garantito *a monte* dalla presenza del difensore all'atto in cui vengono rese le dichiarazioni poi lette⁵².

Dal Giudice delle leggi si coglie un concetto di contraddittorio mortificato rispetto all'accezione significativa datane dal Sommo Pontefice: esso sembra modestamente inteso sotto profilo *sogettivo* — strumento di semplice difesa e garanzia individuale dell'imputato, dispositivo in conflitto innegabile con la ricerca della verità — piuttosto che *metodo* oggettivamente praticabile di ricostruzione dei fatti corretta. In tal caso, sarebbe plausibile la soddisfazione della garanzia attraverso un blando contraddittorio *formale*, esercitato *sulla* prova (formatasi malgrado ciò in altra sede) e non *per* la prova⁵³.

Al di là delle fattispecie accennate, qualora il giudizio non si svolga in contraddittorio integrale *ad normam iuris*, viene a mancare un requisito essenziale di quel «complesso di condizioni, che fanno giudizio un giudizio», atteso che «non sono state inventate da legislazioni o da legislatori [...ma] sono le invenzioni, se si vuole, profonde ed insuperabili della vita, nel senso che un giudizio in tanto può essere tale, in quanto si realizzi così, con queste condizioni»⁵⁴.

2.2 *Ne eat iudex ultra petita et alligata partium*

Il processo è per antonomasia «un complesso di atti rivolti alla formazione o all'attuazione di comandi giuridici, il cui carattere consiste nella collaborazione a tal fine delle persone interessate (parti) con una o più persone disinteressate (giudici; ufficio giudiziario)»⁵⁵. Tale ricerca della verità secondo un rituale comporta il giusto formalismo giuridico, l'osservanza delle cui regole costituisce un dovere del giudice. D'altra parte, egli ha da tener presente che le regole non sono fine a se stesse, ma mezzi al fine «per procurare e assicurare una certezza morale oggettivamente fondata circa la realtà del fatto»⁵⁶. Ciò avviene nella collaborazione simmetrica di attività private e pubbliche, al fine di pervenire *ex actis et probatis* alla certezza morale.

Nei processi statali, sebbene sia disciplinato il *modus* della deliberazione (scadenze preliminari, immediatezza della consultazione,

⁵² O. MAZZA, «Giudizio», 379.

⁵³ Vedi in merito le suggestive considerazioni di S. FOIS, «Il modello costituzionale», 586-589.

⁵⁴ G. CAPOGRASSI, «Il *quid ius*», 23.

⁵⁵ F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, 3.

⁵⁶ PIO XII, All. *ad RR Praelatos*, 1 ott. 1942, 341.

contenuto obbligatorio, redazione, pubblicazione, requisiti: art. 275-277 cpc; 525-548 cpp), non lo è la *dimensione soggettiva* da promuovere negli operatori del diritto per spingersi ad una omogeneità etica nel giudizio, detta *certezza morale*⁵⁷.

Poiché nulla è più stolto che rammaricarci dell'impossibile, noi dobbiamo essere estremamente prudenti durante il processo di formazione della nostra certezza, ma una volta formata, dobbiamo accogliere questa certezza così come ci viene dall'anima, con umiltà ma con serenità, e assumere quel po' di rischio ad essa inerente e inevitabile per quel molto di utile anzi di indispensabile che essa ci offre. Nel campo della giustizia il rischio è dato dalla possibilità mai eliminabile di errori giudiziari, l'attivo è rappresentato dall'ordine, dalla sicurezza, forse dalla sussistenza della vita sociale⁵⁸.

La salvaguardia del fatto per cui il giudice procede *iuxta alligata et probata*, non *ultra petita*, è garanzia del contraddittorio e dell'imparziale terzietà del giudice (cf. can. 1448-1451; 1456)⁵⁹: l'osservanza delle indicazioni «renderà i singoli atti *iuxta legem*, confacenti cioè allo spirito e alla norma della legislazione ecclesiastica che, fin dal principio, ha inteso darsi una impostazione legale (can. 221)»⁶⁰. Nel CIC c'è stato infatti il trapasso dal concetto di potestà giuridica «soggettiva e paternalistica» alla nozione di funzione «oggettiva e garantistica» che sottolinea l'aspetto teleologico e deontologico, «istituzioni, attività e

⁵⁷ Cf. G. CAPOGRASSI, «Giudizio», 10-11: «È naturale che nascano i problemi che nascono: che cosa distingue il giudicare che si esplica nel processo, dal giudicare che costituisce il modo e la trama di tutta la vita del pensiero? E d'altra parte qual è lo scopo del processo? Ha il processo uno scopo? O è senza scopo? Non è un mistero? Questi problemi nascono dalla separazione che si è fatta in queste due parti di quell'unica realtà che è il processo. Quando si sarà ricostruita questa unica realtà nella vera integrale sostanza che è la sua natura profonda, questi problemi si risolveranno, come sempre si risolvono i problemi, con lo sparire ed essere assorbiti nella ritrovata integrale e totale realtà della vita».

⁵⁸ P. SARACENO, *La decisione*, 14.

⁵⁹ Cf. S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 172 e PAOLO VI, All. ad RR *Praelatos*, 29 gen. 1970, 112-113: «si richiede nel Giudice una integra dirittura morale, che invano si cercherebbe di instaurare se egli per primo ne fosse privo [...] È necessaria l'imparzialità [...] che suppone profonda e irremovibile onestà; è necessario il disinteresse, per il pericolo che attorno ai Tribunali premiano interessi estranei al giudizio, venalità, politica, favoritismo, ecc.; è necessaria la sollecitudine, che si prende a cuore la causa della giustizia, nella consapevolezza che essa è alto servizio a Colui che è giusto e misericordioso, *misericors et miserator et iustus, iustus iudex, fidelis et iustus*».

⁶⁰ P. LARocca, *La forma*, 180. Cf. anche GIOVANNI PAOLO II, All. ad RR *Praelatos*, 27 gen. 1997, nonché U. NAVARRETE, «Commentarium».

posizioni giuridiche preposte e coordinate ad attuare i fini prestabiliti dall'ordinamento»⁶¹. Sono gli ambiti in cui si compongono l'ordine giudiziale ed amministrativo della giustizia: le disposizioni di legge obbligano a individuare

criteri pratici e principi direttivi più rigorosi ed incisivi, traendoli da varie fonti: sia dall'ordinamento giuridico, sia dalle scienze tecniche, sia dalla diffusa coscienza sociale, sia dagli assiomi di retta argomentazione logica [...] Il problema assiologico, relativo all'ordine dei valori che presiede alla giustizia nei rapporti pubblici, trascende il principio di legalità e deve essere meglio impostato alla luce di altri principi essenziali contenuti nella Costituzione o in altri superiori parametri normativi⁶².

2.3 *Nemo iudex in causa sua*

Le garanzie del modello-base di processo sono da concepire in *termini dinamici*, non mere descrizioni di una realtà da risistemare *a posteriori*. Esse impongono «alcune condizioni minime di legalità e correttezza, la cui efficacia è potenzialmente operante in qualsiasi fase (o momento nevralgico) del processo»⁶³. A tale condizione sostanziale fa capo la presenza di un giudice indipendente ed imparziale da cui la giurisprudenza ha estrapolato un doppio parametro: soggettivamente, la giurisdizione viene demandata in base alla forma dell'atto decisorio, ovvero della spettanza della funzione a un organo giurisdizionale deputato; oggettivamente invece coincide con l'attribuzione di funzioni giudicanti, accertata la capacità di *ius dicere*⁶⁴. Ciò implica la necessità dell'inquadramento del magistrato con criterio oggettivo all'interno di un organo predeterminato, fissandone in anticipo la competenza in base a criteri generali ed astratti, attraverso una sorta di designazione automatica o di precostituzione tabellare e di appositi meccanismi per l'astensione e la ricusazione (cf. art. 51-54 cpc; 34-44 cpp).

Per il sistema canonico, i can. 1447-1448 vogliono cautelare il dovere del giudice nell'amministrazione del suo delicato ufficio di primo servitore della verità: il primo canone stabilisce una incapacità assoluta di esercizio della mansione, rendendo nullo l'atto consequenziale (l'eventuale sentenza: can. 1620, 1°) nel caso in cui i soggetti ivi menzionati siano già intervenuti in altra istanza «di causa fatta fra le

⁶¹ Cf. I. ZUANAZZI, «Il principio di legalità», 148.

⁶² I. ZUANAZZI, «Il principio di legalità», 153.

⁶³ L.P. COMOGLIO, «Giurisdizione», 1069.

⁶⁴ Cf. I. ANDOLINA - G. VIGNERA, *Il modello*, 19-23.

medesime persone o parti, che abbia per oggetto un'identica richiesta (*petitum*) e come fondamento (qualificazione giuridica) lo stesso motivo (*causa petendi*)»⁶⁵. La seconda disposizione configura un vero obbligo di astensione per i soggetti indicati (giudice, promotore di giustizia, difensore del vincolo, assessore e uditore) nei casi in cui potrebbe risultare a loro carico un particolare interesse dovuto a relazione peculiare con le parti in causa. I can. 1449-1451 disciplinano poi la facoltà di recusare chi non si astenga spontaneamente⁶⁶.

Il regolamento potrebbe apparire dilettesco a paragone dei sofisticati meccanismi di astensione/recusazione e di attribuzione delle cause agli uffici giudiziari statali; ma sarebbe semplicistico se non si tenesse conto che il *modus* d'imparzialità ecclesiale «non può essere protetto con una rete eccessiva di remore legali che impaccerebbero mortalmente il corso della giustizia»⁶⁷.

Nello Stato l'organizzazione delle funzioni pubbliche viene disciplinata in un'ottica eminentemente formalistica, per cui il rispetto delle regole e delle garanzie poste dalla legge costituisce l'unico e imprescindibile criterio di legittimità nell'esercizio dell'autorità [...] Nella Chiesa al contrario, la legittimità dei provvedimenti della gerarchia discende [...] soprattutto dalla congruenza assiologica di quanto deciso con i valori fondamentali che presiedono, secondo il disegno provvidenziale di Dio, al bene della comunità e delle singole persone⁶⁸.

Emerge così la «forza e debolezza» del sistema canonico, condensate nella figura del giudice, «soprattutto [nelle] sue doti di saggezza giuridica e di equilibrio, che peraltro non possono riuscire a supplire né la carenza degli organici né l'inadeguatezza della preparazione giuridica tecnico-professionale»⁶⁹. Rimane a suo carico il dovere deontologico e giuridico di conservare quella «inalterabile imparzialità» che lo obbliga

⁶⁵ M.F. POMPEDDA, «De Disciplina», 856.

⁶⁶ Cf. K.T. GERINGER, *Das Recht*, 42: la *exceptio suspicionis* avviene mediante formale petizione della parte interessata, generando una causa incidentale esperita con giudizio sommario (can. 1449 § 2).

⁶⁷ P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale*, 487. Comunque, il diritto di conoscere l'identità dei singoli giudici (cf. can. 1425 § 3.5) è intimamente connesso al principio del *giudice naturale*: «Nemo in prima instantia conveniri potest, nisi coram iudice ecclesiastico qui competens sit ob unum ex titulis qui in can. 1408-1414 determinantur» (can. 1407 § 1). Manifestazione anch'esso del diritto al giusto processo.

⁶⁸ I. ZUANAZZI, «Il principio di legalità», 157. In merito, cf. anche G. CAPOGRASSI, «La certezza».

⁶⁹ P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale*, 495. Questione analoga nel diritto statale: cf. L.P. COMOGLIO, «Giurisdizione», 1099.

«ad astenersi dal giudicare le cause in cui può venirsi a trovare nelle condizioni di incapacità soggettiva, cioè nella mancanza di legittimazione sancita in vista di un oggettivo disinteresse, proprio per scongiurare il suo presunto interessamento»⁷⁰. In conclusione, l'attuazione delle garanzie nella persona dell'operatore del diritto concorre a realizzare il diritto a un giusto processo⁷¹.

2.4 *Audiat et altera pars*

Il diritto si deve adattare ai molteplici aspetti dell'esistenza, superando la *genericità* delle norme con criteri pratici e procedimenti logici che valutino la situazione reale e scelgano il modo migliore per realizzare la giustizia. Esempio emblematico è il BGB del 1900; rimase in vigore intonso per oltre 70 anni in entrambe le Germanie, grazie alla dovizia di norme con *clausole generali* (buona fede, *arbitrium boni viri*, buon padre di famiglia, ordine pubblico, regola di parità o di proporzionalità) che ne permisero lettura ed interpretazione adeguate ai tempi, qualificandosi «opportune, vitali, valvole di apertura di sempre più vasta applicazione per l'adeguamento alla vita sociale delle formule legislative»⁷². La funzione che compone gli interessi non può che ammettere il configurarsi di un consistente contraddittorio all'interno del procedimento⁷³, in ragione di quel diritto naturale su cui si fonda il diritto alla difesa e che non richiede che «le parti *di fatto* difendano la propria causa», ma «esige che alle stesse parti sia data la *possibilità* della difesa»: deve instaurarsi, elemento essenziale del giudizio, «la relazione giuridica processuale completa, che poi rende effettivo il contraddittorio e consente alle parti di intervenire»⁷⁴.

La correlazione processuale è rapporto pubblicistico «che, come ogni altro, trova la sua fonte ideale nelle norme, e la sua sorgente empirica in un fatto giuridico: cioè, [...] nel fatto od atto giuridico che è

⁷⁰ A. STANKIEWICZ, «I doveri», 318.

⁷¹ L.P. COMOGLIO, «Giurisdizione», 1070: «per effetto di quegli indispensabili aggettivi (*equo e giusto*), vanno intese come garanzie minime di mezzi e di risultato poiché assicurano non solo la sufficienza quantitativa minima dei mezzi processuali, ma anche un risultato modale (o qualitativo) costante».

⁷² A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, 47. Cf. P. BUONAIUTO, «Dall'esperienza alla Scienza», 197-198.

⁷³ In proposito, vedi E. PALICI DI SUNI PRAT, *I diritti al procedimento*.

⁷⁴ M.F. POMPEDDA, *L'assenza*, 9. In merito all'essere il diritto alla difesa un diritto naturale, cf. F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, VI. *De Processibus*, 344.

l'azione»⁷⁵. Quest'ultima, diritto soggettivo *processuale*, è resa operativa nei confronti del giudice, per ottenere da lui una sentenza di merito che ristabilisca l'equità delle relazioni; mentre in materia matrimoniale, «non si tratta di rivendicare un diritto nei confronti di un altro soggetto, quanto invece di ottenere una dichiarazione che uno stato personale è sorto o meno»⁷⁶. Si può allora configurare la deliberazione di un provvedimento *inaudita altera parte* che tragga giustificazione dalla natura della situazione sostanziale tutelabile e dalla efficacia e celerità pretese dal mezzo di tutela strumentale.

In ogni circostanza, comunque, il contraddittorio non è soppresso, ma viene differito al momento in cui il controinteressato, avuta conoscenza della domanda e del relativo provvedimento, sia posto in condizione di reagire [...] In tale ottica, dunque, proprio il procedimento ingiuntivo (o monitorio) assume un significato emblematico, rivelandosi pienamente compatibile con le garanzie costituzionali, in quanto assicura un contraddittorio normale, seppur *differito*⁷⁷.

Nella processualistica canonica, il giudice muta la posizione *passiva* in presenza *attiva* sia col richiedere prove testimoniali d'ufficio, qualora le parti si trovino in palese contraddizione tra loro o con i testi; sia con l'impulso dinamico al processo⁷⁸. Nodale è la fase dell'ammissione delle prove, stadio in cui si riverbera l'*audiatur et altera pars* e il cui discorso non può svilupparsi in termini esclusivamente generali,

ma deve accuratamente distinguere le prove che, secondo la loro struttura, sono destinate a formarsi per il processo, da quelle che hanno anche altre funzioni. Si tratta, cioè, di non porre sullo stesso piano le prove atipiche, tendenzialmente sostitutive ed equipollenti delle prove costituenti [...], le prove formate in un altro processo, infine le prove documentali nuove, che l'evoluzione della tecnica introduce continuamente nel processo⁷⁹.

Per accertare la verità, non basta collazionare prove, testimonianze e documenti, quanto garantire e sviluppare quel *confronto critico* che costituisce l'attività logico-argomentativa che vaglia gli assunti della

⁷⁵ A. LEVI, *Teoria generale*, 467.

⁷⁶ M.F. POMPEDDA, *L'assenza*, 24.

⁷⁷ L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio (principio)», 10. Il sequestro ci dà un esempio di contraddittorio *differito*, essendo istituito dal creditore, per ragioni di cautela evidenti, necessariamente dopo l'esecuzione.

⁷⁸ Cf. E. COLAGIOVANNI, «Aspetti dinamici», 122.

⁷⁹ G. TARZIA, «Problemi», 639-640; di fatto, la questione verte intorno alla tensione tra l'acquisizione della prova e un giudizio temporalmente lontano da essa.

decisione⁸⁰. In entrambi i sistemi si reclama la valutazione analitica dei singoli strumenti di prova o perlomeno, dei mezzi assunti a fondamento delle decisioni, dato che «il richiamo totale ed indiscriminato alle risultanze probatorie, come fondamento della decisione, rischia di vanificare completamente il controllo sull'osservanza della garanzia fondamentale del contraddittorio nel procedimento probatorio»⁸¹. Sorge qui la questione circa il convincimento del giudice, che non si può formare su ciò che non avrebbe dovuto conoscere: possono essere prove inammissibili, ammissibili ma invalidamente acquisite, in ogni caso *abusive* se assunte in carenza di contraddittorio⁸².

Il can. 1598 § 1 introduce *ad hoc* una norma/garanzia qualificante il sistema processuale: dando all'istruttore la facoltà di porre qualche atto *sub secreto*, *ad gravissima pericula evitanda*, la norma che sgombra il campo al contraddittorio *effettivo*, finirebbe di codificare la prerogativa di riserva di alcuni atti, *cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneant*. Si profila un doppio assetto del diritto alla difesa nella Chiesa:

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. 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 quell'ordine intrinseco e necessario, di carattere etico-naturale, che deve connotare i rapporti giuridici derivanti dall'instaurazione del giudizio⁸³.

⁸⁰ «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»: I. ZUANAZZI, «Lo ius ad probationes», 73.

⁸¹ G. TARZIA, «Problemi», 655.

⁸² «Il processo è cosa viva, aderente alla realtà, e il suo intento è di scoprire, attraverso un'equilibrata dialettica, la verità delle cose. Per questo la *aestimatio probationum* da parte del giudice è di grande importanza. Ciò richiede nel giudice un equilibrio psicologico, una rettitudine e imparzialità a tutta prova, ed una conoscenza del diritto e della giurisprudenza»: P. FELICI, «Formalitates iuridicae», 180.

⁸³ I. ZUANAZZI, «Lo ius ad probationes», 73-74. Nella dottrina italiana, G. TARZIA, «Problemi», 656-658.

2.5 *Nemo inauditus damnari potest*

Il principio del contraddittorio, connesso alla bilateralità dell'azione e del processo, risponde ad un criterio duplice: incrementa l'uguaglianza delle parti in giudizio (il che corrisponde al principio generale di *isonomia*, espresso nel brocardo *nemo inauditus damnari potest*); e tutela le posizioni difensive dei soggetti, garantendo un minimo di opportunità per opporsi alle domande introdotte contro di loro, «minimo insopprimibile di *possibilità* di difendersi, di controdedurre, di controprovare e quindi di *farsi udire* dal giudice, *prima* che questi emetta la pronuncia giurisdizionale definitiva»⁸⁴.

Il giudice non può deliberare se non è citata la giusta parte: è una forma sostanziale che fa sorgere un potere di ricerca d'ufficio nel magistrato sulla sussistenza della legittimazione, accertamento preliminare ad ogni altro. La titolarità dell'interesse determina la giusta parte in causa e quindi accerta la diligenza di costituzione del contraddittorio: non può essere stabilita *a priori*, è questione risolta caso per caso dal giudice⁸⁵. Egli è «*persona legitima, quae publicam potestatem habet cognoscendi de litigantium controversiis, et secundum praescripta legum, locorumque consuetudinem de iisdem pronuntiandi*»⁸⁶; tale potestà pubblica viene definita giurisdizione, qualità *costitutiva* dell'organo giudicante⁸⁷.

Poiché dunque la cognizione della causa suppone nel giudice l'autorità e nelle parti il diritto di difesa, emerge una questione attuale riguardante il genere di competenza riconosciuta ai tribunali ecclesiastici dal regime concordatario del 1984: siamo in presenza di riserva, concorso o riparto di giurisdizione? L'ambito precipuo ma non esclusivo, è quello della materia mista matrimoniale (cf. Cass., sent. 8870/90 circa le controversie per il sostentamento del clero), disciplinata nell'art. 34 del Concordato del 1929, rivisto nell'art. 8 degli Accordi di Villa Madama⁸⁸. Il nodo ermeneutico si colloca tra il momento genetico dell'atto (di cui è competente l'ordinamento ecclesiale) e il riconoscimento dei suoi effetti civili (dove prevale il governo statale).

⁸⁴ L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio (principio)», 6.

⁸⁵ Cf. S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 148.

⁸⁶ F.X. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum Universum*, I, 1, 32, 4.

⁸⁷ «Haec publica potestas est qualitas iudicis constitutiva, et iurisdictio appellari solet»: M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius*, I, 4.

⁸⁸ Per un *excursus* esauriente circa le relazioni giuridiche a proposito della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità in Italia, cf. G. ERLEBACH, *La nullità*, 185-189.

Il giudice dello Stato interviene mediante il procedimento di delibazione reso più penetrante dalle nuove disposizioni, ma non esprime la propria giurisdizione sull'atto del matrimonio, caratterizzato da una disciplina conformata nella sua sostanza all'elemento religioso, in ordine al quale opera la competenza del giudice ecclesiastico. Questa impostazione è coerente, a giudizio della Corte, con il principio supremo di *laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta Costituzionale della Repubblica*⁸⁹.

Viceversa, la Cassazione aveva un altro orientamento (cf. sent. 1824/93) che statuiva il *concorso* delle due giurisdizioni, basandosi sull'osservazione che nel nuovo testo normativo «non si rinviene una disposizione che sancisca il carattere esclusivo della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale, quale era contenuta nell'art. 34 del Concordato del 1929»⁹⁰. Le incognite non sono poche: il diritto civile non può valutare la validità del vincolo religioso in merito al quale la Repubblica riconosce apertamente la propria incompetenza (cf. C. Cost., sent. 18/82).

Senza addentrarci nei meandri di una questione per nulla risolta, prendiamo atto che, qualora concorso sussistesse, sarebbe ragionevole prospettare un regolamento di giurisdizione come illustrato dalla Cassazione nella sentenza menzionata. Proprio ciò desta perplessità, poiché il metodo del regolamento si fonda sulla potestà attribuita ad un organo superiore e diverso, di stabilire in maniera vincolante «qual è il giudice competente davanti al quale il processo continua». Viceversa gli art. 41 e 367 cpc cui si fa riferimento, sembrano non distinguere il regolamento dal conflitto, il quale dal canto suo,

non presuppone la pluralità dei giudici e consiste in ciò: arresto del processo davanti al giudice investito della causa, sua deviazione davanti ad un altro organo per stabilire se il giudice adito può giudicare o no [...] I due metodi sono profondamente diversi: il primo serve in buona sostanza a stabilire se il giudice può giudicare o no, il secondo ad accertare qual è il giudice che deve giudicare⁹¹.

Quindi, oltre ad essere legittima la soluzione della concorrenza di giurisdizione attraverso il principio della prevenzione (*electa una via non datur recursus ad alteram*), sia necessario che «la ricerca di

⁸⁹ O. DE PIETRO, «Esclusività», 448. Il corsivo è definizione della C. COST., «Sent.», 12 apr. 1989, n. 203, 1334.

⁹⁰ CASS., sez. un. civ., «Sent.», 13 feb. 1993, n. 1824, 745.

⁹¹ Cf. F. CIPRIANI, *Il regolamento*, 293-296.

omogeneità sostanziale dei due regimi [...] non possa provenire da una comparazione di norme empiriche», quanto debba svolgersi «sul piano suo proprio, che è quello della cultura»⁹². Ed essa in primo luogo giuridica.

Conseguenza diretta è la peculiare importanza del raccordo tecnico sulla delibazione: «come non è *automatica* l'efficacia civile del matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico, così non è *automatica* l'efficacia civile delle sentenze di nullità matrimoniale pronunciate dai tribunali ecclesiastici»⁹³. A fronte dell'art. 7 Cost., la Corte di Cassazione ha ritenuto «manifestamente insostenibile [...] che si applichino le norme comuni del procedimento di delibazione» (cf. sent. 2164/88). La circostanza rilevante guarda ai dovuti riscontri della Corte d'appello, nel numero dei quali essa deve accertare se alle parti sia stata garantita la possibilità di agire e resistere in giudizio in difesa dei propri diritti.

Non bisogna confrontare le norme canoniche e quelle civili sulla tutela del diritto di difesa, dichiarato *inviolabile* dall'art. 24 della Cost., per ricercarne la perfetta equiparazione e, in caso diverso, rifiutare la delibazione. Giustamente la Cassazione, in coerenza con il dettato della Corte costituzionale, ha affermato che «la tutela del diritto di difesa della parte [...] va verificata [...] non già mettendo a confronto pedissequamente l'ordinamento del processo canonico con quello procedurale italiano (per escludere il rispetto di quel diritto nella ipotesi di difformità), ma accertando se il primo ha garantito comunque alla parte una adeguata possibilità di difesa nel processo»⁹⁴.

E se anche la RR difende il fatto che i divieti in istruttoria (*ex can. 1559; 1678*) da soli non inducono lesione del diritto alla difesa qualora le prove prodotte siano in seguito rese disponibili, almeno alla pubblicazione degli atti (can. 1598 § 1), e sia data così la possibilità di correddare l'opposizione probatoria.

⁹² Cf. G. LO CASTRO, «Il matrimonio», 144-145. «[Il Tribunale ecclesiastico] viene considerato il *giudice competente*, fissando i poteri del giudice italiano in sede di delibazione. È stata così operata una precisa delimitazione delle rispettive sfere di giurisdizione, ciascuna delle quali è individuata in modo rigoroso ed inequivocabile, nell'ambito di un sistema non di concorrenza ma di complementarietà»: C. COST., «Sent.», 1 dic. 1993, n. 421, 21.

⁹³ P. URSO, «Note», 337.

⁹⁴ P. URSO, «Note», 343-344. La citazione nel testo è della CASS., sez. I civ., «Sent.», 28 nov. 1987, n. 8851, 1808.

Un tale modo *mediato* di garantire il diritto al contraddittorio è rispettoso degli impegni sanciti dagli accordi fra la Santa Sede e lo Stato Italiano, per cui deve essere respinta la querela di nullità invocata, per diniego del diritto di difesa, quando una prova precedentemente tenuta sotto segreto è poi manifestata al momento della pubblicazione degli atti⁹⁵.

È dunque conveniente e necessario qualificare correttamente la natura di una prescrizione, principio o criterio; verificare cioè se attui un intervento principale ovvero accessorio, che esibisca i caratteri essenziali al diritto canonico, referente ultimo del «criterio teleologico di ordinazione della regola stessa alla complessiva conformazione di giustizia del sistema»⁹⁶.

3. L'ecosistema processuale

La differenza essenziale che pare sussistere fra l'ordinamento canonico o ecclesiale da un lato e gli ordinamenti statuali o laici dall'altro, è che mentre i secondi sono in qualche modo *padroni* del loro elemento fondante, il primo, l'ordinamento della Chiesa (e la Chiesa stessa), ha necessariamente nel diritto divino il suo fondamento⁹⁷.

Il discrimine dei sistemi si coglie pertanto nell'equilibrio di trascendenza e immanenza⁹⁸: nonostante l'affinità concettuale dell'istituto del contraddittorio, esso differisce non tanto nello scopo, quanto nell'utilizzo all'interno della dialettica processuale⁹⁹. L'obbligo di osservare determinati comportamenti o il vincolo all'adempimento di formalità

⁹⁵ J. LLOBELL, «Il diritto», 73-74.

⁹⁶ I. ZUANAZZI, «Lo *ius ad probationes*», 73.

⁹⁷ F. PIZZETTI, «L'ordinamento costituzionale», 54.

⁹⁸ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 25 gen. 1988, 1181: «L'antropologia cristiana, arricchita con l'apporto delle scoperte fatte anche di recente nel campo psicologico e psichiatrico, considera la persona umana in tutte le sue dimensioni: la terrena e l'eterna, la naturale e la trascendente». Cf. A. SOLFERINO, «I diritti fondamentali», 382.

⁹⁹ «La identità di terminologia riferibile a sistemi normativi propri di ordinamenti diversi facilita la osmosi di concetti e schemi interpretativi, agevolando così la comprensione delle ragioni profonde di unità dell'esperienza giuridica nella molteplicità delle sue espressioni, senza tuttavia occultare né attenuare le peculiarità di ciascun sistema. Queste, anzi, possono essere meglio poste in evidenza mediante un'analisi comparativa nell'applicazione di un modello concettuale la cui unità è resa esplicita dalla identità di nomenclatura. La comparazione consente di sottolineare i tratti comuni e quelli differenziali dei diversi sistemi, le originali ed ineliminabili peculiarità di ciascuno di essi, le ragioni reali e non pregiudiziali della eventuale inapplicabilità di un identico (o affine) ordine di concetti»: C. MIRABELLI, «La protezione», 401-402.

particolari si rivelano sintomatici della realizzazione del giudizio e assicurano rilevanza alla loro protezione perché si riflette su «esigenze di difesa insite nell'ordine della causa».

Le risultanze istruttorie, infatti, fissano i presupposti per la risoluzione della *quaestio facti*, che rappresenta la premessa minore del c.d. sillogismo del giudizio [...] il metodo per la loro acquisizione [...] 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, [...] costituiscono la struttura deontica del *munus iudicandi in Ecclesia*¹⁰⁰.

Proseguiamo perciò con l'analisi di alcuni passaggi significativi all'espletarsi del postulato noetico detto principio del contraddittorio.

3.1 *Pubblicità per il «dialogo» tra le parti*

La ricerca della verità nel processo postula un equilibrio di valutazione delle risultanze processuali, tanto da convincere parte autorevole della dottrina italiana ad acclamare il tramonto della «teoria anarchica della conoscenza giudiziale» e celebrare l'avvento del *processo con funzione espressiva*.

Esito inevitabile di tale riduzionismo [alla funzione espressiva] è una verità tutta interna al processo, il cui grado di fungibilità trova un'unica variante indipendente: il rispetto di regole processuali «ben precise e tassative», figlie di un contraddittorio paritetico «basato necessariamente su criteri di ammissione e di esclusione». Come dire che la disillusione circa l'onnipotenza del processo garantisce un risultato minimo, ma essenziale: una verità giudiziale tale perché i limiti rigorosi che il sistema impone per la tutela di determinati valori sono stati rispettati¹⁰¹.

Dal lato procedurale, per le parti e i loro avvocati è necessario — al termine dell'istruttoria come in corso di essa (can. 1598 § 2; art. 58 cpc; 116 cpp) — conoscere gli elementi di prova che consentiranno «di integrare un apparato probatorio che risulti debole a supporto della propria

¹⁰⁰ I. ZUANZI, «Lo *ius ad probationes*», 75.76.79.

¹⁰¹ P. GAETA, «Controriforma», 1863. Le citazioni nel testo sono di G. ILLUMINATI, «Il nuovo dibattimento», 366.

domanda o eccezione, oppure per contestare la veridicità delle prove allegate dalle parti del processo o anche acquisite d'ufficio»¹⁰².

Nei riguardi del processo canonico, è adeguato discorrere in termini di *pubblicità* degli atti, non perché essi siano accessibili a chiunque ne faccia richiesta, quanto piuttosto per mettere in evidenza che è concesso *in ogni tempo* ai patroni, al difensore del vincolo e al promotore di giustizia (qualora sia presente) di prendere visione degli atti giudiziali e dei documenti prodotti (cf. can. 1678 § 1, 2°)¹⁰³. La norma è speciale per le cause cui fa riferimento: negli altri procedimenti infatti si applica il can. 1598 § 1 in virtù del quale, acquisite le prove, il giudice deve permettere ai soggetti menzionati (e solo a loro) di esaminare quei referti probatori che non conoscessero ancora.

Il diritto rimarca come la conoscibilità sia un elemento essenziale dell'atto giuridico, atteso che «Homines mere interne comunicare non possunt»¹⁰⁴. Perciò la pubblicità del processo e dei suoi atti ha una valenza strutturale nell'economia del sistema giuridico e nei confronti del contraddittorio: se il nucleo di questo giace nel «diritto delle parti di interloquire, in condizioni di parità, sui temi oggetto della decisione e, correlativamente, nell'esigenza che questa sia emanata secondo prospettive esaminate e discusse dagli interessati»¹⁰⁵, affinché tale disposizione di impulso processuale trovi attuazione

¹⁰² P. BIANCHI, «Commento», 73-74. Per una esegesi del canone in questione, cf. M. HILBERT, «De publicatione actorum», 521-533. «Schematice loquendo, citatio in iudicium permittit parti conventae exercitium iuris defensionis in singulis suis facultatibus successive a iudice concedendis, praesertim quod attinet ad auditionem iudicalem et exhibitionem probationum; publicatio autem actorum fundamentum constituit facultatis plene contradicendi per exquisitionem instructionis suppletivae, si opus sit, et ante omnia scripturas defensionales exhibendi, sive agatur de parte actrice, sive de parte conventa»: c. Erlebach, Decr. 26 ott. 2001, n. 3.

¹⁰³ GIOVANNI PAOLO II, All. ad *RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 925: «Deve essere ben chiaro che la *pubblicità* del processo canonico verso le parti non intacca la sua natura riservata verso tutti gli altri», caratteristica che il Santo Padre corrobora con la menzione esplicativa dei can. 1548 § 1; 1455 § 1. 3; 1475 § 2; 1457 § 1. Quanto più perché «Secretum ad quod ministri et adiutores tribunalis in casu vi officii obstringuntur viget erga omnes extraneos. Quamvis Summus Pontifex explicite hac de re non agat, ex principiis ab Ipso expositis, necessarie sequitur obligatio defendendi libertatem Ecclesiae in re erga auctoritatem civilem, quae iure non gaudet exigendi a tribunali ecclesiastico exhibitionem actorum, quae sub secreto servanda sunt»: F. DANIELS, «De Iure Defensionis», 265.

¹⁰⁴ W. BERTRAMS, *De Relatione*, 13.

¹⁰⁵ P. FERRUA, «La difesa», 23.

è necessario: a) garantire l'attiva partecipazione delle parti, in quanto la loro presenza passiva non equivale a contraddittorio; b) assicurare la contestualità del confronto, per dare modo alle parti di ascoltare e ribattere immediatamente alle asserzioni dell'altra; c) affermare il metodo orale, nel senso che la dialettica processuale deve esplicarsi davanti allo stesso giudice chiamato a pronunciare sentenza¹⁰⁶.

Se in entrambi gli ordinamenti vige il diritto delle parti e dei loro operatori giuridici di esaminare gli atti, la divergenza attiene alla materia peculiare trattata nei processi canonici, in misura preponderante matrimoniali. In effetti, nel can. 1598 è perfino prevista

una normativa differenziata per quanto riguarda il loro uso [degli atti] e la consegna in copia; mentre infatti agli avvocati — a richiesta — può essere consegnato un esemplare degli atti, anche se la norma non riconosce loro un diritto al rilascio degli stessi, nulla si dice a proposito delle parti; sembra quindi *e contrario* doversi arguire che queste ultime, nel caso abbiano deciso di difendersi da sole, non solo non hanno diritto, ma addirittura non possono ricevere copia degli atti¹⁰⁷.

Controversa res è il periodo in coda al can. 1598 § 1: «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». A parte la considerazione magisteriale per cui il principio in chiosa «deve guidare tutta l'attività giudiziaria della Chiesa», ciò che viene previsto è solo «una possibile eccezione», riguardo alla quale «è doveroso osservare che sarebbe uno stravolgimento della norma, nonché un grave errore di interpretazione, se si facesse della eccezione la norma generale»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ P. VENTURA, «Escussione», 3186. Cf., per la dottrina canonica, P. BIANCHI, «Commento», 73: «La *ratio* di questo istituto della pubblicazione degli atti appare alquanto evidente: attraverso la conoscenza degli elementi di fatto, sulla base dei quali il tribunale renderà la sua decisione, l'ordinamento si prefigge di realizzare un sostanziale contraddittorio fra le parti, in funzione di garantire ultimamente ad esse il diritto di difesa, ossia la possibilità di agire e resistere in giudizio».

¹⁰⁷ C. GULLO, «La pubblicazione», 292. La norma non è senza significato: la sua *ratio* è di natura pubblicistica e sembra ricollegarsi bene alle osservazioni in proposito della dazione del libello alla parte convenuta. Si tende infatti a scongiurare un uso distorto e strumentalizzato degli atti di causa dalla parte che, a differenza del suo avvocato, ha col tribunale un rapporto di tipo episodico che non offre garanzie deontologiche. Cf.: A. JACOBS, *Le Droit de la défense*, 322-326.

¹⁰⁸ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. ad RR *Praelatos*, 26 gen. 1989, 922.924.

Penalità per l'omessa pubblicazione è la nullità: essa integra la violazione del diritto naturale alla difesa, espressamente prevista nel can. 1620, 7°.

Sanzionando in maniera espressa la detta nullità, il legislatore del 1983 non ha inteso solo obbedire a esigenze di tecnica legislativa o di certezza interpretativa della norma, bensì anche ribadire la essenzialità alla dialettica processuale della pubblicità delle prove, a tutela di un diritto fondamentale dei fedeli e dell'interesse della stessa comunità al raggiungimento di una sentenza giusta (cioè dove la effettiva facoltà di provare o controprovare faccia emergere anche processualmente la verità dei fatti) e corretta (cioè ottenuta nel rispetto delle regole del diritto e delle prerogative giuridicamente rilevanti di tutte le persone e uffici interessati al processo)¹⁰⁹.

In linea col principio-guida del contraddittorio, nessun elemento probatorio può permettersi di sfuggire alla regola della pubblicità:

L'effettività del diritto di difesa presuppone la concreta e tempestiva *conoscenza* o *conoscibilità* (non già la possibilità puramente astratta di conoscenza) sia dei tempi, sia delle forme e dei modi in cui l'ordinamento consenta a determinati soggetti di partecipare attivamente al giudizio. Ciò significa che le forme di *comunicazione* e di *notificazione*, previste dalle leggi processuali, devono costantemente garantire le *migliori condizioni di conoscibilità* degli atti da rendere noti al destinatario, rifuggendo dalle pure e semplici *presunzioni* di avvenuta conoscenza¹¹⁰.

Una riserva di pubblicazione quale quella disciplinata al can. 1598 non può configurarsi nel diritto statuale, poiché essa discende da caratteristiche assiologiche ben più peculiari all'ordinamento canonico, profondamente informato a quella trascendenza che tiene conto della realtà intima dell'uomo e la ordina alla salvezza¹¹¹.

¹⁰⁹ P. BIANCHI, «Commento», 77.

¹¹⁰ L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio (principio)», 14. La stessa giurisprudenza rotale ha stabilito che, comunque, la segretezza degli atti deve essere motivata con decreto dell'istruttore che, su richiesta, la ordina: cf. c. Davino, decr. 16 mag. 1991, n. 3, 6-7. Vedi anche CEI, «Schema del regolamento», art. 20 § 4, 104: «Se il preside decide di porre un atto sotto segreto a norma del can. 1598 § 1 deve inserire nel fascicolo di causa un suo provvedimento (pure sotto segreto) da cui risulta quali sono i gravissimi pericoli che lo hanno condotto a quella decisione e in che modo ha ravvisato di poter garantire l'integrità del diritto di difesa per tutti i partecipanti al processo».

¹¹¹ Cf. G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, 68-70. Nell'ordinamento italiano, la piena pubblicità comporta di principio che anche le udienze siano accessibili: «un'istruttoria segreta, nell'assenza delle parti o di una di esse, sarebbe palesemente nulla; né varrebbero giustificazioni di carattere psicologico (*metus reverentialis* del

Compare in proposito l'istituto significativo dell'*aequitas*¹¹² che ha trovato buona accoglienza nei sistemi di *Common Law*. Il termine indica la giustizia nel caso concreto e l'applicazione nella *Court of Chancery*¹¹³ di un diritto indipendente, detto «di coscienza», diede origine a un sistema di norme stabili, ben definite. L'*aequitas* riguarda le esigenze della giustizia, «impone si valutino le circostanze del caso singolare a fronte dell'ineludibile imperfezione che comporta il carattere generale della legge», la sua frammentarietà¹¹⁴.

Il can. 1598 § 1 desta particolare interesse perché codifica una non piccola limitazione del diritto alla difesa, circoscrivendo il contraddittorio *effettivo* — instauratosi con il decreto di pubblicazione — attraverso l'esclusione di elementi probatori dalla disponibilità conoscitiva delle parti. È precetto *stricte interpretandum* (can. 18)¹¹⁵, applicabile solo alle cause di bene pubblico e con decisione giudiziale: è il *dominus* ad apporre il *secretum* ad istanza di parte, del teste o *ex officio*. La procedura concreta è ceduta alla *praxis Curiae*, tuttavia

Appare del tutto ragionevole che negli atti del processo resti traccia di una simile deliberazione del giudice, nella quale sia rappresentato il percorso logico che egli ha seguito per decidere che nel caso ricorrano i presupposti di porre un atto di causa sotto segreto. La forma dovrebbe essere quella del decreto (la legge dice appunto *decernere*), nel quale siano sintetizzati i motivi in base ai quali sono stati ritenuti presenti tali presupposti¹¹⁶.

teste o possibilità di ritorsioni) a giustificarla»: G. TARZIA, «Problemi», 654. Senza poi dimenticare che il *recalcitrante* può essere condotto in aula in modo coatto (cf. art. 255 cpc; 133 cpp).

¹¹² Cf. G.M. COLOMBO, *Sapiens Aequitas*, 11-75.

¹¹³ La Corte di Cancelleria è «organo dell'ordinamento giuridico inglese cui sono sottoposte le cause giudiziali formulate secondo la procedura dell'*equity*»: EDG, «*Chancery, Court of*», 248.

¹¹⁴ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Diritto canonico», 238. Cf. anche F. CALASSO, *Medio Evo*, 324-327. E. CORECCO, «Considerazioni», 1217: «Il rinvio alla trascendenza, contenuto dell'istituto classico della *aequitas canonica*, assume oggi dimensioni ben più vaste di prima, che superano l'orizzonte della filosofia cristiana, per investire quello più specifico della teologia e dell'ecclesiologia».

¹¹⁵ «Omnes exceptiones in iure, praesertim cum agatur de iuribus personalibus limitandis, stricte interpretari debent»: c. *Burke*, Decr. 21 giu. 1990, n. 7, 3.

¹¹⁶ P. BIANCHI, «Commento», 84. Le condizioni al vaglio del giudice concernono i gravissimi pericoli che già la Commissione di riforma del CIC aveva individuato nell'aumento di conflittualità fra le parti, nel timore di danni per i testi, nella eventuale di azioni presso i tribunali dello Stato sulla base della deposizione [cf. *Comm* 11 (1979) 134: «Nonnullae animadversiones factae sunt contra publicationem actorum quae in canone praecipitur sub poena nullitatis. Talis publicatio videtur periculosa quia difficiliore reddit relationes inter partes (quod gravissimum est si consideretur

3.2 Ragionevole speditezza

Il Giudice delle leggi ne ha fatto un elemento essenziale del diritto-potere di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed è stata altresì annoverata — nei *Praenotanda* del 1976¹¹⁷ — tra gli assiomi fondamentali della riforma.

L'aspettativa, tutelata dall'art. 6 § 1 della Convenzione Europea, «comporta ed implica il riconoscimento di un diritto soggettivo individuale, personalmente azionabile dai soggetti interessati dinanzi alla CEDU, [...] mediante il ricorso individuale diretto»¹¹⁸. *Memento* funzionale, implica il procedere all'accertamento caso per caso, tenendo conto di vari elementi: durata complessiva di ciascun processo; peculiarità del singolo procedimento; complessità variabile delle cause; comportamenti dilatori dello stesso ricorrente o dell'autorità pubblica¹¹⁹.

Il principio di economia processuale trova nella garanzia della *ragionevole durata* che la legge deve assicurare ad ogni processo (art. 111, co. 2 Cost.) un baluardo costituzionale determinante: vi rinviene prove inequivocabili della correlazione stretta «con le ideologie moderne della *pubblicizzazione*, della *democratizzazione* e della *socializzazione del processo*, da considerarsi quale *principio di struttura* immanente ad ogni sistema di giustizia»¹²⁰.

quod fere omnes causae sunt matrimoniales), quia etiam testibus exinde damna obvenire possunt, et quia in regionibus ubi iurisdictio Ecclesiae non agnoscitur deferri possunt ad tribunale civile, tamquam calumniosae, depositiones factae a partibus vel a testibus. Quandoque acta processus ecclesiastici adhibentur ad promovendam actionem poenalem contra partem vel testes apud tribunale civile]. Tuttavia, «Le denunce di falsa testimonianza, subornazione di testi, diffamazione, ecc. sono connaturali alla dialettica processuale e poste a garanzia della credibilità e veridicità di quanto si afferma in giudizio. Non si deve dimenticare che le parti e i testi debbono essere considerati responsabili delle proprie azioni. Non è quindi accettabile né legittimo che si ponga un atto sotto segreto perché la parte o il teste abbia timore di essere denunziato per quei reati»: C. GULLO, «La pubblicazione», 294.

¹¹⁷ Al titolo *Summa Principia quae Recognitionem direxerunt dei Praenotanda Schematis Canonum de Modo Procedendi pro Tutela Iurium seu de Processibus*, si legge: «Ius processuale, ut optatis omnium respondeat, hoc prestare debet, quod nempe iustitia tuto et celeriter administretur quod unusquisque de populo Dei fidere possit tuitioni quorum iurium per procedurale sistema citatum et perspicuum»: *Comm* 8 (1976) 184. Il corsivo è nostro.

¹¹⁸ L.P. COMOGLIO, «Le garanzie», 374.

¹¹⁹ Cf. I. IAI, «La durata ragionevole».

¹²⁰ Cf. M. CAPPELLETTI, «Le grandi tendenze», 193-218. Cf. anche L.P. COMOGLIO, *Il principio*, I, 71-72.

Anche nel giudizio canonico è operante la premura di concludere *quam primum* le cause introdotte (can. 1453)¹²¹ perché si tratta di questioni di coscienza che postulano solerte risposta¹²². Va da sé che la speditezza di tutta la causa, ragionevolmente stabilita in un anno per il primo grado e in sei mesi per l'appello, si compone della sollecitudine con cui vengono affrontati i vari momenti del processo, dall'accettazione del libello alla pubblicazione della sentenza. Il Legislatore del 1983 ha distribuito in diversi luoghi *fatalia legis*¹²³ in modo da facilitare l'equità che il mezzo processuale esige, giustizia fatta di tempismo, equilibrio e correttezza (in ossequio all'adagio *iustitia delata, iustitia denegata*)¹²⁴.

¹²¹ «Iudices et tribunalia curent ut quam primum, salva iustitia, causae omnes terminentur, utque in tribunalibus primae instantiae ultra annum ne protrahantur, in tribunalibus vero secundae instantiae, ultra sex menses». Già la *Clementina Saepe* stabilì: «Sancimus ut iudex [...] in tempore feriarum procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem quanto poterit faciat brevior, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo» (Clem. 5, 11, 2).

¹²² «Altro elemento è la celerità [...] essa è certo auspicabile e va costantemente ricercata, ma sempre quale metodo subordinato e finalizzato all'obiettivo primario della giustizia. Celerità sarà così un'ulteriore espressione della anzidetta diligenza, e vorrà dire sollecitudine nello studio e nella definizione delle cause, in modo da evitare i due scogli contrapposti della fretta, che impedisce un esame sereno, e della lentezza, che priva le parti in causa di risposte tempestive ai loro problemi, non di rado angosciosi e tali da richiedere una pronta soluzione»: PAOLO VI, All. *ad RR Praelatos*, 28 gen. 1978, 182.

¹²³ Can. 1465: «Fatalia legis quae dicuntur, id est termini perimendis iuribus lege constituti, prorogari non possunt, neque valide, nisi petentibus partibus, coarctari. Termini autem iudiciales et conventionales, ante eorum lapsum, poterunt, iusta intercedente causa, a iudice, auditis vel petentibus partibus, prorogari, numquam autem, nisi partibus consentientibus, valide coarctari. Caveat tamen iudex ne nimis diuturnalis fiat ex prorogatione».

¹²⁴ «Ogni sospetto di ingiustizia andrà eluso anche nel proseguimento del processo, abolendo ogni *mora* non richiesta dalla particolare caratteristica o dalle circostanze speciali di qualche singola causa, e procedendo con sollecita premura, *sedulo et cito*, nel porre gli atti giudiziari, come nell'estendere, notificare ed eseguire le sentenze. [...] Ogni colpevole ritardo, causato da negligenza o da estranee occupazioni, nel fare o nell'eseguire la giustizia è già di per sé una ingiustizia»: PAOLO VI, All. *ad RR Praelatos*, 11 gen. 1965, 235. Cf. anche i *Praenotanda* al CIC circa il processo penale in *Comm* 8 (1976) 198: «Itaque normae novae meliusque determinatae habentur in schemate praesertim quod attinet ad praeviam investigationem, ad partis laesae querelam, ad promotoris iustitiae munus, ad actionem de damnis ex delicto ortis, ad impugnationes; in primis autem consultum est processus celeritati et iustae rei defensionis».

L'inciso al can. 1453 — *salva iustitia* — resta da interpretare nel senso che l'adeguatezza della scansione temporale dell'intero procedimento, come di ogni sua parte, «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»¹²⁵.

Attinente all'argomento è la tutela dell'infermo di mente¹²⁶, per il quale il diritto impone la nomina di un curatore (cf. can. 1478 § 3-4; 1479; art. 414 cc; 78-81; 716-717 cpc; 121 cp; 70-73 cpp) e la cui carenza determinerebbe una lesione grave della parte inabile. Infatti l'obbligo di giustizia in capo al giudice di adoperarsi per la ragionevole speditezza del processo, urge a che si ponga rimedio, per quanto è possibile, a cause quali l'infermità di mente: avallare una *capacitas in iudicio standi* compromessa, inficierebbe la sentenza di nullità insanabile¹²⁷. Il curatore diventa per definizione colui che integra la volontà del soggetto parzialmente incapace di agire, coadiuvandolo negli atti di maggiore importanza; egli subentra in tutti i diritti e doveri che la parte avrebbe se godesse di capacità processuale.

In ossequio alla regola *tutor datur personae, curator bonis*¹²⁸, lo Stato italiano predispone una serie di garanzie per la sua nomina affinché, con la sua assistenza, l'emancipato e l'inabilitato possano rispondere al giudizio. A norma dell'art. 415 cc, l'inabilitazione si pronuncia nel caso in cui il soggetto: a) sia in uno stato di malattia mentale non così grave da essere interdetto; b) esponga sé o i famigliari a gravi pregiudizi economici per prodigalità (*qui neque tempus neque finem expensarum habet*); c) per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti;

¹²⁵ I. ZUANAZZI, «Lo *ius ad probationes*», 89. La questione classica è l'ostruzionismo della parte che cerca di impedire il corso del processo fino alla sentenza; lucide riflessioni si possono trovare in C. GULLO, «Ostruzionismo».

¹²⁶ Troviamo la definizione di *debilitas mentis* in G. MICHIELS, *Principia Generalia*, 85: «status psychopathologicus ortus ex una alterave infirmitate mentis, quae suapte natura numquam, neque intermittenter, generat totalem usum rationis carentiam, sed qua solummodo, grado plus minusve gravi, sive stabiliter sive temporarie, diminuitur aut debilitatur vis facultatum mentalium, ita ut in iis qui eadem laborant [...] deficit plena et perfecta discretio mentis et autodeterminatio voluntatis».

¹²⁷ Cf. can. 1620, 5°: «[Sententia vitio insanabilis nullitatis laborat, si] lata est inter partes, quarum altera saltem non habeat personam standi in iudicio». Ma «Essendo l'incapacità una *res odiosa*, l'interpretazione sulla medesima deve essere restrittiva (cf. can. 10; 14) e, quindi, è da presumersi la capacità processuale al momento della celebrazione del processo, tranne che risulti il contrario»: J. LLOBELL, «Il diritto», 124.

¹²⁸ D. 27, 3, 4, 3: «Curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est».

d) sia sordomuto o cieco dalla nascita senza educazione sufficiente. Solamente la sentenza produce inabilitazione: «Il giudice deve accertarsi personalmente dell'esistenza della malattia e deve procedere all'esame personale del malato»¹²⁹.

A tal uopo il legislatore si serve di regole di esperienza, parte cioè dalla constatazione empirica che certe condizioni soggettive, insufficienti per sé stesse ad integrare sempre e necessariamente un'incapacità al fatto giuridicamente rilevante, sogliono, nella normalità statistica dei casi, accompagnarsi a stati di totale incapacità¹³⁰.

Ammettere perciò al giudizio una persona incapace di starvi, significherebbe impedirle in pratica l'esercizio di un diritto fondamentale: «il risultato di una difesa incompleta può essere uguale a quello di un atto di disposizione del diritto»¹³¹. Perciò il curatore non riceve il mandato dalla parte, processualmente incapace, ma è stabilito dal giudice *iuxta* can. 1478 § 4¹³². Il curatore processuale è necessario:

a) quando la parte ha raggiunto la maggior età, che nel nuovo CIC è stabilita al compimento degli anni diciotto, e al momento del processo non possiede l'uso di ragione; b) quando la parte non ha raggiunto la maggior età, ma ha compiuto i quattordici anni e possiede l'uso di ragione, salvo che nelle cause *spirituali* o *connesse con le spirituali*; c) quando la parte è *bonis interdicta* oppure *minus firmae mentis*, salvo che debba rispondere dei propri delitti oppure sia chiamata in giudizio da un precetto del giudice¹³³.

Tale costituzione, per il combinato disposto dei can. 1505 § 1; 1508 § 3; 1511; 1620, 5°, è imprescindibile per la validità del processo e della conseguente sentenza, nonostante sia dichiarativa e non costitutiva della incapacità stessa. Il diritto canonico non conosce l'istituto della interdizione legale; quindi la dottrina, per identificare i *bonis interdicti* del can. 1478 § 4, si è da sempre rifatta alla determinazione della legislazione civile¹³⁴. Perciò, pur mantenendo il giudice piena autonomia

¹²⁹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, 77. Cf. art. 419-421 cc.

¹³⁰ A. VITALE, «In tema di rappresentanza», 469; cf. anche V. CASTIGLIONE HUMANI, *Contributo*, 172.

¹³¹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, 223.

¹³² «Bonis interdicti, et ii qui minus firmae mentis sunt, stare in iudicio per se ipsi possunt tantummodo ut de propriis delictis respondeant, aut ad praescriptum iudicis; in ceteris agere et respondere debent per suos curatores».

¹³³ G. RICCIARDI, «La costituzione», 161-162.

¹³⁴ Cf. M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius*, I, 309: «Quodcirca quinam ex iure civili sit bonis interdictus aut inhabilis aestimandus est ex civilibus legibus et ex

dall'ordinamento civile, la questione sarà presto risolta qualora sussista una sentenza civile in proposito: potrà considerarsi fonte di presunzione semplice.

Non si può negare infatti che la sentenza di interdizione o di inabilitazione presenti per il giudice ecclesiastico quel valore di credibilità che per sé stesso offre l'*id quod plerumque accidit* prima dell'esperimento della prova, nel che sta il fondamento razionale della presunzione in genere ma la misura di questo valore di credibilità non può mai assurgere al grado di presunzione legale, sia pure *iuris tantum*, per la natura di presupposto processuale [...] della *legitimatio ad processum*¹³⁵.

La parte convenuta inferma di mente, non può certo curare i propri interessi nel miglior modo: nel rilevarne d'ufficio l'incapacità, l'azione del giudice è rivolta a tutela del ben preciso interesse pubblico di economia processuale a che il Tribunale non venga adito inutilmente. Nel processo canonico il curatore non diventa parte: supplisce all'incapacità del soggetto convenuto gestendo per lui il processo, non solo assistendolo. L'effetto è dunque quello dell'interdizione: la parte non può più validamente porre alcun atto da se sola, pur restando titolare del rapporto processuale¹³⁶. È doverosa cautela istruttoria prima della decisione circa la necessità di redigere il decreto di costituzione: si auspica che il destinatario venga sentito, personalmente contattato dal giudice, al fine di procurarsi una conoscenza diretta e organizzare così il confronto nel migliore e più equo dei modi.

3.3 *Facoltà di allegare prove e di farsi assistere*

Il discernimento *delle e sulle* prove avviene in sede di *dialettica processuale*: essa «impone il *dovere di* ed il *sapere* ascoltare, condizione

legitimis civilis magistrati decretis, et hoc confirmat expresse canon sub 1651». Vedi anche F. ROBERTI, *De Processibus*, I, 521.

¹³⁵ A. VITALE, «In tema di rappresentanza», 475.

¹³⁶ Cf. G. RICCIARDI, «La costituzione», 167-168. Cf. anche SEGNETURA APOSTOLICA, «Sent. c. Staffa», 8 lug. 1971, n. 2b, 139-140: «Curator semel constitutus, in suo munere perseverat in omnibus gradibus iudicii, nisi a munere cessaverit, servatis ad validitatem cessationis servandis. Patet autem, ex ipsa natura instituti curatoris, eum a munere non cessare ex mera voluntate vel declaratione illius, cuius est curator. Cum enim pupillus praesumatur incapax discretionis ad agendum per se, absonum prorsus esset ut ex eius discretionem et voluntate penderet perseverantia curatoris in suo munere. Omnino necessarius est interventus auctoritatis competentis, quae iuridice agnoscat pupillum non amplius indigere curatore et eum posse per se ipsum stare in iudicio. Donec hic interventus locum non habuerit, ipse valide agere non potest, nisi mediante curatore, in causa pro qua datus est curator».

fondante per instaurare una relazione mirata, un dialogo, una situazione dialettica tra le parti e con il giudice»¹³⁷. All'ambito appartiene il deposito delle liste di accertamenti che vengono assoggettati alla *discovery* dalla quale sono escluse le prove documentali (cf. can. 1504, 2° e art. 163, 5° cpc; 468 cpp): è l'organo giudicante che ammette le liste e cita i testimoni nel processo.

Nella dinamica dell'istruzione canonica, la prova testimoniale è tenuta in grande stima, attingendo da maestri quali Cicerone e Quintiliano le fonti sull'accertamento da formarsi in giudizio. Fin dal V secolo fu il punto di forza della procedura ecclesiale¹³⁸: non si poteva dare ascolto a un solo testimone, nemmeno se dotato di alta autorità (cf. Inst. 4, 20, 9, da cui segue: *dictum unius, dictum nullius*) e non era ammesso interrogare testi in contrasto con un documento scritto, a meno che non si discutesse dell'autenticità di questo (PAOLO, 5, 14, 5), per il qual caso vigevo il brocardo *validior est viva vox quam mortua*¹³⁹.

Quantunque fosse rimasto celebre il detto di Innocenzo III circa l'opportunità della testimonianza diretta¹⁴⁰, il CIC antepone le norme sui documenti alle prove testimoniali (ma non alle dichiarazioni delle parti). Nel *Coetus* incaricato si affermò: «Visum est Coetui indicem probationum redigendum esse iuxta momentum maius singulis probationibus tribuendum. Ita probatio per instrumenta secundum locum accepit, ante probationes per testes»¹⁴¹. Il can. 1547¹⁴² stabilisce il principio per cui è il giudice a condurre l'interrogatorio, organizzando *proprio marte* la successione delle domande e dei capi di interrogazione: salvaguarda il contraddittorio peculiare al processo canonico, scevro di astio, parzialità o rivalità, neutrale e diretto al reale accertamento della verità cui l'intera scansione degli atti è ordinata.

¹³⁷ E. COLAGIOVANNI, «Aspetti dinamici», 116.

¹³⁸ Cf. G. PUGLIESE, «La prova»; e anche C. 4, q. 2, can. 1: «Testes autem ad testimonium non admittendos, qui nec ad accusationem admitti praecepti sunt, vel etiam quos ipse accusator de sua domo produxerit. Ad testimonium autem intra annos XIV annos aetatis suae non admittantur».

¹³⁹ Cf. F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, V. *De Iudiciis ecclesiasticis*, 604: «probatio per testes fit viva voce et per personam, non per rem mortuam; viva vox autem et persona rei mortuae sunt praeferendae, cum agitur de fide iudici facienda».

¹⁴⁰ X. 2, 22, 10: «Etsi secundum legitimas sanctiones eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum depositionibus praeferantur».

¹⁴¹ *Comm* 2 (1970) 185.

¹⁴² «Probatio per testes in quibuslibet causis admittitur, sub iudicis moderatione».

Presupposto che è ufficio del giudice porre le questioni — secondo la caratteristica dei sistemi continentali nell'area romano-germanica, mentre quelli di *Common Law* hanno perfezionato la *cross-examination* — il can. 1561 pone una clausola specifica per la quale «partes, vel promotor iustitiae, vel defensor vinculi, vel advocati qui examini intersint, si alias interrogationes testi faciendas habeant, has non testi, sed iudici [...] proponant, ut eas ipse deferat, nisi aliter lex particularis caveat». Ammette prassi differenti secondo il diritto particolare, sul modello di ciò che era stato concesso agli avvocati e al difensore del vincolo nelle Norme americane¹⁴³. Per di più, nello Schema del 1976 la clausola *ad validitatem* (cf. can. 39) si trovava all'inizio del canone: fu spostata in coda allo scopo di non venir intesa come estensibile alla necessaria presenza del notaio¹⁴⁴.

Riguardo all'istruttoria, il can. 1564 circa l'indole da imprimere alle domande si erge emblematico: «Interrogationes breves sunt, interrogandi captui accommodatae, non plura simul complectentes, non captiosae, non subdolae, non suggerentes responsionem, remotae a cuiusvis offensione et pertinentes ad causam quae agitur». Tenendo in considerazione che la materia dei processi canonici è quella matrimoniale e concerne questioni assai intime e delicate, la disposizione risulta quanto mai pertinente: non è infatti giustificata, oltre che ben poco deontologica, l'investigazione *chirurgica* di ambiti che, pur essendo attinenti alla vita e ai comportamenti *ante* e *post* nuziali, non siano *stricte et directe* connessi al dubbio concordato.

Ne rinveniamo un singolare esempio in Italia, tale da indurre finanche all'interpolazione legislativa dell'art. 472, co. 3^{bis} cpp, col quale è stata introdotta,

sia pure nella *sedes materiae* impropria, una regola riguardante lo svolgimento dell'esame del testimone/persona offesa nei procedimenti relativi ai nuovi delitti previsti dagli art. 600^{bis}, 600^{ter}, 600^{quinq.}, 609^{bis}, 609^{ter}, 609^{octies} cp (sfruttamento sessuale di minori e violenza sessuale) secondo la quale, in tali casi, non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non risultano *necessarie alla ricostruzione del fatto*¹⁴⁵.

¹⁴³ Cf. art. 13, CONSIGLIO PER GLI AFFARI PUBBLICI, Rescr. *Attentis precibus*, 28 apr. 1970, 1417: «Partes et testes poterunt etiam interrogari immediate a patrono et a vinculi defensore, moderante iudice».

¹⁴⁴ Cf. A. GAUTHIER, «La prova testimoniale», 65.

¹⁴⁵ O. MAZZA, «Giudizio», 372. Il corsivo è nostro. Cf. *Comm* 11 (1979) 115.

A proposito della documentazione degli atti e delle prove acquisite, la loro scrittura, sebbene garantisca il riferimento preciso, non si esaurisce in se stessa, dal momento che la testimonianza non consta di una mera narrazione, accompagnandosi invece a serie di atti, comportamenti, atteggiamenti, inflessioni vocali e manifestazioni facciali, forse non direttamente concernenti il *factum probandum*, bensì suscettibili di corroborarne il *thema*¹⁴⁶. C'è appunto chi ritiene che

Il verbale dettato dal giudice, nonostante la garanzia della lettura al testimone e della sua sottoscrizione (art. 126 e 207 cpc) costituisce pur sempre la traduzione concettuale, nel linguaggio del giudice, delle espressioni delle parti: anticipa, cioè, al momento della documentazione, l'interpretazione della dichiarazione resa¹⁴⁷.

Con la produzione delle prove, il giudice si va formando una consapevolezza dei fatti che sarà determinante per l'elaborazione, in sede decisoria, della certezza morale con cui emetterà il giudizio. Nei processi statali, la produzione del materiale attraverso il quale le parti indicano all'organo giudicante la via del convincimento, avviene in corso di cognizione della causa, sfociando nel dibattimento ovvero nella rimessione della causa al collegio. Fino a quel momento, le parti

possono modificare le domande e le eccezioni, formulare eccezioni nuove e richiedere nuove prove. Il giudice istruttore, con ordinanza reclamabile davanti al collegio quando la causa non è decisa da giudice unico, delibera sull'ammissibilità dei mezzi di prova dedotti dalle parti e ordina quelli che, in misura assai limitata, può egli stesso disporre d'ufficio, provvedendo quindi alla loro assunzione. Quando ritiene la causa matura per la decisione, il giudice istruttore rimette la causa al collegio (di cui egli stesso fa parte) per la pronuncia della sentenza¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cf. F.M. PAGANO, *Considerazioni*, 10: «Nella viva voce parla [...] il volto, gli occhi, il colore, il movimento, il tono della voce, il modo di dire, e tante altre diverse piccole circostanze, le quali modificano e sviluppano il senso delle generali parole, e ne somministrano tanti indizi a favore o contro le affermazioni delle parole». Vedi anche G. CHIOVENDA, «L'oralità», 208-215.

¹⁴⁷ G. TARZIA, «Problemi», 652. «Di qui la grande importanza data alla preparazione professionale di ciascuno nel proprio contesto sociale [...ovvio] come il principio dell'oralità comportasse negli operatori del diritto l'impegno di preparazione scientifica (anche interdisciplinare) onde acquisire una grande capacità discrezionale e di analisi obiettiva, essendo questa intrisa di simboli che impongono una loro decodificazione, tanto più in una società a spirale multiculturale»: E. COLAGIOVANNI, «Aspetti dinamici», 125. Cf. anche A. NICORA, *Il principio di oralità*.

¹⁴⁸ G. BORRÈ, «Processo civile», 946. Nel processo penale, la fase centrale del giudizio ordinario è il dibattimento: in esso si esplica l'escussione probatoria (istru-

Nel processo canonico si osserva sequenza analoga anche se risulta dilatata la facoltà concessa alle parti di chiedere che il giudice acquisisca nuove prove, esattamente come quest'ultimo è legittimato ad intervenire *ex officio* per una esauriente e corretta escussione dell'apparato probatorio (cf. can. 1598 § 2)¹⁴⁹. La richiesta può intervenire anche dopo la pubblicazione degli atti, premessa alla conclusione in causa proprio perché si prenda di essi visione, valutandone le lacune e apprezzandone quindi l'integrazione. Tale ammissione *recuperata* è a discrezione del giudice («si [...] *necessarium duxerit*»): il dettato codiciale non lo obbliga alla concessione. Interposta la conclusione in causa (can. 1599 § 3)¹⁵⁰, è permesso che il giudice ammetta ulteriori prove non prima menzionate, ma alle condizioni della norma al can. 1600:

1° in causis, in quibus agitur de solo privato partium bono, si omnes partes consentiant; 2° in ceteris causis, auditis partibus et dummodo gravis exstet ratio itemque quodlibet fraudis vel subornationis periculum removeatur; 3° in omnibus causis, quoties verisimile est, nisi probatio nova admittatur, sententiam iniustam futuram esse propter rationes, de quibus in can. 1645 § 2, 1°-3°. Potest autem iudex iubere vel admittere ut exhibeatur documentum, quod forte antea sine culpa eius cuius interest, exhiberi non potuit. Novae probationes publicentur, servato can. 1598 § 1.

Il pericolo più grave è l'ostruzionismo e la frode processuale, che vogliono impedire si giunga alla sentenza: «Detta impostazione di ostruzionismo processuale comporta la dilazione del provvedimento giudiziale definitivo, della sua eseguibilità e, quindi, il fallimento del diritto all'equo processo sancito in ambito canonico e internazionale»¹⁵¹.

zione dibattimentale) che costituisce il nucleo essenziale. L'esame testimoniale è regolato dall'art. 499 cpc e si svolge con domande su fatti specifici al fine di evitare una possibile subornazione del teste, che si opera più facilmente mediante la narrazione continua. Il giudice cura la conduzione dell'esame del testimone senza che venga leso il rispetto della persona; ha anche alcuni poteri di iniziativa probatoria, indicando temi nuovi e più ampi di trattazione, solo però in base ai risultati ottenuti durante il dibattimento. Spetta invece al collegio, terminata l'acquisizione, il potere di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova, qualora risulti assolutamente necessario: cf. M. BARGIS, «Dibattimento», 433-435.

¹⁴⁹ «Ad probationes complendas partes possunt alias iudici proponere; quibus acquisitis, si iudex *necessarium duxerit*, iterum est locus decreto de quo in § 1».

¹⁵⁰ «De peracta conclusione in causa, quocumque modo ea acciderit, iudex decretum ferat».

¹⁵¹ J. LLOBELL, «Il diritto», 44-45.

È una questione annosa che costella tutto lo svolgersi del giudizio e che si fa più intensa anche perché, con l'avvicinarsi della definizione, «si restringono i diritti delle parti»:

Come dopo la concordanza del dubbio si restringe notevolmente il diritto delle parti a mutare il termini della controversia (fissati nella fase introduttoria), così — dopo il decreto di *conclusio in causa* — le parti vedono fortemente compresso anche il diritto di chiedere l'acquisizione di nuove prove. In pratica, una volta esaurita una fase processuale, la parte può formulare istanze che correttamente dovevano essere precedentemente presentate, ma perde il diritto che vengano accolte¹⁵².

Già nella redazione del cpp del 1988 fu assai difficile trovare l'equilibrio tra le esigenze di economia e speditezza processuale e la necessità di non privare le parti dei loro diritti fondamentali, non ultimo l'escussione delle prove in contraddittorio. La Corte Costituzionale (sent. 50/95) ha previsto la possibilità di richiedere nuove prove in seguito a contestazione per fatto diverso da quello descritto nell'imputazione (art. 516 cpp), o per reato concorrente o circostanza aggravante (art. 517 cpp) nei termini generali dell'art. 190 cpp¹⁵³, senza assoggettare alcuno ai limiti dell'assoluta necessità ex art. 507 cpp¹⁵⁴. «Più che il solo diritto di difesa dell'imputato, deve essere perciò assicurato il pieno svolgimento del contraddittorio per la prova»¹⁵⁵.

3.4 Motivazione del deciso

L'atto giurisdizionale della sentenza presiede al fine del processo ed è strettamente attinente al sistema: manifesta il carattere pubblico delle operazioni giudiziali, costituisce il punto fermo a cui tende sollecita

¹⁵² C. GULLO, «La pubblicazione», 298. Qualora fosse possibile *aggiornare* in qualunque momento il *quo iure*, si farebbe rientrare dalla finestra ciò che si è messo risolutamente fuori dalla porta nel disposto normativo del can. 1553 e del can. 1465 § 3 («*Judicis est nimiam multitudinem testium refrenare*»), nonché nel criterio assiologico della ragionevole speditezza (*cito et celeriter*). In effetti, gli *aggiustamenti* operati attraverso la richiesta di ammissione di nuovi dubbi in corso di causa, finiscono spesso per essere rattoppi, più o meno eleganti, di cause male impostate.

¹⁵³ «Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio».

¹⁵⁴ «Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove».

¹⁵⁵ Cf. O. MAZZA, «Giudizio», 383.

l'intera procedura, raccoglie, apprezza, sistematizza il materiale probatorio¹⁵⁶. È atto formale e deve rispondere a precise disposizioni che ne determinano la validità¹⁵⁷.

Prima di tutto però, è esplicitazione della valutazione intercorsa sull'oggetto della domanda:

In un sistema di diritto positivo, la ricerca del criterio di decisione offerto dalla norma segue un metodo che in principio si avvicina a quello della logica matematica. Ma dobbiamo anche subito dire che il criterio vitale non è costituito soltanto da una razionale deduzione dall'un principio all'altro secondo la logica concettuale che pur resta a formare l'ossatura fondamentale del sistema (la c.d. *dogmatica giuridica*). Invero si deve tener conto che l'ordinamento è fondato sia sull'idea di giustizia sia sulla tutela concreta di interessi meritevoli di protezione: per cui l'attività dell'interprete mira a qualche cosa di più reale della pura logica formalistica¹⁵⁸.

La tutela dei diritti, significata particolarmente nel diritto alla difesa e nel contraddittorio, spiega i suoi effetti nella sentenza che «implica un'indubitabile manifestazione dei fondamentali principi processuali di indipendenza giudiziaria, e di uguaglianza e *ius defensionis* delle parti»¹⁵⁹. Essa è disciplinata con piccole variazioni a seconda del tipo di giudizio adito — civile, penale, amministrativo, canonico — e deve constare di alcune sezioni generali: *iniziale* (fattispecie) che individua l'organo emanante, i soggetti per i quali è disposta, nonché una sintetica ricapitolazione dello svolgersi degli eventi e del processo; *centrale* (*in iure et in facto* o motivazione) che orienta la riflessione logica attraverso la quale si sono operate le decisioni nel merito, dando conto delle

¹⁵⁶ «Sententia publicanda est non ultra mensem a pronuntiatione, nisi in tribunali collegiali iudices, gravi de ratione, longius tempus praestituerint. In presenti non praefinitur terminus. Etiam ceterae iudicio pronuntiationes, ut valcant, debent motivis *fulciri*»: PCCICR, *Praenotanda schematis*, 190.

¹⁵⁷ Can. 1611: «Sententia debet: 1° definire controversiam coram tribunali agitam, data singulis dubiis congrua responsione; 2° determinare quae sint partium obligationes ex iudicio ortae et quomodo implendae sint; 3° exponere rationes seu motiva, tam in iure quam in facto, quibus dispositiva sententiae pars innititur; 4° statuere de litis expensis». Art. 132 cpc: «La sentenza è pronunciata *In nome del popolo italiano* e reca l'intestazione: *Repubblica italiana*. Essa deve contenere: 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata; 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori; 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti; 4) la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione; 5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice». Cf. anche art. 544-546 cpp.

¹⁵⁸ A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, 43.

¹⁵⁹ J. LLOBELL, «Sentenza», 307.

ragioni sussunte dal sillogismo processuale¹⁶⁰. L'indicazione degli accertamenti posti a fondamento della decisione, insieme alle valutazioni per cui non sono attendibili le prove contrarie, viene in considerazione nel processo penale e in quello canonico nella parte della sentenza *in facto; finale* (dispositivo) in cui si rende nota la decisione pronunciata in camera di consiglio¹⁶¹.

Dalle disposizioni combinate dei can. 1600 § 1, 2°; 1608 § 2; 1620, 7° si argomenta il vincolo giuridico al giudice canonico di pronunciarsi solo su quanto si è venuto rivelando nel contraddittorio tra le parti¹⁶².

Inoltre, il can. 1598 § 1 accredita la convinzione che nell'ordinamento ecclesiale non sia congetturabile una circostanza quale l'*Überraschungsentscheidung*, distorsione che si verifica quando la sentenza viene architettata su presupposti sconosciuti alle parti. Conseguenza che

l'elemento di prova posto sotto segreto non possa essere utilizzato nella motivazione della sentenza; ma soprattutto che — ancorché rivestito di un qualche valore probatorio — esso non possa rappresentare un elemento davvero decisivo per la causa. In tal caso la sua non soggezione al regime della pubblicità delle prove non potrebbe essere giustificata, in quanto

¹⁶⁰ Cf. J. LLOBELL, «Sentenza», 305; P. CALAMANDREI, «La genesi logica» e M. TARUFFO, *La motivazione*, 149-205.

¹⁶¹ «Nel delicato momento di pronunciare una sentenza [...] avete sempre dinanzi agli occhi due ordini di fattori, di diversa natura, che troveranno però nella vostra pronuncia l'ideale e sapiente congiunzione: il *factum* e lo *ius*. I *fatti*, che sono stati accuratamente raccolti nella fase istruttoria e che voi dovete coscienziosamente ponderare e scrutare, arrivando, se fosse necessario, fino alle recondite profondità della psiche umana. E lo *ius*, che vi dà la misura ideale o il criterio di discernimento da applicare nella valutazione dei fatti. questo *ius* [...] dovete possederlo [...] nel suo insieme»: GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos*, 26 gen. 1984, 645.

¹⁶² Cf. J. LLOBELL, «Sentenza», 307. L'affermazione per cui «la funzione giudiziaria si associa necessariamente al concetto di ingiustizia presunta, desumibile dall'inesistenza di un contraddittorio» (*Ibid.*, 307-308) accoglie il principio nel suo significato più angusto e mortificato, mera contrapposizione di interessi in conflitto. In aperto contrasto con l'aver attribuito «carattere contraddittorio al processo»: sono cause *dichiarative* dell'esistenza di un vincolo giuridico che dai documenti si presume le parti abbiano voluto contrarre; sono cause speciali rispetto al contenzioso ordinario, e quindi non di per sé regolanti posizioni *delle parti in conflitto*. Come del resto anche S. FOIS, «Il modello costituzionale», 592: «ove si consideri un rapporto tra due entità soggettive, e si rilevi che tale rapporto — in potenza o in atto — implica un confronto, contrasto o conflitto, è ovvio ammettere e riconoscere che una delle parti di tale rapporto possa rinunciare (se, quando e fino a che lo ritiene) a porre in essere, o continuare, l'attività che realizza *in concreto e nel caso concreto* il confronto ora detto».

l'incidenza sul diritto di difesa sarebbe tale da non poter essere più considerato *integrum*¹⁶³.

Garanzia che non sussiste nell'ambito statale: si assiste al fenomeno dei famigerati *giudizi a sorpresa*, dove

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 probatorie¹⁶⁴.

Verifica attendibile è la motivazione, di sentenze e decreti (cf. can. 1611-1612; 1617): i provvedimenti decisorii devono contenere l'accertamento della completezza degli esiti, indicando, nel modo analitico e più chiaro possibile, le ragioni che portano ad accogliere o rigettare determinate risultanze¹⁶⁵. Facciamo dunque i conti con «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»¹⁶⁶.

I giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto dello Stato costituzionale, cioè della necessaria mite coesistenza di legge, diritto e giustizia. Potremmo anzi dire conclusivamente che tra Stato costituzionale e qualunque *padrone del diritto* c'è una radicale incompatibilità. Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tutti¹⁶⁷.

163 P. BIANCHI, «Commento», 89. Di parere conforme, S. GHERRO, «Sul processo», 498; nonché c. *Burke*, Decr. 22 mag. 1997, n. 10, 518.

164 M. TARUFFO, «Il diritto alla prova», 103.

165 Cf. M. TARUFFO, *La motivazione*, 458.

166 G. TARZIA, «Problemi», 655. cf. J. LLOBELL, «Sentenza», 305.327.

167 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 208-213. Cf. anche M. TARUFFO, «Il diritto alla prova», 111: «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». Nonché P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*,

In entrambi gli ordinamenti parlare di *giusto processo* — nei termini in cui si esprime il Sommo Pontefice¹⁶⁸ — significa in definitiva argomentare di *giusto metodo* — «di metodo intellettualmente e praticamente corretto ed adeguato — per trattare e nel trattare, per regolare e nel regolare, lo svolgimento delle controversie giurisdizionali»¹⁶⁹.

4. Conclusioni

L'applicazione del principio del contraddittorio da parte di entrambi gli ordinamenti risulta essere nei mezzi pressoché equipollente e in vista della medesima garanzia *minima* per il corretto ed equilibrato svolgimento di un giusto processo. Tuttavia, nel rimprovero all'ordinamento ecclesiale che taluni dei diritti fondamentali dei cittadini non trovano tutela nelle fattispecie canoniche, appare quantomeno conveniente verificare che la Chiesa non abbia altrimenti valutato una tale qualità rilevante della dimensione umana.

In verità, l'individuazione e l'applicazione della norma di comportamento, e, attraverso di essa, la concretizzazione e l'integrazione dell'ordinamento, rappresentano momenti di un processo unitario nel quale consiste la vita del diritto. In tale contesto ideale all'azione compete, in linea con la tradizione romanistica, una funzione eminente, di vero «*ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*» (D. 44, 7, 51; Inst. 4, 6), di diritto secondario e derivato da un diritto soggettivo primario sottostante al fine della sua tutela e realizzazione. Il diritto spettante ad un soggetto a carico o nei confronti di altri di esercitare un'azione per ottenere un'adeguata tutela giurisdizionale, fatti salvi la costituzione gerarchica della Chiesa e lo scopo stesso del sistema processualistico canonico di assicurare la piena *communio* tra i fedeli, gode di una risalente tradizione nel diritto ecclesiale¹⁷⁰.

Il *diritto vivente* scolpisce pertanto il pellegrinaggio del diritto canonico, «consentendo che la nomogenesi avvenga in conformità ai princi-

249.251: «Mi convinco sempre di più che tra il rito giudiziario e il rito religioso esistono parentele storiche molto più strette di quanto non indichi l'uguaglianza della parola [...] la sentenza in origine era un atto sovrumano, il giudizio di Dio; le difese erano preghiere [...] Nell'ordine giudiziario affluivano un tempo dalle Università i giudici migliori, richiamati non dalla speranza di lauti guadagni, [...] ma dall'alta considerazione di cui la magistratura godeva nella pubblica opinione e soprattutto dall'attrattiva che su certi spiriti religiosi ha sempre esercitato l'austera intimità di questo ufficio, in cui giudicare gli altri implica in ogni istante il dovere di fare i conti con la propria coscienza».

¹⁶⁸ Cf. GIOVANNI PAOLO II, All. ad *RR Praelatos*, 18 gen. 1990, 876.

¹⁶⁹ S. FOIS, «Il modello costituzionale», 583.

¹⁷⁰ A. BETTETINI, «Il diritto d'azione», 154.

pi fondamentali dell'ordine giuridico ecclesiale»: è lapalissiano che il diritto come tale, tanto più quello vivente, conservi l'impronta dei mutamenti che intervengono nell'ordinamento e che devono essere colti dal giurista e dal giudice. «La portata nomopoietica di quest'ultimo assicura così, in ultima analisi, la certezza sostanziale dei valori giuridici e sacrifica la crosta formale del diritto a vantaggio dei principi fondanti ad esso sottesi»¹⁷¹. Vengono così alla ribalta questioni di teoria del diritto che esulano dalla nostra ricerca, ma in virtù delle quali è evidenziata una «sensibilità nuova per la problematica del giudizio»: «noi abbiamo studiato, con molta delicatezza, i rapporti giuridici che s'intrecciano fra i vari soggetti del processo [...], ma le nostre idee sono molto meno chiare intorno a cosa sia giudicare»¹⁷². Se dunque «il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio»¹⁷³, la maturazione non può che rendersi manifesta nel riaccendersi dell'interesse per i suoi meccanismi più appropriati di realizzazione, in prima linea per il contraddittorio, collaborazione delle parti alla ricerca della verità¹⁷⁴.

Si individua allora nel postulato in argomento la discriminante tra procedimento e processo, congiungendo nell'ultimo, oltre alle forme caratteristiche del primo, «una effettiva corrispondenza ed equivalenza tra i vari partecipanti, realizzata attraverso la distribuzione di posizioni simmetricamente uguali e mutuamente implicate tra loro»¹⁷⁵. Nondimeno, poiché entrambi si costituiscono di una successione ordinata di atti, obbedienti ad un medesimo tipo di razionalità, il contraddittorio parrebbe esaurirsi nella meccanica contrapposizione di tesi, mero dispositivo di scontro e confronto. Eppure così non è:

¹⁷¹ R. MAZZOLA, «Il diritto vivente», 344. Fu auspicato «un ritorno a nozioni e criteri, che per lungo tempo dominarono nelle costruzioni dei canonisti e dei teologi e che soltanto in tempi relativamente recenti furono [...] messi in un canto: alludiamo, in particolare, alla figura e al criterio limite dell'uomo medio, che con designazioni diverse (*bonus vir*, *homo discretus*, *homo diligens*, *homo constans*), ma sempre con la medesima portata sostanziale, cioè appunto come rappresentante tipico della generalità e dell'esperienza comune, costituì per secoli il fulcro di molte teorie canonistiche [...] e alla quale opportunamente ora si può ritornare, tra l'altro, come a modello, cui il giudice deve attenersi nella valutazione delle prove e nell'accertamento del fatto»:
G. DOSSETTI, «Grandezza e miseria», 184-185.

¹⁷² F. CARNELUTTI, «Torniamo al giudizio», 168.

¹⁷³ S. SATTA, «Il mistero del processo», 281.

¹⁷⁴ Cf. P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, 263-267.

¹⁷⁵ N. PICARDI, «Audiatur et altera pars», 159.

il contraddittorio non costituisce tanto uno strumento di lotta fra le parti, quanto, piuttosto, uno strumento operativo del giudice e, quindi, un momento fondamentale del giudizio [...] il contraddittorio viene, di nuovo, spostato, dai margini, al centro del fenomeno processuale: non è più una prova di forza, ma diventa uno strumento di ricerca della verità probabile [...] Siamo, con ogni probabilità, alle matrici della nozione di *giusto processo*¹⁷⁶.

¹⁷⁶ N. PICARDI, «*Audiat et altera pars*», 160-161. In merito, cf. G. TARZIA, «Le garanzie generali», 666.

CAPITOLO VI

Ordinamenti a confronto

1. Il principio prevalente

L'interposizione di appello è successiva alla fase di pubblicazione della sentenza (can. 1614; art. 133 cpc; art. 536; 543; 545 cpp): si collega alla massima per cui il gravame che la legge accorda alle parti come rimedio a una sentenza ingiusta, è porzione del diritto alla difesa¹.

Il diritto di difesa, dunque, non è limitato al solo primo grado di giudizio e non cessa nemmeno fra la sentenza definitiva della prima istanza e l'avvio della procedura in grado di appello. Le parti ne godono durante tutto il giudizio fino alla sentenza esecutiva, solo in modi diversi a seconda del presente stato di giudizio. Per questo si comprende bene che i mezzi d'impugnazione della sentenza rientrano nell'esercizio del diritto di difesa della parte gravata².

La peculiarità sgorga dall'essere la sentenza inserita nel processo quale momento del suo evolversi e cagionando nei gravami una realtà di autonomia³. Nella dottrina italiana si è provveduto a distinguere tra

¹ «Ius appellandi, enim, est species quaedam defensionis, quae quoad substantiam a iure naturae provenit et in bonum commune a iure positivo sancitur»: c. *Prior*, Sent. 6 dic. 1916, n. 2, 347-348.

² G. ERLEBACH, «Le fattispecie (fase discussoria)», 358.

³ Il sistema delle impugnazioni «pur non inerendo al cuore della garanzia dell'azione e della difesa, rende in ogni caso il processo più polifonico e ne agevola alquanto — ecco una delle radici della *doppia*, anche se non veramente *conforme* decisione di segno analogo, dove e per gli effetti per cui sia prevista (non rileva, invece, la ricerca e il tentativo di pervenire ad una per quanto apparente e formale — presunzione di verità) — la ricezione sociale ed etica: del processo stesso e soprattutto dei suoi concreti esiti decisori, al di là della loro *esattezza*, fatalmente variabile e mai

impugnazioni vere e proprie (a proposito di *errores in procedendo*) e mezzi di gravame (per gli *errores in iudicando*).

Come atto giuridico, la sentenza, alla pari di qualunque altro atto, può presentare difetti di costruzione, dovuti a violazione di regole processuali, ma essa può presentare anche errori di giudizio, sia di fatto che di diritto, cioè errori in quella che è la funzione propria ed esclusiva del giudice. Questi ultimi errori non hanno corrispondenza in quelli di alcun altro atto, e perciò non possono dar luogo a impugnazioni, ma a rimedi interni al processo, ai quali si dà il nome di mezzi di gravame. Appartengono alle *impugnazioni* in senso proprio la revocazione e l'opposizione di terzo, sarebbero *mezzi di gravame* l'appello e la cassazione⁴.

La scansione del tempo — costitutiva di ogni processo — trova conforto nella *Regula iuris* «Qui prior est tempore potior est iure» (VI^o. R.I. 54), in ossequio alla quale le cause vengono introdotte e iscritte a ruolo, per essere poi, secondo l'ordine, istruite e giudicate. La posizione che le parti rivestono è essenzialmente di parità, che si esprime *in modo prevalente* nella difesa delle situazioni giuridiche soggettive (cf. can. 221)⁵. Nondimeno, nel processo canonico tale garanzia minima rimane concertata dal giudice, alle cui mani del resto è affidato lo scorrere dell'intera procedura: è solo lui che, *ex* can. 1507 § 1, esercita la *vocatio in ius* delle parti; egli individua il *petitum* e i termini del contendere (can. 1513 § 1; 1502); è in definitiva lui ad *organizzare* il contraddittorio, sia questo *reale* (can. 1534; 1560 § 2), *effettivo* (can. 1598 § 1) ovvero *virtuale* (*ante* can. 1598). E siccome tutta la dialettica processuale si snoda *pro rei veritate*, il *dominus* del processo ecclesiale modula l'espletarsi corretto del diritto alla difesa

secondo le giuste disposizioni della legge positiva il cui compito è, non di togliere l'esercizio del diritto alla difesa, ma di regolarlo in modo che non possa degenerare in abuso od ostruzionismo, e di garantire nello stesso tempo la concreta possibilità di esercitarlo. La fedele osservanza della normativa positiva al riguardo costituisce, perciò, un grave obbligo per gli operatori della giustizia nella Chiesa⁶.

epistemologicamente *sicura*. Non di meno socialmente *legittimata*: C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 168.

⁴ S. SATTA — C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 420. Cf. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, 202.

⁵ C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 172.

⁶ GIOVANNI PAOLO II, *All. ad RR Praelatos*, 26 gen. 1989, 923.

Nel processo italiano viene consentito al magistrato il potere direttivo

solo all'interno delle lacune, dei vuoti probatori lasciati dall'inerzia delle parti [...] mentre è proprio quando si aggiunge ad un'attività probatoria esaurientemente svolta dalle parti, nel tentativo di modificarne gli esiti, che l'iniziativa ufficiosa entra in più netto conflitto con il valore della terzietà [...] Il punto di rottura [...], l'abuso che converte il giudice in investigatore, *alterando l'equilibrio processuale*, è la ricerca di prove sulla base di un'autonoma ipotesi ricostruttiva dei fatti, non il rimedio *in extremis* offerto all'accidia della parte⁷.

Nell'ordinamento della Chiesa si adottarono con la nuova codificazione schemi di giudizio conformi alle esigenze garantistiche dello Stato moderno, tra i quali le regole circa la variante del diritto d'agire e del contraddittorio nello svolgersi del processo. Le modificazioni hanno delineato un processo che è *nuovo* perché diretto a rendere operante un *nuovo* concetto ecclesiale di libertà individuale, rappresentazione che è stata attinta da istanze ormai connaturate allo stesso intimo sentire dei *Christifideles*, di quelli, almeno, che vivono l'esperienza dei sistemi costituzionali⁸. Nella protezione del contraddittorio, il legislatore costituzionale avrebbe «recepito e costituzionalmente garantito un principio fondamentale del processo: quello dell'economia processuale [...] espressione di un valore certamente rispettabile, ma altrettanto sicuramente non previsto dalla Costituzione», tanto da dover cedere, qualora contrasti, dinnanzi alla regola del contraddittorio (il *principio prevalente*)⁹.

⁷ P. FERRUA, «I poteri», 19. Il corsivo è nostro. «La discrezionalità in quanto tale può costituire anche un pericolo per la finalità degli stessi atti del potere ecclesiastico, se essa non è congiunta con altri criteri di estrema importanza. Tali criteri sono i principi supremi dell'ordinamento canonico, quali la giustizia, la verità, l'equità canonica, la carità, la mitezza, il rispetto della persona, l'autorità come servizio e non come arbitrio. Tutto questo può essere riassunto in qualche modo nel principio della *rationabilitas*, ossia il principio che giustifica ogni atto del potere ecclesiastico nella misura in cui esso è ordinato alla realizzazione del fine per cui esso esiste, ossia la salvezza delle anime»: V. DE PAOLIS, «La giustizia amministrativa», 35-36.

⁸ Cf. S. GHERRO, «Il diritto alla difesa», 5.

⁹ Cf. F.P. LUISO, *Principio*, 158. La locuzione *principio* indica l'originario riferimento al diritto naturale e la portata etico-ideologica che lo connota: cf. N. PICARDI, «*Audiat et altera pars*», 155.

1.1 *De querela nullitatis*

L'apparato delle impugnazioni, lessico adottato anche dal Legislatore canonico¹⁰, è impianto di provvedimenti offerto alla parte soccombente contro la sentenza che assume invalida o ingiusta: tale fase di controllo non è straordinaria, quanto ulteriore al primo giudizio e da prevedersi nel normale corso degli eventi. «Fatto, diritto e logica sono tutti soggetti al riesame ed eventualmente a correzione»¹¹.

Nel diritto canonico esiste l'istituto della querela di nullità¹². Ha carattere di garanzia della persona: la sentenza, legge tra le parti, «deve ammettere questa specie di *controllo di costituzionalità* del quale si fa promotore lo stesso suddito dell'ordinamento che ha pieno diritto a una legge pienamente d'accordo con i suoi legittimi interessi, tutelati dai principi supremi della *società di diritto*»¹³. È *ipse iudex qui sententiam tulit* competente a giudicare dell'interposizione, assoggettata a termini differenziati, vincolati dal carattere pubblico della decisione¹⁴.

Sotto questo profilo, *l'impugnazione della sentenza* non è se non un passo — forse l'ultimo — della strada che per quanto riguarda l'ordinamento canonico sancisce il can. 221 e che ebbe inizio quando il fedele volle «legittimamente vendicare e difendere in foro competente i diritti che gli corri-

¹⁰ «Proponitur ordo impugnationum qui videtur perspicuus. a) Imprimis non amplius vocantur *iuris rimedia*, quae sapiunt aliquatenus medicamenta et ideo incongrue adhibentur relate ad sententiam. *Impugnatio sententiae* est optima latinitatis vox, et concinit cum formula legum civilium»: *Comm* 8 (1976) 190.

¹¹ M. DAMAŠKA, *I* volti, 99.

¹² «Attamen nemo partem quae se gravatam sentit a decisione iudicis prohibere valet remediis legis invocandis ad sua iura amplius defendenda. Iam vero inter remedia prostat querela nullitatis»: c. Agustoni, Decr. 7 nov. 1986, n. 10, 173. D'altra parte, si legge nei *Praenotanda Schematis Canonum de Modo Procedendi pro Tutela Iurium seu de Processibus*: «Habentur antea *impugnationes sententiae*, quae ponuntur hoc ordine magis logico: 1) querela nullitatis; 2) appellatio. Dein *impugnationes rei iudicatae*, quae sunt: 1) restitutio in integrum contra rem iudicatam manifeste iniustam; 2) *tertii oppositio*, contra decisionem quae tertium laedere potest; 3) *causae retractatio*, contra duplicem conformem sententiam in causis de statu personarum» [*Comm* 8 (1976) 190]. L'opposizione del terzo è stata poi soppressa nella riforma.

¹³ J.M. SERRANO RUIZ, «La querela di nullità», 347.

¹⁴ Can. 1626: «Querelam nullitatis interponere possunt non solum partes, quae se gravatas putant, sed etiam promotor iustitiae aut defensor vinculi, quoties ipsis ius est interveniendi. Ipse iudex potest ex officio sententiam nullam a se latam retractare vel emendare intra terminum ad agendum can. 1623 statutum, nisi interea appellatio una cum querela nullitatis interposita fuerit, aut nullitas sanata sit per decursum termini de quo in can. 1623».

spondono nella Chiesa». Lo *ius agendi* non finisce se non con la sentenza giuridicamente valida e giusta¹⁵.

Il vizio può interessare una nullità sanabile (can. 1622) o insanabile (can. 1620)¹⁶: queste ultime sono da intendersi *irrecuperabili* perché inestate in diritti naturali. Non a caso «la negazione del diritto di difesa, di cui al n. 7, nelle sue forme più gravi, può coinvolgere il disconoscimento della persona umana, ridotta alla ignoranza e alla inattività in atti i cui effetti si riverseranno su di lui, magari anche in modo grave e irreversibile»¹⁷. Le cause in oggetto possono, *iuxta* can. 1627, essere trattate con il processo contenzioso orale, *iudicium contentiosum summarium* (can. 1656-1670; cf. can. 1343-1356 CCEO), a proposito del quale durante l'elaborazione del lb. VII fu affermato:

a) Est processus iudiciarius *radicitus simplicatus*, manente substantia contradictorii, actionis, exceptionis, probationum, publicitatis, discussionis et sententiae motivis praeditae. Haec omnia, tamen, obtinenda erunt *faciliter et celeriter*. Ideo praetermitti debent omnes sollemnitates, omnia temporis intervalla non stricte necessaria, et permultae scripturae. b) *Fulcrum* huius processus est *audientia*, quae respondet tribus necessitatibus simul, nempe: aa) *collectioni probationum* (examen partium, testium, documentorum); bb) *publicitati earundem probationum*, quae colliguntur praesentibus partibus earumque patronis, et ideo supplet publicationem actorum, qua tempus teritur; cc) *discussioni causae*, quae oretenus fit a patronis ante iudicem¹⁸.

Il sistema italiano non contempla un analogo gravame, eccetto la prossimità di alcuni aspetti del ricorso alla Corte costituzionale, alla

¹⁵ J.M. SERRANO RUIZ, «La querela di nullità», 347.

¹⁶ Can. 1620: «Sententia vitio insanabilis nullitatis laborat, si: 1° lata est a iudice absolute incompetenti; 2° lata est ab eo, qui careat potestate iudicandi in tribunali in quo causa definita est; 3° iudex vi vel metu gravi coactus sententiam tulit; 4° iudicium factum est sine iudiciali petitione, de qua in can. 1501, vel non institutum fuit adversus aliquam partem conventam; 5° lata est inter partes, quarum altera saltem non habeat personam standi in iudicio; 6° nomine alterius quis egit sine legitimo mandato; 7° ius defensionis alterutri parti denegatum fuit; 8° controversia ne ex parte quidem definita est»; can. 1622: «Sententia vitio sanabilis nullitatis dumtaxat laborat, si: 1° lata est a non legitimo numero iudicum, contra praescriptum can. 1425 § 1; 2° motiva seu rationes decidendi non continet; 3° subscriptionibus caret iure praescriptis; 4° non refert indicationem anni, mensis, diei et loci in quo prolata fuit; 5° acta iudiciali nullo innititur, cuius nullitas non sit ad normam can. 1619 sanata; 6° lata est contra partem legitime absentem, iuxta can. 1593 § 2».

¹⁷ J.M. SERRANO RUIZ, «La querela di nullità», 361.

¹⁸ *Comm* 8 (1976) 192.

Cassazione, in appello o al Tribunale della libertà¹⁹. Tali organi dovrebbero giudicare dei principi assiologici lesi, ponendo attenzione al rispetto della parità delle parti, del contraddittorio, della ragionevole durata, del postulato di economia processuale e di certezza del diritto garantito anche a livello europeo presso la CEDU²⁰.

Il legislatore italiano ha operato una scelta di opportunità nel giostrare l'equilibrio tra le esigenze di ricerca della verità ed i diritti individuali, privilegiando necessità di economia processuale e di certezza del diritto²¹, le quali non surclassano il contraddittorio:

Se è vero che un processo senza contraddittorio, o un contraddittorio limitato solo ad alcuni fra gli interessati, cela, sempre, un inquinamento dei principi su cui si basa la democrazia, le insidie che in esso si annidano sono destinate a moltiplicarsi nella misura in cui il tipo di rapporto che si instaura tra le parti divenga assimilabile a un confronto tra posizioni politiche ancor prima che fra pretese o fra tesi giuridiche²².

Sono i termini più adeguati alla lettura della sent. 20 lug. 2001 della CEDU²³ nella quale fu cassata una deliberazione della Corte d'appello di Firenze di una dichiarazione di nullità ecclesiastica, per l'inosservanza del principio del contraddittorio da parte del giudice *a quo* (la Rota Romana) e quindi per violazione del diritto ad un equo processo²⁴.

La parte ricorrente, pur senza utilizzare lo specifico *nomen iuris*, ritenne espressamente violato il proprio diritto alla difesa²⁵; ma il turno

¹⁹ La normativa generale sulle impugnazioni è disciplinata agli art. 309-311 cpp; 323-338 cpc. Inoltre, «È demandata al tribunale della libertà la decisione sulla richiesta di riesame, anche nel merito, avanzata dall'imputato o dal suo difensore, dell'ordinanza che dispone una misura coercitiva» (art. 280 cpp), cautelare personale (art. 272 cpp) o di sicurezza (art. 312 cpp): cf. EDG, «Tribunale della libertà», 1203-1204.

²⁰ La violazione dell'art. 6 § 1 della *Convenzione europea* in Italia ha comportato molteplici condanne da parte della CEDU. La Corte costituzionale aveva desunto in passato i principi da norme connesse, limitandosi tutt'ora a rinvii alla legge ordinaria; tuttavia, la stessa CEDU tende a collegare tra loro i parametri del processo, enucleando principi di metodo secondo i quali afferma, ad esempio, che *ragionevole* significa «tenuto conto dell'esigenza di assicurare il contraddittorio». Cf. C. CONTI, «Giusto processo», 630-631.

²¹ Cf. M. RUOTOLO, «Sulla presunta abrogazione».

²² C. MEZZANOTTE, «Appunti», 973-974.

²³ CEDU, sez. II, «Sent.», 20 lug. 2001, *Pellegrini vs. Italia*, 249-265.

²⁴ Cf. art. 64-71, l. 218/1995 e C. COST., «Sent.», 2 feb. 1982, n. 18.

²⁵ «Notandum est tandem querelam nullitatis sententiae cum appellatione vel cum provocatione ad obtinendam novam causae propositionem ab ipsa parte iuris ignara etiam verbis aequipollentibus ac implicite proponi posse. Etenim "minime requiritur, ad querelam suscitandam, ut pars gravata in actu appellationis technica verba *querela*

totale ritenne la richiesta non formale e come tale da non prendere in considerazione (senza bisogno di respingerla formalmente) in quanto «l'affermazione della parte convenuta sulla violazione del diritto di difesa da parte della sentenza di prima istanza era carente del minimo *fumus boni iuris*»²⁶. La massima disposta recita:

Viola il principio posto dall'art 6 § 1 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, sul diritto di ogni persona a un equo processo e, quindi, *in primis* a un giudizio in contraddittorio, la sentenza dei giudici italiani che dichiara l'efficacia, in detto ordinamento, di una pronuncia di nullità del matrimonio (nella specie: per consanguineità) senza verificare se il procedimento innanzi all'autorità ecclesiastica si è svolto con le garanzie poste dal ricordato art. 6²⁷.

Degno di attenzione, secondo il menzionato «confronto tra posizioni politiche ancor prima che fra pretese o fra tesi giuridiche», riscontrare nel prosieguo l'affermazione della stessa Corte secondo cui

il diritto ad un procedimento in contraddittorio, che è uno degli elementi di un processo equo ai sensi dell'art. 6 § 1 implica che ciascuna parte di un processo, penale o civile, debba avere la facoltà di conoscere e discutere ogni documento od osservazione presentata al giudice in vista di influenzarne la sentenza²⁸.

La giurisprudenza comunitaria attribuisce dunque al contraddittorio un privilegio solo formale, facendo propria una nozione lontana da quanto fin qui analizzato; adopera parametri errati, che non tengono conto della categoria di *modus agendi* nell'ordinamento da cui si diparte la pronuncia²⁹. La sentenza fece seguito ad un processo documentale

nullitatis adhibeat, sed sufficit ut ipsa, contra suum denegatum vel coarctatum ius defensionis, interventum Tribunalis explicite postulet»: c. *Stankiewicz*, Decr. 27 mag. 1994, n. 13, 11. Per il testo di riferimento: c. *Bruno*, «Decr.», 15 lug. 1993, n.4, 332.

²⁶ J. LLOBELL, «Il diritto», 61; in riferimento, cf. c. *Corso*, Sent. 13 apr. 1988, n. 5.8, 228-229.

²⁷ CEDU, sez. II, «Dispositivo», 20 lug. 2001, *Pellegrini vs. Italia*, 94.

²⁸ CEDU, sez. II, «Dispositivo», 20 lug. 2001, *Pellegrini vs. Italia*, 96. Osservazione indicativamente successiva al rilevare che «l'annullamento del matrimonio si fondava su un dato obiettivo, la consanguineità, che non era stata contestata dalla ricorrente e che risulta chiaramente dalla documentazione acquisita agli atti di causa»: *Ibid.*, 96.

²⁹ «La Corte europea, senza approfondire le peculiarità del processo documentale canonico, ha applicato formalisticamente principi assunti come costitutivi del *giusto processo*; si è notato in specie che la Corte è caduta in un equivoco ricostruttivo, costruendo il rapporto sottoposto al suo esame sulla base di un'astratta concezione del

(cf. can. 1686-1688)³⁰, procedimento canonico *sui generis* ancorato al dato documentale certo. Malgrado ciò, la CEDU ha ritenuto che il discendere della nullità da un impedimento oggettivo ed incontestabile non sia incidente.

1.2 De appellatione

L'appello è la forma tipica di riparazione del processo e comporta un esame incondizionato, *in iure et in facto*, di legittimità e di merito: esso fa parte della più ampia tutela del diritto alla difesa, la cui assoluzione è governata da un duplice fondamento — quale diritto individuale e garanzia di corretto accertamento giudiziale³¹.

L'annullamento o la modificazione di una decisione non richiede di stabilire che l'organo decisionale subordinato abbia errato o sia colpevole; seppur ineccepibile al momento della sua pronuncia, una sentenza può essere modificata ad opera dei suoi superiori. Così se durante l'appello vengono scoperte nuove prove (che provochino dubbi sulla correttezza della decisione, ma non biasimo sul giudice), queste devono essere sottoposte all'autorità di controllo piuttosto che all'organo giudicante di primo grado³².

Nel diritto canonico, a promuovere il gravame «non è il criterio, del tutto soggettivo della *ingiustizia* della sentenza ma quello, indiscutibilmente oggettivo, determinato dalla necessità della *duplex conformis* che automatizza la proposizione dell'appello»³³. Il can. 1682³⁴, prevede la

principio del contraddittorio e del correlativo diritto di azione di difesa, senza procedere ad una valutazione di esso nella concretezza del modello processuale nel quale si è attuato»: G. DALLA TORRE, «Postfazione», 217.

³⁰ Nel processo c.d. *documentale* si tratta di «dichiarare la nullità del matrimonio in fattispecie in cui la certezza morale sull'invalidità del vincolo emerge da un documento. Per questo motivo, la legge rinuncia a diverse cautele molto radicate nell'ordinamento canonico per garantire che la nullità dichiarata coincida con la realtà: la collegialità del tribunale (nel processo documentale il giudice è monocratico), la necessità della doppia sentenza conforme *pro nullitate vinculi* affinché le parti possano celebrare un nuovo matrimonio e, in sintesi, *praetermissis sollemnitatibus ordinarii processus* (can. 1686)»: J. LLOBELL, «Il diritto», 132.

³¹ Osserva P. FERRUA, «Difesa», 467-468: «è in gioco un'opzione di civiltà, di tutela della libertà, [...] soprattutto perché la sentenza, una volta divenuta irrevocabile, vale indipendentemente dalla giustizia delle sue statuizioni». Cf. anche GIOVANNI PAOLO II, All. ad RR *Praelatos*, 18 gen. 1990, 873: «il processo rappresenta una progressiva conquista di civiltà e di rispetto della dignità dell'uomo».

³² M. DAMAŠKA, *I volti*, 100.

³³ F. DELLA ROCCA, «I mezzi di impugnazione», 332.

³⁴ «Sententia, quae matrimonii nullitatem primum declaraverit, una cum appellationibus, si quae sint, et ceteris iudicii actis, intra viginti dies a sententiae publicatione

trasmissione *ex officio* della sentenza e di tutti gli atti di causa, dal tribunale di prima istanza a quello superiore competente in appello, affinché possa emettere sentenza conforme (si discorre di *conformitas aequipollens* o *substantialis*) circa il *petitum*³⁵.

Ai margini della questione sulla convenienza dell'obbligo introdotto da Benedetto XIV nella Cost. ap. *Dei Miseratione* — che si vorrebbe scalzare a favore della celerità *iuxta* can. 1453 — gli istituti di diritto e le misure scelte per attuarli sono intimamente connessi e significativi del *modus agendi* da cui si dipartono: il fine non giustifica i mezzi³⁶.

Seppure l'esigenza della celerità nell'amministrazione della giustizia sia un obiettivo di indiscutibile pregio, occorre non dimenticare che esso non può certo essere posto al vertice né dell'attività giudiziaria, né di quella più ampiamente pastorale [...] La giustizia, che non è altro che la corrispondenza della soluzione processuale alla verità oggettiva, è un principio di rango superiore rispetto a quello della celerità nella celebrazione del processo³⁷.

La portata della *res iudicata* va molto al di là di una pura questione tecnico-processuale, poiché aspira ad un accertamento penetrante della realtà: ogni sistema giuridico lo presuppone, esprimendolo in una visione dell'uomo incardinata nell'attualità della storia; l'ordinamento «cerca di realizzare (anche con quella peculiare forza obbligatoria che è tipica del diritto) un sistema di valori, ponendoli altresì tra di loro in un rapporto di priorità. Anche dietro alle norme apparentemente più tecniche, operano in realtà quelle scelte di fondo»³⁸. Per l'argomento che ci riguarda, in merito al c.d. *processus brevior* (can. 1682 § 2) — attuabile solo in caso di sentenza affermativa di primo grado e operante attraverso un decreto di conferma che ha natura di sentenza definitiva — si assiste ad una certa

ad tribunal appellationis ex officio transmittatur. Si sententia pro matrimonii nullitate prolata sit in primo iudicii gradu, tribunal appellationis, perpensis animadversionibus defensoris vinculi et, si quae sint, etiam partium, suo decreto vel decisionem continenter confirmet vel ad ordinarium examen novi gradus causam admittat».

³⁵ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, I, 3, 1095 a, 86: «Ciascuno giudica bene ciò che conosce, e solo di questo è buon giudice. Dunque, in ciascun campo giudica adeguatamente chi ha una preparazione specifica, ma è buon giudice in generale chi ha una preparazione globale».

³⁶ «[...] e nelle azioni di tutti gli uomini, e massime de' principi, dove non è giudizio a chi reclamare, si guarda al fine. Facci dunque uno principe di vincere e mantenere lo stato: e' mezzi saranno sempre giudicati onorevoli e da ciascuno laudati»: N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, 101.

³⁷ P. BIANCHI, «Quale futuro», 170-171.

³⁸ P. BIANCHI, «Quale futuro», 172.

attenuazione del contraddittorio, dal momento che, seppur i giudici della revisione debbono decidere *perpensis animadversionibus defensoris vinculi et, si quae sint, etiam partium*, non risulta — almeno dalla norma positiva — che sussista un diritto a controbattere rispetto alle *animadversiones* eventualmente avanzate³⁹.

La possibilità di ricorso della parte convenuta o del difensore del vincolo è alquanto compromessa: l'appello formale interposto non comporta necessariamente un secondo grado di giudizio con rito ordinario giacché — a discrezione dei giudici del tribunale *ad quem* — la procedura può terminare con decreto. Il diritto al contraddittorio è ridotto all'essenziale quando la fase preliminare presso il tribunale superiore procede da sentenza di prima istanza *pro nullitate vinculi*, ben motivata e senza eccezioni: può giungere infatti alla richiesta certezza morale *ex actis et probatis in prima instantia*. Ciò non toglie che

il tribunale superiore deve assicurarsi che entrambe le parti siano a conoscenza che è in corso il processo di seconda istanza (cioè, devono essere citate), il quale ha come oggetto della controversia (stabilito nel decreto di *litis contestatio*) la conferma (o meno) della sentenza di primo grado. Qualora non vi sia stata alcuna attività delle parti, il principio secondo cui «in gradu appellationis eodem modo, quo in prima instantia, congrua congruis referendo, procedendum est» (can. 1640), permetterà, senza ulteriori dilazioni, che «ad causae discussionem deveniatur et ad sententiam» (can. 1640), nel pieno rispetto del diritto al contraddittorio⁴⁰.

Pertinente è la scansione temporale che nella proposizione di appello soggiace a termini perentori a pena di decadenza. In ambito civile, autorizza la morfologia dell'*appello con riserva dei motivi*, qualora non paia che verrà redatta la sentenza entro i tempi stabiliti⁴¹. Siffatte scadenze giovano non poco alla speditezza del processo. Per di più, mentre il giudice statale di appello è vincolato nella cognizione dal principio del *tantum devolutum quantum appellatum*⁴² — di modo che essa è

³⁹ P. BIANCHI, «Quale futuro», 180.

⁴⁰ J. LLOBELL, «Il diritto», 88-89. Can. 1640: «In gradu appellationis eodem modo, quo in prima instantia, congrua congruis referendo, procedendum est; sed, nisi forte complendae sint probationes, statim post litem ad normam can. 1513 § 1 et can. 1639 § 1 contestatam, ad causae discussionem deveniatur et ad sententiam».

⁴¹ Cf. L. MONTESANO — G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, II. *Il processo di cognizione ordinaria*, 391-393. Vedi anche art. 325 cpc; 593.595 cpp.

⁴² «a ledere il diritto di difesa è sufficiente che si consenta al giudice di pronunciare "decisioni a sorpresa" che, in ossequio al principio del *iura novit curia*, adottano soluzioni del tutto diverse da quelle prospettate e discusse inter partes»: P. FERRUA,

«limitata ai capi e ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti»⁴³ — nonché dal divieto di *reformatio in peius*; nell'ambito canonico invece, e specificatamente per i provvedimenti matrimoniali *ex can. 1683*⁴⁴, è possibile richiedere l'ammissione di nuovi capi di nullità *tamquam in prima instantia*, in ragione del fatto che, se la parte può chiedere l'ammissione di nuove prove nel giudizio di secondo grado (*can. 1639 § 2*)⁴⁵, deve anche poter reclamare un *petitum* che meglio risponda alla verità dei fatti.

È consentito al tribunale presso il quale trovasi pendente la causa di appello concedere la facoltà di proporre un nuovo *caput nullitatis*, cioè una nuova *causa petendi*: nel qual caso la causa, nei particolari riguardi del nuovo *caput nullitatis*, deve valere come causa di prima istanza (restando, così, salvo il principio del doppio grado di giudizio per la realizzazione della *duplex conformis*)⁴⁶.

Se interviene richiesta di appello, bisogna operare un *distinguo* tra la generica richiesta di modifica della sentenza; il ricorso contenente individuati motivi della risoluzione ingiusta; ovvero l'istanza con espressa petizione di nuove prove che dimostrino l'illegittimità del provvedimento. Nel primo caso, il tribunale può procedere, se lo ritiene, a conferma mediante decreto; nel secondo invece dovrà analizzare le ragioni addotte e, nel caso non siano risolutive (o perché infondate, o perché già sciolte in altra sede), potrà comunque procedere a decreto di ratifica con la motivazione dell'irrelevanza delle questioni. Se così non fosse, interverrà con decreto di differimento all'esame ordinario. Per la richiesta di nuove prove, l'organo giurisdizionale è tenuto a differire all'esame d'appello, eccetto non sussista alcun *fumus boni iuris*. Il rinvio dovrà operare anche nel caso di sentenza *pro validitate vinculi* (espressione, per ovvie ragioni, assai più consona della dizione «negativa»), impugnata dalla parte attrice (ora anche appellante) o dal promotore di giustizia (*iuxta can. 1674, 2°*) in grado di dimostrare la pregiudizialità

«Difesa», 470. Il testo riportato nella citazione è di L.P. COMOGLIO, «Art. 24», 58-59. Cf. anche G.P. MONTINI, «Alcune questioni», 332-334.

⁴³ M. BARGIS, «Appello», 76.

⁴⁴ «Si in gradu appellationis novum nullitatis matrimonii caput afferatur, tribunal potest, tamquam in prima instantia, illud admittere et de eo iudicare».

⁴⁵ «§ 1. Salvo praescripto can. 1683, in gradu appellationis non potest admitti nova petendi causa, ne per modum quidem utilis cumulationis; ideoque litis contestatio in eo tantum versari potest, ut prior sententia vel confirmetur vel reformetur sive ex toto sive ex parte. § 2. Novae autem probationes admittuntur tantum ad normam can. 1600».

⁴⁶ F. DELLA ROCCA, «I mezzi di impugnazione», 334.

della sentenza appellata; in caso contrario, si violerebbe un assioma del giusto processo, espropriando l'appellante del diritto di contraddire alla sentenza lesiva⁴⁷.

In processu canonis 1682 § 2, Tribunal appellationis semper ponderare debet, non solum affirmativam appellatam sententiam primi gradus, sed, etiam, omnia causae acta, ut, ad certitudinem moralem adveniens quoad nullitatem matrimonii, ex capite iam affirmative iudicato, confirmare sententiam primi gradus secus causam ad ordinarium secundi gradus examen admittere debeat⁴⁸.

«Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem»⁴⁹.

1.3 *De recursu amministrativo*

La composizione in modo ordinato delle relazioni è una delle ragioni d'essere della legge: essa appronta mezzi per la difesa dei diritti soggettivi o interessi legittimi. Nella dottrina italiana è accuratamente dibattuta la loro distinzione; in quella canonica invece, la disamina è attenuata, in qualche modo quasi estranea, superflua e probabilmente dannosa⁵⁰. È proprio il can. 221 a riconoscere ai *Christifideles* il diritto di rivendicare legittimamente le proprie prerogative; norma comunque mitigata e regolata nel suo esercizio dalla disposizione del can. 223, per la quale si discorre di *giusto* affievolimento dei diritti dei fedeli. Tra queste *moderazioni* dell'Autorità si riscontrano le garanzie processuali e penali, che costituiscono uno dei suddetti limiti e in ragione delle cui lesioni si instaura il contenzioso amministrativo⁵¹.

In hodierno contentioso-amministrativo maius momentum habere solutionem contentionis circa ius subiectivum quam quaestionem de legitimitate [...] constat igitur controversias, quae confluent et quae de facto in Signa-

⁴⁷ Cf. J. LLOBELL, «Il diritto», 89-90.

⁴⁸ C. Alwan, Decr. 14 apr. 2000, n. 3.

⁴⁹ CELSO, D. 1, 3, 17.

⁵⁰ Cf. I. GORDON, «De Iustitia administrativa», 349-352.

⁵¹ «Quando un atto emanato da un'autorità di potestà esecutiva determina una violazione di un interesse personale del singolo, in linea generale si riconosce comunque alla parte lesa la legittimazione a contestarlo [...] la parte gravata potrà contestare il provvedimento in via gerarchica, con il ricorso di cui ai can. 1732-1739, o in via giurisdizionale presso la *Sectio Altera* della Segnatura Apostolica, con il ricorso contenzioso previsto dal can. 1445 § 2 per la risoluzione delle controversie amministrative [...] e solo per violazione di legge *in decernendo vel in procedendo* (PB art. 123 § 1-2)»: A. BETTETINI, «Il diritto d'azione», 163-164.

turam iam confluunt, esse controversias circa iura subiectiva. Et tamen, in Sectione Altera non est erectum *contentiosum iurium subiectivorum* — ut sperari poterat — sed quoddam contentiosum potius mixtum ex contentioso iuris subiectivi et contentiosi annulationis seu influxu — ut videtur — contentiosi amministrativi italici. Datur igitur interna et fortis inadequatio inter controversias iuris subiectivi pro quibus Tribunal Sectionis Alterius erectum est, et indolem contentiosam huius Tribunalis. [...] Atque haec est radix plurium ac gravium difficultatum, quae hic illic in sequentibus occurrunt⁵².

Per la canonistica il diritto vivente è ravvisabile nella giurisprudenza e prassi della Curia Romana e dei tribunali, come del resto nell'azione amministrativa e nelle procedure informate all'operato degli enti ecclesiastici. Per vagliarlo bisogna rivolgersi all'analisi attenta della vita sociale e delle consuetudini, degli usi di tutti i gruppi, non solo di quelli riconosciuti giuridicamente, ma anche di quelli ignorati o forse trascurati dal diritto e perfino di quelli da esso misconosciuti⁵³. Diritto vivente significa infatti attualizzazione delle scelte di fondo codificate nella Norma fondamentale in senso lato, sia questa una Carta Costituzionale ovvero una compiuta antropologia.

Al di là della questione sui tipi di ricorsi che riguardano la Segnatura Apostolica e la *Sectio Altera*⁵⁴ interessa qui la *legitimatio ad causam* che per prima incardina il confronto tra soggetti processualmente capaci. È intervenuta un'interpretazione autentica della PCCICAI (resp. 29 apr. 1987) che al quesito: «Utrum christifidelium coetus, personalitatis iuridicae, immo et recognitis de qua in can. 299 § 3, *expers*, *legitimationem activam* habeat ad *recursum hierarchicum* proponendum adversus decretum proprii Episcopi dioecesani», rispose: «Negative, qua coetus; Affirmative, qua singuli christifideles, sive singillatim, sive coniunctim agentes, dummodo revera gravamen passi sint. In aestimatione autem huius gravaminis, iudex congrua discretionalitate gau-

⁵² I. GORDON, «De Iustitia administrativa», 378.329-331. «[il contraddittorio] mentre è presente nel procedimento giurisdizionale, di norma non si riscontra nel procedimento amministrativo. Coloro, infatti, che si collocano dal punto di vista del procedimento finiscono per cogliere l'essenza del fenomeno nell'*iter* procedimentale, cioè nella serie di attività che si susseguono in regolare successione. In quest'ottica costituisce soltanto un *accidente* se il predetto *iter*, in alcune ipotesi, si svolga in contraddittorio dei destinatari del provvedimento ed assuma, così, una struttura più articolata»: N. PICARDI, «*Audiat et altera pars*», 156-157.

⁵³ Cf. E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 593. E anche R. MAZZOLA, «Il diritto vivente», 312-313.

⁵⁴ Rinviamo alla trattazione esauriente di S.F. AUMENTA, *La tutela*, 93-150.

deat oportet»⁵⁵. Occorre valutare il personale coinvolgimento, la reale incisione sul patrimonio giuridico del soggetto, la sussistenza di un vero gravame.

Ora, se legittimato è colui in capo al quale sussiste un rapporto qualificato e tutelato dal diritto⁵⁶,

La realtà della lesione non potrà che essere valutata nel contraddittorio tra le parti, ascoltando le reciproche ragioni e arrivando a stabilire se la lesione accertata non sia stata eventualmente legittima, in quanto attuata dall'Autorità nel rispetto sostanziale e formale della legge, per un fine superiore che è quello del maggior bene della Comunità⁵⁷.

La tutela dell'interesse diffuso appare così strettamente collegata all'utilità della *communitas fidelium*, «presupposto indispensabile e primario per l'attuazione del fine soteriologico cui si preordina l'azione ecclesiale»⁵⁸. Rimedio analogo si esperisce nella legislazione italiana con il ricorso alla Corte di Cassazione, giudice di legittimità che garantisce il rispetto della legge da parte degli altri organi giurisdizionali, nonché l'uniforme applicazione del diritto a livello nazionale. La parte soccombente può impugnare la sentenza

per violazione di legge: il ricorso, cioè, può dedurre non che il giudice inferiore ha male accertato i fatti o male esercitato i suoi poteri discrezionali, ma solo che egli ha male applicato la legge processuale che disciplinava la

⁵⁵ PCCICAI, Resp. 29 apr. 1987, 1818. Per esperire ricorso amministrativo è necessario non un rifarsi generico a diritti soggettivi attuati *qua coetus*, bensì far scendere in campo la nozione di *interessi diffusi comunitari*, «situazioni sostanziali non direttamente ricollegabili alla sola sfera giuridica individuale [...] in quanto attinenti a un bene di rilevanza spiccatamente generale o comunque comunitaria, e in quanto riscontrabili in capo a una serie indeterminata di titolari, quasi mai unanimemente coinvolti nella vicenda processuale instauratasi»: G. TOGNONI, «La tutela», 321. Dottrina sugli interessi diffusi si trova nell'esperienza statale: cf. V. DENTI, «Interessi diffusi», 305-313; M. NIGRO, «Le due facce», 7-20.

⁵⁶ Per proporre ricorso «è necessario avervi *interesse*. Tale interesse però non deve essere confuso con l'interesse violato dall'atto amministrativo, che costituisce il presupposto del ricorso medesimo. L'interesse a ricorrere deve essere personale, diretto e attuale. *Personale*, nel senso che deve riguardare la persona stessa che sporge il ricorso e non altri; *diretto*, in quanto il ricorso deve essere occasionato da una lesione di un diritto o interesse proprio del ricorrente; *attuale*, nel senso che questa lesione non deve riferirsi al passato o al futuro, ma occorre che sia ancora in atto»: A. RANAUDO, «Il contenzioso», 558.

⁵⁷ S.F. AUMENTA, *La tutela*, 135.

⁵⁸ G. TOGNONI, «La tutela», 341. Cf. PCCICAI, Resp. 20 giu. 1987, 1818, dove si introduce la locuzione legittimante: «dummodo revera gravamen passi sint».

sua attività o la legge sostanziale che avrebbe dovuto determinare il contenuto della sua pronuncia⁵⁹.

A livello di legislazione europea, qualora la violazione derivi da atto amministrativo, si hanno due ipotesi: se non ha ancora forza di *res iudicata*, l'esecuzione della sentenza della CEDU si limita alla riforma o all'annullamento dell'atto; se invece esso gode già di stabilità, l'esecuzione della sentenza non sarà facile, perché si dovrà attendere una *restituito in integrum*, riammissione alla situazione antecedente il provvedimento amministrativo⁶⁰. Tuttavia,

la sentenza della Corte obbliga solo lo Stato parte di un procedimento. Il principio della relatività dell'autorità della cosa giudicata si applica dunque alle sentenze della Corte. «Le sentenze della Corte europea non hanno un'autorità di cosa giudicata assoluta o *erga omnes* nella misura in cui non obbligano gli altri Stati, in relazione al dispositivo della sentenza in causa, a prendere determinate misure o a considerare inapplicabile il diritto interno»⁶¹.

Stesso effetto di un ricorso amministrativo ammesso alla Segnatura, fatto passare in dibattimento e risolto affermativamente dal Congresso: conduce ad una vittoria di Pirro perché il Supremo Tribunale giudica *in procedendo*, non *in decernendo*⁶².

2. Contraddittorio: aspetto dinamico della *communio*?

L'attività della Chiesa partecipa di varietà di forme che si proporzionano ad ogni situazione avvalendosi della propria *frammentarietà*, carattere generale della legge canonica che permette la docilità per la quale si persegue la giustizia. Stando al dato statistico, la maggioranza dei procedimenti nell'ambito ecclesiale sono richieste di provvedimenti nella sfera sacramentale⁶³, atteso che per le *causae iurium* opera di

⁵⁹ EDG, «Cassazione, corte di», 232.

⁶⁰ Cf. I. CABRAL BARRETO, «L'impatto», 104-105.

⁶¹ I. CABRAL BARRETO, «L'impatto», 113. La citazione nel testo è di P. LAMBERT, *Les effets*, 79.

⁶² «Nella Chiesa l'interesse pubblico e l'interesse privato non solo coincidono nel fine ultimo, ma si presentano così strettamente connessi da togliere significato a quella distinzione tra diritto soggettivo (esclusivamente del proprio titolare) ed interesse legittimo, che è conosciuta dalla dottrina amministrativista laica»: S.F. AUMENTA, *La tutela*, 172. Nuovamente il primato del trascendente sull'immanente.

⁶³ Teniamo conto a questo proposito anche dei procedimenti per l'abbandono dello stato clericale, facendo riferimento, col permesso dell'autore, alla tesi dottorale di G. AQUINO, *I procedimenti per l'abbandono*.

preferenza il rinvio alla legge civile (cf. can. 1284 § 2, 2°-3°; 1286, 1°; 1288; 1290; 1296; 1500; 1714). Dando per accreditato che

lo studio del diritto processuale è quello che più da vicino ci permette di avvicinarci a cogliere, e quasi direi ascoltare, come fa il medico quando appoggia l'orecchio al petto del malato, il palpito della giustizia: di questa aspirazione, di questa voce misteriosa e divina che corre, più viva del sangue nelle vene, nello spirito dell'uomo⁶⁴;

procediamo con la trasversale dell'applicazione del metodo del contraddittorio in alcuni processi c.d. speciali⁶⁵, avendo cura di mantenere la tangente dei giudizi nello Stato italiano⁶⁶. Non entriamo nella dibattuta questione circa la *natura speciale* (giudiziaria o amministrativa) di tali giudizi, visto che alcune delle procedure sono incontestabilmente giudiziali, pur sfociando in un provvedimento amministrativo: le incertezze classificatorie non sono nostro tema⁶⁷, ma piuttosto la partecipazione dialettica in parità di posizioni operative; l'inviolabilità dell'informazione endoprocessuale, in virtù della quale i soggetti legittimati sono edotti circa domande, pretese, istanze al fine di organizzare la propria difesa; il diritto alla prova e all'allegazione di fatti, che importa la corrispondente prerogativa di difendersi controprovando, di partecipare alla formazione dell'impianto probatorio, di conoscere le prove *valutandae*, di discutere sull'assetto delle risultanze; la durata ragionevole del percorso processuale. Il che «si identifica anche, nel sistema processuale, e sommamente nel processo civile, nel c.d. principio dispositivo»⁶⁸.

⁶⁴ P. CALAMANDREI, «Processo e giustizia», 274.

⁶⁵ I tratti peculiari delle procedure in discorso trovano luogo nel riscontro di alcune carenze: «a) manca un giudizio di tipo *contenzioso* e accusatorio; b) non è mai disposto, almeno in modo *espresso e vincolante*, il ricorso alla difesa tecnica; c) non è prevista una *generale* pubblicità degli atti»: S. BERLINGÒ, «Il diritto al processo», 339.

⁶⁶ Dove vengono qualificati *procedimenti speciali* «tutte quelle strumentazioni di ordine processuale attraverso le quali si tende a realizzare la tutela giurisdizionale con modalità, obiettivi, caratteri differenziati rispetto all'ordinario processo di cognizione. Tali differenziazioni attengono o alle modalità attuative del contraddittorio, o al contenuto e alle finalità dei provvedimenti conclusivi del giudizio, o a settori specifici dell'ordinamento sostanziale»: G. GIACOBBE, «Il principio», 188.

⁶⁷ Alla quale però non è del tutto estranea quella «fatica concettuale da spendere nello scandire i termini ed i modi delle varie funzioni dell'ordinamento [che] è stata ed è uniforme in tutti i settori della scienza giuridica, ivi compreso quello canonistico»: S. BERLINGÒ, «Il diritto al processo», 347.

⁶⁸ Cf. C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 174-175. Il Legislatore canonico ha disciplinato nell'ordinamento attuale la convenienza di tale principio, valutazione

2.1 *De proceduris matrimonialibus*

Al dato introduttivo, l'ammissione del libello implica una serie di verifiche.

Si ex una parte graves rationes in libello reiciendo adsint oportet, [...] ex altera parte servari debent oeconomia processualis necnon alterius partis atque communitatis ecclesialis iusta tranquillitas: «Libellus itaque [...] a iudice reici tantum potest cum incompetencia iudicantis in promptu sit; cum desit legitima persona actoris ad agendum; cum non servantur praescriptiones de iis, quae petitio iudicialis indicare debet; et denique cum appareat evidens absentia fundamenti in petitione actoris, eo quidem sensu ut ne durante processu et allatis probationibus spes effulgeat ulla de evincenda actoris thesi. Haec ultima species [...] sub nomine venit in traditione canonica de necessitate *fumi boni iuris*, qui suffragare debet petitioni iudiciali, ne tempus teratur et incommodum sive alteri parti, sive bono pubblico inutiliter inferatur, cum discrimine administrationis iustitiae in Tribunalibus Ecclesiae Sanctae»⁶⁹.

Tali accertamenti sono imperativi non solo perché qualificano i soggetti della causa, il foro e i titoli di competenza, nonché la *litispendentia* (cf. can. 1512), ma anche in quanto introducono alla citazione della parte convenuta, ovvero alla notifica di essa (cf. can. 1508-1509), evento che è causa di prevenzione in capo al tribunale (can. 1415), di fermezza della giurisdizione ed effettività del contraddittorio⁷⁰. Sono da sviluppare un paio di considerazioni a proposito della comunicazione del libello alla parte convenuta: nella decisione del Tribunale della Segnatura Apostolica (decr. 6 apr. 1971), non essendo obbligatorio allegare il libello alla citazione della parte (all'epoca, vigente il CIC'17, non era necessario neppure farlo conoscere al momento della concordanza del dubbio), nella notifica si deve però includere l'oggetto

secondo cui «la mejor defensa de los derechos es la realizada por los propios interesados y no por elementos indiferentes a los intereses en cuestión»: M.J. ARROBA CONDE, *El principio dispositivo*, 199.

⁶⁹ C. Caberletti, Decr. 4 mag. 2000, n. 3. Per la citazione nel testo, cf. c. Serrano, Decr. 21 giu. 1985, n. 3, 176.

⁷⁰ «*Instantiae initium fit citatione*, non vero, sicuti in norma vigenti, contestatione litis, quae non absolute necessaria est sicuti citatione»: *Comm* 8 (1976) 188. In verità, se la citazione è assolutamente necessaria quale atto preliminare del giudizio, occorrerà comunque che segua una qualche formulazione del dubbio di causa, per non dover sentire: «Domine non potestis contra me de iure inquirere quia non sum de his criminibus infamatus» (G. DURANDI, *Speculi*, III. *De inquisitione*, 1, 35). Cf. anche X. 2, 6: «Ut lite non contestata, non procedatur ad testium receptionem».

giuridico della chiamata in giudizio per rispetto del principio del contraddittorio⁷¹. In una più recente decisione, il medesimo Foro Apostolico ha sancito che all'atto della *litis contestatio* è sufficiente rendere noto l'oggetto della controversia.

Attento quod ius defensionis evidenter exerceri nequit, nisi pars in causa cognoscat obiectum controversiae; ideo praescribitur ut libellus parti conventae una cum decreto citationis in iudicium vel saltem post eius depositionem in iudicio significetur (cf. can. 1508 § 2), utque controversiae termini, ex partium petitionibus et responsionibus desumpti, definiantur (cf. can. 1513 § 1-2); violatio autem horum praescriptorum, quae ceterum expressa sanctione nullitatis non sunt munita, non secumfert denegationem iuris defensionis, si pars aliunde obiectum controversiae in iudicio definiendae satis cognoscit⁷².

Sostanziale è la notifica della citazione alla parte convenuta; qualora non avvenga l'annessione del *petitum* (*quid*) e della *causa petendi* (*quo iure*), non determinerà la nullità soltanto se ed in quanto il diritto di difesa, *ius ad informationem adque auditionem*, sia garantito integralmente in corso di istruttoria⁷³. Nella procedura statale, l'atto introduttivo è la citazione o il ricorso, il primo per il rito ordinario, il secondo per i procedimenti speciali. La notifica ravvisa l'esistenza della domanda a tutti gli effetti, soprattutto per la pendenza del processo; c'è una notevole differenza tra procedimento scritto e orale: all'interno del primo, essa è mera informazione alla parte della domanda proposta e dell'udienza stabilita; nell'economia del secondo, essa conta più di tutto come scrittura difensiva che serve anche al giudice, costituendo la base immediata della trattazione *coram eo*.

Sebbene l'art. 163 cpc preveda, tra gli elementi classici a contenuto della domanda (*quis, quid, coram quo, quo iure petatur, a quo*), al n. 5 «l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende

⁷¹ «Petitum et causa petendi sunt essentialia et debent notificari etiam partis conventae simul cum scheda citatoria, ut iam a limine iudicii aequalitas inter partes servetur et ut pars conventa contradictorium instituere possit [...] Ut pars conventa possit contradictorium exercere seu petitioni actoris et processui sese opponere sufficit ut cognoscat petitum et causa petendi seu caput aut capita nullitatis matrimonii, quae ab actore indicantur. Ius autem defensionis, quod procul dubio supponit cognitionem omnium probationum ex parte actoris, non potest exerceri in sede litis contestationis, quia libellus non probat, sed probandus est, probatio autem locum habet in periodo instructoriae, quae incipit post litis contestationem»: SEGNETURA APOSTOLICA, «Decr. c. Staffa», 6 apr. 1971, 120-121.121-122.

⁷² SEGNETURA APOSTOLICA, *Decr.*, 18 dic. 1996.

⁷³ Cf. J. LLOBELL, «Il diritto», 123.

valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione», tale prescrizione non è a pena di decadenza, potendo le parti integrare ulteriormente l'apparato probatorio entro il termine perentorio fissato dal giudice (art. 184 cpc). A livello di indagine sistematica, è chiaro che i meccanismi sono pressoché analoghi, ma devono corrispondere al contenuto specifico del proprio sistema: la protezione del contraddittorio, fin dalle prime fasi, colora di tono vivace l'uno e l'altro ordinamento, distinguendone la realizzazione.

La *vocatio in ius* di cui si parla deve essere indirizzata a persona con capacità *standi in iudicio*; proprio nelle cause matrimoniali tuttavia, è frequente l'invocazione di capi di nullità facenti riferimento al can. 1095 e sovente si affronta il dilemma se nominare *ex officio* e *ad cautelam* un curatore alla parte convenuta, magari senza il consenso di questa. «Detta nomina, in teoria, vuole evitare la nullità della sentenza per incapacità processuale (cf. can. 1620, 5°), ma, in realtà, comporta la *espropriazione* della capacità processuale della parte e la estromissione della medesima dalla causa»⁷⁴. Palese violazione del diritto al giusto processo; tale incapacità è comunque di auspicabile *sanatio in itinere* qualora venga nominato un curatore *ad cautelam*.

Troviamo procedimenti a contraddittorio limitato nel diritto di famiglia. L'art. 155 cc⁷⁵ relativo alla separazione giudiziale tra i coniugi, laddove disciplina i provvedimenti del giudice in rapporto ai figli, non prevede che venga loro nominato un curatore speciale: non siamo nell'ambito di una violazione del principio del contraddittorio, «bensì di una diversa articolazione di esso, nel quadro della salvaguardia dei valori fondamentali della vita familiare»⁷⁶. Anche secondo la procedura intentata *ex art.* 145 cc⁷⁷, non si assiste ad un contraddittorio esaustivo; la dialettica processuale che si realizza senza difensore tecnico, non

⁷⁴ J. LLOBELL, «Il diritto», 125.

⁷⁵ «Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa».

⁷⁶ G. GIACOBBE, «Il principio», 189.

⁷⁷ «In caso di disaccordo ciascuno dei coniugi può chiedere, senza formalità, l'intervento del giudice il quale, sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno, tenta di raggiungere la soluzione concordata. Ove questa non sia possibile e il disaccordo concerna la fissazione della residenza o altri affari essenziali, il giudice, qualora ne sia richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi, adotta, con provvedimento non impugnabile, la soluzione che ritiene più adeguata».

sembra incompatibile con l'art. 111 Cost.: la limitazione ha ragione nel salvaguardare l'interesse prevalente della famiglia (cf. art. 29 Cost.).

Da ultimo, la disciplina dedicata all'efficacia delle sentenze straniere; norme ostative al riconoscimento di decisioni pronunciate in difetto di garanzia delle regole che tutelano il c.d. ordine pubblico procedurale.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione [...] ha ribadito il principio secondo cui l'attuazione del contraddittorio e del diritto di difesa può essere definita con modalità diversificate a seconda dei modelli processuali adottati da ciascun ordinamento, con la conseguenza che, soltanto nell'ipotesi in cui tali modelli confliggano in modo evidente con il complesso dei principi che formano il cardine della struttura economica sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, si determina la violazione dell'Ordine pubblico interno che preclude la delibazione di sentenza straniera⁷⁸.

È reale la difficoltà di una definizione univoca: il contraddittorio è modalità procedimentale attraverso cui attuare la tutela dei diritti e la composizione delle controversie. «La pacificazione delle coscienze e la conseguente tutela spirituale dei fedeli può solo essere garantita dal sicuro rispetto della normativa applicabile»⁷⁹.

2.2 *De processu documentali*

Parente prossimo del processo orale (can. 1656-1670) — il quale «non è un processo speciale ma un autentico processo contenzioso la cui caratteristica è il principio dell'oralità»⁸⁰ —, il processo documentale mantiene gli elementi del rito ordinario, eliminandone termini e solennità non indispensabili per concentrarsi invece sull'elemento caratteristico: la produzione documentale⁸¹. «Processu contentioso orali [...] tractari possunt omnes causae a iure non exclusae» (can. 1656 § 1): tra esse figurano le cause di nullità del matrimonio (can. 1690), dell'or-

⁷⁸ G. GIACOBBE, «Il principio», 198. La decisione è: CASS., sez. I civ., «Sent.», 13 dic. 1999, n. 13928.

⁷⁹ E. PALEARI, *Considerazioni*, 29.

⁸⁰ M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 510.

⁸¹ «Assumptio talis documentum vel documentorum in tabulas processuales in ordine ad sententiam ferendam non est solummodo res nominis (cf. *expressionem processus documentalis*), vel alicuius condicionis applicabilitatis istius processus specialis, sed est aspectus vere constitutivus. Documenta, quae gaudent praedictis requisitis, constituunt intimam rationem processus documentalis uti instituti iuridici et in concreta eius applicatione sunt fundamentum certitudinis modo qualificatae»: c. *Erlebach*, Decr. 12 mag. 2000, n. 10.

dinazione (can. 1710), di inconsumazione (can. 1702). La certezza morale che scaturisce *ex actis et probatis* riduce il contraddittorio al minimo essenziale⁸²:

- a) l'affidamento del processo a un giudice monocratico anziché al collegio;
- b) la remissione alla *prudenza* dello stesso giudicante della decisione sul rito da seguire, senza che la volontà delle parti sia necessaria né impeditiva;
- c) la mancanza di qualsiasi fase di natura probatoria; d) la sentenza conclusiva solo affermativa e mai negativa; e) la mancanza di un'istanza necessaria d'appello, con eccezione al sistema della *doppia conforme*; f) la natura sostanzialmente amministrativa del procedimento⁸³.

La previsione di una procedura abbreviata, quando si tratti di far valere un documento incontestabile, privo di contraddizioni e di eccezioni, appare in regola con i principi consolidati degli ordinamenti moderni. Nella giurisprudenza canonica è stata posta infatti la considerazione che questo processo appartiene al genere contenzioso, fondato quindi sul contraddittorio⁸⁴. Il minimo essenziale di esso viene condensato nella citazione della parte convenuta. Questa «deve essere informata (non necessariamente al momento della citazione) che si tratta di un processo documentale» e deve sapere della possibilità di eccepire al documento prodotto e — nel caso si tratti di impedimento dispensabile — di confutare l'assenza di dispensa dall'impedimento concessa *ante matrimonii celebrationem*. «Questa giusta, e non soltanto legittima, contrazione del contraddittorio, costituisce il *midollo* del processo documentale e, quindi, il diritto all'equo processo non dovrà essere ritenuto violato per la sua applicazione»⁸⁵. Alla parte convenuta nel processo documentale è sempre accordata la facoltà di contestare il documento, superandolo col fornire una prova contraria e dimostrando così la mancanza di fondamento della nullità denunciata.

È sintomatico invero che anche nell'ordinamento italiano esistano alcune forme procedurali di contraddittorio *contratto* nel caso di procedimenti sommari. Ad esempio, in ottemperanza alla disciplina dettata

⁸² «Nella fattispecie del processo documentale, la certezza emersa dal documento è più forte e immediata che la cosiddetta *certezza morale* raggiunta nel processo ordinario, poiché l'oggettività della prova esclude, nella pratica e con maggiore efficacia, la possibilità del contrario e, quindi, da una parte, consente un limitato margine alla discrezionalità del giudice e, dall'altra, rende l'anzidetta costrizione del contraddittorio confacente con il diritto all'equo processo»: J. LLOBELL, «Il diritto», 138-139.

⁸³ G. DALLA TORRE, «Postfazione», 213.

⁸⁴ Cf. C. Erlebach, Decr. 12 mag. 2000, n. 10.

⁸⁵ Cf. J. LLOBELL, «Il diritto», 134. Cf. c. Erlebach, Decr. 12 mag. 2000, n. 9.

per il procedimento di ingiunzione (art. 642 cpc)⁸⁶, il magistrato, *sulla base degli elementi puramente documentali* forniti dalla parte, attua una decisione di condanna, *inaudita altera parte*: «si tratta certamente di una deroga alla integrale e radicale applicazione del contraddittorio, giustificata dalle esigenze di rapidità nell'attuazione del diritto e tale da poter conseguire l'effetto preclusivo del giudicato, ove non venga proposta opposizione»⁸⁷. Nei procedimenti cautelari, si consente al giudice di pronunciare provvedimento anche prima della convocazione delle parti, allorché essa potrebbe pregiudicarne l'attuazione (cf. art. 669^{sexies}, co. 2 cpc)⁸⁸: si fa prevalente il principio generale dell'utilità dei provvedimenti giurisdizionali, il quale ottiene un valore essenziale, «tanto da legittimare la rilevante incisione della tutela della parte destinataria del provvedimento, la quale risulta coinvolta da questo senza che abbia potuto contrapporre adeguate difese»⁸⁹.

⁸⁶ «Se il credito è fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, il giudice, su istanza del ricorrente, ingiunge al debitore di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l'esecuzione provvisoria del decreto e fissando il termine ai soli effetti dell'opposizione».

⁸⁷ G. GIACOBBE, «Il principio», 190.

⁸⁸ «Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunto ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine [...]».

⁸⁹ C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 192. La cognizione cautelare si caratterizza infatti, «per la sua *strumentalità*, cioè per essere al servizio delle esigenze di realizzazione della tutela, sicché essa non si identificherebbe né nella cognizione *incompleta*, né nella cognizione *superficiale*, in quanto il giudice della cautela, più che accertare superficialmente il materiale di causa, sarebbe tenuto ad indirizzare la propria valutazione nei confronti dei *presupposti* della tutela. Dunque, mentre ai fini della sussistenza del *fumus boni iuris* la cognizione cautelare potrebbe esprimersi in forme analoghe rispetto a quelle della cognizione superficiale, l'indagine sugli altri presupposti della tutela porterebbe il giudice a prendere in esame circostanze di fatto utili ai soli fini dell'emissione della misura cautelare e necessarie a formare il proprio convincimento a prescindere dal livello della cognizione»: cf. G. ARIETA, *I provvedimenti*, 50-56.

2.3 *De causis ad sacrae ordinationis nullitatem declarandam*

Se dalle varie dottrine è «evincibile il (comune) carattere pretensivo dell'azione, il suo essere essenzialmente un diritto, facoltà o comunque potere di chiedere, di pretendere, di porre in essere i presupposti di un dovere appunto prestazionale da parte di chi di dovere»⁹⁰; in questa fattispecie, si tratta di una *concessione* dell'autorità (la parte attrice viene denominata *orator*, come del resto nel processo speciale *ad dispensationem super matrimonio rato et non consummato*). Il sacramento dell'ordine sacro imprime il carattere indelebile (can. 1008)⁹¹ che non può essere annullato, né è concepibile la privazione. È invece ammessa la remissione dell'esercizio, proibizione di cui sono differenziate le forme (giudiziale, penale e graziosa: cf. can. 290): come non esiste pretesa a ricevere l'ordine sacro, così non sussiste il diritto a non vivere in conformità col carattere ricevuto⁹². C'è bisogno della raccolta di atti e prove, tra i quali campeggia un'istruzione cospicua quanto lo è l'elargizione di cui si fa richiesta.

La procedura prescritta (can. 1708-1712) fa capo al Dicastero della Congregazione competente (PB, art. 68: Congregazione del Culto divino e della Disciplina dei Sacramenti, salva la competenza della CDF, ex art. 52) che può procedere per via amministrativa o giudiziale, designando in tal caso un tribunale collegiale (cf. can. 1425 § 1, 1^aa)⁹³ che osservi i canoni sul giudizio contenzioso ordinario, salvo le prescrizioni specifiche («generi per speciem derogatur»: VI^o. R.I. 34)⁹⁴.

Per avviare l'istruttoria a livello locale sono prescritti elementi equivalenti a quelli del processo ordinario, anche se le peculiarità evidenziano come «non ci si trovi di fronte ad un processo nel quale siano presenti nella loro interezza tutti gli aspetti e le esplicitazioni del diritto di difesa come si configura nel diritto processuale canonico»⁹⁵. Tocca

⁹⁰ C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 171.

⁹¹ «Sacramento ordinis ex divina institutione inter christifideles quidam, character indelebili quo signantur, constituuntur sacri ministri, qui nempe consecrantur et deputantur ut, pro suo quisque gradu, in persona Christi Capitis munera docendi, sanctificandi et regendi adimplentes, Dei populum pascant».

⁹² Cf. V. DE PAOLIS, «Perdita dello stato clericale», 784-785.

⁹³ «Reprobata contraria consuetudine, tribunali collegiali trium iudicum reservantur: 1^o causae contentiosae: a) de vinculo sacrae ordinationis; b) de vinculo matrimonii, firmis praescriptis can. 1686 et 1688».

⁹⁴ Cf. E. OLIVARES, «Processo».

⁹⁵ S. CARMIGNANI CARIDI, «I diritti», 149. Una singolarità attiene alla *disponibilità* del giudice naturale: la competenza è della Congregazione del Culto divino e della Disciplina dei Sacramenti a cui va trasmesso il libello, e sarà quest'ultima a stabilire a

all'oratore mettere in moto il sistema e perorare la dichiarazione, con ampia opportunità di presentare le ragioni e garanzia di poter addurre testimonianze e prove: è in realtà «un dovere impugnare la validità dell'ordinazione, poiché, data la natura della realtà contestata, essa non riguarda solo il bene privato del chierico orante, ma anche il bene pubblico della Chiesa»⁹⁶.

D'altro canto, compare la *mina vagante* della conoscibilità degli atti, coperti, per ovvia discrezione, dal più rigoroso segreto istruttorio: in analogia al processo *super rato* (can. 1697-1706), dovrebbe potersi configurare una *prudente informazione* dell'oratore sulle difficoltà circa gli elementi di prova (cf. can. 1703)⁹⁷ e la previsione di un'adeguata discrezionalità in capo all'Istruttore per la concessione della consultazione di alcuni atti. Nella normativa non è inoltre prevista la costituzione di patroni, pur non essendo specificatamente esclusa (cf. can. 1481); per similitudine al processo *super rato*, si potrebbe valutare la presenza di un *iurisperitus* (can. 1701 § 2)⁹⁸ qualora insorgessero difficoltà di essere ascoltati, conoscere e ribattere prove e deduzioni: l'impedimento del diritto delineaerebbe la violazione del diritto naturale.

Pur essendo stabilite ad integrazione delle lacune le norme del processo contenzioso ordinario (can. 1710)⁹⁹, la procedura in oggetto ha razionalità e scopo differenti: «il problema logico che ci dobbiamo porre è, quindi, se la difesa (ipotizzabile solo nella fase istruttoria) serva o meno alla ricostruzione della verità ed all'economia dell'istruzione»¹⁰⁰. Se la prima fase ha origine nella richiesta della dichiarazione

chi affidare la causa; se tratterà essa stessa il caso, seguirà la procedura prettamente amministrativa; se avrà stabilito che venga seguita da un tribunale, essa sarà completamente giudiziale; ovvero, secondo scansione amministrativa eseguita da organo giudiziale. Nel caso naturalmente, non si perverrà a sentenza, verrà bensì emesso un voto che, in aggiunta a quello del Vescovo e agli atti di causa, sarà trasmesso a Roma.

⁹⁶ G. AQUINO, *I procedimenti per l'abbandono*, 318.

⁹⁷ «§ 1. Non fit publicatio actorum; iudex tamen, si conspiciat petitioni partis oratricis vel exceptioni partis conventae grave obstaculum obvenire ob adductas probationes, id parti cuius interest prudenter patefaciat. § 2. Parti instanti documentum allatum vel testimonium receptum iudex ostendere poterit et tempus praefinire ad deductiones exhibendas».

⁹⁸ «Patronus non admittitur, sed, propter casus difficultatem, Episcopus permittere potest ut iurisperiti opera orator vel pars conventa iuvetur». Cf. per i riferimenti, S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità*, 240-241.

⁹⁹ «Si Congregatio causam ad tribunal remisit, serventur, nisi rei natura obstet, canones de iudiciis in genere et de iudicio contentioso ordinario, salvis praescriptis huius tituli».

¹⁰⁰ S. CARMIGNANI CARIDI, «I diritti», 156.

di nullità, avrebbe dell'incoerente stabilire che chi domanda non possa allegare elementi per dimostrare ciò che perora, contribuendo alla ricerca della verità cui il processo è consacrato¹⁰¹.

Si comprende meglio che, nell'esercizio del contraddittorio, la possibilità di intervenire intercorre anche *ex officio iudicis*, particolarmente se fornito di poteri di impulso istruttorio: tutto entra a far parte del «gioco chiarificatore di una serrata e paritaria dialogicità interna che costituisce l'essenza del contraddittorio»¹⁰².

2.4 *De processu poenali*

Due sono le procedure contemplate per le cause penali: giudiziale e stragiudiziale. La seconda è da imputarsi alla «prospettiva *gradualistica* in cui la Chiesa inquadra l'irrogazione e l'impiego di vere e proprie sanzioni»¹⁰³, alle quali non si ricorre se non come *extrema ratio*: nessuno può subire un processo penale canonico se non è passato per la prassi (evangelica) dell'ammonizione e della correzione fraterna (cf. can. 1341)¹⁰⁴. La finalità garantistica risulta perseguita nella formulazione del can. 1720:

Si Ordinarius censuerit per decretum extra iudicium esse procedendum: 1° reo accusationem atque probationes, data facultate sese defendendi, significet, nisi reus, rite vocatus, comparere neglexerit; 2° probationes et argumenta omnia cum duobus assessoribus accurate perpendat; 3° si de delicto certo constet neque actio criminalis sit extincta, decretum ferat ad normam can. 1342-1350, expositis, breviter saltem, rationibus in iure et in facto¹⁰⁵.

Nel sistema canonico già classificato di tipo *non-adversary*, il diritto processuale si fa *vassallo* del diritto sostanziale di modo che una procedura è valida quando massimizza le possibilità di pervenire ad una

¹⁰¹ Le procedure in tema si concludono con un atto di grazia per il quale, «La tralattanza nomenclatura vuol solo sottolineare che fra il *processo* istruttorio e il momento della *decisione* c'è una qualche distanza, segnata dal margine di discrezionalità tipico di ogni atto (sostanzialmente) amministrativo, nei cui confronti non è dato vantare prefigurate o assolute situazioni soggettive, salve le insopprimibili garanzie processuali»: S. BERLINGÒ, «Il diritto al *processo*», 357.

¹⁰² C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 173.

¹⁰³ S. BERLINGÒ, «Il diritto al *processo*», 350.

¹⁰⁴ Cf. K. MATTHEWS, «The Development», 15.

¹⁰⁵ «L'amministrazione della giustizia nella Chiesa è una funzione della cura delle anime, un'emanazione di quella potestà e sollecitudine pastorale, la cui pienezza e universalità sta radicata e inclusa nella consegna delle chiavi al primo Pietro»: PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 3 ott. 1941, 421.

risultanza esatta sul piano sostanziale: «In questo senso, dunque, il diritto processuale dello Stato attivo segue fedelmente il diritto sostanziale come la sua ombra»¹⁰⁶. Nel presente giudizio, si palesa ancor più il convergere di ogni mezzo allo scopo ultimo, finalità tipica alla quale tutto l'ordinamento della Chiesa è proporzionato¹⁰⁷.

L'esigenza di tutelare i diritti del fedele è sviluppata particolarmente nell'ambito penale, atteso che il can. 221 § 3 prevede: «Christifidelibus ius est, ne poenis canonicis nisi ad normam legis plectantur». In tale prospettiva si verifica il fatto che «l'*indoles pastoralis* deve alimentare la norma (aspetto statico), ma la sua incidenza si avverte esclusivamente nel momento applicativo della norma (aspetto dinamico)»¹⁰⁸. La dinamica si avvia all'indagine previa (can. 1717-1719), istituto giuridico autonomo e piattaforma comune delle due conseguenze possibili: è procedura amministrativa, da non confondersi con l'istruttoria del processo giudiziale penale (can. 1728 § 1), né con le fasi preliminari di alcuni procedimenti speciali (cf. can. 1742 § 1; 694 § 2; 695 § 2; 697, 1°). È di primaria grandezza l'escussione di tale fase *processuale* (sebbene non si parli di giudizio), sintomatica della possibilità di ledere la difesa del soggetto inquisito, cui la normativa canonica non attribuisce il diritto di essere udito¹⁰⁹.

¹⁰⁶ M.R. DAMAŠKA, *I volti*, 251.

¹⁰⁷ «Ora, per garantire ai giudici l'atmosfera necessaria per un esame sereno, attento, meditato completo ed esauriente delle questioni, per assicurare alle parti la reale possibilità di illustrare le proprie ragioni, la legge canonica prevede un cammino segnato da norme precise — il *processo* appunto —, che è come un binario di scorrimento, il cui asse è precisamente la ricerca della verità oggettiva ed il cui punto terminale è la retta amministrazione della giustizia. Forse questa linea ben definita di norme e di forme è qualcosa di vuoto e di sterile, in cui lo schema esteriore tenderebbe a prevalere sulla sostanza? È puro formalismo? Certamente no, perché tutto ciò non è fine a se stesso, ma è mezzo sapiente diretto ad uno scopo più alto. Sapete bene che il diritto canonico *qua tale*, e per conseguenza il diritto processuale, che ne è parte nei suoi motivi ispiratori, rientra nel piano dell'economia della salvezza, essendo la *salus animarum* la legge suprema della Chiesa. Pertanto anche le leggi che regolano la vicenda processuale hanno una intrinseca ragione di essere nell'ordinamento ecclesiale, sono frutto di collaudata esperienza, e vanno quindi osservate e rispettate»:
PAOLO VI, All. ad *RR Praelatos*, 28 gen. 1978, 182.

¹⁰⁸ G. DI MATTIA, «Processo penale», 481.

¹⁰⁹ Tale passaggio si attua senza convocare la persona indagata dei fatti (can. 1717-1718), diversamente da quanto viene invece disciplinato nel can. 1469 § 3 CCEO, particolarmente rispettoso dei diritti dell'accusato: «Antequam quicquam in re decernit, Hierarcha audiat de delicto accusatum et promotorem iustitiae atque, si ipse prudenter censet, duos iudices aliosve iuris peritos; consideret etiam Hierarcha, num

La procedura iniziale potrebbe risultare limitativa del diritto di difesa, anche se l'aspetto dinamico della normativa canonica è l'*economia di comunione* che vuole animare la giuridicità ecclesiale: porre la valutazione degli elementi raccolti solo nelle mani dell'Ordinario (che ha comunque facoltà di consultare due giudici o altri esperti del diritto *si prudenter censeat*: can. 1718 § 3) dovrebbe imprimere un respiro pastorale alla vicenda penale poiché «la Chiesa non considera le pene canoniche estranee alla dimensione pastorale, al contrario esse possono essere richieste dall'azione pastorale stessa, sono considerate però strumentali al conseguimento dei fini previsti e subordinate ad altri mezzi pastorali»¹¹⁰.

Nel processo italiano, il nuovo art. 111, co. 3 Cost. disciplina i diritti dell'imputato nel processo penale¹¹¹: poiché «la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico» (art. 111, co. 3 Cost.), emerge la frizione tra tutela dell'accusato e segretezza delle indagini.

Il bilanciamento tra le due opposte istanze [...] è attuato dall'espressione «nel più breve tempo possibile», che non ha un significato meramente fattuale, bensì una più pregnante accezione normativa. In altre parole, la predetta espressione non significa *immediatamente*, bensì *non appena l'avviso all'indagato è compatibile con l'esigenza di genuinità e di efficacia delle indagini*¹¹².

L'art. 111 Cost. colloca al co. 4 la regola lapidaria del «principio del contraddittorio nella formazione della prova»: è prescrizione oggettiva che protegge il metodo di conoscenza. Il precedente co. 3 invece, enunciando il diritto dell'imputato «di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico», stabilisce una disposizione di tipo soggettivo circa il contraddittorio come garanzia individua-

ad vitanda inutilia iudicia expediat, ut partibus consentientibus ipse vel investigator quaestionem de damnis ex bono et aequo dirimat».

¹¹⁰ M. MOSCONI, «L'indagine previa», 209. Cf. anche *Comm* 12 (1980) 189: «Suggestum est ut aliquod monitum praemittatur circa usum processus criminalis, qui restringi debet ad casum tantum verac necessitatis. Consultores respondent de hac questione iam provisum esse in libro de iure poenali».

¹¹¹ Cf. G. SPANGHER, «Il giusto processo», 257.

¹¹² C. CONTI, «Giusto processo», 632. «Nel processo penale la parità delle parti non implica identità di diritti, poteri e mezzi per l'accusa e la difesa ma soltanto *reciprocità* di diritti in ordine alla formazione della prova, ossia eguale possibilità di accesso alle prove o alle fonti di prova»: M. CECCHETTI, «Giusto processo», 609.

le¹¹³. Del resto, «Entrambi questi aspetti comportano il medesimo corollario: l'obbligo di rispondere secondo verità posto in capo a tutti coloro che rendono dichiarazioni dinanzi al giudice»¹¹⁴. È la norma stessa a sancire il diritto dell'imputato di confrontarsi con l'accusatore *davanti al giudice*: la precisazione è pregevole garanzia processuale per l'inquisito, sebbene l'idea dell'accusato che faccia domande direttamente a chi depone a suo carico sia istituto inedito nell'ordinamento italiano. Constatiamo che «la locuzione *far interrogare*, senza alcuna precisazione in ordine al soggetto che, in tal caso, svolge l'esame, è idonea a ricomprendere anche le ipotesi in cui esso sia condotto dal giudice»¹¹⁵, riconoscendo a quest'ultimo una funzione attiva nell'organizzazione del contraddittorio giudiziale. Il rilievo assimila meglio il compito del giudice nel processo canonico generale:

Affinché il peculiare spirito del diritto canonico possa conseguire l'alta finalità di non soffocare i valori umani e spirituali del *christifidelis* attraverso il formalismo giuridico, il legislatore canonico predispone e mette nelle mani del giudice specifiche norme, che gli consentono, pur permanendo nell'ambito della legalità, di piegare, di *aequare* la norma con una sua pronuncia decisionale fatta *a misura d'uomo* [...ciò implica] l'osservanza della norma, letta con cuore e con intelletto disponibili all'apertura, non per trasgredirla o cancellarla, ma per trascenderla, per trasfigurarla nella pronuncia tesa a cogliere il *verum*¹¹⁶.

Se nel diritto statale tutta la scansione è ammantata dal contraddittorio, nella formulazione canonica del procedimento giudiziale si riscontra un'anima simile. La discussione diviene «il momento nevralgico di tutto il processo penale, a tal punto che tutto cade nel nulla se questo viene a mancare o non viene perfettamente realizzato»¹¹⁷. Il CIC conferisce all'Ordinario un vasto potere discrezionale sul procedere o meno e in che termini e il Legislatore convoglia la sua preferenza verso il pro-

¹¹³ A questo proposito si è persino avvertito che nella Costituzione il legislatore avrebbe dovuto utilizzare, per i motivi ora esposti, la migliore locuzione di «metodo del contraddittorio»: cf. P. FERRUA, «Il giusto processo», 79.

¹¹⁴ C. CONTI, «Giusto processo», 633.

¹¹⁵ C. CONTI, «Giusto processo», 632. In verità, sembra che la norma riconosca un certo diritto di autodifesa, attuato alla lettera dalla giurisprudenza almeno in un caso: cf. TRIB. DI CAGLIARI, «Ord.», 9 giu. 2000, 1235.

¹¹⁶ G. DI MATTIA, «Il principio», 185.

¹¹⁷ G. DI MATTIA, «Il principio», 178.

cesso penale giudiziario al fine di garantire al massimo i diritti dei fedeli¹¹⁸.

Il processo penale giudiziario offre maggiori garanzie di giustizia, in quanto assicura e garantisce in modo conforme il diritto alla difesa, permette al giudice di consolidare una maggiore certezza morale sull'esistenza dei fatti mediante l'acquisizione giudiziale delle prove, delle circostanze e dell'imputabilità, valutando tutte le circostanze del delitto, determina la condizione dell'imputato, precisa il grado del danno causato dal delitto, applica con equità la pena giusta alla luce degli elementi emersi durante il giudizio. Solo *iustae causae* potrebbero consentire di discostarsi da tale via¹¹⁹.

Nell'obbligo istituzionale di cerca della verità è da leggere il can. 1720 (e l'art. 111, co. 3-7 Cost.): l'imputato, nel conoscere le accuse e le prove raccolte a suo carico, ha la facoltà di articolare le proprie difese, esercitando il diritto al contraddittorio. Questo è rigorosamente tutelato fino a riconoscere all'imputato il diritto di interloquire per ultimo affinché nulla resti senza smentita (cf. can. 1725). Avvalga poi la linea di equità giudiziale il fatto che ci sia espresso divieto di comminare al processato il giuramento, liberandolo dall'obbligo di confessione del delitto (can. 1728 § 2)¹²⁰. Nell'interpretazione della disposizione canonica e statutale si dimostra che nell'esegesi del dato normativo si

¹¹⁸ «Nonnulli proposuerunt ut poena namquam irrogetur via administrativa ideoque ne admittantur causae quae excusent a processu iudiciali instituendo pro applicandis poenis. Consultores, quamvis non ignorent finem huius propositionis ut maior scilicet iustitia assequatur in applicandis poenis, censent tamen propositionem ipsam esse contra realitatem quae exigit instrumentum agile et expeditum sicut est via administrativa. Ceterum redactio canonis talis est ut clare appareat praeferentia legislatoris pro via iudiciali. Unus Consultor vellet redactionem canonis mutare ita ut dispareat illa praeferentia pro via iudiciali et appareat sive viam iudicalem sive viam administrativam aequo iure sequi posse in applicandis poenis. Haec tamen propositio aliis Consultoribus non placet, ideo redactio huius canonis manet prouti est»: *Comm* 9 (1977) 161.

¹¹⁹ Z. SUCHECKI, «Il processo penale», 241.

¹²⁰ «Accusatus ad confitendum delictum non tenetur, nec ipsi iusiurandum deferri potest». «Il giudizio per essere oggettivo deve maturare nel rispetto delle norme e al di fuori di qualsiasi arbitrarietà, per quanto buone possano essere le intenzioni. La giustizia non si instaura con le buone intenzioni di ciascuno, ma nel rispetto della norma da parte di tutti, sia pure secondo i principi generali e lo spirito dell'ordinamento canonico [...] Il solo sospetto che nella Chiesa non si diano mezzi atti ed efficaci per la difesa dei diritti dei fedeli, particolarmente nel campo penale, potrebbe essere gravemente pregiudizievole sulla sua credibilità nella corretta amministrazione della giustizia penale»: V. DE PAOLIS, «Il processo penale», 301-302.

trova più di quello che potrebbe apparire: in esso respira l'unità dell'ordinamento in cui la regola nasce e di cui essa non è che una parte¹²¹.

2.5 *De restitutione in integrum*

«In uno Stato costituzionale la dialettica Costituzione/legge ordinaria è, nella sua essenza, una *dialettica dominata dalla logica dei rapporti tra valori materiali e sostanziali*»¹²²: sia la *restitutio in integrum* che la *nova causae propositio* hanno lo scopo di riportare il procedimento allo stadio primitivo, qualora si verifichi lo scarto tra giustizia formale e sostanziale (cf. la revisione, art. 629-647 cpp): «l'equità naturale, prima ancora dell'*aequitas canonica*, è fondamento diretto di questa nuova ed estrema possibilità offerta alla persona per tutelare i propri diritti»¹²³. Mentre la nuova proposizione della causa riguarda il riesame giudiziale per nuovi e gravi argomenti, la cui trattazione si svolgerà secondo le regole comuni¹²⁴; la *restitutio in integrum* è vera e propria impugnazio-

¹²¹ Cf. G. CAPOGRASSI, *Il problema*, 228. «Il nodo più importante del problema è indubbiamente quello del rapporto che si instaura fra la certezza del diritto e la manifestazione culminante di esso, che è, in ogni epoca della storia, il giudizio: poiché è proprio nel *mistero del giudizio* — per usare un'affascinante locuzione del Satta — che la certezza e la giustizia si incontrano, dando luogo ad una sintesi della realtà contingente»: A. BISCARDI, «Considerazioni», 241. Il corsivo nella citazione è parafrasato da S. SATTA, «Poesia e verità», 76-77: «Nel corso delle mie meditazioni giuridiche mi è accaduto tante volte — forse troppe volte — di arrivare alla soglia di una porta sulla quale è scritto: *mistero*. Direi anche che tutte le mie meditazioni si sono risolte in contemplazioni di misteri. Ho cominciato con il mistero del processo; poi ho trovato il mistero della norma, da ultimo il mistero del diritto».

¹²² R. MAZZOLA, «Il diritto vivente», 342. Per il corsivo, vedi A. BALDASSARRE, «Costituzione», 656. La collocazione sistematica dell'argomento è nel CIC al tit. IX. *De Re Iudicata*, immediatamente successivo a quello sulle impugnazioni e precedente il tit. XI. *De Exsecutione Sententiae*. È categoria peculiare del regime ecclesiale insieme all'istituto della *nova causae propositio*. Nel Codice vigente non si è riproposto il rimedio, noto in passato, dell'*opposizione di terzo*, istituto creato nel diritto della Chiesa (X. 2, 20, 38; X. 2, 27, 17.25) e poi estesi alle legislazioni civili (cf. art. 404-408 cpc).

¹²³ P. LAROCCA, «La forma», 65. Vedi anche M.J. ARROBA CONDE, *El principio dispositivo*, 193: «No se trata de plantear un nuevo proceso, sino de facultar a la parte para que sean examinadas de nuevo resoluciones judiciales supuestamente válidas, no susceptibles de apelación, y que pueden ser ejecutadas con ejecución definitiva».

¹²⁴ Can. 1644: «§ 1. Si duplex sententia conformis in causa de statu personarum prolata sit, potest quovis tempore ad tribunal appellationis provocari, novis iisque gravibus probationibus vel argumentis intra preceptorium terminum triginta dierum a proposita impugnazione allatis. Tribunal autem appellationis intra mensem ab exhibi-

ne contro una sentenza passata in giudicato¹²⁵: non circostanza la continuazione del primo processo, qualifica invece il

giudicare in modo autonomo se esista un diritto ad agire per invalidare una pronuncia, ormai da un punto di vista legale stabile e irrevocabile, ma di cui si afferma la sostanziale ingiustizia. L'azione è allora nuova, perché nuovo è il rapporto processuale che si instaura, con un nuovo oggetto, individuato nella domanda introduttoria, e costituito, in via primaria, dall'accertamento della lesione del diritto del fedele ad un giusto processo ad opera della sentenza definitiva¹²⁶.

L'istituto implica il superamento del giudicato attraverso un doppio ordine di giudizi, rescindente e rescissorio, che si fondano eziologicamente nella protezione dell'interesse individuale ad un giusto processo ed un'equa sentenza¹²⁷. Nel diritto civile troviamo fortissime analogie con l'istituto della revocazione (art. 395 cpc), la cui attuale disciplina trae fondamento da antiche configurazioni, quali la *restitutio in integrum* dell'ordinamento romano-canonico¹²⁸. Essa viene accordata per motivi estrinseci al processo che presuppongono un giudizio concluso validamente: il dolo della parte o quello del giudice, il ritrovamento di

tis novis probationibus et argumentis debet decreto statuere utrum nova causae propositio admitti debeat necne. § 2. Provocatio ad superius tribunal ut nova causae propositio obtineatur, executionem sententiae non suspendit, nisi aut lex aliter caveat aut tribunal appellationis ad normam can. 1650 § 3 suspensionem iubeat». Già il can. 433 § 2 del M.p. *Sollicitudinem Nostram*, imponeva il rispetto dell'*audiatur et altera pars* nel caso in oggetto: «Restitutio in integrum ne concedatur nisi auditis partibus atque promotore iustitiae et defensore vinculi si hi priori iudicio interfuerint».

¹²⁵ Can. 1645: «§ 1. Adversus sententiam quae transierit in rem iudicatam, dummodo de eius iniustitia manifesto constet, datur restitutio in integrum. § 2. De iniustitia autem manifesto constare non censetur, nisi: 1° sententia ita probationibus innitatur, quae postea falsae deprehensae sint, ut sine illis probationibus pars sententiae dispositiva non sustineatur; 2° postea detecta fuerint documenta, quae facta nova et contrariam decisionem exigentia indubitanter probent; 3° sententia ex dolo partis prolata fuerit in damnum alterius; 4° legis non mere processualis praescriptum evidenter neglectum fuerit; 5° sententia adversetur praecedenti decisioni, quae in rem iudicatam transierit».

¹²⁶ A. BETTETINI, «Il diritto d'azione», 170. Nuovi possono essere i soggetti, quando la domanda proviene da un terzo estraneo che si ritenga leso dalla sentenza: sarebbe questa la *ratio* della soppressione dell'*oppositio tertii*. Cf. *Comm* 11 (1979) 161.

¹²⁷ Ciò che GIOVANNI D'ANDREA, *In Titulum*, Regula 15, 57, ha qualificato: «Quapropter sicut potissima virtus ad quam conatur inducere ius civile est ipsa iustitia legalis, sive civilis amicitia, ita potissima virtus ad quam conatur ius canonicum est illa coelestis amicitia, quam charitatem vocamus».

¹²⁸ Cf. L. RAGGI, *La restitutio in integrum*.

documenti decisivi dopo la sentenza, la decisione in base a prove riconosciute o dichiarate false, l'errore di fatto, la contrarietà di un precedente giudicato, non inficiano il processo in sé, ma ne consentono la riapertura¹²⁹. A norma dell'art. 398 cpc, competente è l'ufficio giudiziario che ha pronunciato la sentenza impugnata, eccetto nel caso di dolo del magistrato per il quale la medesima persona fisica non disporrà della revocazione.

Dato che il giudizio rescissorio si svolge con le modalità di un nuovo processo in contraddittorio ordinario, interessa il fatto che il giudizio rescindente, il primo che il giudice debba avviare, sia impiantato *direttamente in contraddittorio*, ovvero su un rapporto triadico già instaurato. La procedura deve essere avanzata dalla parte ricorrente con nuova petizione giudiziale, nella quale sono precisati i coefficienti necessari (*quis, quid, coram quo, quo iure petatur, a quo*). Non è impedito che la trattazione di entrambi i giudizi (*rescindens* e *rescissorium*) avvenga in contemporanea, «concordando due dubbi e decidendo su di essi con un'unica sentenza»¹³⁰.

Sia la *restitutio in integrum* che la *nova causae propositio*, mezzi di impugnazione straordinaria, non prevedono l'azione dalla parte *quae se gravatam putet*, come nella querela di nullità e nell'appello (cf. can. 1626 § 1; 1628). L'interesse che deve invece sussistere appartiene al genere proposto dal p. Ochoa, referendario della Segnatura Apostolica:

Elementum *interesse* aliquomodo ingredi debet, etiam in iure canonico conceptum *actionis*; at non requiritur semper *interesse* materiale, sed sufficit merum *interesse* ad interventum iudicis, controversiae solvendae causa, provocandum, illud nempe *interesse* spirituale seu iuridicum, praesens et insitum quoties ius alicui tribuit actionem, et resultans necessario ex legitimo actionis exercitio¹³¹.

¹²⁹ Cf. S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 536-544.

¹³⁰ M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 495-496.

¹³¹ J. OCHOA, *Votum*, n. 6. Esempio emblematico è il ragionamento circa la richiesta di espungere la falsa presunzione del can. 1972 CIC'17: «Matrimonium, quod, utroque coniuge vivente, non fuerit accusatum, post mortem alterutrius vel utriusque coniugis ita praesumitur validum fuisse, ut contra hanc praesumptionem non admittatur probatio, nisi incidenter oriatur quaestio». I padri osservarono: «Valde suadet delere e canone falsam praesumptionem can. 1972 CIC. Matrimonium enim validius non est post mortem alterutrius vel utriusque coniugis; agitur tantummodo de prohibitione proponendi causam, id est de actionis denegatione» [Comm 11 (1979) 260].

Circa il diritto di intervento dei terzi in giudizio, ne abbiamo la disciplina accedendo a quanto la dottrina civilistica definisce intervento *principale* (con la presentazione di un proprio libello) *adesivo dipendente* (cf. can. 1596; art. 105 cpc), ovvero *coatto*, *ex officio iudicis*, *auditis partibus* (cf. can. 1597; art. 107 cpc)¹³². L'ultimo capoverso dell'art. 105 cpc («Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse»), regola il c.d. intervento *adesivo autonomo*, che non sembra configurabile nel diritto canonico¹³³. L'intervento del terzo si colloca nella garanzia all'art. 111, co. 2 Cost. in ragione del quale il contraddittorio non va riferito solo al momento della formazione delle prove, ma anche all'intervento dialettico delle parti (compresi gli *aderenti* terzi) nell'*iter* procedurale: «un provvedimento non può mai assumere i connotati della definitività senza che la parte destinata a subirne gli effetti sia stata posta in condizioni di far valere le proprie ragioni»¹³⁴. Per il rimedio straordinario della nuova proposizione di causa, dottrina e giurisprudenza canonica sono concordi nel sostenere l'improponibilità della pretesa al contraddittorio della parte convenuta nella concessione del provvedimento di riammissione: la questione si vede fra giudice, ricorrente e Difensore del vincolo (se il caso, Promotore di giustizia). Dove sta allora «l'*audiatur et altera pars*, principio fondamentale del diritto processuale canonico, a pena di nullità (can. 1620, 7°)»¹³⁵?

¹³² Per la dottrina italiana, cf. L. MONTESANO - G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, I. *Le disposizioni generali*, 302-308.

¹³³ L'unico caso è il can. 1675 § 1 circa il diritto di impugnare il matrimonio: esso «non dice esplicitamente chi possa impugnare il matrimonio dopo la morte di uno dei coniugi o di entrambi, quando la questione sulla validità è pregiudiziale a risolvere un'altra controversia sia nel foro canonico, sia nel foro civile. *Mutatis mutandis* vale ancora la risposta [...] della Segnatura Apostolica del 3 lug. 1971: "[...] quia can. 1972 personas habiles ad accusandum nec enumerat, nec limitat, accusatio postuma nequit filiis atque heredibus necessariis exclusive reservari; sed aliis quoque, praeterquam filiis, competit, ut puta heredibus conlateralibus, nec non iis omnibus indistincte qui in causa principali aliquod legitimum interesse prosequuntur, cuius-cumque generis illud sit"»: F. DANEELS, «Il diritto», 150. Cf. SEGNETURA APOSTOLICA, «Sent. c. *Staffa*», 3 lug. 1971, 157.

¹³⁴ M. CECCHETTI, «Giusto processo», 608.

¹³⁵ C. GULLO, «La *nova causae propositio*», 380-381. Cf. SEGNETURA APOSTOLICA, «Sent. c. *Sabbatani*», 1 giu. 1985, n. 7, 256: «Doctrinam, iurisprudentiam constantem tribunalium et praxim ubique vigentem non requirere contradictorium vel auditionem seu interventum alterius partis in concedendo vel denegando novo causae examine, sicuti non requiritur in admissione vel reiectione libelli causae introductorii. "Admissio vel reiectio novae causae propositionis est res, quae absolviatur inter iudicem, partem petentem et Defensorem vinculi et, si casus ferat,

Doctores disputant: «Non è infatti sufficiente per il diritto la sola validità logico-formale; occorre che a questa segua sempre la validità pratica. Il diritto vivente “non è quello scritto nei testi, ma quello che si determina dall’impatto tra la norma in astratto e le condizioni reali del suo funzionamento”»¹³⁶.

2.6 *De agendi ratione in doctrinarum examine*

La severità della sua procedura [del tribunale della S.S. Congregazione del Sant’Offizio] è voluta dalla santità dei beni, che esso ha la missione di difendere, e dalla gravità dei delitti, che è chiamato a giudicare [...] D’altra parte però è indispensabile in simili casi che siano assicurate tutte le garanzie essenziali per un giusto ed equo giudizio: contestazione delle accuse all’imputato, con facoltà di impugnarle o di indicare quanto stimi utile a sua discolpa; libera difesa sia personale, sia col ministero di un avvocato d’ufficio ovvero scelto dall’accusato; piena oggettività e coscienziosità dei giudici. Ora tutti questi requisiti trovano la loro attuazione nel tribunale del Sant’Offizio¹³⁷.

Giacché l’opportunità di rivolgersi ad un organo *moderatore*, la sua imparzialità, il suo obbligo di attenersi a norme di diritto procedurale sono «testimonianza vivente, cioè istituzionale, della presenza dell’altra parte, della sua pari dignità e del suo eguale valore», il processo può definirsi in maniera grandiosa: «il procedere del contraddittorio: il suo iniziare, il suo svolgersi, il suo finire, ma non per una decisione presa dall’alto, magari sotto l’influsso di una illuminata dottrina»¹³⁸.

Dunque l’art. 1 della *Agendi Ratio in Doctrinarum Examine* dispone:

«Congregatio pro Doctrina Fidei munus habet doctrinam de fide ac moribus in universo cattolico orbe promovendi atque tutandi. Quo in fine persequendo, ipsa servitium praebebat veritati cum ius defendat Populi Dei [...] Quapropter, ne fides ac mores detrimentum patiantur ob errores quomodo-

Promotorem Iustitiae”. Quapropter non requiritur praevia partis conventac citatio, nec contestatio litis, nec concordantia dubiorum. “Nec dici potest hoc modo laedi ius alterius partis [...] Quaestio de concedenda causae retractatione inaudita altera parte cognoscitur”. Per il testo nella citazione, cf. E. DEL CORPO, *De Retractatione*, 150.102.

¹³⁶ MAZZOLA, R., «Il diritto vivente», 311. Per la citazione nel testo, cf. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 167.

¹³⁷ PIO XII, *All. ad RR Praelatos*, 6 ott. 1946, 397.

¹³⁸ F. MAZZARELLA, *Sei lezioni*, 33-35.

cumque vulgatos, eadem officio quoque adstringitur excutiendi scripta ac sententias, quae rectae fidei contraria aut insidiosa videantur»¹³⁹.

La pertinenza dell'organo all'Amministrazione non fornisce elemento discrezionale del tipo di giurisdizione: quando si realizzano condizioni che assicurino la tutela dell'interesse soggettivo

Predisponendo in seno al procedimento amministrativo una *procedura* tale da garantire il più possibile, nella fase istruttoria e dibattimentale, parità di condizione agli interessi contrapposti, si può affermare che un *processo* si realizza, sia pure in forma semplificata ed essenziale. Non tutte le determinazioni e specificazioni proprie della procedura giudiziaria contenziosa saranno in tal caso presenti; le possibilità di difesa degli interessi degli individui potranno risultare contenute, ma altrettanto contenuti risulteranno i rischi di una eccessiva esposizione allo *strepitus iudicii*¹⁴⁰.

La peculiarità della procedura per l'esame delle dottrine giace altresì nell'esercizio del contraddittorio: quantunque la riforma del 1997 sia intervenuta con l'intento di adeguare la normativa del 1971¹⁴¹, l'impianto procedimentale sembra inficiato da una sorta di equivoco. Emerge lo sforzo di rendere garantito tra l'Autore il Congresso un confronto dialettico, minimo indispensabile per la soddisfazione del diritto ad un equo e giusto processo; tuttavia non si può ignorare un coefficiente-cardine: sia che il Congresso ne affidi il caso all'Ordinario (*ex art. 7*), sia che opti per l'esame con procedura ordinaria (*art. 8-22*) o urgente (*art. 23-27*), chi dovrebbe supportare le ragioni difensive dell'Autore è proprio quello stesso Ordinario (*art. 17*)¹⁴², colui cioè che ha l'incom-

¹³⁹ CDF, *Agendi Ratio*, EV 16/616.

¹⁴⁰ S. BERLINGÒ, «Il diritto al processo», 348.

¹⁴¹ Cf. CDF, *Nova Agendi Ratio*, 15 gen. 1971. Lo spirito conciliare mosse già Paolo VI al riordino della Curia Romana con la Cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae* del 15 ago. 1967, il cui art. 33 stabiliva specificamente che la CDF «esamina con diligenza i libri che le vengono segnalati, e, se necessario, li condannerà, dopo aver tuttavia sentito l'Autore e avergli data la facoltà di difendersi» (EV 2/1573). Perciò «La preparazione e la promulgazione di questo nuovo regolamento, mostrano come la Chiesa, realtà al contempo soprannaturale e umana, condivida — per esempio, proprio sul piano giuridico — l'esperienza, comune a tutta l'umanità, della costante ricerca delle forme e dei modi di valutazione dei fatti e della responsabilità degli atti sempre più rispettosi della verità oggettiva, della dignità della persona e delle legittime attese della collettività»: P. FERRARI DA PASSANO, «Il regolamento», 598.

¹⁴² «Index propositionum erronearum aut periculosarum, quae contestandae sunt, una cum argumentis rationibus confirmatis et documentis pro defensione necessariis, reticito nomine, per Ordinarium transmittitur Auctori eiusque Consiliario, quem ipse Auctor indicare iure potest, ut sibi assistat, approbante eodem Ordinario [...] Oppor-

benza *suo munere* di segnalare alla Congregazione gli scritti e le dottrine da assoggettarne all'attenzione (cf. art. 3)¹⁴³.

In tutto il Regolamento, il rapporto tra Congregazione e Autore interessato ha come tramite l'Ordinario proprio. Nella procedura ordinaria, oltre ad essere informato, egli è invitato alla Consulta, con una responsabilità personale, cosicché non può farsi sostituire. Lo stesso Ordinario è chiamato ad esprimere a voce e per scritto il proprio parere nella Consulta, come pure è invitato a far pervenire alla Congregazione, insieme alla risposta scritta dell'Autore, anche un proprio parere (art. 12). Anche nella procedura urgente, oltre ad essere informato, egli rimane il tramite tra Congregazione e Autore (art. 26-27)¹⁴⁴.

Se nominato un *relator pro Auctore* (cf. art. 10-12) «qui in spiritu veritatis positivos doctrinae adspectus et merita Auctoris indicet, cooperetur ad sensum genuinum opinionis interpretandum, in contextu theologico generali, et de influxu opinionum Auctoris iudicium proferat», questi comunque istruisce la propria opinione principalmente dagli atti del caso (art. 10)¹⁴⁵. È evidente così la «volontà di coinvolgere maggiormente la responsabilità degli Ordinari nella funzione di tutela della dottrina, soprattutto dell'Ordinario proprio dell'Autore, e di garantire con maggiore ampiezza ed efficacia, insieme alla tutela del *depositum fidei*, anche la *possibilità di difesa* per l'Autore stesso»¹⁴⁶.

Iuxta art. 12¹⁴⁷, la discussione in Congresso avviene di regola *inaudito Auctore*, laddove è invece obbligatoria la presenza del suo Ordinario,

tunum est, ut Ordinarius, simul cum responsione Auctoris scripta, suam sententiam ad Congregationem preferendam curet»: CDF, *Agendi Ratio*, EV 16/632.

¹⁴³ Nel lb. III. *De Ecclesiae Munere Docendi*, è attribuito ai Pastori (nonché Ordinari), *officium et ius invigilandi*: «Ut veritatum fidei morumque integritas servetur, officium et ius est Ecclesiae pastoribus invigilandi, ne scriptis aut usu instrumentorum communicationis socialis christifidelium fidei aut moribus detrimentum afferatur; item exigendi, ut quae fidem moresve tangant a christifidelibus edenda suo iudicio subiciantur; necnon reprobandi scripta quae rectae fidei aut bonis moribus noceant. Officium et ius [...] competunt Episcopis, tum singulis tum in conciliis particularibus vel Episcoporum conferentiis adunatis quoad christifideles suae curae commissos, supremae autem Ecclesiae auctoritati quoad universum Dei populum» (can. 823).

¹⁴⁴ G. GÄNSWEIN, «La procedura», 372. Cf. P. FERRARI DA PASSANO, «Il regolamento», 595-597.

¹⁴⁵ EV 16/625.

¹⁴⁶ G. GÄNSWEIN, «La procedura», 366. Il corsivo è nostro, perché ci sembra che in questi termini di sola possibilità si potrà parlare.

¹⁴⁷ «Ad Consultorum Consilium invitari possunt, praeter Consultores, *Relatorem pro Auctore* et Ordinarium ipsum, qui tamen substitui nequit et secreto devincitur, etiam periti qui sententias paraverunt. Discussio initium capit ab expositione *Relatoris*

che non può farsi sostituire. Le contestazioni all'Autore sono solo eventuali (art. 14)¹⁴⁸ e in ogni modo posteriori alla c.d. fase interna. Nel corso di questa, i Consultori hanno già avuto modo di *colligere probationes*¹⁴⁹, le quali però, non avendo esaurito un verdetto unanime e certo, hanno reso necessaria la discussione con il convenuto (art. 16)¹⁵⁰. Tale forma di dibattito ancora non fa presagire un incontro personale, previsto invece quale *extrema ratio* (art. 18)¹⁵¹, qualora la risposta scritta dell'Autore non fosse esaustiva o non pervenisse.

Non ci sarebbe altro motivo di menzionare tale normativa

se il suo modo di procedere non venisse segnalato come in contrasto col principio, oggi generalmente ammesso, della pubblicità dei giudizi, considerata come una necessaria garanzia contro arbitri a danno della giustizia. L'attività di quel Supremo tribunale anche nelle cause criminali si svolge in realtà con l'obbligo del segreto. Ma innanzi tutto è da ricordare che anche la procedura penale degli Stati civili prevede in alcuni casi che il dibattito abbia luogo, o in tutto o in parte, *a porte chiuse*, quando cioè un tale provvedimento è richiesto dal bene comune: ora appunto questo stesso principio la Chiesa applica nei processi penali del S. Ufficio¹⁵².

È attuale dunque l'ammonimento per cui «il tribunale ecclesiastico nell'esercizio della sua giurisdizione non può far propria la stessa norma seguita dai tribunali civili»¹⁵³ *sic et simpliciter*, ma è tenuto ad

pro Auctore, qui summam quaestionis praesentat. Post eum, Ordinarius Auctoris, periti et unusquisque Consultor, voce at scripto, suam sententiam proferunt de iis quae in textu examinato continentur. Deinde *Relator pro Auctore* et periti respondere poterunt animadversionibus, quae forte fiant, et res ipsas clarius explanare» (EV 16/627).

¹⁴⁸ «Tota positio una cum disputationum perscriptione, Consultorum votis et suffragatione generali, examini Sessionis Ordinariae subicitur, cuius est decernere, utrum ad contestationem procedendum sit, an vero, si affirmative, quatenus sint capita consideranda» (EV 16/629).

¹⁴⁹ Per il processo contenzioso ordinario invece è stabilito: «Iudex ad probationes colligendas ne procedat ante litis contestationem nisi ob gravem causam» (can. 1529). Il che significa: non prima che sia citata la parte convenuta, momento causativo della *litis pendentia* e dell'attuazione del diritto di difesa in contraddittorio (cf. can. 1512).

¹⁵⁰ «Si in phase praecedenti statutum est ut ad contestationem procederetur, huius rei certior reddendus est Ordinarius Auctoris aut Ordinarii, quorum interest, nec non competentia Dicasteria Sanctae Sedis» (EV 16/631).

¹⁵¹ «Providetur etiam facultatem dari posse colloquendi inter Auctorem, ab eius Consiliario adiutum qui partem activam habeat in dialogo, et quondam delegatos Congregationis. Quo in casu, delegati Congregationis, a Congressu nominati, perscriptionem colloquii redigere debent eamque una cum Autore eiusque Consiliario subsignare» (EV 16/633).

¹⁵² PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 6 ott. 1946, 397.

¹⁵³ PIO XII, All. ad RR *Praelatos*, 6 ott. 1946, 394.

armonizzarla con i postulati assiologici da cui proviene e trae origine la qualità del suo agire¹⁵⁴.

Iudex pro reverentia debita erga personae humanae iura, cum omni cura et sollicitudine tuenda, tenetur ad accuratam observationem normarum processualium, quippe quae reapse ad tutelam iurium personae latae sint. Id eo vel magis valet quoad illas normas processuales quae immediate ius defensionis respiciunt¹⁵⁵.

Nella *Agendi ratio* spiccano garanzie più confacenti alla sensibilità moderna, concorde nell'assicurare condizioni di oggettività che si applichino alla luce di quanto affermato in altro luogo:

Il giudizio espresso dal Magistero [...] al termine di un esame approfondito, condotto in conformità con procedure stabilite, e dopo che all'interessato è stata concessa la possibilità di dissipare eventuali malintesi sul suo pensiero, non tocca la persona del teologo, ma le sue posizioni intellettuali pubblicamente espresse¹⁵⁶.

Una stima particolare quindi, dell'esigenza di attuare garanzie che conducano l'intera procedura con il massimo di imparzialità e serietà, liquidando gli spettri residui di un sistema inquisitorio nell'accezione peggiore.

In effetti, gli ordinamenti giuridici non sono enti ermetici ed incomunicabili. Al contrario, nella misura in cui entrano in contatto, si produce un travaso di influenze in entrambe le direzioni, mediante un processo spontaneo — e molto spesso impercettibile — che ben potrebbe qualificarsi come *osmosi giuridica*¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Cf. C. MIRABELLI, «La protezione», 406: «Ma al di là delle diversità metodologiche — che rendono evidenti l'approccio teologico e quello di *teoria generale* al problema dei diritti fondamentali — si può cogliere l'identità delle questioni trattate. Le ricerche sono quasi esclusivamente dedicate ad analizzare le basi canonistiche dei diritti fondamentali, per tentarne poi, deduttivamente, la catalogazione, quasi secondo un supposto dover essere che, in assenza di scelte legislativamente operate, si offre come progetto e come ricostruzione assiologica del sistema».

¹⁵⁵ F. DANEELS, «De Iure Defensionis», 266.

¹⁵⁶ CDF, Istr. *Donum Veritatis*, n. 37, EV 12/296. «Si può affermare che il Regolamento costituisce un notevole e valido sforzo per armonizzare le imprescindibili esigenze della tutela e della promozione della fede con il rispetto dei diritti del fedele: le prime non possono essere fatte valere a scapito delle seconde. Le une e le altre rispondono alla verità, oggettivamente non sono in contrasto e quindi, per quanto è possibile, devono essere salvaguardate»: G. GÄNSWEIN, «La procedura», 374. Vedi anche P. FERRARI DA PASSANO, «Il regolamento», 589-591; nonché A. ANTÓN, «Il compito».

¹⁵⁷ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Diritto canonico», 258.

3. Conclusioni

Per i processi speciali non è criterio discrezionale l'attività giudiziaria dell'organo, esattamente come non lo è il fatto che producano atti amministrativi.

Non già schematici o sbrigativi criteri sostanzialistici o formalistici, ma solo una nozione articolata e matura di *processo*, e la possibilità da esso garantita all'ufficio giudicante o decidente di farsi interprete di interessi (non istituzionalmente o individualisticamente introdotti ma) personalisticamente o comunitariamente coinvolti e dallo stesso ufficio *paritariamente* considerati, hanno consentito di fondare e giustificare una rilevanza autonoma della giurisdizione, rispetto alla *legislatio* ed alla mera *executio*¹⁵⁸.

Pur non essendo state investigate tutte le procedure giudiziali contenute nel CIC (diverse sono dislocate secondo una toponomastica *ad hoc*: cf. can. 959)¹⁵⁹, appare tutelata in diversi aspetti e gradazioni la realizzazione del contraddittorio. Nella procedura per lo scioglimento del matrimonio *in favorem fidei* secondo le nuove Norme del 30 apr. 2001¹⁶⁰, è previsto e sollecitato l'interrogatorio della parte nei cui riguardi si richiede il provvedimento (art. 12 § 2; 14 § 1-2); imposta la comparizione del difensore del vincolo (art. 11 § 1; 14 § 3), stabilita una minuziosa normativa circa la collazione degli atti e la verbalizzazione delle prove (art. 11; 12 § 1; 13; 14 § 4; 15; 16 § 4-5; 18-19; 22).

¹⁵⁸ S. BERLINGÒ, «Il diritto al *processo*», 347.

¹⁵⁹ «In sacramento paenitentiae fideles peccata legitimo ministro confitentes, de iisdem contriti atque propositum sese emendandi habentes, per absolutionem ab eodem ministro impertitam, veniam peccatorum quae post baptismum commiserint a Deo obtinent, simulque reconciliantur cum Ecclesia, quam peccando vulneraverunt». Da sempre la dottrina della Chiesa ha considerato il sacramento della Penitenza come il *giudizio per eccellenza*: «Quamvis autem absolutio sacerdotis alieni beneficii sit dispensatio, tamen non est solum nudum ministerium vel annuntiandi Evangelium vel declarandi remissa esse peccata: sed *ad instar actus iudicialis*, quo ab ipso *veluti a iudice sententia pronuntiatur*. [...] Si quis dixerit, absolutionem sacramentalem sacerdotis non esse *actum iudicalem*, sed nudum ministerium pronuntiandi et declarandi, remissa esse peccata confitenti, modo tantum credat se esse absolutum, aut sacerdos non serio, sed ioco absolvat; aut dixerit non requiri confessionem paenitentis, ut sacerdos ipsum absolvere possit: an. s.» (DS 1685.1709). Il corsivo è nostro.

¹⁶⁰ Nella *Praefatio* si legge «Dum CIC revisioni subiiceretur, confecta sunt schemata canonum in quibus synthetice et principia iuris substantivi et normae procedurales pro solutione vinculi matrimonialis in favorem fidei proponebantur. Attamen Superiori Auctoritati opportunius visum est ut haec difficilis materia non includeretur in Codice, sed remitteretur normis particularibus, a Summo Pontifice specialiter approbatis et a Congregatione pro Doctrina Fidei latis»: CDF, *Normae*, 6.

Anche nella procedura per la rimozione del parroco (can. 1740-1747) paiono rispettate le garanzie di una difesa efficiente: «è assicurata all'interessato la facoltà di contraddire e di allegare prove, la facoltà di prendere visione degli atti, di proporre memorie scritte, di fruire della valutazione ponderata di altri due parroci prescelti da un *coetus ad hoc stabiliter constitutus*»¹⁶¹. Elemento comune è la nozione di interesse soggettivo, settore giuridico non ancora definito né protetto se non attraverso il processo amministrativo. Nella giurisprudenza della Segnatura Apostolica è statuito, affinché all'interesse consegua legittimazione attiva nel proporre ricorso gerarchico, che esso sia qualificato come personale, diretto, attuale e tutelato *saltem directe* dalla normativa¹⁶².

La lesione deve cioè riferirsi all'oggetto del ricorso in modo immediato, e non soltanto in via mediale; vi deve inoltre essere proporzionalità fra l'interesse danneggiato e i motivi che hanno dato causa all'atto dell'organo amministrativo, e non è quindi sufficiente che i fedeli abbiano subito un danno su qualsiasi loro interesse o vantaggio¹⁶³.

È poi il can. 223 che dispone due modalità di esercizio dei diritti fondamentali dei fedeli: *in primis*, disciplina un parametro di tipo soggettivo che rispecchia il *neminem laedere* e il *suum unicuique tribuere*; in calce invece, una moderazione di tipo oggettivo che «attribuisce all'autorità ecclesiastica il potere di regolare l'esercizio dei diritti in questione, in ragione del bene comune»¹⁶⁴. Per evitare di dar luogo a procedimenti che impegnino la comunità ecclesiale incrinandone la comunione, principio dinamico fondamentale dell'ordinamento.

¹⁶¹ S. BERLINGÒ, «Il diritto al processo», 351. Per la citazione cf. can. 1742 § 1.

¹⁶² Cf. SEGNAVURA APOSTOLICA, «Decr. c. Castillo Lara», 21 nov. 1987, n. 4, 5; SEGNAVURA APOSTOLICA, «Decr. c. Silvestrini», 26 gen. 1990, 143-144: «Non sufficit quodcumque gravamen, ut quis legitimatione activa gaudeat ad recursum iuridicum instituendum; requiritur gravamen iuridica consideratione dignum, quod revera habetur non propter laesionem cuiuscumque utilitatis vel commodorum, sed propter laesum interesse personale, directum, attuale, in lege fundatum et proportionatum».

¹⁶³ A. BETTETINI, «Il diritto d'azione», 166. Il disposto fa seguito alla pronuncia del PCCICAI, Resp. 29 apr. 1987. I poli giudiziario e amministrativo «sono chiari: non deve la giustizia ingerirsi nell'amministrazione, che segue e deve seguire criteri discrezionali e di politica amministrativa; non può la potestà amministrativa agire al di fuori del principio di legalità e pretendere di non essere soggetta, quando lo violi, ai rimedi della giustizia e del sistema giudiziario. L'equilibrio è continuamente da cercare e da definire positivamente a livello normativo *processuale e procedurale*»: G.P. MONTINI, «Modalità procedurali», 309-310.

¹⁶⁴ P.V. PINTO, «De Populo Dei», 130.

La rivendicazione dei propri diritti può costituire una esigenza di giustizia, ma non è un essenziale elemento della condotta cristiana. La prudenza, la pazienza, e soprattutto la carità possono rendere preferibile cristianamente subire un torto che difendere un diritto. La parola di Gesù: «A chi ti vuol chiamare in giudizio per toglierti la tunica, tu lascia anche il mantello» (Mt 5,40) non dovrebbe aver perso il suo significato per il cristiano di oggi¹⁶⁵.

Il criterio addotto al can. 223 non è in posizione fortuita a chiosa dei doveri e diritti generali del Popolo di Dio: opera quale valutazione sistematica in modo analogo all'altro parametro sostanziale, il can. 1752. Entrambi sono strumenti appropriati di attuazione della logica di giustizia evangelica che deve vivificare l'applicazione di tutto il diritto ecclesiale¹⁶⁶. Metodologicamente parlando, non è poi possibile attingere ad un concetto statico di contraddittorio: esso non è un nucleo stabile, piuttosto «un irradiarsi e frangersi capillarmente del valore partecipativo e pretensivo con riguardo ai vari contesti normativi e ai vari tipi e riti dei procedimenti volta a volta considerati»¹⁶⁷.

Ciò che invita a fare la teorica del diritto vivente sia in ambito statale che ecclesiale è di ricercare le premesse assiologiche delle norme positive in un esame della realtà sociale condotto attraverso la logica argomentativa non della ragione ma della ragionevolezza. Secondo un processo, cioè, «che non nega la problematicità del suo oggetto e non pretende di coglierne un'astratta verità assoluta, ma mira a conoscerne la natura con verosimiglianza e probabilità»¹⁶⁸.

Nel diritto ecclesiale l'inquadramento del *munus regendi* comporta una funzione ampia, radicata nella cura pastorale del Popolo di Dio; attenzione che ha come cardine la personalità del giudice: fortemente sensibile alle prerogative morali dei ricorrenti, ne contempera le esigenze con la tutela irrinunciabile dei requisiti assiologici interni al sistema, protetti e garantiti almeno quali attributi minimi. Per di più, nell'ambito canonico è legittimo rifarsi agli istituti del diritto processuale statale solo quando questi siano pacificamente inquadrabili non tanto nell'identità di nomenclatura o di finalità del processo, bensì nei

¹⁶⁵ R.J. CASTILLO LARA, «La difesa», XVII.

¹⁶⁶ «Qualsiasi scienza [...] che procedesse solo per imitazione di contenuti delle altre scienze senza avere la forza di elaborare il proprio progetto culturale, non avrebbe più nulla di vero e profetico da dire all'uomo»: E. CORECCO, «Considerazioni», 1221.

¹⁶⁷ C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 182.

¹⁶⁸ R. MAZZOLA, «Il diritto vivente», 348. Il testo nella citazione è di G. FASSÒ, «Il giudice», 942.

postulati che sottendono valori analoghi e convergenti, tali da definire «la *giustizia* del processo voluto dal legislatore costituzionale, impedendo così di ammettere che vi possa essere un processo giurisdizionale senza un giudice imparziale posto in posizione di terzietà o senza un adeguato e paritario contraddittorio tra due o più parti»¹⁶⁹.

Per la necessità superiore di promuovere la coscienza sociale della comunità politica ed ecclesiale nonché la tutela dei rapporti tra le persone, è prioritaria la dichiarazione della giustizia, al cui scopo serve in modo eminente il contraddittorio, strumento in grado di poter salvaguardare la posizione processuale di ciascuno nell'uguaglianza dell'attuazione del diritto di difesa, assolto da un giudice autenticamente *super partes*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ M. CECCHETTI, «Giusto processo», 615.

¹⁷⁰ Ad esemplificazione ulteriore, riportiamo un brano dell'arringa finale dell'avvocato penalista, protagonista in G. CAROFIGLIO, *Testimone inconsapevole*, 287: «La questione è, contemporaneamente, più semplice e più complessa e [...] prenderò a prestito una famosa frase di Albert Einstein. La frase, se non ricordo male, suona più o meno così: *è la teoria che determina ciò che osserviamo*. Cosa significa? Significa che se abbiamo una teoria — una teoria che ci piace, che ci soddisfa, che ci sembra buona — tendiamo ad esaminare i fatti attraverso quella teoria. Piuttosto che osservare obbiettivamente tutti i dati disponibili, cerchiamo solo conferme a quella teoria. La nostra stessa percezione è fortemente influenzata, determinata dalla teoria che abbiamo scelto. Appunto, come diceva Einstein — che parlava di scienza — la teoria determina ciò che riusciamo ad osservare. In altri termini: vediamo, sentiamo, percepiamo quello che conferma la nostra teoria e, semplicemente, tralasciamo tutto il resto. C'è un detto cinese che esprime in forma diversa lo stesso concetto. Dicono i cinesi: due terzi di quello che vediamo, è dietro i nostri occhi».

CONCLUSIONE

Il tema che si è trattato, espressione più significativa dell'esercizio dei diritti della difesa, si può definire di quelli

topici, tanto esteso da abbracciare fin quasi tutti i settori dell'esperienza giuridica, beninteso sotto il particolare profilo e dunque nell'ottica privilegiata della dinamica processuale, e rappresentativo al contempo di un fenomeno, di una dimensione coesistente all'esistenza stessa dei diritti e delle situazioni giuridiche soggettive, in quanto chiave di volta e cartina tornasole della loro efficacia ed effettività e, in fin dei conti, del funzionamento *secondo giustizia* dell'ordinamento giuridico¹.

Nella procedura statale — italiana e dei sistemi informati al rispetto dei valori di libertà (non necessariamente di democrazia) —, il diritto a far valere le proprie ragioni (agire e resistere giudizialmente) deve realizzarsi sul piano della parità formale e sostanziale, scevra di semplificazioni o discriminazioni. Esse risultano irrazionali se non sono riconducibili ad una particolare e isolata fase processuale, in ogni modo spiegabili ad una latitudine che non possa mai incidere sulla parità fondamentale delle armi di cui le parti godono².

Precisato nelle idoneità ad intervenire ed essere uditi in giudizio, il diritto al contraddittorio da garanzia procede in *principio*, vero *modus agendi et operandi* nella scansione processuale:

in altri termini, non si esaurisce nell'accesso alle corti (di cui, pure, tanto si è parlato, specie in ottica comparatistica e transnazionale), ma ricomprende poteri e facoltà successivi alla domanda giudiziale che vanno esercitati per

¹ C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 165. Cf. anche P. PAJARDI, *Processo al processo*, 259.

² Cf. C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 166.

tutto il corso del procedimento e che sono altrettanto essenziali dell'*accesso*, della scaturigine del processo e del potere/dovere decisorio³.

Si è approfondito dunque, in che termini il principio del contraddittorio debba assurgere a vero e proprio *binario di scorrimento* sul quale far viaggiare la ricerca, già di per sé complessa e gravosa, della verità — scopo del processo: «Tutti i primi tentativi di codificazione, vuoi orale, vuoi consuetudinaria, attestano questo preminente quasi assoluto binario di sviluppo: cogliere i principi fondamentalissimi del vivere civile e trasferirli in una norma cogente di condotta umana sostanziale»⁴.

La laboriosa indagine spesso sfocia in un riduzionismo denominato *verità processuale*, mediocre volo di pollo che si appaga di risultati meno che minimi semplicemente perché non riesce ad individuare gli strumenti adatti a raggiungere le altezze ideali da cui la scienza giuridica, prende le mosse.

Gli uomini hanno bisogno di certezze assai più che di pane. Non essendo mai sicuri per definizione che la verità del processo sia quella reale (può essere, ma può anche non essere), e dovendo d'altronde fissare dei punti fermi, l'umanità (e non solo il mondo degli addetti ai lavori) ha finito per accettare la idea di una verità legale assumendo questa come unico prodotto umanamente possibile del processo. Non importa quale sia una supposta verità reale diversa, importa ciò che il processo ha accertato⁵.

Per ovviare l'ostacolo l'esperienza contenziosa ha valorizzato da tempi remoti l'opportunità di un confronto diretto, magari *incrociato*, tra le posizioni processuali per assicurare quella *visione a tutto tondo* indispensabile alla ricostruzione attendibile e veridica — non solo verosimile — dei fatti storici. Tale sforzo costruttivo rende operante il diritto di agire e resistere in giudizio, indicato come esplicitazione del diritto di difesa e nel cui ambito il nostro studio ha inteso collocarsi.

Pur essendosi già ragionato di «esaurimento della funzione assiologica del contraddittorio», in concomitanza ad una storica visione formalistica del diritto connessa all'*esprit positiviste*⁶, la garanzia permane a servizio di una decisione giusta e più equilibrata di quella che emergesse *inaudita, etsi suo marte, altera parte*.

³ C. CONSOLO, «Il nucleo essenziale», 170.

⁴ P. PAJARDI, *Processo al processo*, 28.

⁵ P. PAJARDI, *Processo al processo*, 33-34.

⁶ Cf. L. MORTARA, *Commentario*, III, 234, nonché A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 213-217.

Il male più terribile non è il violento conflitto tra le parti diverse della verità, ma la silenziosa soppressione di una sua metà; finché la gente è costretta ad ascoltare le due opinioni opposte c'è sempre speranza; è quando ne ascolta una sola che gli errori si cristallizzano in pregiudizi, e la verità stessa cessa di avere effetto perché l'esagerazione la rende falsa⁷.

Nel contraddittorio invece, si manifestano sia la dimensione pratica di opportunità legislativa, che sfrutta la contrapposizione dialettica delle parti nella prospettiva di ordine oggettivo detta pubblica utilità o bene comune; sia il contesto formale e tecnico, attento e rispettoso della bilateralità dell'azione imposta nel giudizio contenzioso. Una simile polarità di attività è condizione assoluta per l'instaurarsi di un rapporto processuale valido che assicuri «la pura *possibilità* di difesa e di reazione attiva nei confronti delle pretese altrui, lasciando del tutto impregiudicata la *libertà* di valersi delle opportunità difensive»⁸. La riflessione canonica e statale si articola di conseguenza nella

precisa individuazione del paradigma di riferimento, sul quale valutare i requisiti che integrano un procedimento qualificabile come *giusto processo*. La questione non è ultronea, se si considera la laconicità della espressione; ma non è neppure marginale, se si considera che l'inderogabilità del principio del *giusto processo* da un lato e l'apertura, dall'altro, dell'ordinamento giuridico italiano alla ricezione di provvedimenti giurisdizionali stranieri che attengono a diritti (talvolta fondamentali, come accade in materia di libertà matrimoniale), non può essere soggetta a criteri generici, elastici, ancorché fondati sulle elaborazioni dottrinali o anche giurisprudenziali, ma non ben determinati, univoci, fissati nel dato normativo⁹.

Uno dei termini di valutazione è il *bene comune*, la comune utilità, l'ordine pubblico: tutela le regole fondamentali dell'ordinamento e si allaccia al criterio dell'inderogabilità delle norme, in considerazione dei principi processuali tassativi tra i quali spicca il contraddittorio, fondamento di economia processuale. Assodato che «Le norme processuali tendono sempre a garantire l'interesse e bene pubblico, restando anche salvi i legittimi interessi e diritti delle parti»¹⁰, la loro applicazione ragionata, discreta, assiologica presuppone un operatore del diritto dotato di un convincimento morale adeguato al regime giuridico in cui

⁷ J.S. MILL, *Sulla libertà*, 79.

⁸ L.P. COMOGLIO, «Contraddittorio», 2.

⁹ G. DALLA TORRE, «Postfazione», 218. Vedi anche M. CHIAVARIO, «Art. 6».

¹⁰ J. OCHOA, «I titoli di competenza», 101.

è attivo, al fine di procedere con correttezza e uniformità ai valori che informano l'intera compagine di riferimento¹¹.

Il giudice, come primo barlume del processo, è nato prima del processo. Se mai è nato contestualmente alla giurisdizione come *ius dicere* sia pure dapprima convenzionale. E non poteva che essere così, perché una esigenza viene prima risolta con il fattore di soluzione e dopo perfezionata con la fissazione di un regime operativo del fattore [...]. Nel fissare questo *come* confluisce una seconda pretesa. Il giudice deve ricercare la verità. La verità è la sua ossessione deontologicamente professionale¹².

Mantenendo la tangente del vigente diritto italiano, si constata come il paradigma del contraddittorio discenda dal dettato costituzionale che garantisce il diritto alla difesa «in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24 Cost.), assicurando così l'intangibilità del «giudice naturale precostituito per legge» (art. 25 Cost.) e il «contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità», la terzietà e imparzialità del giudice, la «ragionevole durata» (art. 111 Cost.). Dal momento che la ricerca della verità può essere viziata da un errore di metodo che incide sul risultato finale, la speculazione sistematica ha fissato garanzie minime inderogabili, sgombrando il campo all'articolazione delle procedure: l'idea del processo nasce quale sistema istituzionale di mezzi tipici e prescrizioni rituali al fine di accertare la verità.

Il senso del rispetto della persona umana, la considerazione per la garanzia della difesa, la coscienza dei valori dell'uomo insopprimibili nel metodo processuale, sono entità morali e culturali tarde a svilupparsi attraverso molti passi avanti e moltissimi indietro, epoche illuminate e periodi oscuri, talché solo ora, e ancora non completamente, esse sono realtà concrete tradotte in scelte operative e organizzative¹³.

¹¹ «Per un ricupero effettivo della verità [...] occorre riscoprire la dimensione trascendente che è intrinseca alla verità piena sul matrimonio e sulla famiglia [...] La considerazione della sacramentalità mette in risalto la trascendenza della vostra funzione, il nesso che l'unisce operativamente con l'economia salvifica. Il senso religioso deve pertanto permeare tutto il vostro lavoro. Dagli studi scientifici su questa materia fino all'attività quotidiana nell'amministrazione della giustizia, non c'è spazio nella Chiesa per una visione meramente immanente e profana del matrimonio, semplicemente perché tale visione non è teologicamente e giuridicamente vera»: GIOVANNI PAOLO II, All. ad RR *Praelatos*, 30 gen. 2003, n. 3.6, 394.396. Non si tratta di interpretazione autentica, se non in senso lato: un'allocuzione alla RR rivela senz'altro la *mens legislatoris* (cf. can. 17) in merito all'amministrazione concreta della giustizia (cf. PB, art. 126) ed è da accogliere a norma del can. 752.

¹² P. PAJARDI, *Processo al processo*, 31.

¹³ P. PAJARDI, *Processo al processo*, 31-32.

Esse devono dimostrarsi coerenti ai valori *costituzionali* dai quali discendono: è un considerazione comune ai due ordinamenti, nonostante soggiacciano a differenti impostazioni e siano eredi di finalità diverse, con composite ripercussioni sul parametro sostanziale di legittimità. Stabilito che il processo è uno strumento non un valore, emerge il suo essere costitutivo per le mete cui è finalizzato: il mezzo operativo deve rispettare le regole di tutela della persona umana, è latore di messaggi primari e può persino manipolare gli scopi cui tende. Da qui la discussione fervente in tema di modelli, particolarmente a proposito del giusto processo: esso è veicolo eminente di verità. Anzi, «è strumento della giurisdizione e lo *ius dicere* si fonda sulla ricerca della verità»¹⁴.

Il modello di giusto processo è presente ed operante nell'ordinamento canonico attraverso il diritto di difesa (can. 221 § 1), non solo tecnica ma addirittura garanzia di *instaurando* contraddittorio (can. 1508-1513); il diritto ad un giudizio equo (can. 221 § 2) che convoglia nel sistema normativo i postulati di imparzialità, indipendenza e terzietà dei giudici; le prerogative di intervento nel processo; il diritto di presentare prove e di espressione per quanto attiene la causa. Sono tutte garanzie processuali non soggette a dispensa (cf. can. 87 § 1), se non per mano del Legislatore, che si avvale nel caso della Segnatura Apostolica¹⁵, la quale opera in ottemperanza allo *ius invigilandi rectae administrationi iustitiae* e alla funzione svolta in forza di disposizioni di natura concordataria¹⁶.

Il diritto di agire e resistere in giudizio si è dimostrato fonte di rinnovamento procedurale in entrambi gli ordinamenti, sorgente di confronto comparato che ha messo in luce le comuni radici storiche, pertinenti alla romano-canonistica. L'intangibilità del contraddittorio è nel nucleo minimo norma di ordine pubblico processuale: potenzia una società che intende atteggiarsi al dialogo e al confronto di cui il contraddittorio è espressione organica.

Il miglior metodo per scoprire la verità è quello di procedere dialogicamente, indagando sulle posizioni contrastanti, e decidendo in forza del miglior argomento. Il contraddittorio può essere considerato la versione processuale del discernimento cristiano, dotando la decisione del giudice non solo di autorità giuridica (derivante dalla sua potestà) ma anche di autorità morale (derivante dalle garanzie procedurali con cui la decisione si è formata) [...] Una decisione fondata sui principi della *razionalità dialogica*, ovvero

¹⁴ P. PAJARDI, *Processo al processo*, 33.

¹⁵ Cf. Z. GROCHOLEWSKI, «Linee generali», 245-262.

¹⁶ Cf. SEG NATURA APOSTOLICA, *Lett.*, 14 nov. 2002.

sulla possibilità di consenso razionale, che nasce dalla capacità di comunicazione esistente tra i soggetti processuali, si porrà nei confronti dei destinatari non come un atto impositivo, ma come una soluzione che può essere bene accettata in base alla forza comunicativa che la riveste, frutto della *comunicazione paritaria* e del vincolo morale verso la verità¹⁷.

La ricostruzione logico-sistematica ha messo in luce analogie e differenze, mai però tanto gravi o sostanziali da scavare un baratro di incommunicabilità comparativa, atteso che proprio il principio del contraddittorio — che caratterizza il processo in quanto tale — è recepito con identica accezione (dove il significante coincide col significato). Attraverso altri istituti, peculiari in ciascun sistema, è offerta la specificazione che caratterizza l'elaborazione di politica giurisdizionale peculiare ai due impianti, l'uno attento all'attuazione della giustizia quale esperienza del costituirsi dell'ordinamento che si adegua e riformula su di una realtà sociale mai esaurita¹⁸; l'altro proteso alla realizzazione dei fondamenti morali sui quali deve poggiare una società caratterizzata «dall'ordine anziché dal disordine, dal dialogo anziché dalla forza»¹⁹.

Si ripropone così la frammentarietà del diritto come costante dell'ordinamento canonico, svincolo di giuntura che ne permette il movimento, l'adeguamento, il modellarsi ai cambiamenti che si susseguono nella società. Stabile e inalterato resiste il blocco delle garanzie minime, riconosciute e garantite dall'istituzione statale ed ecclesiale: esse attengono alla struttura, sono cardine di interpretazione e coerenza del sistema e si qualificano nel *modus exercitandi* dei fondamenti teorici su cui poggia l'impianto tecnico di governo²⁰. Ciò avviene per mezzo dei soggetti implicati nella dinamica giudiziale: *in primis* giudice e parti. È tra loro che si instaura il rapporto triadico di escussione della verità; è tra loro che si gioca la partita non della ragione o del torto, ma della giustizia e dell'ordine; è tra loro che si svolge, e ha da attuarsi, il *giusto processo*.

¹⁷ M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 172; il corsivo è nostro.

¹⁸ Cf. P. CALAMANDREI, «La genesi logica».

¹⁹ GIOVANNI PAOLO II, Mess. *Pacem in Terris*, n. 5, 342: «The Declaration set out the moral foundations on which the evolution of a world characterized by order rather than disorder, and by dialogue rather than force».

²⁰ La visione del tessuto ecclesiale «tende a cogliere le orditure unificanti piuttosto delle cesure, mira a disincagliare il potere dalle secche dell'autorità individuale per ricollocarlo nel grembo della comunità, nella quale soltanto si giustifica moralmente e socialmente»: P. GROSSI, «Novità e tradizione», 176.

Ma mentre nel processo statale la terzietà *assoluta* è coercitiva della Magistratura²¹; nel processo canonico, «il giudice non può essere neutrale, indifferente alla sostanza degli interessi su cui è chiamato a giudicare, ma deve sentirsi profondamente coinvolto e responsabile della loro tutela e realizzazione»²².

Più di ogni legislatore laico quello canonico è condizionato nelle sue scelte dalla natura particolarissima della norma canonica. Regolatrice di rapporti sociali, essa non può mai deporre, a pena di essere una mostruosa aberrazione, il suo carattere strumentale, tesa ad un fine assoluto metasociale e metagiuridico — la *salus animarum* — al quale interamente si piega; l'astrattezza tipica della legge civile le ripugna sommamente²³.

Nello studio della qualificazione giuridica di istituti, procedure, processi, è maturata la consapevolezza che la macro-comparazione si attua spesso, e ottimamente, attraverso una micro-comparazione di dettagli noetici. Per questo motivo la preferenza è andata all'approccio eziologico che mira a comporre la dinamicità della dialettica nei due sistemi e che accompagna le elaborazioni teoriche e processuali. Il confronto dei due ordinamenti non è stato di facile intuizione e forse per questo ha patito meno occasioni di cedere all'accostamento selvaggio e indiscriminato che genera connivenze spurie. Ancorando il

²¹ Fa specie che il sistema italiano *de professo* escluda il diritto del magistrato all'*obiezione di coscienza*. Nonostante all'indomani del processo di Norimberga sia riconosciuta e tutelata in presenza di due presupposti (la non rispondenza ai sentimenti di tutti i cittadini dei criteri seguiti da una legge per disciplinare materie che tocchino questioni morali o religiose; la rispondenza ai principi fondamentali dell'ordinamento delle motivazioni morali o religiose di coloro che non condividono il contenuto della legge), l'art. 98, co. 3 Cost. ha autorizzato l'esautorazione dei membri della Magistratura da qualsiasi diniego (*rectius*: astensione) di ufficio per ragioni morali o religiose. Il che non di rado sfocia in situazioni incresciose. Ad esempio, nel caso della richiesta di convalida al Tribunale dell'interruzione volontaria di gravidanza da parte di una minore, il giudice cattolico nulla può eccepire alla messa in opera del provvedimento, rivendicando l'obiezione della *propria* coscienza. Senza entrare nel merito della ricaduta *in casu* di quanto affermato dal Magistero petrino (EvV 73, EV 14/2412: «Leggi di questo tipo non solo non creano nessun obbligo di coscienza, ma sollevano piuttosto un grave e preciso obbligo di opporsi ad esse mediante l'obiezione di coscienza»), desta non poca perplessità il fatto che la stessa l. 194/78, la c.d. legge sull'aborto, ammetta e disciplini l'interposizione dell'obiezione di coscienza in capo ai medici e al personale ausiliario. «Non ci può essere vera democrazia, se non si riconosce la dignità di ogni persona e non se ne rispettano i diritti» (EvV 101, EV 14/2505).

²² P. MONETA, «La funzione giudiziaria», 37.

²³ P. GROSSI, «Novità e tradizione», 179.

principio in questione alla genesi storico-sistematica — che ne fa un argomento tecnico, da *addetti ai lavori* —, si è svincolata la facile tentazione di affastellare dizioni identiche in significati equivalenti, quando invece abbisognano di analogia equilibrata. L'ordinamento statale italiano e quello canonico non sono immediatamente assimilabili, anche per i motivi che ne ispirano l'azione.

Nel diritto canonico questo significa fedeltà al diritto divino, ma nel diritto civile significa considerare non solo metagiuridici ed eventuali, ma veramente normativi i valori fondamentali su cui si fonda il vivere civile. Ognuno dei due ordinamenti si ritrova di fronte alla necessità di dettagliare, in termini di diritto positivo, valori specifici, ma probabilmente sono molti di più i valori comuni, per esempio quelli inerenti alla dignità della persona umana, che rivendicano la loro normatività sia nei confronti della società civile sia di quella ecclesiale, anzi postulano una loro *sana cooperazione*, come afferma il Concilio Vaticano II²⁴.

E così il cerchio si chiude, mentre ricompaiono i Diritti inviolabili dell'Uomo, che lo Stato di diritto non crea né costituisce, bensì ha il dovere di «riconoscere» e «garantire» (art. 2 Cost.)²⁵. Tuttavia,

La teoria generale dei diritti fondamentali propria del diritto pubblico costituzionale dello Stato, non può essere impunemente ripresa nella teoria generale del diritto canonico. Il carattere della fundamentalità non sembra essere un concetto che trascende i due ordinamenti, statuale e canonico, e di conseguenza non può essere applicato per *analogia proportionalitatis* alle due realtà²⁶.

Sappiamo che l'analogia affermata dalla LG 8a postula un'antropologia *secondo il Concilio*, cioè una comprensione dell'essere umano in rapporto e in relazione, attuale e concreta, con le realtà terrestri, il cui

²⁴ P. FERRARI DA PASSANO, «Il diritto pubblico», 360. Per il testo riportato, vedi GS 76, EV 1/1581.

²⁵ P. PAJARDI, *Processo al processo*, 53: «Il principio evangelico per cui il sabato serve all'uomo e non l'uomo al sabato è di bruciante attualità ancora, ed una delle sue molteplici applicazioni è costituita appunto dal processo. Non importa quale processo, quello penale, quello civile, quello amministrativo, quello tributario, il processo come tale, cioè, come strumento istituzionalizzato di accertamento della verità e di applicazione concreta della legge. Fino a che l'uomo servirà al processo più di quanto il processo serva all'uomo, fino a quando cioè non avremo un processo a misura qualitativa dell'uomo, si verificherà continuamente e ricorrentemente il fenomeno per cui gli strumenti sociali tendono a fagocitare la persona umana trasformandosi da mezzi a fini e perfino a valori, insomma da arnesi a padroni della persona».

²⁶ E. CORECCO, «Considerazioni», 1229.1222. Cf. da un'altra convincente ottica, G. GHIRLANDA, «Il diritto civile».

agire visibile confluisce in ciò che il precetto sostanziale del Codice vigente (il can. 1752) nomina *salus animarum*. Questa *norma normans* del diritto ecclesiale può trovare luogo, anche se ridottissima esplicitazione, in ciò che gli ordinamenti statali riconoscono come Diritti inviolabili dell'Uomo, piattaforma comune dei sistemi giuridici moderni. A livello processuale allora,

è consentito al legislatore, valutando la diversa struttura dei procedimenti, i diritti e gli interessi in gioco, le peculiari finalità dei vari stadi e gradi di procedura, dettare specifiche modalità per l'esercizio del diritto di difesa, alla tassativa condizione, però, che esso venga, nelle differenti situazioni procedurali, effettivamente garantito a tutti su di un piano di eguaglianza²⁷.

Senza ovviamente espungere le garanzie minime e indeclinabili annoverate nell'art. 111 Cost.

In conclusione, riportiamo il discorso del Sommo Pontefice a Montecitorio dove, oltre a salutare con compiacenza «l'opera di avvicinamento e di collaborazione, nel rispetto della reciproca indipendenza e autonomia», a chiare lettere invita

a nutrire una convinta e meditata fiducia nel patrimonio di virtù e di valori trasmesso dagli avi. È sulla base di una simile fiducia che si possono affrontare con lucidità i problemi, pur complessi e difficili, del momento presente, e spingere anzi audacemente lo sguardo verso il futuro, interrogandosi sul contributo che l'Italia può dare agli sviluppi della civiltà umana. Alla luce della straordinaria esperienza giuridica maturata nel corso dei secoli a partire dalla Roma pagana, come non sentire l'impegno, ad esempio, di continuare ad offrire al mondo il fondamentale messaggio secondo cui, al centro di ogni giusto ordine civile, deve esservi il rispetto per l'uomo, per la sua dignità e per i suoi inalienabili diritti? A ragione già l'antico adagio sentenziava: *Hominum causa omne ius constitutum est*. È implicita, in tale affermazione, la convinzione che esista una *verità sull'uomo*, che si impone al di là delle barriere di lingue e di culture diverse²⁸.

Proprio nell'alveo della comparazione giuridico-processuale si è situato lo studio dei fondamenti teorici dei diritti canonico e statale italiano: nel principio del contraddittorio — dalle sue origini al momento attuale, rinverdito e corroborato dalla codificazione del 1983 e dalla riforma costituzionale in tema di *giusto processo* — ha trovato un

²⁷ C. COST., «Sent.», 10 ott. 1979, n. 125, 860-861. Cf. P. PAJARDI, *Processo al processo*, 101: «Tutto ciò che riguarda l'uomo e incide sulla sua vita, tanto più se attraverso un giudizio di valori della sua condotta, non può avere una dimensione puramente tecnica, terrena, orizzontale».

²⁸ GIOVANNI PAOLO II, Mess. *al Parlamento*, 249.

valido e consistente supporto per scoprire e realizzare quanto il modo di esercizio del diritto tenda e voglia conseguire i medesimi risultati, raggiungendo la verità e ristabilendo la giustizia. Il processo è *opzione di civiltà*, tutela della libertà, garanzia dell'attuazione del diritto di premimente contenuto etico-ideologico, affermazione che profuma quasi di paradossale, se pensiamo riduttivamente in termini tecnico-formali. Questo orientamento abbiamo voluto sfatare, presentando attraverso la micro-comparazione noetica del contraddittorio, la dimensione molto più vasta del processo, il cui scopo è quello, invero assai alto, di garantire l'attuazione positiva della giustizia. Non quindi «raggruppamento sostanzialmente acritico dei dati normativi sotto concetti postulati come definizioni, messi in relazione tra loro secondo le regole proprie della logica classificatoria»²⁹, ma piuttosto processo come farsi dell'ordinamento nell'esperienza giuridica concreta, costituita cioè di persone e problemi, di diritti e prerogative³⁰.

Camminando gli uomini quasi sempre per le vie battute da altri, e procedendo nelle azioni loro con le imitazioni, né si potendo le vie di altri al tutto tenere, né alla virtù di quelli che tu imiti aggiungere, debbe uno uomo prudente entrare sempre per vie battute da uomini grandi, e quelli che sono stati eccellentissimi imitare, acciò che, se la sua virtù non vi arriva, almeno ne prenda qualche odore³¹.

²⁹ A. NASI, «Contraddittorio», 722.

³⁰ «Homo sum, nihil humani a me alienum puto»: TERENCE, «Heautontimorumenos», I, 1, 77.

³¹ N. MACHIAVELLI, *Il principe*, 48.

SIGLE E ABBREVIAZIONI

AAS	<i>Acta Apostolicae Sedis</i> , Romae 1909-
agg.	aggiornamento
al.	<i>alii</i>
all.	allocuzione
Apoll.	<i>Apollinaris</i> , Romae 1928-
app.	appendice
Arc.	Arcisodalizio
art.	articolo/articoli
Ass.Can.It.	Associazione Canonistica Italiana
C. Cost.	Corte Costituzionale
c.	<i>coram</i>
can.	canone/canoni
c.d.	cosiddetto/cosiddetti, cosiddetta/cosiddette
Cass.	Corte di Cassazione
cc	Codice Civile, Roma 1942
CCEO	<i>Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium</i> , Romae 1990
CDF	Congregazione per la Dottrina della Fede
CEDU	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
CEI	Conferenza Episcopale Italiana
CIC	<i>Codex Iuris Canonici</i> , Città del Vaticano 1983, 1983
CIC'17	<i>Codex Iuris Canonici</i> , Città del Vaticano 1917
CICFontes	P. GASPARRI – I. SEREDI, ed., <i>Codicis Iuris Canonici Fontes</i> , I-IX, Romae 1926-1939
civ.	civile
CivCatt	<i>La Civiltà Cattolica</i> , Napoli 1850-1866; Roma 1866-
co.	comma/i
Comm	<i>Communicationes</i> , Romae 1969-
Concilium	<i>Concilium</i> , Brescia 1964-
Cost.	<i>Costituzione della Repubblica italiana</i> , Roma 1947
cost. ap.	costituzione apostolica
cp	<i>Codice penale</i> , S. Rossore 1930
cpc	<i>Codice di procedura civile</i> , S. Rossore 1940

cpp	<i>Codice di procedura penale</i> , Roma 1988
CSEL	Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum, Wien 1866-
d.l.	decreto legge
d.lgs.	decreto legislativo
DEc	<i>Il Diritto Ecclesiastico</i> , Roma 1890-
decr.	decreto
DH	Dich. <i>Dignitatis Humanae</i>
DG	<i>Diritto e Giustizia</i> , Milano 2000-
dich.	dichiarazione
Dig.Pen.	<i>Digesto delle discipline penalistiche</i> , I-XVI, Torino 1987-
Dig.Priv.	<i>Digesto delle discipline privatistiche</i> , Sez. civ., I-XX, Torino 1987-
DirFPers	<i>Il diritto di famiglia e delle persone</i> , Milano 1969-
disc.	discorso
doc.	documento/documenti
DocRec	I. GORDON – Z. GROCHOLEWSKI, ed., <i>Documenta recentiora</i> , I, Romae 1977
DpenPr	<i>Diritto Penale e Processo</i> , Milano 1994-
DRPXII	<i>Discorsi e Radiomessaggi di SS. Pio XII</i> , I-XX, Città del Vaticano 1948-1959
DS	H. DENZINGER – A. SCHÖNMETZER, ed., <i>Enchiridion Symbolorum Definitionum et Declarationum de Rebus Fidei et Morum</i> , Barcinone – Friburgi Brisgoviae – Romae – Neo-Eboraci 1967 ³⁴
ed.	a cura di
EDG	<i>Enciclopedia del diritto Garzanti</i> , Milano 1993 ²
enc.	lettera enciclica
EncD	<i>Enciclopedia del diritto</i> , I-LIII, Milano 1958-
EncGiur	<i>Enciclopedia giuridica Treccani</i> , I-XXXIII, Roma 1988-
ep.	epistula
EphICan	<i>Ephemerides Iuris Canonici</i> , Roma 1945-
EV	<i>Enchiridion Vaticanum</i> , I-XVII, Bologna 1962-
EvV	<i>Enc. Evangelium Vitae</i>
f.	folium
Fiu	<i>Fidelium Iura</i> , Pamplona 1991-
Foro	<i>Il Foro italiano</i> , Roma 1876-
Gazz.Uff.	<i>La Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana</i> , Roma 1861-
GI	<i>Giurisprudenza italiana</i> , Torino 1849-
GiC	<i>Giustizia costituzionale</i> , Milano 1956-
GS	Cost. past. <i>Gaudium et Spes</i>
GWLR	<i>The George Washington International Law Review</i> , Washington D.C. 1973-
Ibid.	<i>Ibidem</i>
Id.	<i>Idem</i>

<i>IE</i>	<i>Ius Ecclesiae</i> , Milano 1989-
<i>InsGvPII</i>	<i>Insegnamenti di Giovanni Paolo II</i> , Città del Vaticano, I-XXXVI, 1978-1998
<i>InsPVI</i>	<i>Insegnamenti di Paolo VI</i> , Città del Vaticano, I-XVI, 1963-1978
istr.	istruzione
<i>Iustitia</i>	<i>Documentazioni di Iustitia</i> , Milano 1948-
<i>Jus</i>	<i>Jus. Rivista di scienze giuridiche</i> , Milano 1949-
l.	legge
<i>Magistr.</i>	<i>La Magistratura</i> , Roma 1956-
lb.	libro/i
LEF	<i>Lex Ecclesiae Fundamental</i>
lett.	lettera circolare
LG	Cost. dogm. <i>Lumen Gentium</i>
m.p.	<i>Motu proprio</i>
<i>ME</i>	<i>Monitor Ecclesiasticus</i> , Romae 1876-
mess.	messaggio
N.U.	Nazioni Unite
<i>NDDC</i>	C. CORRAL SALVADOR – V. DE PAOLIS – G. GHIRLANDA, ed., <i>Nuovo dizionario di diritto canonico</i> , Cinisello Balsamo 1993
<i>NDG</i>	A. AZARA – A. EULA, ed., <i>Novissimo Digesto italiano</i> , I-XX, Torino 1957-
<i>Notitiae</i>	<i>Notitiae</i> , Città del Vaticano 1965-
<i>OR</i>	<i>Osservatore Romano</i> , Roma 1938-
ord.	ordinanza/e
PB	Cost. ap. <i>Pastor Bonus</i>
<i>PCCICAI</i>	Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici Authentice Interpretando
<i>PCCICR</i>	Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici Recognoscendo
pen.	penale
<i>Periodica</i>	<i>Periodica de Re morali, canonica, liturgica</i> , Romae 1905-
PL	J.P. MIGNE, ed., <i>Patrologia Cursus Completus</i> , series latina, Paris 1844-1864
<i>Politica</i>	<i>Politica del diritto</i> , Bologna 1970-
prot.	protocollo
PUG	Pontificia Universitas Gregoriana
PUU	Pontificia Universitas Urbaniana
<i>QDE</i>	<i>Quaderni di diritto ecclesiale</i> , Milano 1988-
<i>QDSG</i>	<i>Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche</i> , Trieste 1998-
<i>QSG</i>	<i>Quaderni della Segreteria Generale CEI</i> , Roma 1997-
<i>QST</i>	<i>Quaderni dello Studio Rotale</i> , Roma 1991-
<i>QuG</i>	<i>Questione e Giustizia</i> , Milano 1981-
<i>Rass.Parl.</i>	<i>Rassegna parlamentare</i> , Milano 1958-

<i>Rass. Teol.</i>	<i>Rassegna di Teologia</i> , Milano 1960-
<i>RDPr</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i> , Padova 1924-
<i>ReD</i>	<i>Il Regno-Documenti</i> , Bologna 1956-
rel.	<i>relatio</i>
rescr.	<i>rescriptum</i>
resp.	<i>responsum</i>
<i>RIDU</i>	<i>Rivista internazionale dei diritti dell'uomo</i> , Milano 1987-
<i>RIF</i>	<i>Rivista internazionale di filosofia del diritto</i> , Roma 1921-
<i>RIPPen</i>	<i>Rivista italiana di diritto e procedura penale</i> , Milano 1958-
RR	Rota Romana
<i>RRD</i>	TRIBUNAL APOSTOLICUM ROMANAE ROTAE, <i>Decisiones</i> , Città del Vaticano 1909-
<i>RRDc</i>	TRIBUNAL APOSTOLICUM ROMANAE ROTAE, <i>Decreta</i> , Città del Vaticano 1996-
<i>RSR</i>	<i>Rivista di Scienze religiose</i> , Bari 1987-
<i>RTDP</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i> , Milano 1965-
<i>RTPC</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i> , Milano 1946-
<i>Salesianum</i>	<i>Salesianum</i> , Romae 1938-
sent./senti.	sentenza/sentenze
sess.	sessione
sez.	sezione
<i>Sole-24 Ore</i>	«Guida al Diritto» – <i>Sole 24 Ore</i> , Roma 1994-
<i>StCan</i>	<i>Studia Canonica</i> , Saint-Paul, Ottawa 1967-
<i>StMor</i>	<i>Studia Moralia</i> , Roma 1963-
<i>Studium Iuris</i>	<i>Studium Iuris</i> , Padova 1995-
<i>Synaxis</i>	<i>Synaxis</i> , Catania 1983-
TG.DC	Tesi Gregoriana, serie Diritto Canonico
tit.	titolo
Trib.	Tribunale
Ud. gen.	Udienza generale
un.	unite
vs.	contro

BIBLIOGRAFIA

1. Fonti

Codex Iuris Canonici. Pii X. Pontificiis Maximi, iussu Digestus Benedicti Papae XV Auctoritate promulgatus. Praefatione, Fontium Annotatione et Indice analytico-alphabetico, ab E.mo Petro card. Gasparri auctus, Romae 1917.

Codex Iuris Canonici. Auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, Romae 1984; trad. italiana, *Codice di Diritto Canonico*, Roma 1984.

Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium. Auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, Romae 1990.

CONCILIO VATICANO II, Cost. dogm. *Lumen Gentium*, 21 nov. 1964, in *EV* 1/284-445.

———, Cost. past. *Gaudium et Spes*, 6 dic. 1965, in *EV* 1/1319-1644.

———, Dich. *Dignitatis Humanae*, 7 dic. 1965, in *EV* 1/1042-1086.

BENEDETTO XIV, Cost. ap. *Dei Miseratione*, 3 nov. 1742, in *CICFontes*, I, 695-701.

GIOVANNI XXIII, All. ad RR *Praelatos Auditores, coram Admissos*, 19 ott. 1959, in *AAS* 51 (1959) 822-825.

———, All. ad RR *Praelatos Auditores, coram Admissos*, 25 ott. 1960, in *AAS* 52 (1960) 898-903.

———, All. ad RR *Praelatos Auditores, coram Admissos*, 13 dic. 1961, in *AAS* 53 (1961) 817-820.

———, Enc. *Pacem in Terris*, 11 apr. 1963, in *EV* 2/1-60.

GIOVANNI PAOLO II, All. ad RR *Praelatos Auditores, coram Admissos*, 17 feb. 1979, in *AAS* 71 (1979) 422-427.

———, Enc. *Redemptor Hominis*, 4 mar. 1979, in *EV* 6/1167-1268.

———, All. ad RR *Praelatos Auditores, coram Admissos*, 4 feb. 1980, in *AAS* 72 (1980) 172-178.

- GIOVANNI PAOLO II, All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 24 gen. 1981, in *AAS* 73 (1981) 228-234.
- , «Cost. ap. *Sacrae Disciplinae Leges*», 25 gen. 1983, in *CIC*, VII-XIV.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 26 feb. 1983, in *AAS* 75 (1983) 554-559.
- , «All. ai partecipanti ad un corso di introduzione al nuovo *CIC* presso la PUG», 9 dic. 1983, *Comm* 15 (1983) 128-129.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 26 gen. 1984, in *AAS* 76 (1984) 643-649.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 5 feb. 1987, in *AAS* 79 (1987) 1453-1459.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 25 gen. 1988, in *AAS* 80 (1988) 1178-1185.
- , Cost. ap. *Pastor Bonus sulla Curia Romana*, 28 giu. 1988, Città del Vaticano 1988.
- , «All. al Corpo Diplomatico», 9 gen. 1989, in *InsGvPII*, XII/I, 60-71.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 26 gen. 1989, in *AAS* 81 (1989) 922-927.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 18 gen. 1990, in *AAS* 82 (1990) 872-877.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 29 gen. 1993, in *AAS* 85 (1993) 1256-1260.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 28 gen. 1994, in *AAS* 86 (1994) 947-952.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 10 feb. 1995, in *AAS* 87 (1995) 1013-1019.
- , Enc. *Evangelium Vitae*, 25 mar. 1995, in *EV* 14/2167-2517.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 27 gen. 1997, in *AAS* 89 (1997) 486-489.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 17 gen. 1998, in *AAS* 90 (1998) 781-785.
- , Mess. *al Parlamento della Repubblica italiana*, 14 nov. 2002, in *AAS* 95 (2003) 248-254.
- , Mess. *Pacem in Terris. Impegno permanente*, 8 dic. 2002, in *AAS* 95 (2003) 339-347.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 30 gen. 2003, in *AAS* 95 (2003) 393-397.

- PAOLO VI, *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 11 gen. 1965, in *AAS* 57 (1965) 233-236.
- , «*All. Singulari cum Animi*», 20 nov. 1965, *Comm* 1 (1969) 38-42.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 26 gen. 1966, in *AAS* 58 (1966) 152-155.
- , «*Ud. gen.*», 17 ago. 1966, in *InsPVI*, IV, 832-834.
- , *Cost. ap. Regimini Ecclesiae Universae*, 15 ago. 1967, in *EV* 2/1534-1676.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 13 feb. 1968, in *AAS* 60 (1968) 202-207.
- , «*Mess. nel XX Anniversario della Dichiarazione dei diritti dell'uomo*», 15 apr. 1968, in *InsPVI*, VI, 149-152.
- , «*Disc.*», 22 mag. 1968, in *InsPVI*, VI, 793-797.
- , *All. Disciplinarum Iuris Canonici Cultoribus*, 25 mag. 1968, in *AAS* 60 (1968) 337-342.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 29 gen. 1970, in *AAS* 62 (1970) 111-118.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 28 gen. 1971, in *AAS* 63 (1971) 135-142.
- , *M.p. Causas matrimoniales*, 28 mar. 1971, in *EV* 4/425-451.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 8 feb. 1973, in *AAS* 65 (1973) 95-103.
- , «*Disc. ai Partecipanti al II Congresso internazionale di diritto canonico*», 17 set. 1973, in *InsPVI*, XI, 845-855.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 30 gen. 1975, in *AAS* 67 (1975) 179-183.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 4 feb. 1977, in *AAS* 69 (1977) 147-153.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 28 gen. 1978, in *AAS* 70 (1978) 181-186.
- PIO IX, *Enc. Aeterni Patris*, 29 giu. 1868, in *CICFontes*, III, 20-24.
- PIO XII, «*All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*», 2 ott. 1939, in *DRPXII*, I, 333-335.
- , «*All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*», 1 ott. 1940, in *DRPXII*, II, 233-236.
- , *Mess. di Pentecoste*, 1 giu. 1941, in *AAS* 33 (1941) 195-205.
- , *All. ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 3 ott. 1941, in *AAS* 33 (1941) 421-426.

- PIO XII, All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 1 ott. 1942, in *AAS* 34 (1942) 338-343.
- , Mess. natalizio, 24 dic. 1942, in *AAS* 35 (1943) 9-24.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 2 ott. 1944, in *AAS* 36 (1944) 281-290.
- , Mess. natalizio, 24 dic. 1944, in *AAS* 37 (1945) 5-23.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 2 ott. 1945, in *AAS* 37 (1945) 256-262.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 6 ott. 1946, in *AAS* 38 (1946) 391-397.
- , All. *ad RR Praelatos Auditores, coram Admissos*, 29 ott. 1947, in *AAS* 39 (1947) 493-498.
- , M.p. *Sollicitudinem nostram*, 6 gen. 1950, in *AAS* 42 (1950) 5-120.
- , All. *Oriundis e Picena Provincia*, 25 mar. 1958, in *AAS* 50 (1958) 216-220.
- CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nova Agendi Ratio in Doctrinarum Examine*, 15 gen. 1971, in *AAS* 63 (1971) 234-236.
- , Istr. *Donum Veritatis: de ecclesiali Theologi Vocatione*, 24 mag. 1990, in *EV* 12/244-305.
- , *Agendi Ratio in Doctrinarum Examine*, 29 giu. 1997, in *EV* 16/616-644.
- , *Normae de conficiendo Processu pro Solutione Vinculi matrimonialis in Favorem Fidei*, 30 apr. 2001, Città del Vaticano 2001.
- CONGREGAZIONE PER I SACRAMENTI, Istr. *Provida Mater Ecclesia*, 15 ago. 1936, in *AAS* 28 (1936) 313-361.
- , Istr. *Dispensationis Matrimonii de quibusdam Emendationibus circa Normas in Processu super Matrimonio rato et non consummato servandas*, 7 mar. 1972, in *EV* 4/1572-1592.
- CONSIGLIO PER GLI AFFARI PUBBLICI, Rescr. *Attentis precibus. Normae Speciales concessae Conferentiae Episcopali Statuum Foederatorum Americae Septentrionalis*, 28 apr. 1970, in *DocRec* 1380-1428.
- SEGNATURA APOSTOLICA, «Decr. c. *Staffa*», 6 apr. 1971, *Periodica* 61 (1972) 119-122.
- , «Sent. c. *Staffa*», 3 lug. 1971, *Periodica* 61 (1972) 142-166.
- , «Sent. c. *Staffa*», 8 lug. 1971, *Periodica* 61 (1972) 135-142.
- , «Sent. c. *Ratzinger*», 27 ott. 1984, *DEc* 96/II (1985) 260-270.
- , «Sent. c. *Sabattani*», 1 giu. 1985, *DEc* 96/II (1985) 253-260.
- , «Decr. c. *Sabattani*», 19 giu. 1985, *ME* 110 (1985) 435-443.

- SEGNATURA APOSTOLICA, «Sent. c. Sabattani», 17 gen. 1987, *DEc* 113/II (1988) 267-282.
- , «Decr. c. Castillo Lara», 21 nov. 1987, *DEc* 100/II (1989) 3-7.
- , «Decr. c. Silvestrini», 26 gen. 1990, *Notitiae* 26 (1990) 142-144.
- , *Decr.*, 18 dic. 1996, prot. n. 27200/96 CG.
- , *Lett.*, 14 nov. 2002, prot. n. 33840/02 VT.
- C. Agustoni, Decr. 7 nov. 1986, in *RRDc* 4 (1986) 169-174.
- C. Alwan, Decr. 14 apr. 2000, B. 43/00.
- C. Boccafola, «Sent.», 13 feb. 1988, *ME* 114 (1989) 478-486.
- , Decr. 25 lug. 1989, prot. n. 15.459, 1-18.
- C. Bruno, Decr. 31 ott. 1986, prot. n. 13.966, 1-14.
- , Decr. 3 lug. 1987, prot. n. 14.854, 1-6.
- , «Decr.», 15 lug. 1993, *ME* 119 (1994) 329-340.
- C. Burke, Decr. 21 giu. 1990, prot. n. 15.780, 1-2.
- , «Decr.», 22 mag. 1997, *StCan* 32 (1998) 515-524.
- C. Caberletti, Decr. 4 mag. 2000, B. 45/00.
- C. Corso, Sent. 13 apr. 1988, in *RRD* 80 (1988) 227-230.
- , «Decr.», 16 gen. 1990, *ME* 116 (1991) 314-318.
- C. Davino, Sent. 1 apr. 1976, in *RRD* 68 (1976) 160-163.
- , Decr. 19 ott. 1989, prot. n. 15.019, 1-10.
- , Decr. 15 gen. 1990, prot. n. 15.119, 1-12.
- , Decr. 16 mag. 1991, prot. n. 15.591, 1-12.
- C. De Jorio, Sent. 27 gen. 1965, in *RRD* 57 (1965) 79-94.
- , Sent. 10 feb. 1982, in *RRD* 74 (1982) 57-62.
- C. de Lanversin, Decr. 14 feb. 1985, in *RRDc* 3 (1985) 33-40.
- , Decr. 18 dic. 1986, in *RRDc* 4 (1986) 177-182.
- , Decr. 21 mar. 1990, prot. n. 15.418, 1-13.
- C. Di Felice, «Decr.», 14 apr. 1973, *ME* 99 (1974) 188-190.
- , Sent. 24 apr. 1982, in *RRD* 74 (1982) 231-235.
- C. Doran, Sent. 28 apr. 1987, prot. n. 14.993, 1-17.
- C. Erlebach, Decr. 12 mag. 2000, B. 52/00.
- , Decr. 26 ott. 2001, B. 111/01.
- C. Fagiolo, Sent. 30 ott. 1968, in *RRD* 60 (1968) 710-722.
- C. Faltin, Sent. 27 giu. 1991, prot. n. 15.608, 1-54.
- C. Funghini, «Decr.», 17 giu. 1992, *DEc* 104/II (1993) 276-292.

- C. Giannecchini, Decr. 26 giu. 1984, in *RRDc* 2 (1984) 95-101.
- C. Guglielmi, Sent. 30 lug. 1930, in *RRD* 22 (1930) 497-504.
- C. Heard, Sent. 28 lug. 1938, in *RRD* 30 (1938) 472-477.
- C. Lega, Sent. 22 nov. 1913, in *RRD* 5 (1913) 587-610.
- C. Many, Sent. 12 nov. 1909, in *RRD* 1 (1909) 142-154.
- C. Masala, Decr. 27 mar. 1984, in *RRDc* 2 (1984) 44-47.
- C. Palestro, Decr. 18 giu. 1986, in *RRDc* 4 (1986) 99-103.
- , Sent. 7 feb. 1990, prot. n. 15.481, 1-16.
- C. Pinto, Decr. 24 mag. 1985, in *RRDc* 3 (1985) 140-144.
- C. Pompedda, «Decr.», 17 giu. 1985, *DEc* 96/II (1985) 271-276.
- , Sent. 23 lug. 1986, prot. n. 14.304, 1-9.
- C. Prior, Sent. 6 dic. 1916, in *RRD* 8 (1916) 345-363.
- , Sent. 27 apr. 1917, in *RRD* 9 (1917) 85-103.
- , Sent. 18 gen. 1921, in *RRD* 13 (1921) 20-34.
- C. Sebastianelli, Sent. 28 gen. 1918, in *RRD* 10 (1918) 11-18.
- C. Serrano, Decr. 15 mar. 1985, in *RRDc* 3 (1985) 85-92.
- , Decr. 21 giu. 1985, in *RRDc* 3 (1985) 175-180.
- , Decr. 1 lug. 1988, in *RRDc* 6 (1988) 156-164.
- C. Stankiewicz, Decr. 15 giu. 1979, prot. n. 12.662, 1-28.
- , «Sent.», 25 feb. 1982, *ME* 108 (1983) 306-312.
- , Sent. 20 gen. 1983, prot. n. 12.768, 1-34.
- , Decr. 27 mag. 1994, prot. n. 16.395, 1-20.
- C. Wynen, Sent. 9 mar. 1955, in *RRD* 47 (1955) 217-226.
- , Sent. 16 feb. 1957, in *RRD* 49 (1957) 99-109.
- PONTIFICIA COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema LEF. Textus Prior. Textus emendatus cum Relatione de ipso Schemate deque Emendationibus receptis*, 24 mag 1969, Città del Vaticano 1971.
- , «Schema Canonum de Procedura Administrativa», *Comm* 4 (1972) 35-38.
- , *Schema LEF. Textus Emendatus*, Roma 1973, prot. n. 3274/73.
- , «Praenotanda Schematis Canonum de Modo Procedendi pro Tutela Iurium seu de Processibus», *Comm* 8 (1976) 182-200.
- , *Schema Canonum de Modo Procedendi pro Tutela Iurium seu de Processibus*, Città del Vaticano 1976.
- , «De Processibus», *sessio III-IV*, *Comm* 11 (1979) 67-162; 243-296.

- PONTIFICIA COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO,
«Sche-ma LEF. Textus Novissimus», *Comm* 16 (1984) 91-96.
- PONTIFICIA COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI AUTHENTICE INTERPRE-
TANDO, Resp. 29 apr. 1987, in *AAS* 80 (1988) 1818.
- , Resp. 20 giu. 1987, in *AAS* 80 (1988) 1818.
- SEGRETERIA DELLA COMMISSIONE PER LA REVISIONE DEL CODICE DI DIRIT-
TO CANONICO, Rel. *Conventus*, 28 nov.-3 dic. 1966, *apud Archivum
Commissionis*.
- SINODO DEI VESCOVI, Rel. *Principia quae. Principia quae pro CIC Recogni-
tione proponuntur a Synodo Episcoporum approbantur*, 7 ott. 1967,
in *EV* 2/1699-1713.
- , Doc. *Convenientes ex Universo (de Iustitia in Mundo)*, 30 nov. 1971,
in *EV* 4/1238-1308.
- CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, «Schema del Regolamento dei Tribunali
ecclesiastici regionali italiani», 11 dic. 1997, *QSG* 4 (1999) 95-106.
- CONFERENZA DEI VESCOVI D'INGHILTERRA E GALLES, «The Common Good
and the Catholic Church's Social Teaching», *ReD* 42 (1997) 34-50.
- ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, «Dichiarazione universale dei
diritti dell'uomo», 10 dic. 1948, in E. VITTA – V. GREMENTIERI, ed.,
Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo, Milano 1981,
28-45.
- , «Patto internazionale sui diritti civili e politici», 16 dic. 1966, in
E. VITTA – V. GREMENTIERI, ed., *Codice degli atti internazionali sui
diritti dell'uomo*, Milano 1981, 96-155.
- CONSIGLIO D'EUROPA, «Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo
e delle libertà fondamentali», 4 nov. 1950, in E. VITTA –
V. GREMENTIERI, ed., *Codice degli atti internazionali sui diritti
dell'uomo*, Milano 1981, 706-755.
- The Constitution of the United States of America as Amended*, 6 feb. 1992, in
G.H. FLANZ, ed., *Constitutions of the Countries of the World*, XIX,
New York 1996, 1-31.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 23 mag. 1949, in G.H. FLANZ,
ed., *Constitutions of the Countries of the World*, VII, New York 1994,
1-91.
- SANTA SEDE – ITALIA, «Concordato per regolare le condizioni della Religione e
della Chiesa in Italia», 11 feb. 1929, in C. MEROLLI – A. ALIBRANDI,
ed., *Codice della legislazione ecclesiastica*, Roma 1965, 16-29.
- SANTA SEDE – REPUBBLICA ITALIANA, *Inter Sanctam Sedem et Italiam Con-
ventiones*, 18 feb. – 15 nov. 1984, in *AAS* 77 (1985) 521-578.

Das Sozialistische Zivilrecht der DDR. Materialien der 15. Tagung der Volkskammer der DDR am 19. Juni 1975, Berlin 1975.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, sez. II, «Dispositivo», 20 lug. 2001, *Pellegrini vs. Italia*, ricorso n. 30882/96, *Sole-24 Ore*, 15 set. 2001, 8 (2001) 94-97.

———, sez. II, «Sent.», 20 lug. 2001, *Pellegrini vs. Italia*, ricorso n. 30882/96, in S. GHERRO, ed., *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Roma, 13 apr. 2002, Padova 2003, 249-265.

CORTE COSTITUZIONALE, «Sent.», 22 dic. 1961, n. 70, *Foro it.* 85/I (1962) 13-15.

———, «Sent.», 1 mar. 1971, n. 30, *Foro* 94/I (1971) 525-527.

———, «Sent.», 2 feb. 1978, n. 10, *Foro* 101/I (1978) 550-555.

———, «Sent.», 10 ott. 1979, n. 125, *GiC* 24 (1979) 852-870.

———, «Sent.», 11 nov. 1979, n. 127, *Foro* 104/I (1981) 622-625.

———, «Sent.», 2 feb. 1982, n. 18, *Foro* 105/I (1982) 934-955.

———, «Sent.», 4 mag. 1984, n. 137, *GiC* 29 (1984) 896-906.

———, «Sent.», 12 apr. 1989, n. 203, *Foro* 112/I (1989) 1333-1345.

———, «Sent.», 31 gen. 1992, n. 24, *GiC* 37 (1992) 114-126.

———, «Sent.», 3 giu. 1992, n. 254, *Foro* 115/I (1992) 2014-2028-2031.

———, «Sent.», 3 giu. 1992, n. 255, *Foro* 115/I (1992) 2012-2028.

———, «Sent.», 26 mar. 1993, n. 111, *Foro* 116/I (1993) 1356-1362.

———, «Sent.», 1 dic. 1993, n. 421, *Foro* 117/I (1994) 14-28.

———, «Sent.», 23 giu. 1994, n. 253, *Foro* 117/I (1994) 2005-2016.

———, «Sent.», 20 feb. 1995, n. 50, *GiC* 40 (1995) 451-453.

———, «Sent.», 24 feb. 1995, n. 60, *Foro* 118/I (1995) 2651-2654.

———, «Sent.», 25 lug. 1995, n. 381, *GiC* 40 (1995) 2778-2782.

———, «Sent.», 15 set. 1995, n. 432, *GiC* 40 (1995) 3371-3377.

———, «Sent.», 2 nov. 1998, n. 361, *GiC* 43 (1998) 3083-3148.

———, «Sent.», 7 ott. 1999, n. 381, *GiC* 44 (1999) 2932-2939.

———, «Sent.», 25 ott. 2000, n. 440, *GiC* 45 (2000) 3302-3308.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I civ., «Sent.», 3 apr. 1973, n. 913, *Foro* 96/I (1973) 1007-1011.

———, sez. I civ., «Sent.», 3 ott. 1974, n. 2572, *Foro* 98/I (1975) 1188-1194.

———, sez. I civ., «Sent.», 28 nov. 1987, n. 8851, *GI* 140 (1988) 1806-1810.

———, sez. un. civ., «Sent.», 1 mar. 1988, n. 2164, *Foro* 113/I (1990) 247-269.

- CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. pen., «Sent.», 6 nov 1992, *Martin*, *Foro* 116/II (1993) 65-70.
- , sez. un. civ., «Sent.», 13 feb. 1993, n. 1824, *Foro* 118/I (1993) 722-748.
- , sez. I civ., «Sent.», 13 dic. 1999, n. 13928, *Foro* 125/I (2000) 3571-3577.
- TRIBUNALE DI CAGLIARI, «Ord.», 9 giu. 2000, *Porcu*, *DpenPr* 6 (2000) 1235.

2. Studi

- AGOSTINO D'IPPONA, *De Civitate Dei*, CSEL 48, I-II, New York – London 1899-1900.
- ANDOLINA, I. – VIGNERA, G., *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Corso di lezioni, Torino 1990.
- , *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1997².
- ANDRIANO, N., «Avvocati e procuratori nell'ordinamento canonico», in ASS.CAN.IT., ed., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*. XXIV Incontro di studio, Brescia, 30 giu.-4 lug. 1997, Milano 1998, 127-150.
- ANDRIANO, V., «Introduzione al lb. VII», in *Codice di Diritto Canonico*, Roma 1984, 799-804.
- ANDRIOLI, V., «Un po' di *Materiellesjustizrecht*», *RTPC* 38 (1984) 959-968.
- ANDRONICO, A., «Un nuovo genere di ordinamento. Riflessioni sul rapporto tra diritto comunitario e diritto interno», *Jus* 52 (2000) 69-105.
- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*, Milano 1997¹⁴.
- ANTÓN, A., «Il compito ecclesiale e scientifico del teologo nell'Istr. *Donum Veritatis*», *CivCatt* 148/III (1997) 365-376.
- ANTONINO IMPERATORE, «Cost. *De Proximis*», in V. BARTOCETTI, *De Regulis Iuris canonici*, Roma 1939, 61-63.
- AQUINO, G., *I procedimenti per l'abbandono dello stato clericale*, Roma 1997, *pro manuscripto*.
- ARIETA, G., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cpc*, Padova 1985.
- ARIOSTO, L., *Orlando Furioso*, Milano 1959.
- ARISTOFANE, «Vespe», in B. MARZULLO, ed., *Le commedie di Aristofane*, II, Bari 1982, 203-273.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano 1979.
- ARROBA CONDE, M.J., *El principio dispositivo en el proceso contencioso canonico*, Roma 1989.
- , *Diritto processuale canonico*, Roma 1993¹.

- Atti parlamentari della Camera, XIII legislatura. Disegni di legge e relazioni*, n. 5735, 5359, 5370, 5377, 5443, 5475, 5696-A.
- AUMENTA, S.F., *La tutela dei fedeli nel processo contenzioso amministrativo canonico*, Roma 1999.
- BALDASSARRE, A., «Costituzione e teoria dei valori», *Politica* 22 (1991) 639-656.
- BALSAMO, A., «L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del giusto processo e la valenza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale», *RIPPen* 45 (2002) 471-494.
- BARBOSA, A., «De Axiomatibus Iuris Usufrequentioribus», in ID., *Tractatus Varii*, Lugduni 1718, 1-139.
- BARGIS, M., «Appello», in *EDG*, 75-77.
- , «Dibattimento», in *EDG*, 433-435.
- BARILE, G., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984.
- BARTOCETTI, V., *De causis matrimonialibus: tit. XX. Extractus ex volumine III Commentarii in iudicia ecclesiastica iuxta CIC autore M. Card. Lega*, Roma 1951.
- BAUR, F., «Die Effektivität des prozessualen Schutzes der Menschenrechte», in M. TARUFFO, ed., *Studi in onore di V. Denti. I. Storia e metodologia; garanzie e principi generali*, Padova 1994, 257-262.
- BELLINI, P., «Diritti fondamentali dell'uomo. Diritti fondamentali del cristiano», *EphIC* 34 (1978) 211-246.
- , *Libertà e dogma. Autonomia della persona e verità di fede*, Bologna 1984.
- , *Saggi di storia della esperienza canonistica*, Torino 1991.
- BERLINGÒ, S., *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino 1991.
- , «Il diritto al processo (can. 221 § 2 CIC) in alcune procedure particolari», *Flu* 3 (1993) 339-358.
- , «Diritto divino e diritto umano nella Chiesa», *DEc* 106 (1995) 35-65.
- , *Diritto canonico*, Torino 1995.
- BERMAN, H., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge - Massachusetts 1983.
- BERNARDO DI CHIARAVALLE, *De Consideratione*, PL 182, 727-808.
- BERTOLINO, R., *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo CIC*, Torino 1983.
- BERTONE, T., «Fedeli, laici, chierici e costituzione gerarchica», in E. CAPPELLINI, ed., *La normativa del nuovo codice*, Brescia 1983, 67-107.

- BERTRAMS, W., *De Relatione inter Episcopatum et Primatum. Principia philosophica et theologica quibus Relatio iuridica fundatur inter Officium episcopale et primatiale*, Roma 1963.
- BETTETINI, A., «Il diritto d'azione come diritto fondamentale del fedele», in R. BERTOLINO – S. GHERRO – G. LO CASTRO, ed., *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*. Giornate canonistiche di studio, Venezia, 6-7 giu. 1994, Torino 1996, 153-173.
- BETTI, E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936².
- BETTIOL, G., *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, Milano 1938.
- BEYER, J., «La *communio* comme critère des droits fondamentaux», in E. CORECCO – N. HERZOG – A. SCOLA, ed., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*. Atti del IV Congresso internazionale di diritto canonico, Fribourg, 6-11 ott. 1980, Milano 1981, 79-96.
- BIANCHI, P., «Commento a un canone. La pubblicazione degli atti di causa: can. 1598», *QDE* 12 (1999) 70-94.
- , «Quale futuro per la doppia sentenza conforme?», in ASS.CAN.IT., ed., *La doppia conforme nel processo matrimoniale. Problemi e prospettive*. Atti del XXXIV Congresso nazionale di diritto canonico, Trani, 9-12 set. 2002, Roma 2003, 167-182.
- BIGADOR, R., «Presentazione del m.p. *Causas matrimoniales*», *OR* 11-12 giu. 1971, 133 (1971) 3.
- BISCARDI, A., «Considerazioni sulla certezza del diritto *in utroque Iure*», in A. CIANI – G. DIURNI, ed., «*Lex et Iustitia*» nell'*Utrumque Ius: radici antiche e prospettive attuali*. Atti del VII Colloquio internazionale Romanistico-canonistico, Roma, 12-14 mag. 1988, Città del Vaticano 1989, 227-241.
- BLASI, A., «Il diritto alla difesa come diritto fondamentale nell'ordinamento canonico», *DEc* 98/I (1987) 57-74.
- BOBBIO, N., «La certezza del diritto è un mito?», *RIF* 28 (1951) 146-152.
- , *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965.
- , *L'età dei diritti*, Torino 1993.
- BONNET, P.A. – GHIRLANDA, G., *De Christifidelibus. De eorum Iuribus, de Laicis, de Consociationibus*, Romae 1983.
- BONNET, P.A., «L'attuazione e il funzionamento dell'attività giudiziaria nella Chiesa. Verità e giustizia nel processo canonico», in ASS.CAN.IT., ed., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*. Atti del XXVIII Congresso nazionale di diritto canonico, Cagliari, 9-12 set. 1996, Città del Vaticano 1997, 85-114.

- BONNET, P.A., *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul processo canonico*, Torino 1998.
- BORRÈ, G., «Processo civile», in *EDG*, 945-946.
- BORSARI, L., *Codice di procedura penale italiano commentato*, IV, Milano 1879.
- BOTTA, R., «*Bonum commune Ecclesiae* ed esercizio dei diritti fondamentali del fedele del nuovo CIC», in G. BARBERINI, ed., *Raccolta di scritti in onore di P. Fedele*, I, Perugia 1984, 317-331.
- BUONAIUTO, P., «Dall'esperienza alla Scienza: contributo della prassi diocesana alla rilettura del concetto di diritto amministrativo canonico», in ASS.CAN.IT., ed., *Il diritto nella Chiesa. Interpretazione e prassi. Atti del XXVII Congresso nazionale di diritto canonico*, Napoli, 11-14 set. 1995, Città del Vaticano 1996, 197-211.
- BUZZELLI, A., «Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto», in G. UBERTIS, ed., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano 1992, 96-132.
- CABRAL BARRETO, I., «L'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte europea sulla giurisprudenza nazionale», *RIDU* 17 (2001) 99-119.
- CALAMANDREI, P., *La Cassazione civile*, II, Torino 1920.
- , «La genesi logica della sentenza civile», in ID., *Studi sul Processo*, I, Padova 1930, 1-51.
- , *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1940.
- , «Processo e giustizia», *RDPr* 5 (1950) 273-290.
- , *Processo e democrazia*, Padova 1954.
- , «La dialetticità del processo», in M. CAPPELLETTI, ed., *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, 678-690.
- , *Elogio dei giudici. Scritto da un avvocato*, Firenze 1989⁵.
- CALASSO, F., *Medio Evo del Diritto*, Milano 1954.
- CANCELLI, F., *Note a «La retorica di Gaio Erennio»*, Milano 1982.
- CAPOGRASSI, G., *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1937.
- , «La certezza del diritto nell'ordinamento canonico», *EphICan* 5 (1949) 9-30.
- , «Giudizio, processo, scienza e verità», *RDPr* 5 (1950) 1-22.
- , «*Il quid ius* ed il *quid iuris* in una recente sentenza», in ID., *Opere*, V, Milano 1959, 13-36.
- CAPPELLETTI, M., «Ideologie nel diritto processuale», in ID., *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 3-34.

- CAPPELLETTI, M., «Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato», in ID., *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 169-251.
- CAPPELLINI, E., «Il diritto canonico nel magistero di Paolo VI», in ID., ed., *Problemi e prospettive di diritto canonico*, Brescia 1977, 9-49.
- CAPPONI, N., «Il principio della pubblicità e della parità delle parti in giudizio, nel nuovo processo contenzioso canonico in genere e nel processo matrimoniale in specie», *DEc* 95/I (1984) 164-175.
- CARMIGNANI CARIDI, S., «I diritti di difesa nel processo *super matrimonio rato et non consummato*», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 1992, 145-156.
- CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*, I-II, Padova 1936-1938.
- , *Teoria generale del diritto*, Roma 1940.
- , *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma 1942.
- , «Torniamo al giudizio», *RDPr* 4 (1949) 165-174.
- , *Diritto e processo*, Napoli 1958.
- CAROFILIO, G., *Testimone inconsapevole*, Palermo 2003⁴.
- CASATI, G., «Introduzione», in ID., ed., *Il Caos. Le leggi del disordine*, Milano 1991, 1-56.
- CASELLI, G., «La democrazia: base pacifica di convivenza tra i popoli», in D. AMATO, ed., *Don Tonino. Vescovo secondo il Concilio*. Atti del Convegno nazionale a X anni dalla scomparsa di mons. Antonio Bello, Molfetta, 24-26 apr. 2003, Molfetta 2004, 101-108.
- CASTIGLIONE HUMANI, V., *Contributo allo studio giuridico della persona*, Roma 1944.
- CASTILLO LARA, R.J., «Disc. alla Promulgazione e Presentazione ufficiale del CIC», Roma, 3 feb. 1983, *Comm* 15 (1983) 27-35.
- , «I diritti ed i doveri dei *Christifideles*», *Salesianum* 48 (1986) 307-329.
- , «La difesa dei diritti nell'ordinamento canonico», in ASS.CAN.IT., ed., *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico*. Atti del XIX Congresso canonistico, Gallipoli, 7-10 set. 1987, Città del Vaticano 1988, I-XVII.
- CECCHETTI, M., «Giusto processo (diritto costituzionale)», *EncD*, V agg., 595-626.
- , «Il principio del *giusto processo* nel nuovo art. 111 della Cost. (Origini e contenuti normativi generali)», in P. TONINI, ed., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova 2001, 67-86.
- CHIAPPETTA, L., *Il CIC. Commento giuridico-pastorale*, I-II, Napoli 1988.

- CHIARLONI, S., «Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e *formalismo delle garanzie*», in ID., *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino 1995, 149-189.
- CHIAVARIO, M., «Le garanzie della giurisdizione e il processo penale», in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DI DIFESA SOCIALE, ed., *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione Bicamerale*. Atti del XV Convegno, Courmayeur, 19-20 giu. 1998, Milano 1999, 117-127.
- , «Art. 6. Diritto ad un processo equo», in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, ed., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, 146-168.
- CHIOVENDA, G., *Diritto processuale civile*, Napoli 1923.
- , «L'oralità e la prova», in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, (1900-1930), II, Roma 1931, 197-225.
- , *Istituzioni di diritto processuale civile*, I-II, Napoli 1933-1934.
- , *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965.
- CICERONE, M.T., «Arringa in difesa di Aulo Cluenzio Abito», in G. BELLARDI, ed., *Le orazioni*, II, Torino 1981, 337-515.
- CIPRIANI, F., *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli 1988.
- COCH, D., *Abstinentia Iuris Naturae a fallacibus Regulis putativi Processus summarii*, Halae Magdaburgicae 1708.
- COLAGIOVANNI, E., *De Innovatione Processus matrimonialis in Iure et in Iurisprudentia S. R. Rotae*, Neapoli 1973.
- , «Aspetti dinamici della cultura processualistica moderna», in ASS.CAN.IT., ed., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*. Atti del XXVIII Congresso nazionale di diritto canonico, Cagliari, 9-12 set. 1996, Città del Vaticano 1997, 115-134.
- COLOMBO, G.M., *Sapiens Aequitas. L'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, TG.DC 62, Roma 2003.
- Commissione parlamentare per le riforme costituzionali*, Magistr. 8-10 (1997).
- COMOGLIO, L.P. – FERRI, C. – TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna 1995.
- COMOGLIO, L.P., «Art. 24, 1°-2° co., Cost.», in G. BRANCA, ed., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, sub art. 24-26*, Bologna – Roma 1981, 1-82.118-127.
- , «Contraddittorio (principio del [diritto processuale civile])», *EncGiur*, VIII, 1-21.
- , «Contraddittorio», *Dig.Priv.*, sez. civ., IV, 3-30.

- COMOGLIO, L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova 1970.
- , *Il principio di economia processuale*, I, Padova 1980.
- , «I modelli di garanzia costituzionale del processo», *RTPC* 45 (1991) 673-741.
- , «Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali», *RTPC* 48 (1994) 1063-1111.
- , «Preclusioni istruttorie e diritto alla prova», *RDP* 53 (1998) 968-995.
- , «Valori etici e ideologie del *giusto processo*. Modelli a confronto», *RTPC* 52 (1998) 887-938.
- , «Le garanzie fondamentali del *giusto processo*», *Jus* 3 (2000) 335-381.
- COMPOSTA, M.D., «Lo Stato di fronte alle ideologie e al diritto naturale», in ASS.CAN.IT., ed., *La Chiesa e la comunità politica. Dai concordati alle nuove forme di intesa*. Atti del X Congresso canonistico-pastorale, Trani, 4-8 set. 1978, Roma 1979, 61-67.
- , «Due secoli di storia della Chiesa e i diritti umani», *Apoll.* 68 (1995) 141-170.
- CONSOLO, C., «Il nucleo essenziale del diritto di agire e resistere nel diritto italiano vigente», in S. GHERRO, ed., *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Roma, 13 apr. 2002, Padova 2003, 165-182.
- CONSTANTINESCO, J.L., *La méthode comparative*, Paris 1972.
- CONTI, C., «Giusto processo (diritto processuale penale)», *EncD*, agg. V, 627-648.
- , «Le due anime del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.», *DpenPr* 6 (2000) 197-205.
- CORDERO, F., «Linee di un processo di parti», in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano 1976, 8-45.
- , *Riti e sapienza del diritto*, Bari 1981.
- , *Procedura penale*, Milano 2000¹⁵.
- CORECCO, E., «Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società», in E. CORECCO – N. HERZOG – A. SCOLA, ed., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*. Atti del IV Congresso internazionale di diritto canonico, Fribourg, 6-11 ott. 1980, Milano 1981, 1207-1234.
- CORTINA, A., *Razòn comunicativa y responsabilidad solidaria*, Salamanca 1985.
- COTTA, S., «Nuove prospettive del diritto naturale», *Iustitia* 32 (1979) 183-195.
- , *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Milano 1989.

- COUTURE, E.J., «La garanzia costituzionale del *dovuto processo legale*», *RDP* 9 (1954) 81-101.
- CRISAFULLI, V., «La scuola nella Costituzione», *RTDP* 1 (1956) 71-86.
- CRISTIANI, A., «Aspetti problematici del contraddittorio nel riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale», in C. GRASSETTI – *al.*, ed., *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano 1984, 279-304.
- , *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*, Torino 1993.
- DALLA TORRE, G., «Diritti dell'uomo o diritti del cristiano?», in E. CORECCO – N. HERZOG – A. SCOLA, ed., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*. Atti del IV Congresso internazionale di diritto canonico, Fribourg, 6-11 ott. 1980, Milano 1981, 125-138.
- , *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma 1992.
- , «Postfazione», in S. GHERRO, ed., *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Roma, 13 apr. 2002, Padova 2003, 211-225.
- DAMAŠKA, M.R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica dei processi*, Bologna 1991.
- DANEELS, F., «Il diritto di impugnare il matrimonio», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 143-152.
- , «De Iure Defensionis. Brevis Commentarius ad Allocutionem Summi Pontificis diei 26 jan. 1989 ad Romanam Rotam», *Periodica* 79 (1990) 243-266.
- , «Uno studio di Ann Jacobs sul diritto di difesa nelle cause di nullità matrimoniale», *Apoll.* 73 (2000) 725-731.
- DE PAOLIS, V., «Il processo penale giudiziale», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 1992, 283-302.
- , «La giustizia amministrativa: lineamenti generali», in ASS.CAN.IT., ed., *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*. XXV Incontro di studio, Torino, 29 giu.-3 lug. 1998, Milano 1999, 9-37.
- , «Perdita dello stato clericale», *NDDC*, 784-789.
- DE PIETRO, O., «Esclusività della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale e limiti del sistema concordatario», *DEc* 105/I (1994) 446-455.
- DE VINCENZI, G.M., «Difesa (diritto di) in diritto comparato», *Dig.Pen.*, III, 492-495.
- DEL CORPO, E., *De Retractatione Causae matrimonialis*, Napoli 1969.

- DELLA ROCCA, F., «I mezzi di impugnazione», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 331-346.
- DENTI, V. – *al.*, «La magistratura», in G. BRANCA, ed., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, sub art. 111-113*, IV, Bologna – Roma 1987, 1-135.
- DENTI, V. «Interessi diffusi», *NDG*, app. III, 305-313.
- , «Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio», *RDPr* 23 (1968) 217-231.
- , «Valori costituzionali e cultura processuale», *RDPr* 39 (1984) 443-464.
- , *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna 1989.
- DI BLASI, F.U., «Difesa (in generale)», *NDG*, V, 615-618.
- DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Milano 1982.
- DI MATTIA, G., «Processo penale canonico e animazione pastorale», *Apoll.* 62 (1989) 477-512.
- , «Il principio della legalità nel processo penale canonico», in ASS.CAN.IT., ed., *Il diritto nella Chiesa. Interpretazione e prassi. Atti del XXVII Congresso nazionale di diritto canonico*, Napoli, 11-14 set. 1995, Città del Vaticano 1996, 171-195.
- DOSSETTI, G., *«Grandezza e miseria» del diritto della Chiesa*, Bologna 1996.
- DOUGLASS, J.G., «Beyond Admissibility: Real Confrontation, Virtual Cross-examination, and the Right to Confront Hearsay», *GWLR* 67 (1999) 191-272.
- DURANDI, G., *Speculi. Cum Notis Ioan. Andrae Bonon, Baldi de Ubaldis Perusini, compluriumq. Iurisperitorum. III. De Inquisitione*, Venetiis 1564.
- EHRLICH, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig 1913.
- ERLEBACH, G., «Le fattispecie di negazione del diritto di difesa causanti la nullità della sentenza secondo la giurisprudenza rotale (parte dinamica)», *ME* 115 (1990) 387-433.
- , «Le fattispecie di negazione del diritto di difesa causanti la nullità della sentenza secondo la giurisprudenza rotale (fase discussoria)», *ME* 116 (1991) 341-360.
- , *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano 1991.
- , «La procedura abbreviata (can. 1682 § 2) nella giurisprudenza rotale», in R. COPPOLA, ed., *Giornate canonistiche baresi*, Bari 2001, 57-88.
- ERRÁZURIZ, C.J., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per un teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000.

- ESPOSITO, A.F., «*Fair trial* anglosassone, *procès équitable* europeo, processo giusto italiano», *Rassegna Penitenziaria* 5 (1982) 1-42.
- FABBRINI, G., «L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione», in M. CAPPELLETTI – G.A. MICHELI – A. RASELLI, ed., *Studi in memoria di C. Furno*, Milano 1973, 245-310.
- FALZEA, A., *Introduzione alle scienze giuridiche. I. Il concetto di diritto*, Milano 1975.
- FASSÒ, G., «Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà sociale», *RTPC* 26 (1972) 897-952.
- FASSONE, E., «Giudice-arbitro, giudice-notaio o semplicemente giudice?», *QuG* 8 (1989) 582-600.
- FAZZALARI, E., «Diffusione del processo e compiti della dottrina», *RTPC* 12 (1958) 861-880.
- , «Procedimento e processo (teoria generale del)», *EncD*, XXXV, 819-835.
- , *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova 1984.
- , «Valori permanenti del processo», *RDPr* 44 (1989) 1-11.
- , *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1996⁸.
- FEDELE, P., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962.
- , *Interpretazione teologica del diritto canonico e LEF*, Roma 1974.
- FELICI, P., «Rel. circa *Principia quae CIC recognitionem dirigant*», *Comm* 1 (1969) 86-91.
- , «*Formalitates iuridicae et Aestimatio Probationum in Processu canonico*», *Comm* 9 (1977) 175-184.
- FELLMAN, E., «Tutela della libertà e *due process of law* negli Stati Uniti d'America», in L. ELIA – M. CHIAVARIO, ed., *Studi di diritto pubblico comparato. V. La libertà personale*, 139-196.
- FERME, B.E., «I principi interpretativi e l'inventiva interpretativa», *Periodica* 87 (1998) 191-213.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 2000.
- FERRARA, G., «Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo», *Rass.Parl.* 42 (1999) 539-542.
- FERRARI DA PASSANO, P., «Il regolamento della CDF per l'esame delle dottrine», *CivCatt* 148/IV (1997) 589-598.
- , «Il diritto pubblico ecclesiastico. Storia, natura e attualità», *CivCatt* 150/II (1999) 351-361.
- FERRATA, I.B. – NAPOLEONI, H., *Notationes quaedam super Litteris apostolicis Causas matrimoniales*, Città del Vaticano 1972.
- FERRUA, P., «Difesa (diritto di)», *Dig.Pen.*, III, 466-492.

- FERRUA, P., *Studi sul processo penale. II. Anamorfosi del processo accusatorio. III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, Torino 1990-1997.
- , «I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale», in ID., *Studi sul processo penale. III*, Torino 1997, 45-88.
- , «Il giusto processo in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio», *DG 1/I* (2000) 5.78-82.
- FIANDACA, G., «Modelli di processo e scopi della giustizia penale», *Foro* 115/I (1992) 2023-2026.
- IORE, E., «*Legis plenitudo amor*. Conversazione a Palermo», *ME* 117 (1992) 295-307.
- FOIS, S., «Il modello costituzionale del giusto processo», *Rass.Parl.* 43 (2000) 571-612.
- FOSCHINI, G., *I motivi del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Torino 1871.
- FOSCHINI, M., «La giustizia sotto l'albero», in ID., *Tornare alla giurisdizione*, Milano 1971, 401-414.
- FUNGHINI, R., «Intervento al Tribunale della RR all'inaugurazione dell'anno accademico», Roma 6 nov. 2002, www.vatican.va/roman_curia/tribnals/roman_rota, 13 nov. 2002, 1-4.
- GAETA, P., «Controriforma o *etica della verità* nel processo penale? Note sulla valenza probatoria delle disposizioni extradibattimentali *difformi*», *GI* 145/1 (1993) 1859-1865.
- GÄNSWEIN, G., «La procedura della CDF per l'esame delle dottrine», in ASS.CAN.IT., ed., *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali. XXV Incontro di studio*, Torino, 29 giu.-3 lug. 1998, Milano 1999, 363-374.
- GARCÍA FAILDE, J.J., *Nuevo derecho procesal canónico. Estudio sistemático-analítico comparado*, Salamanca 1984.
- GASPARRI, P., «Praefatio», in CIC'17, XXI-XLIII.
- GAUTHIER, A., «La prova testimoniale nell'evoluzione del diritto canonico», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano 1995, 49-69.
- GERINGER, K.T., *Das Recht auf Verteidigung im kanonischen Prozess*, Wien 1976.
- GHERRO, S., «Il diritto alla difesa nei processi matrimoniali canonici», in ASS.CAN.IT., ed., *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico. Atti del XIX Congresso canonistico*, Gallipoli, 7-10 set. 1987, Città del Vaticano 1988, 1-16.

- GHERRO, S., «Sul processo matrimoniale canonico: *Pubblicazione degli atti e dibattito*», *DEc* 105/I (1994) 486-500.
- GHIRLANDA, G., «Il diritto civile *analogatum princeps* del diritto canonico?», *RassTeol* 16 (1975) 588-594.
- , «De Obligationibus et Iuribus Christifidelium in Comunione ecclesiali deque eorum Adimptione et Exercitio», *Periodica* 73 (1984) 329-378.
- , «Diritti e doveri dei fedeli nella comunione ecclesiale», *CivCatt* 136/I (1985) 22-36.
- , «Significato teologico-ecclesiale della territorialità», *Synaxis* 14/I (1996) 251-264.
- , *Il diritto nella Chiesa. Mistero di comunione*, Roma 1999³.
- GIACOBBE, G., «Il principio del contraddittorio nei processi speciali», in S. GHERRO, ed., *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Roma, 13 apr. 2002, Padova 2003, 185-200.
- GIATTINO, G., *Pubblicità e segreto tra diritto di difesa e protezione dei valori comunitari nel processo matrimoniale canonico*, Roma 1998.
- GIBBONI, A., *M.p. Causas matrimoniales in Casibus specialibus*, Battipaglia 1974.
- GIORGIANI, M., «Forma degli atti (diritto privato)», *EncD*, XVII, 989-1006.
- GIOSTRA, G., «Contraddittorio (principio del [diritto processuale penale])», *EncGiur*, VIII, 1-6.
- GIOVANNI D'ANDREA, *In Titulum de Regulis Iuris Novella Commentaria*, Venetiis 1581.
- GOLDONI, U. – REALI, R., «Difesa (difesa e autodifesa)», *EncGiur*, X, 1-4.
- GOLDSCHMIT, J., *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Berlin 1925.
- GORDON, I., «De Iustitia administrativa ecclesiastica tum Transacto Tempore tum Hodierno», *Periodica* 61 (1972) 251-378.
- GRASSO, E., «La collaborazione nel processo civile», *RDPr* 21 (1966) 580-609.
- GRAVELIUS, A., *De Vitio Nullitatis Processus iudiciarii*, Gissae 1740.
- GREVI, V., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano 2000.
- GROCHOLEWSKI, Z., «Linee generali della giurisprudenza della Segnatura Apostolica relativamente alla procedura delle cause matrimoniali», *ME* 107 (1982) 233-267.
- GROSSI, P., «Novità e tradizione nel diritto sacro. Dall'uno all'altro CIC», *Foro* 106/V (1983) 173-180.
- GULLO, C., «Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale», in ASS.CAN.IT., ed., *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico*.

- Atti del XIX Congresso canonistico, Gallipoli, 7-10 set. 1987, Città del Vaticano 1988, 29-51.
- GULLO, C., «*La nova causae propositio*», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 365-388.
- , «La pubblicazione degli atti e la discussione della causa (can. 1598-1606; can. 1682 § 2)», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 289-302.
- , «Ostruzionismo processuale e diritto di difesa», in K. LÜDICKE – H. MUSSINGHOFF – H. SCHWENDENWEIN, ed., *Iustus Iudex. Fs. für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern*, Lüdinghausen 1990, 491-506.
- HÄBERLE, P., *Diritto e verità*, Torino 2000.
- HALE, M., *The History of the Common Law of England*, Runnigton – London 1820⁶.
- HENCKEL, W., *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970.
- HILBERT, M., «De Publicatione Actorum», *Periodica* 81 (1992) 521-533.
- HUBER, W., «I diritti dell'uomo», *Concilium* 4 (1979) 531-544.
- IAI, I., «La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ott. 1998», *RDPr* 54 (1999) 549-569.
- ILLUMINATI, G., «Il nuovo dibattito: l'assunzione diretta delle prove», *Foro* 111/V (1988) 355-366.
- , «La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e contraddittorio», in ID., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano 1996, 65-74.
- IVO DI CHARTRES, *Ep.* 40, PL, 162, 11-288.
- JACOB, J.I.H., *The Fabric of English Civil Justice*, London 1987.
- JACOBS, A., *Le Droit de la défense dans les procès en nullité de mariage. Étude de la jurisprudence rotale*, Paris 1988.
- JEMOLO, A.C., «Giustizia e diritto», *EphICan* 47 (1991) 35-39.
- VON JHERING, R., *Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, Leipzig 1875³.
- JORI, M., «Ordinamento giuridico», in *EDG* 839-841.
- JULLIEN, A., *Juges et avocats des Tribunaux de l'Église*, Rome 1970.
- KOVALEVSKY, M., *Russian Political Institutions*, London 1902.
- LA TERRA, P., *La formalizzazione dei doveri – diritti fondamentali dei fedeli nei progetti di LEF fino al CIC del 1983*, Roma 1994.

- LAMBERT, P., *Les effets des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles 1999.
- LAROCCA, P., *La forma nel diritto processuale. La forma nel processo contenzioso canonico*, Roma 1994, *pro-manuscripto*.
- , «La forma nel diritto processuale», *RSR* 9 (1995) 15-68.
- LE BRAS, G., *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Bologna 1976.
- LEFEBVRE, C., «Juges et Savants en Europe», *EphICan* 22 (1966) 76-202.
- , «De iis quae in novo Iure processuali proponuntur mutanda», *Periodica* 59 (1970) 251-275.
- , «Evoluzione del processo matrimoniale canonico», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 25-38.
- LEGA, M. – BARTOCETTI, V., *Commentarius in Iudicia ecclesiastica*. I-III, Romae 1938-1941.
- LEONE, G., *Come si svolge un processo penale*, Napoli 1967.
- LESAGE, G., *The Spirit of the Common Law and the Church*, Ottawa 1975.
- LEVI, A., *Teoria generale del diritto*, Padova 1967.
- LLOBELL, J., «Sentenza: decisione e motivazione», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 303-329.
- , «Note epistemologiche sul processo canonico», in R. BERTOLINO – S. GHERRO – G. LO CASTRO, ed., *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*. Giornate canonistiche di studio, Venezia, 6-7 giu. 1994, Torino 1996, 274-291.
- , «L'introduzione della causa», in ASS.CAN.IT., ed., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*. XXIV Incontro di studio, Brescia, 30 giu.-4 lug. 1997, Milano 1998, 35-76.
- , «Il diritto al contraddittorio nella giurisprudenza canonica. Po-stille alle decisioni della RR (1991-2001)», in S. GHERRO, ed., *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Roma, 13 apr. 2002, Padova 2003, 24-140.
- LO CASTRO, G., «Il matrimonio fra giurisdizione civile e giurisdizione canonica», *DEc* 105/I (1994) 131-150.
- , «Conoscenza e interpretazione del diritto», in ASS.CAN.IT., ed., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*. Atti del XXVIII Congresso nazionale di diritto canonico, Cagliari, 9-12 set. 1996, Città del Vaticano 1997, 11-36.

- LO CASTRO, G., «Il mistero del processo e del giudizio», *DEc* 112 (2001) 123-144.
- LOMBARDÍA, P., «I diritti fondamentali del fedele», *Concilium* 5 (1969) 1566-1575.
———, *Lezioni di Diritto canonico*, Milano 1985.
- LOMBARDO, A., *La prova giudiziale*, Milano 1999.
- LONERGAN, B., *Il metodo in teologia*, Brescia 1975.
- LOZZI, G., «Letture testimoniali e diritto di difesa», *RIPPen* 16 (1973) 875-883.
- LUISO, F.P., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza nei confronti dei terzi*, Milano 1981.
- MACHIAVELLI, N., *Il Principe*, Milano 1980².
- «Magna Charta Libertatum», in R. THOMSON, *An Historical Essay on the Magna Charta of King John, to which are added, the Great Charter in Latin and English, the Charters of Liberties and Confirmations, granted by Henry III and Edward I*, London 2000³², 67-89.
- MALDONADO, J., «La significación histórica del Derecho Canónico», *IC* 9 (1969) 5-99.
- MANZINI, V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino 1968⁶.
- MARANTA, R., *Tractatus de Ordine Iudiciorum. Speculum Aureum et Lumen Advocatorum*, Venetiis 1547.
- MARCUZZI, P.G., «Le forme dell'interpretazione canonica tra diritto ed equità», in ASS.CAN.IT., ed., *Il diritto nella Chiesa. Interpretazione e prassi*. Atti del XXVII Congresso nazionale di diritto canonico, Napoli, 11-14 set. 1995, Città del Vaticano 1996, 37-64.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Diritto canonico e *Common Law*», in R. BERTOLINO – S. GHERRO – L. MUSSELLI, ed., *Diritto e comparazione*. Giornate canonistiche di studio, Venezia, 22-23 mag. 1991, Torino 1992, 228-259.
- MATTHEWS, K., «The Development of Procedures for the Resolution of Conflict in the Church», *StCan* 18 (1984) 2-233.
- MAZZA, O., «Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale», *Dig.Pen.*, agg., 357-384.
- MAZZARELLA, F., *Sei lezioni sul processo*, Padova 2000.
- MAZZOLA, R., «Il diritto vivente nell'ordinamento giuridico della Chiesa», in R. BERTOLINO – S. GHERRO – G. LO CASTRO, ed., *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*. Giornate canonistiche di studio, Venezia, 6-7 giu. 1994, Torino 1996, 310-361.
- MENGONI, L., «Ancora sul metodo giuridico», *RTPC* 38 (1984) 321-341.
- MERKL, A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin 1927.

- MEZZANOTTE, C., «Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale», *GiC* 17 (1972) 954-976.
- MICHELI, G.A., *L'onere della prova*, Milano 1942.
- MICHIELS, G., *Principia generalia de Personis in Ecclesia*, Roma 1955.
- MILL, J.S., *Sulla «Democrazia in America» di Tocqueville*, Napoli 1971.
- , *Sulla libertà*, Milano 1981.
- MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, «Nota italiana», Roma, 30 mag. 1970, in ID., ed., *Documenti diplomatici sull'interpretazione dell'art. 34 del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede*, Roma 1970, 16-23.
- MIRABELLI, C., «La protezione giuridica dei diritti fondamentali», in E. CORECCO – N. HERZOG – A. SCOLA, ed., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*. Atti del IV Congresso internazionale di diritto canonico, Fribourg, 6-11 ott. 1980, Milano 1981, 397-418.
- MONETA, P., *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 1993.
- , «La funzione giudiziaria nella dinamica della potestà di governo della Chiesa», in ASS.CAN.IT., ed., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*. Atti del XXVIII Congresso nazionale di diritto canonico, Cagliari, 9-12 set. 1996, Città del Vaticano 1997, 25-46.
- MONTAN, A., «Obblighi e diritti di tutti i fedeli. Presentazione e commento dei can. 208-223 del CIC», *Apoll.* 60 (1987) 545-582.
- MONTESANO, L. – ARIETA, G., *Diritto processuale civile*, II. *Il processo di cognizione ordinaria*, Torino 1999³.
- MONTINI, G.P., «Modalità procedurali e processuali per la difesa dei diritti dei fedeli», *QDE* 8 (1995) 287-320.
- , «Alcune questioni in merito al can. 1514», *Periodica* 92 (2003) 305-358.
- MORELLO, A.M., «El proceso justo (de la teoría del debido proceso legal al acceso real a la Jurisdicción)», in M. TARUFFO, ed., *Studi in onore di V. Denti. I. Storia e metodologia; garanzie e principi generali*, Padova 1994, 467-491.
- MORIN, E., *Introduzione al pensiero complesso*, Milano 1993.
- MORRISEY, F.G., «Les éléments du droit anglo-saxon qui pourraient être incorporés au nouveau droit canonique de procédure», *ME* 101 (1976) 240-253.
- , «Canon Law meets Civil Law», *StCan* 32 (1998) 183-202.
- MORTARA, L., *Commentario del Codice e delle Leggi di diritto processuale civile*, III, Milano 1923⁴.

- MOSCONI, M., «L'indagine previa e l'applicazione della pena in via amministrativa», in ASS.CAN.IT., ed., *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*. XXV Incontro di studio, Torino, 29 giu.-3 lug. 1998, Milano 1999, 191-228.
- MOTT, J., *Due Process of Law. A Historical and Analytical Treatise of the Principles and Method followed by the Courts in the Application of the Law of the Land*, Indianapolis 1926.
- NASI, A., «Contraddittorio (principio del [diritto processuale civile])», *EncD*, IX, 720-728.
- NAVARRETE, U., «Commentarium ad All. Ioannis Pauli II, die 27 ian. 1997 habita», *Periodica* 86 (1997) 363-385.
- NEUMANN, F., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1977.
- NICORA, A., *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel processo canonico*, Roma 1977.
- NIGRO, M., «Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza», *Foro* 112/V (1987) 7-20.
- NÖRR, K.W., *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit*, München 1967.
- , *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen 1976.
- «Norwest Ordinance», 1787, in B.P. POORE, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Organic Laws of the United States*, Washington D.C. 2001², 126-131.
- OCHOA, J., *Votum*, 12 mag. 1980, prot. n. 11748/79 CG.
- , «Il *de Processibus* secondo il nuovo codice», in PUU, ed., *La nuova legislazione canonica. Corso sul nuovo CIC*, 14-15 feb. 1983, Roma 1983, 365-392.
- , «I titoli di competenza», in ARC.DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 67-112.
- OLIVARES, E., «Difensore del vincolo», *NDDC*, 343-344.
- , «Processo per dichiarare la nullità della sacra ordinazione», *NDDC*, 865.
- ONCLIN, W., «Considerationes de Iurium subiectivorum in Ecclesia Fundamento ac Natura», in P. FEDELE, ed., *De Iure subiectivo deque eius Tuitione in Iure canonico*. Acta Congressus internationalis Iuris canonici, Romae, 25-30 set. 1950, Romae 1953, 211-226.
- PAGANO, F.M., *Considerazioni nel processo criminale*, Milano 1801.
- PAJARDI, P., *Processo al processo*, Padova 1985.
- PALEARI, E., *Considerazioni sul carattere creativo della giurisprudenza canonica*, Urbino 1979.

- PALICI DI SUNI PRAT, E., *I diritti al procedimento. Profili di diritto comparato*, Torino 1994.
- PANIZZOLO, S., *Coscienza di Chiesa nella teologia e nella prassi*, Bologna 1989.
- PARESCHE, E., *La dinamica del diritto*, Milano 1985.
- PARLATO, V., *I diritti dei fedeli nell'ordinamento canonico*, Torino 1998.
- PASCALI, R., «Diritto ecclesiastico e principi costituzionali supremi», in SCUOLA DI PERFEZIONAMENTO DI DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO DELL'UNIVERSITÀ DI NAPOLI, ed., *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, II, Napoli 1981, 225-296.
- PERLINGERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1991.
- PERROTTA, G., *Storia della letteratura greca*, Milano – Messina 1953.
- PICARDI, N., *La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo*, Milano 1974.
- , «Il principio del contraddittorio», *RDPr* 53 (1998) 673-681.
- , «*Audiat et altera pars* (Le matrici storico-culturali del contraddittorio)», in S. GHERRO, ed., *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Roma, 13 apr. 2002, Padova 2003, 143-161.
- PINTO, P.V., «De Populo Dei», in ID., ed., *Commento al CIC*, Città del Vaticano 2001², 112-142.
- PIZZETTI, F., «L'ordinamento costituzionale per valori», in R. BERTOLINO – S. GHERRO – G. LO CASTRO, ed., *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*. Giornate canonistiche di studio, Venezia, 6-7 giu. 1994, Torino 1996, 19-64.
- PLANIOL, M., *La Très ancienne coutume de Bretagne*, Rennes 1896.
- PLÖCHL, W., *Storia del diritto canonico*, Palermo 1963.
- POMPEDDA, M.F., *Diritto processuale nel nuovo CIC: revisione o innovazione?*, Roma 1983.
- , *L'assenza della parte nel giudizio di nullità di matrimonio. Garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa*, Roma 1986.
- , «Il valore probatorio delle dichiarazioni delle parti nella nuova giurisprudenza della RR», *IE* 5 (1993) 437-468.
- , «Il giudice nei tribunali ecclesiastici: norma generale e caso concreto (funzione, competenza professionale, garanzie di indipendenza, giudici laici)», in ASS.CAN.IT., ed., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*. Atti del XXVIII Congresso nazionale di diritto canonico, Cagliari, 9-12 set. 1996, Città del Vaticano 1997, 135-146.

- POMPEDDA, M.F., «De Disciplina in Tribunalibus servanda», in P.V. PINTO, ed., *Commento al CIC*, Città del Vaticano 2001², 855-866.
- , «Disc. ai Partecipanti al Corso di aggiornamento per operatori del diritto», *OR* 17 set. 2001, 203 (2001) 5-6.
- , «Prolusione al Tribunale della RR all'inaugurazione dell'anno accademico», Roma, 6 nov. 2002, www.va/roman_curia/tribunals/roman_rota, 13 nov. 2002, 1-13.
- PUGLIESE, G., «La prova nel processo romano classico», *Jus* 11 (1960) 386-440.
- PUNZI, C., «Il processo dovuto e il giusto processo nella codificazione canonica del 1917», *IE* 12 (2000) 837-840.
- PUNZI, V., *Iura Novit Curia*, Milano 1965.
- RAGGI, L., *La restitutio in integrum nella cognitio extra-ordinem*, Milano 1965.
- RANAUDO, A., «Il contenzioso amministrativo canonico», *ME* 93 (1968) 547-566.
- REIFFENSTUEL, A., *Ius canonicum Universum*, II, Romae 1755.
- RICCIARDI, G., «La costituzione del procuratore processuale», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 153-184.
- RICOEUR, P., *Tempo e racconto*, III, Milano 1988.
- ROBERTI, F., *De Processibus*, I-II, Città del Vaticano 1926.
- , *CIC Schemata*, Città del Vaticano 1940.
- ROBLEDA, O., «De Nullitate Sententiae iudicialis: retractatur Ius circa Querelam contra Sententiam», *Periodica* 63 (1974) 5-35.
- ROMANO, SANTI, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1977³.
- RUFFINI, F., *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna 1974.
- RUOTOLO, M., «Sulla presunta abrogazione della vecchia formulazione dell'art. 111 Cost.», *GiC* 45 (2000) 2990-2993.
- SABATO, R., «L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», in M.G. CIVININI – C.M. VERARDI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Atti del Convegno dell'Elba, Isola d'Elba, 9-10 giu. 2000, Milano 2001, 167-176.
- SACCO, R., «I grandi sistemi giuridici», in *EDG*, 1267-1276.
- SANCHIS, J., «L'indagine previa al processo penale (can. 1717-1719)», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 1992, 233-266.
- SARACENO, P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova 1940.

- SATTA, S. – PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, Padova 2000¹³.
- SATTA, S., «Il mistero del processo», *RDPr* 4 (1949) 273-288.
- , «Poesia e verità nella vita del notaio», in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, 75-85.
- SCAPARONE, M., «Il diritto di difesa nel processo penale», in G. BRANCA, ed., *Commentario della Costituzione. Sub art. 24-26*, Bologna – Roma 1981, 82-118.
- SCHMALZGRUEBER, F.X., *Ius ecclesiasticum Universum. Brevi Metodo ad Utilitatem Discentium explicandum, seu Lucubrationes canonicae in quinque Libros Decretalium*, I-II, Romae 1843.
- SENECA, L.A., *Medea*, in ID., *Opera Omnia*, II, Parisiis 1835, 349-462.
- SERRANO RUIZ, J.M., «La querela di nullità contro la sentenza (commento ai can. 1619-1627)», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 347-364.
- SINISI, S., *La ricostruzione della convivenza successivamente alla separazione consentita dalle norme del diritto canonico. Elementi comparativi con l'ordinamento civile italiano*, Roma 2002.
- SOLFERINO, A., «I diritti fondamentali del fedele: il diritto alla buona fama e all'intimità», in R. BERTOLINO – S. GHERRO – G. LO CASTRO, ed., *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa. Giornate canonistiche di studio*, Venezia, 6-7 giu. 1994, Torino 1996, 372-382.
- SPANGHER, G., «Il giusto processo penale», *Studium Iuris* 6 (2000) 255-259.
- STANKIEWICZ, A., «De Citationis Necessitate et Impugnatione in Causis matrimonialibus», *QST* 4 (1989) 75-94.
- , «Il processo contenzioso orale», in ARC. DELLA CURIA ROMANA, ed., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 1992, 25-50.
- , «I doveri del giudice», in P.A. BONNET – C. GULLO, ed., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, 299-321.
- SUAREZ, F., *Commentaria ac Disputationes in primam secundae D. Thomae, de Legibus seu Legislatore Deo*, in *Opera Omnia*, V-VI, Parisiis 1856-1857.
- SUCHECKI, Z., «Il processo penale giudiziario», in ASS.CAN.IT., ed., *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali. XXV Incontro di studio*, Torino, 29 giu.-3 lug. 1998, Milano 1999, 229-267.
- TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975.
- , «Il diritto alla prova nel processo civile», *RDPr* 39 (1984) 74-120.
- , «Introduzione», in M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica dei processi*, Bologna 1991, 9-21.

- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992.
- TARZIA, G., «Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile», *RDP* 39 (1984) 634-658.
- , «Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale», *RDP* 53 (1998) 657-672.
- TERENZIO, P.A., «Heautontimorumenos», in ID., *Comoediae*, I, Parisiis 1827, 301-467.
- TOGNONI, G., «La tutela degli interessi diffusi nell'ordinamento canonico», *QDE* 8 (1995) 321-344.
- TOMMASEO, F., «Revisione della seconda parte della Cost. Norme sulla giurisdizione», *QDSG, Bicamerale e sistema delle garanzie*, I, Trieste 1998, 19-30.
- TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, Taurini 1952.
- TONINI, P., «L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?», in ID., ed., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova 2001, 1-57.
- TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1986²⁸.
- TROCKER, N., *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano 1974.
- , «Il valore costituzionale del giusto processo», in M.G. CIVININI – C.M. VERARDI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Atti del Convegno dell'Elba, Isola d'Elba, 9-10 giu. 2000, Milano 2001, 36-54.
- UBERTIS, G., «Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale», *Dig.Pen.*, III, 452-465.
- , *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979.
- , «La ricerca della verità giudiziale», in ID., ed., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano 1992, 33-72.
- , *Sisifo e Penelope. Il nuovo cpp dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino 1993.
- , «Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell'uomo», in ID., *Verso un «giusto processo» penale*, Torino 1998, 101-156.
- , «Doppio binario, contraddittorio sulla fonte di prova e incompatibilità del giudice», in D. SIRACUSANO – al., ed., *Il giusto processo*. Atti del Convegno di Salerno, 11-13 ott. 1996, Milano 1998, 190-222.
- , *Principi di procedura penale europea*, Milano 2000.

- URSO, P., «Note sul matrimonio concordatario», in A. LONGHITANO, ed., *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Bologna 1991, 309-359.
- VECCHIO CAIRONE, I., *Legalità democratica, diritto negoziale e misure fiscali agevolative*, Salerno 1990.
- VENTURA, P., «Escussione della prova e contraddittorio», *GiC* 43 (1998) 3183-3189.
- VERMEERSCH, A. – CREUSEN, I., *Epitome Iuris canonici*, I-III, Mechliniae 1936⁵.
- VILLEGGIANTE, S., *Il diritto di difesa delle parti nel processo matrimoniale canonico*, Roma 1984.
- , «Lo *ius defensionis denegatum* e il diritto di difesa della parte dichiarata assente», *ME* 109 (1986) 189-205.
- VILLEY, M., «La Genèse du droit subjective chez Guillaume d'Occam», in ID., *Seize essays de philosophie du droit*, Paris 1969, 140-177.
- VIOTTI, S., «Il problema morale della legge civile», *StMor* 37 (1999) 321-356.
- VITALE, A., «In tema di rappresentanza degli incapaci nel Diritto canonico», *DEc* 72/I (1961) 468-484.
- VOCINO, C., «Oralità nel processo», *EncD*, XXX, 592-618.
- VOENA, G.P., «Difesa (difesa penale)», *EncGiur*, X, 1-18.
- VOLTAIRE, FM. A., *Dictionaire philosophique*, Amsterdam 1789.
- WERNZ, F.X. – VIDAL, P., *Ius canonicum*, VI. *De Processibus*, Romae 1928.
- WERNZ, F.X., *Ius Decretalium*, V. *De Iudiciis ecclesiasticis*, Prati 1914.
- WINROTH, A., *The Making of Gratian*, Cambridge 2001.
- Le XII Tavole*, in S. RICCOBONO – J. BAVIERA – C. FERRINI, ed., *Fontes Iuris Romani anteiustiniani*, Firenze 1908, 23-61.
- ZAGREBELSKY, G., «Costituzione italiana», in *EDG*, 392-394.
- , *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino 1984.
- , *Il diritto mite*, Torino 1992.
- ZANNOTTI, L., «I rapporti tra Stato e Chiesa nel processo di sviluppo democratico italiano», *DEc* 104/I (1993) 1176-1188.
- ZUANAZZI, I., «Il principio di legalità nella funzione amministrativa», in ASS.CAN.IT., ed., *Il diritto nella Chiesa. Interpretazione e prassi. Atti del XXVII Congresso nazionale di diritto canonico*, Napoli, 11-14 set. 1995, Città del Vaticano 1996, 147-170.
- , «Lo *ius ad probationes* come espressione del diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico», *IE* 11 (1999) 71-122.

INDICE DEGLI AUTORI

- Agostino d'Ippona: 15, 18
Andolina: 115, 117, 124, 161
Andriano: 77, 149
Andrioli: 36
Andronico: 45
Antolisei: 133, 143
Antón: 228
Antonino Imperatore: 46
Aquino: 206, 214
Arieta: 200, 213, 223
Ariosto: 11
Aristofane: 54
Aristotele: 199
Armani: 14
Arroba Conde: 30, 36, 37, 77, 83,
89, 153, 207, 210, 220, 222, 238
Aumenta: 13, 17, 26, 30, 31, 203,
204, 205
Baldassarre: 220
Balsamo: 116, 133, 139, 146
Barbosa: 34
Bargis: 183, 201
Barile: 36
Bartoccetti: 72, 74, 77, 79, 83, 91,
166, 179
Baur: 111
Bellini: 16, 19, 23, 24, 29
Benedetto XIV: 58, 79, 199
Benedetto XV: 94
Berlingò: 15, 16, 22, 27, 37, 39, 156,
206, 214, 215, 225, 229, 230
Berman: 49, 150
Bernardo di Chiaravalle: 100
Bertolino: 40, 41
Bertone: 28
Bertrams: 171
Bettetini: 150, 189, 203, 221, 230
Betti: 126
Bettiol: 99
Beyer: 41
Bianchi: 171, 172, 173, 175, 187,
199, 200
Bigador: 67
Biscardi: 220
Blasi: 13
Bobbio: 12, 21, 51, 107
Bonifacio VIII: 55
Bonnet: 21, 22, 31, 69, 77, 79,
162, 163
Borrè: 183
Borsari: 32
Botta: 25
Buonaiuto: 163
Buzzelli: 153
Cabral Barreto: 205
Calamandrei: 11, 32, 35, 105, 107,
135, 145, 186, 188, 190, 192,
206, 238
Calasso: 174
Cancelli: 55
Capograssi: 148, 159, 160, 162, 220
Cappelletti: 56, 176
Cappellini: 99
Capponi: 86, 88

- Carmignani Caridi: 214, 215
 Caramelutti: 38, 59, 76, 88, 96, 114, 118, 149, 159, 189
 Carofiglio: 232
 Casati: 138
 Caselli: 18, 32, 111, 116
 Castiglione Humani: 178
 Castillo Lara: 23, 24, 25, 43, 61, 63, 64, 65, 71, 99, 101, 231
 Cecchetti: 11, 116, 124, 136, 146, 153, 217, 223, 232
 Celso: 41, 202
 Chiappetta: 149
 Chiarloni: 128
 Chiavario: 144, 235
 Chiovena: 32, 54, 87, 116, 118, 153, 178, 182
 Cicerone: 100
 Cipriani: 168
 Coch: 60
 Colagiovanni: 67, 164, 180, 182
 Colombo: 100, 174
 Comoglio: 6, 36, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 134, 135, 151, 152, 155, 161, 163, 164, 166, 173, 175, 176, 201, 235
 Composta: 21, 24, 64
 Consolo: 6, 37, 192, 207, 212, 213, 215, 231, 233, 234
 Constantinesco: 152
 Conti: 139, 144, 145, 196, 217, 218
 Cordero: 32, 94, 133, 136, 138, 144
 Corecco: 94, 149, 174, 231, 240
 Cortina: 83
 Cotta: 152, 156
 Couture: 107, 108, 109
 Creusen: 7
 Crisafulli: 19
 Cristiani: 140, 142
 Dalla Torre: 13, 29, 157, 198, 211, 235
 Damaška: 44, 45, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 60, 81, 97, 150, 152, 194, 198, 216
 Daneels: 63, 78, 80, 82, 89, 102, 103, 157, 158, 171, 223, 228
 De Paolis: 72, 152, 193, 213, 219
 De Pietro: 167
 De Vincenzi: 60
 Del Corpo: 93, 224
 Della Rocca: 198, 201
 Denti: 107, 112, 121, 124, 204
 Di Blasi: 11, 27, 30, 34, 48
 Di Majo: 110
 di Mattia: 89, 216, 218
 Dossetti: 32, 96, 97, 189
 Douglass: 51, 53, 136
 Durandi: 207
 Ehrlich: 203
 Erlebach: 54, 61, 70, 72, 73, 77, 80, 81, 82, 84, 85, 90, 92, 167, 191
 Errázuriz: 16, 20, 22, 25
 Esposito: 152
 Fabbrini: 128
 Falzea: 37
 Fassò: 232
 Fassone: 139
 Fazzalari: 11, 16, 20, 21, 31, 33, 37, 38, 40, 59, 60, 105, 125, 130, 156
 Fedele: 26, 157
 Felici: 28, 33, 66, 165
 Fellman: 122
 Ferme: 56, 103
 Ferrajoli: 139
 Ferrara: 35
 Ferrari da Passano: 225, 226, 228, 240
 Ferrata: 67
 Ferri: 125
 Ferrua: 30, 32, 33, 34, 134, 135, 136, 139, 140, 142, 143, 146, 172, 193, 198, 201, 218
 Fiandaca: 138
 Fiore: 44

- Fois: 153, 159, 187, 188
 Foschini G.: 118
 Foschini M.: 136
 Funghini: 78, 85
 Gaeta: 138, 139, 170
 Gänswain: 226, 228
 García Faílde: 158
 Gasparri: 62, 63
 Gauthier: 181
 Geringer: 66, 162
 Gherro: 157, 187, 193
 Ghirlanda: 13, 17, 19, 24, 28, 40,
 41, 69, 148, 149, 174, 240
 Giacobbe: 206, 209, 210, 212
 Giattino: 84
 Gibboni: 67
 Giorgianni: 150
 Giostra: 113, 141
 Giovanni d'Andrea: 221
 Giovanni Paolo II: 24, 25, 28, 34, 39,
 43, 62, 63, 75, 76, 78, 101, 102,
 103, 104, 121, 133, 150, 154,
 157, 160, 169, 171, 173, 186,
 188, 192, 198, 236, 238, 241
 Giovanni XXII: 55
 Giovanni XXIII: 15, 25, 43, 64,
 97, 98
 Giustiniano: 55
 Goldoni: 32
 Goldschmit: 38
 Gordon: 202, 203
 Grasso: 114
 Gravelius: 118
 Graziano: 49, 57, 62
 Gregorio IX: 55
 Grevi: 141
 Grochowski: 237
 Grossi: 238, 239
 Gullo: 91, 172, 175, 177, 184, 223
 Häberle: 116
 Hale: 52
 Henckel: 122
 Hilbert: 171
 Huber: 18
 Iai: 176
 Iavoleno: 77
 Illuminati: 141, 170
 Innocenzo III: 55
 Ivo di Chartres: 156
 Jacob: 110, 111, 122
 Jacobs: 75, 78, 86, 92, 172
 Jemolo: 20
 von Jhering: 150
 Jori: 148
 Jullien: 73
 von Kirchmann: 138
 Kovalevsky: 81
 La Terra: 68
 Lambert: 205
 Larocca: 149, 153, 160, 220
 Le Bras: 54
 Lefebvre: 12, 48, 49, 81, 83
 Lega: 72, 74, 83, 91, 166, 179
 Leone: 81
 Lesage: 52
 Levi: 164
 Llobell: 75, 80, 155, 156, 169,
 177, 184, 186, 188, 197, 198,
 200, 202, 208, 209, 211
 Lo Castro: 73, 157, 168
 Lombardia: 12, 18, 55
 Lombardo: 144
 Lonergan: 54
 Lorenz: 138
 Lozzi: 140
 Luiso: 140, 193
 Machiavelli: 199, 242
 Maldonado: 18
 Manzini: 135
 Maranta: 119
 Marcuzzi: 55
 Martínez-Torrón: 50, 152, 174, 229
 Matthews: 215
 Mazza: 137, 141, 142, 158, 159,
 182, 185
 Mazzarella: 224
 Mazzola: 41, 189, 203, 220, 224, 232
 Mengoni: 45, 46

- Merkl: 234
 Mezzanotte: 196
 Micheli: 95
 Michiels: 177
 Mill: 7, 13, 235
 Mirabelli: 170, 228
 Moneta: 26, 41, 47, 49, 58, 76, 239
 Montan: 70
 Montesano: 200, 223
 Montini: 201, 231
 Morello: 111
 Morin: 45
 Morrissey: 43, 52
 Mortara: 234
 Mosconi: 88, 217
 Mott: 108
 Napoleoni: 67
 Nasi: 126, 127, 130, 242
 Navarrete: 160
 Neumann: 137
 Nicora: 87, 182
 Nigro: 204
 Nörr: 49, 107
 Ochoa: 71, 72, 222, 235
 Olivares: 79, 213
 Onclin: 23
 Onorio III: 55
 Pagano: 182
 Pajardi: 233, 234, 236, 237, 240, 241
 Paleari: 210
 Palici di Suni Prat: 163
 Panizzolo: 65, 147
 Paolo: 180
 Paolo VI: 14, 29, 39, 48, 50, 64, 65, 67, 69, 81, 92, 98, 99, 100, 101, 160, 176, 177, 216, 225
 Paresce: 15
 Parlato: 16, 22, 23
 Pascali: 157
 Perlingeri: 10, 19
 Perrotta: 55
 Picardi: 21, 58, 91, 120, 126, 190, 193, 203
 Pinto: 231
 Pio IX: 62
 Pio X: 55, 63
 Pio XI: 94
 Pio XII: 15, 25, 29, 38, 64, 79, 94, 95, 96, 97, 98, 159, 215, 224, 228
 Pizzetti: 39, 40, 169
 Planiol: 12
 Plöchl: 48
 Pompedda: 73, 74, 76, 89, 148, 154, 162, 163, 164
 Pugliese: 180
 Punzi C.: 62, 64, 76, 119, 128, 133, 150, 160, 166, 192, 222
 Punzi V.: 128
 Raggi: 221
 Ranaudo: 204
 Reali: 32
 Reiffenstuel: 38
 Ricciardi: 179
 Ricoeur: 11
 Roberti: 63, 70, 71, 153, 179
 Robleda: 91
 Romano Santi: 149
 Ruffini: 10
 Ruotolo: 196
 Sabato: 122
 Sacco: 55, 149, 150
 Sanchis: 88, 89
 Saraceno: 160
 Satta: 32, 76, 119, 128, 133, 150, 160, 166, 190, 192, 220, 222
 Scaparone: 144
 Schmalzgrueber: 75, 166
 Seneca: 54
 Serrano Ruiz: 194, 195
 Sinisi: 155
 Solferino: 169
 Spangher: 8, 145, 217
 Sprenger: 136
 Stankiewicz: 76, 88, 163

- | | |
|---|---|
| Suarez: 26, 56 | Vermeersch: 7 |
| Suchecki: 88, 219 | Vidal: 163 |
| Taruffo: 44, 97, 116, 125, 186, 187, 188 | Ventura: 141, 143 |
| Tarzia: 35, 113, 130, 131, 132, 164, 165, 166, 174, 182, 188, 190 | Vignera: 115, 117, 124, 161 |
| Terenzio: 242 | Villeggiante: 74, 85, 157 |
| Tognoni: 204 | Villey: 51 |
| Tommaseo: 36, 114 | Viotti: 105, 148 |
| Tommaso D'Aquino: 12, 18, 57, 99 | Vitale: 76, 178, 179 |
| Tonini: 141 | Vocino: 87 |
| Trabucchi: 163, 178, 186 | Voena: 34, 35, 138 |
| Trocker: 40, 121, 123, 145 | Voltaire: 46 |
| Ubertis: 34, 135, 137, 139, 141, 142, 143, 144 | Wernz: 163, 180 |
| Ulpiano: 10, 88, 95 | Winroth: 49 |
| Urso: 168 | Zagrebelsky: 9, 18, 106, 137, 188, 224 |
| Vecchio Cairone: 26 | Zannotti: 25, 30 |
| | Zuanazzi: 82, 91, 93, 161, 162, 165, 166, 169, 170, 177 |

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I: <i>Explanatio Terminorum</i>	9
1. Elementi costitutivi della ricerca	9
2. I diritti della difesa	12
2.1 Diritti umani e diritti fondamentali	12
2.2 Diritti giuridici	17
2.3 Diritti soggettivi	23
3. Il principio del contraddittorio	27
3.1 L'idea di difesa	27
3.2 Il metodo dialettico	30
4. Il giusto processo	35
4.1 Natura giuridica del processo e sue teorie	37
4.2 Diritto «per valori»	39
5. Quale garanzia?	40
CAPITOLO II: <i>Evoluzione storica</i>	43
1. Premesse	43
2. I diversi sistemi giuridici	46
2.1 Le radici comuni	46
2.2 Diritto «attivo» e diritto «reattivo»	50
2.3 Conclusioni	53
3. Lineamenti storici del contraddittorio	54
3.1 La genesi della norma	54
3.2 Norma particolare e sistema giuridico	58
3.3 Ricezione della norma	59
CAPITOLO III: <i>La visione canonica</i>	61
1. Tra Codice e Codice	62
1.1 La ricezione del primo <i>Codex</i>	62

1.2 La ricerca successiva.....	64
1.3 La legislazione intermedia	65
1.4 <i>Lex Ecclesiae Fundamental</i> is.....	68
1.5 Il nuovo Codice.....	70
2. La Dottrina	72
2.1 Il giudice	72
2.2 Le parti	74
2.3 I patroni.....	76
2.4 Le parti pubbliche	79
3. La Giurisprudenza.....	81
3.1 L'introduzione della causa	83
3.2 L'istruttoria	85
3.3 La pubblicazione degli atti e la discussione.....	88
3.4 Le impugnazioni	91
4. Il Magistero pontificio.....	94
4.1 Pio XII.....	94
4.2 Giovanni XXIII.....	97
4.3 Paolo VI.....	98
4.4 Giovanni Paolo II.....	101
 CAPITOLO IV: <i>La versione italiana vigente</i>	 105
1. La Costituzione italiana e la sua riforma.....	106
1.1 Il «dovuto processo legale».....	107
1.2 I predicati assilogici costituzionali.....	110
1.3 Il paradigma processuale ordinatorio.....	112
1.4 L'effettività della tutela.....	114
2. Le garanzie minime nel Codice di Procedura Civile.....	118
2.1 Prolegomeni dell'affermazione di un diritto	118
2.2 L'imparzialità del giudice	120
2.3 La pubblicità delle udienze	123
2.4 L'obbligo di motivazione delle decisioni.....	124
2.5 Il contraddittorio	125
2.6 Il diritto alla prova.....	129
3. Diritto alla difesa e contraddittorio nel processo penale	132
3.1 Considerazioni preliminari.....	132
3.2 Uguaglianza delle parti e contraddittorio penale.....	134
3.3 Dettato costituzionale in materia.....	136
3.4 Istruzione.....	139
3.5 Dibattimento.....	140
4. Etica della verità e giusto processo	143
 CAPITOLO V: <i>Sinossi dei processi</i>	 147
1. La frammentarietà	147

1.1	<i>De disciplina servanda</i>	148
1.2	La facoltà di dire e contraddire	151
1.3	I presupposti strutturali	153
2.	Il reticolato assiologico di base	155
2.1	<i>Nemo iudex sine actore</i>	157
2.2	<i>Ne eat iudex ultra petita et alligata partium</i>	159
2.3	<i>Nemo iudex in causa sua</i>	161
2.4	<i>Audiat et altera pars</i>	163
2.5	<i>Nemo inauditus damnari potest</i>	165
3.	L'ecosistema processuale.....	169
3.1	Pubblicità per il «dialogo» tra le parti.....	170
3.2	Ragionevole speditezza.....	175
3.3	Facoltà di allegare prove e di farsi assistere.....	179
3.4	Motivazione del deciso	184
4.	Conclusioni	188
CAPITOLO VI: <i>Ordinamenti a confronto</i>		191
1.	Il principio prevalente	191
1.1	<i>De querela nullitatis</i>	194
1.2	<i>De appellatione</i>	198
1.3	<i>De recursu administrativo</i>	202
2.	Contraddittorio: aspetto dinamico della <i>communio</i> ?	205
2.1	<i>De proceduris matrimonialibus</i>	207
2.2	<i>De processu documentali</i>	210
2.3	<i>De causis ad sacrae ordinationis nullitatem declarandam</i>	213
2.4	<i>De processu poenali</i>	215
2.5	<i>De restitutione in integrum</i>	220
2.6	<i>De agendi ratione in doctrinarum examine</i>	224
3.	Conclusioni	229
CONCLUSIONE		233
SIGLE E ABBREVIAZIONI		243
BIBLIOGRAFIA		247
INDICE DEGLI AUTORI.....		283
INDICE GENERALE.....		283

