

PERIODICA

de Re Canonica

G. PAOLO MONTINI

Il soggetto che conduce l'indagine previa e il giudice del collegio nel processo penale: la valenza del can. 1717 §3, seconda parte



ESTRATTO

ANNO 2014 - VOLUME 103 - FASCICOLO 4

PONTIFICIA UNIVERSITÀ GREGORIANA - ROMA

**IL SOGGETTO CHE CONDUCE L'INDAGINE
PREVIA E IL GIUDICE DEL COLLEGIO
NEL PROCESSO PENALE:
LA VALENZA DEL CAN. 1717 §3,
SECONDA PARTE***

Premessa

L'oggetto dell'indagine del presente articolo è limitato alla forza invalidante del prescritto del can. 1717 §3, seconda parte, ossia

Qui investigationem agit [...] nequit, si postea iudicialis processus promoveatur, in eo iudicem agere.

Si tratta cioè di verificare se la proibizione canonica, che la stessa persona che ha condotto l'investigazione previa non possa poi, nel processo giudiziale penale istituito, fungere da giudice¹, sia legge irritante, ai sensi del can. 10, ossia proibisca sotto pena di nullità (*sub poena nullitatis*), oppure faccia parte del novero delle proibizioni (*leges prohibentes*) la cui trasgressione comporta, per esempio, un mero illecito (penale, amministrativo o disciplinare).

Nella prima ipotesi (forza invalidante) l'identità del-

* Testo rivisto della relazione tenuta a Brescia il 5 giugno 2014 al XLIX^{um} *Colloquium Iuris Canonici* della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università Gregoriana.

¹ Si è preferito per ragioni di maggiore chiarezza lasciare il titolo del contributo con la menzione del giudice del collegio (cf. però can. 1425 §1, 2°), per indicare con chiarezza che si tratta del giudice che pronunzia la sentenza.

l'investigatore e del giudice comporta un motivo di nullità della decisione giudiziale definitiva (cf. can. 1620), che abilita tutti gli interessati (e lo stesso giudice *ex officio*) alla proposizione della querela di nullità in tutte le sue forme avverso la pronuncia giudiziale definitiva.

Nell'altra ipotesi (mero illecito) l'identità dell'investigatore e del giudice comporterebbe un illecito sanzionabile con pene o provvedimenti amministrativi o disciplinari (cf. can. 1457) avverso i responsabili della trasgressione del can. 1717 §3, seconda parte.

1. Il dato testuale

Anche se l'attenzione si concentra sul can. 1717 §3, seconda parte, la retta comprensione del punto in discussione richiede la considerazione dell'intero can. 1717:

§1. Quoties Ordinarius notitiam, saltem verisimilem, habet de delicto, caute inquirat, per se vel per aliam idoneam personam, circa facta et circumstantias et circa imputabilitatem, nisi haec inquisitio omnino superflua videatur.

§2. Cavendum est ne ex hac investigatione bonum cuiusque nomen in discrimen vocetur.

§3. Qui investigationem agit, easdem habet, quas auditor in processu, potestates et obligationes; idemque nequit, si postea iudicialis processus promoveatur, in eo iudicem agere.

I prescritti al riguardo del Codice previgente, seppur disposti in più canoni, sono sostanzialmente coincidenti con la normativa attuale:

Can. 1940 – Haec inquisitio [specialis], quamvis ab ipso loci Ordinario peragi possit, ex generali tamen regula committenda est alicui ex iudicibus synodalibus, nisi eidem Ordinario ex peculiari ratione alii committenda videatur.

Can. 1941 – §1. Inquisitor delegetur non ad universitatem causarum, sed toties quoties et ad unam causam.

§2. Inquisitor tenetur iisdem obligationibus quibus iudices ordinarii, ac praesertim praestare debet iusiurandum de se-

creto servando deque officio fideliter implendo et abstinere ab accipiendis muneribus ad normam cann. 1621-1624.
§3. Inquisitor nequit in eadem causa iudicem agere.

2. L'origine remota e prossima del dispositivo

La problematica circa la proibizione dell'*investigator* di fungere da *iudex* nel successivo giudizio penale si interseca nella prima codificazione in modo stretto con la fluida e incerta normativa generale coeva in merito al rapporto tra *auditor* e *iudex*². Sarà pertanto necessario e illuminante nella parte introduttiva sostare con una certa dovizia sull'impostazione del rapporto tra istruttore e giudice.

2.1 Nella formazione del Codice

Il *locus materiae* ove si affrontò precipuamente la questione fu la preparazione dell'art. II *De Auditoribus et Relatoribus* (cann. 1580-1584 CIC17).

Nel can. 1582 si definisce l'ufficio dell'*auditor* ed esplicitamente ci si premura di avvertire che è escluso che egli possa pronunciare la sentenza definitiva: «*Eorum [= auditorum] est testes citare et audire, aliaque acta iudicialia instruere secundum tenorem mandati, non autem sententiam definitivam ferre*».

Il can. 1584 è il prescritto nel quale ci si poteva aspettare di vedere affrontato il problema più direttamente: se nel collegio dei giudici uno di loro possa fungere da *auditor*. Gli schemi che hanno preceduto il testo definitivo di questo canone mostrano sufficientemente il travaglio al riguardo.

² Cf. gli spunti generali di carattere storico, civilistico e canonistico in G. MARAGNOLI, «La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio», in *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*. II Corso di aggiornamento per operatori del diritto presso i tribunali ecclesiastici. Roma, 13-18 settembre 2004, Roma 2005, 83-143.

Per semplicità si può seguire la pur imperfetta sinossi del Roberti sul Libro IV *De processibus*³.

Lo schema A (can. 47) dà la *significatio verborum* dei termini *ponens seu relator*: «*est auditor a tribunali collegiali constitutus; quem ex iudicibus collegii et de consensu maioris partis designari oportet*»⁴. Sono chiare in questa fase l'obbligatorietà dell'ufficio e l'inclusione in esso della funzione di *auditor*, ossia di istruttore. Lo schema C (can. 36) manifesta già incertezze al riguardo: la costituzione nel collegio del *ponens seu relator* non è più obbligatoria e fra i suoi compiti è previsto che sia designato «*ad acta quaedam instruenda*»: «*Tribunal collegiale potest unum de iudicibus collegii ponentem seu relatores designare ad acta quaedam instruenda, vel referendum in consilio iudicum, vel ad sententiam conficiendam*»⁵. Il consultore Pacelli vorrebbe comunque espungere la menzione di atti istruttori compiuti dal *ponens seu relator*⁶.

Lo schema D (can. 41) ritorna, non senza contestazioni e proposte di emendamenti, all'obbligatorietà della costituzione del *ponens seu relator*, ma espunge la menzione esplicita dell'ufficio istruttorio del *ponens*

³ FR. ROBERTI, *Codicis Iuris Canonici schemata lib. IV de processibus* [= *Schemata*], Città del Vaticano 1940. Cf. pure J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi e documenti. I. Cenni storici sulla codificazione «de iudiciis in genere». Il processo contenzioso ordinario e sommario. Il processo di nullità del matrimonio*, Milano 1999 [= J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»*].

⁴ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 52, 54; J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 394, can. 91 [92] (si tratta del voto di Noval).

⁵ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 52, 54; J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 429, can. 18 [23] (si tratta dello schema I ig).

⁶ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 54, nota 24; J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 1019 (consulta 13 giugno 1907).

seu relator, aggiungendo un paragrafo nel quale si proibisce comunque esplicitamente la istruzione nelle cause penali:

§1. *Tribunalis collegialis praeses debet unum de iudicibus collegii ponentem seu relatores designare ad referendum in consilio iudicum et ad sententiam in scriptis redigendam [...] §3. In criminalibus ponens seu relator non potest esse causae instructor, seu auditor*⁷.

Many prova a contestare il *debet* del §1, ma la sua proposta non è condivisa dalla consulta⁸. Il dibattito sul §3 è ancora più animato: Lega, Martini e Ogetti confermano il favore al prescritto del §3 «*ne instructor nimium influat in causae decisionem*»⁹; Many vorrebbe che il prescritto valesse anche per le cause contenziose¹⁰; Pacelli e Noval fanno osservare che nei tribunali statali vige piuttosto l'opposto¹¹ e alcuni vorrebbero addirittura sopprimere la figura dell'*auditor*¹².

⁷ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 52 .54; J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 518, can. 12 [25] (si tratta dello schema 4 ig).

⁸ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 53, nota 12; J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 1062 (consulta 1° dicembre 1907).

⁹ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 54, nota 12; J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 1062 (consulta 1° dicembre 1907): «M. Lega e M. Martini sono d'opinione che il relatore e l'istruttore della causa non possono essere uno, specialmente nelle criminali per ragione della loro troppo grande influenza nella causa».

¹⁰ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 54, nota 12; J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 518, nota 11.

¹¹ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 54-55, nota 12 J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 1062 (consulta 1° dicembre 1907).

¹² FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 55, nota 12; J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 518, nota 11.

Lo schema E (can. 40) non ha variazioni di rilievo rispetto al precedente¹³.

Lo schema F (can. 35) propone pressoché la medesima normativa, che però è ancora contestata dai Vescovi della Provincia ecclesiastica lombarda: «*ne in administrativis quidem causis instructorem fungi posse relatoris munere*»¹⁴. Il §3 è così riformulato: «*In criminalibus causae instructor, seu auditor relatoris munere fungi nequit*»¹⁵.

Lo schema G (can. 36) rimane invariato.

Il testo del Codice (can. 1584) rimarrà pressoché invariato quanto al §1, ma ometterà il §3 sulle cause penali:

Tribunalis collegialis praeses debet unum de iudicibus collegii ponentem seu relatores designare qui in coetu iudicum de causa referat et sententias in scriptis redigat; et ipsi idem praeses potest alium ex iusta causa substituere.

In pratica, in tal modo il Codice evita accuratamente il problema formale, se cioè l'*instructor* possa essere un giudice membro del collegio, aprendo però chiaramente la sua *mens* contraria. Il Lega, per esempio, legge il can. 1584 facendo notare che l'uditore di cui al can. 1582 non entra nel collegio per espressa statuizione del canone e che il can. 1584 prescrive che si costituisca, distinto dall'uditore, un relatore i cui compiti sono solo quelli elencati nel medesimo canone: fare la relazione sulla causa e stendere il testo della sentenza¹⁶.

¹³ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 53. 55 J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 764 (si tratta dello schema 1909 Cardinali).

¹⁴ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 55, nota 36.

¹⁵ FR. ROBERTI, *Schemata* (cf. nt. 3), 55.

¹⁶ Cf. M. LEGA – V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici*, I, Roma 1938, 145.

Sarà la prassi, propiziata dalle norme rotali, come si vedrà, e da alcune prescrizioni processuali particolari, come l'art. 68 §3 dell'istruzione *Provida Mater*¹⁷, ma soprattutto dall'utilità pratica, che permetteranno di superare le perplessità della dottrina e i silenzi della legislazione, rendendo, se non abituale, incontroverso che un giudice membro del collegio svolga l'istruttoria.

È più che un sospetto, ma non è possibile in questa sede verificarlo positivamente, che l'ondivaga posizione della normativa e della dottrina canonica sull'argomento sia stata influenzata in modo consistente anche dalle posizioni presenti in quel momento sull'argomento nella normativa e nella dottrina processualistica, civilistica e penalistica, italiana¹⁸.

2.2 Nella normativa rotale

Fin dai primordi della Rota restituita la questione dell'istruttore, ancorché di fatto non frequentissima in un tribunale, quale quello della Rota Romana, deputato *praesertim ad appellationes accipiendas*, fu controversa.

Nella prima normativa costituzionale, la *Lex propria*¹⁹, e in quella diffusa, le *Regulae servandae*²⁰, la posizione era

¹⁷ «Praeses quoque potest, nisi adsit instructor ad normam art. 23, ea peragere quae ad causae instructionem pertinent».

¹⁸ Per una sintesi critica del percorso compiuto dalla dottrina italiana cf. FR. CARNELUTTI, «Storia e natura del giudice istruttore», *Rivista di diritto processuale* 10 (1955) 157-163; A. NICORA, *Il principio di oralità nel diritto civile italiano e nel diritto processuale canonico*, Roma 1977, 108-125.

¹⁹ *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*, 29 giugno 1908, *AAS* 1 (1909) 20-35.

²⁰ *Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal approbatae et confirmatae a Pio Papa X*, 4 agosto 1910, *AAS* 2 (1910) 783-850.

molto rigida²¹: l'istruttore della causa non può essere giudice nella stessa: «*Ponens autem seu relator non potest simul esse causae instructor, sed hoc officium a Decano debet demandari alicui Auditori alterius turni*» (can. 22 §2 *Lex propria*); «*Ponens aut alius Auditor turni iudicantis non potest simul esse causae Instructor*» (§102. 1 *Regulae servandae*). La regolamentazione conseguente era del tutto coerente anche se necessariamente piuttosto complicata (cf. §§ 101-113 *Regulae servandae*). Ne risultava, infatti, che: 1) la nomina dell'istruttore spettava al Decano (§ 101. 1 *Regulae servandae*; cf. pure can. 22 §2 *Lex propria*); 2) quando l'istruzione si sarebbe dovuta completare in diocesi, non si nominava un istruttore distinto dal ponente, ma il ponente non poteva dare prescrizioni sul modo di istruire la causa, ma solo trasmettere le lettere dalle quali risultavano le prescrizioni date al riguardo dal Turno o dal promotore di giustizia o dal difensore del vincolo (§ 101, 2-3 *Regulae servandae*); 3) quando l'istruttoria doveva essere compiuta integralmente o in parte in diocesi, si sarebbe dovuto nominare un istruttore esterno al Turno, a norma del § 101 (§ 102, 4 *Regulae servandae*).

Si può ritenere che la normativa sia il retaggio di un certo disagio che si evidenziò nel secolo XIX, dopo che nella normativa rotale al *ponens* era stato dato diritto di voto nella causa²² e ci si accorse che questo voto, peraltro

²¹ Nel Progetto Ogetti (1908) sulla *Lex propria*, l'art. 17 era più blando, impedendo solo che si cumulassero nel Turno in un Uditore gli uffici di ponente e di istruttore: «§ 1. Ponens potest per se agere in causa instructorem actorum, si agatur de causa contentiosa; si vero agatur de causa criminali instructionem actorum committere necessario debet alterutri ex auditoribus, qui secum iudicaturi erunt». J. LLOBELL – E. DE LÉON – J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus»* (cf. nt. 3), 1236.

²² *Decisione del Collegio Rotale*, 14 maggio 1762, in E. CERCHIARI, *Capellani Papae et Apostolicae Sedis Auditores causarum Sacri Palatii Apostolici seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 sep-*

di solito molto influente, poteva non essere del tutto imparziale²³.

Non passarono comunque molti anni che ci si accorse che la normativa non era adeguata. Infatti il 23 ottobre 1915 il Sommo Pontefice Benedetto XV su richiesta del Collegio degli Uditori rotali concesse²⁴ che il prescritto del can. 22 §2 *Lex propria* non si osservasse nelle cause contenziose, comprese le cause matrimoniali, e nelle cause penali trattate civilmente²⁵: in tal modo che «il Giudice Ponente di

tembris 1870. Relatio historica-iuridica [= Sacra Romana Rota]. III. Documenta, Romae 1919, 571-572, n. 466.

Intervenire su questo punto la legislazione di Gregorio XVI: cf. § 50 Regolamento organico per l'amministrazione della giustizia civile, 5 ottobre 1831, in *Raccolta delle leggi e disposizioni di pubblica amministrazione dello Stato Pontificio*, V, Roma 1835, 20: «Le cause maggiori [...] si decidono per turno da cinque uditori, compresi il ponente, che sarà il relatore, e darà il suo voto»; § 20 Regolamento per le cause civili nelle Curie ecclesiastiche, 5 ottobre 1831, *ibid.*, 45: «Sono applicabili alle cause ecclesiastiche i §§ 50 [...] del contemporaneo regolamento, intorno al tribunale della Rota romana»; § 325 Regolamento giudiziario per gli affari civili, 10 novembre 1834, in *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI*, Milano 2004, 115: «Tutte le cause o maggiori, o minori si decidono per turno da cinque giudici, compreso il ponente che sarà il relatore, e darà il suo voto».

²³ «[...] improvidum quoque videtur Ponenti suffragium tribuere, ea potissimum ratione, quia acta omnia praecedentia causae propositionem coram eo geruntur, ita ut in ferendo suffragio facile sit eius animum in gratiam alicuius ex litigantibus occupari». *Esposto del Collegio Rotale al Sommo Pontefice per quanto decretato nella legge 5 ottobre 1831*, 18 novembre 1831, in E. CERCHIARI, *Sacra Romana Rota* (cf. nt. 22), 639-640, n. 530.

²⁴ Cf. ST. KILLERMANN, *Die Rota Romana. Wesen und Wirken des päpstlichen Gerichtshofes im Wandel der Zeit*, Frankfurt am Main 2009, 210-211, nota 160.

²⁵ Per la distinzione tra azioni criminali (penali) e azioni criminali trattate civilmente, cf., per esempio, M. LEGA – V. BARTOCCHETTI, *Commentarius* (cf. nt. 16), 364: «Actiones mixtae, quas memorant canonistae in titulo *De libelli oblatione*, lib. II, X, 3, iuxta praescriptiones

una causa civile, matrimoniale, e criminale trattata civilmente, possa essere anche Giudice Istruttore nella causa medesima».

Degna di nota è la articolata motivazione espressa nella prece al Sommo Pontefice:

La ragione che comunemente si dà di tale disposizione si è che il Giudice Istruttore dopo aver ponderati i documenti riferentisi alla causa, ed aver inteso le deposizioni dei testimoni, ha già preso il suo partito, però il suo giudizio non può essere del tutto imparziale. Ora questa ragione potrà avere qualche peso nelle cause criminali che riguardano le persone, non già nelle cause civili che si riferiscono direttamente ad azioni, diritti etc.. Al contrario fatta facoltà al Ponente di essere anche Giudice Istruttore nelle cause civili, comprese le matrimoniali, e nelle criminali civilmente trattate, il Giudice avendo studiato a fondo la causa, ne conosce le parti deboli, intuisce quali siano i documenti utili ed opportuni a consultarsi e conosce meglio di qualunque altro quali siano le interrogazioni da farsi ai testimoni e alle parti.

Quindi è che nelle legislazioni secolari il Giudice Istruttore che ha istruito il processo in una causa civile, può benissimo far parte del Tribunale giudicante.

Del resto riguardo al Tribunale della S.R. Rota, in quasi tutti i casi il Giudice Istruttore non deve far altro che delegare le Curie Diocesane a compilare il processo. Ora è eccessivo rigore proibire ad un giudice di definire una causa per il solo fatto di aver firmata una lettera rogatoria riguardante la causa medesima.

La derogazione al can. 22 §2 *Lex propria* fu recepita

iuris romani, sunt comparatae tum ad *rem* tum ad *poenam* persequendam. [...] Istaе actiones *iure canonico* non amplius vigent, quia actiones criminales omnes, effectae sunt *ordinis publici*, quae vel *civiliter* exercentur, nempe ad indemnitatem, vel *criminaliter* ad poenam persequendam vi publicae auctoritatis: can. 2210».

nelle *Normae* che si succedettero, anche se in forme diverse.

Nelle *Normae* del 1934 l'art. 92, il primo sull'istruzione del processo presso la Rota Romana, prescrive:

*§1. Quando causa, ad S. Rotam delata, instructione indiget, Ponens hanc instructionem vel sibi reservare vel alii Auditori de Turno committere potest, nisi agatur de causa criminali, criminaliter acta, quo in casu, officium Instructoris a Decano debet demandari alicui Auditori alterius Turni*²⁶.

Nelle *Normae* vigenti l'obbligo nelle cause penali di deputare all'istruzione un Uditore estraneo al Turno è declassato a mero consiglio²⁷:

Quando causa ad Rotam delata instrui debet, Ponens hanc instructionem vel sibi reservare vel alii Iudici de Turno committere potest; quod si agatur de causa poenali, officium Instructoris opportunius a Decano demandetur Auditori extra Turnum (art. 71).

In conclusione si nota nella normativa rotale, e ciò proprio negli anni della codificazione, un dibattito ed una evoluzione circa l'istruttore in quanto facente parte del Turno giudicante, che approda ad una apertura, mantenendo però sempre ferma una normativa speciale per le cause penali.

²⁶ Già in questa posizione è alla lettera il progetto compilato dal Collegio Rotale nel 1928 (*Lex propria et regulae S. Romanae Rotae Tribunalis*) a seguito della promulgazione del *Codex Iuris Canonici* nel 1917.

²⁷ Resiste, invece, come obbligo nelle *Normae a Rota Nuntiaturae Apostolicae in Hispania servandae*: «Cuando una causa llevada a la Rota requiera instrucción, el ponente debe practicarla; pero puede también ser encomendada a otro juez del turno, a no ser que se trate de una causa criminal, en cuyo caso el oficio de instructor lo confía el decano a otro juez extraño al turno [...]». Art. 51, *AAS* 92 (2000) 16.

2.3 Nella normativa penale precodiale²⁸

La *Sacra Congregatio Episcoporum et Regularium* pubblica l'11 giugno 1880 una «*Instructio pro Ecclesiasticis Curiis quoad modum procedendi oeconomice in causis disciplinaribus et criminalibus clericorum*»²⁹.

Il modo di procedere amministrativo stabilito prevede un'ampia raccolta delle prove dalla quale è estraneo l'accusato che viene convocato «*ad examen*» quando è stato raccolto tutto quanto era necessario a stabilire «*factum et accusati responsabilitatem*».

Si apre in questo punto la fase procedurale nella quale all'accusato è riconosciuto il diritto di difesa che egli può esercitare anche da sé solo di fronte alle accuse e alle risultanze processuali.

Con la compilazione del sommario, si apre la fase dibattimentale. Quindi segue la sessione di decisione.

In due punti si affronta, almeno indirettamente, la que-

²⁸ Anche nella legislazione processuale di Gregorio XVI favorevole, come si è visto, all'integrazione piena del ponente nel collegio giudicante, si faceva poi eccezione nella procedura penale: cf. art. 2 Appendice al regolamento organico e di procedura criminale per norma delle curie ecclesiastiche, 5 novembre 1831, in *Raccolta delle leggi e disposizioni* (cf. nt. 22), 305: «Il tribunale del Vicariato in Roma è composto dal Cardinale Vicario, di Monsignor Vicegerente, di Monsignor Luogotenente civile, e di due Prelati assessori. Il luogotenente criminale è il relatore delle cause, ma senza voto».

Sulla situazione canonica precodiale cf., per esempio, P. WERNZ, *Ius decretalium. V. Liber secundus*, Prati 1914, 34-35, n. 791.

²⁹ Il testo con traduzione italiana a fronte, in *ASS* 13 (1880) 324-336. Analoga istruzione («*De modo servando in cognoscendis et definiendis causis criminalibus et disciplinaribus clericorum in foederatis Statibus Americae Septentrionalis*») è pubblicata dalla *Sacra Congregatio de Propaganda Fide* nel 1883 (in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide*, II, Romae 1907, 169-172, n. 1586).

stione delle persone che intervengono nell'istruzione.

L'art. XII prevede esplicitamente chi sia l'istruttore:

Processus confectio committi potest alicui probo atque idoneo ecclesiastico, adstante Actuario [La compilazione del processo può commettersi ad un probo ed idoneo Ecclesiastico, assistito dall'Attuario]³⁰.

L'art. XXIX ritorna sull'oggetto nel momento nel quale tratta del passaggio alla fase dibattimentale:

Expleto processu, actorum instructor, restrictum conficit essentialium conclusionum eiusdem [Ultimato il processo, il compilatore degli atti, forma il ristretto delle essenziali risultanze del medesimo]³¹.

La *mens* della normativa circa l'*instructor* non tardò a manifestarsi nella prassi della Curia Romana, a favore della necessaria distinzione della persona dell'istruttore e del giudice:

Ill.mo e R.mo Monsignore come fratello,
La S.V. con lettera del 27 Ottobre p.p. ha esposto a questa S. Congregazione de' Vescovi e Regolari che il Vicario Generale di M. innanzi al quale dovrebbe proporsi la causa contro il Canonico O.B. si è reso quasi cieco completamente da non poter adempiere l'ufficio di giudice, e perciò si è fatto a domandare con urgenza la facoltà di delegare a tale ufficio, quando sarà proposta la causa, quell'istesso che compilò l'istruttoria o chi meglio piacerà a quel Vescovo. La S. Congregazione, in vista della incompatibilità delle due qualifiche

³⁰ L'omologo articolo dell'istruzione di *Propaganda Fide* («compilatio processus committi potest probo ac perito viro ecclesiastico, cui assistat actuarius») era poi completato dalla normativa per quelle circoscrizioni nelle quali non era costituita la curia.

³¹ L'omologo articolo dell'istruzione di *Propaganda Fide* recita: «Absoluto processu redactor actorum summarium praecipuorum argumentorum, quae ex ipso elucet, conficiat».

in una stessa persona, cioè di giudice del fatto ossia procesante, e di giudice del diritto, giudicante, non può aderire alla proposta di delegare quello stesso che compilò l'istruttoria: in conseguenza potrà Ella provvedere col delegare altro idoneo ecclesiastico, dandole a tal effetto questa S. Congregazione le necessarie ed opportune facoltà. Tanto Le dovea per sua norma e governo; e Le auguro dal Signore ogni prosperità.

Della S. V. Come Fratello S. Card. Vannutelli
L. TROMBETTA, Pro Segretario

Roma, 10 Novembre 1896³².

Anche in questa sede, amministrativa e rivolta alla prassi nelle diocesi, si evidenzia la incompatibilità tra l'*instructor* e il giudice giudicante. Una disposizione che ebbe influssi sul Codice allora in formazione, anche se si deve rilevare che l'*instructor* nel caso previsto dalla normativa in oggetto copriva in pratica sia l'odierna *investigatio praevia* sia la istruzione della causa.

Nell'*iter* di codificazione, nella sede deputata al processo giudiziale penale, il futuro can. 1941 §3 apparve dopo lo Schema del 1914 inviato per la consultazione; fu un suggerimento dei Presuli della Provincia ecclesiastica di Köln, che propose l'aggiunta del paragrafo:

*Iudex instructor in ea causa, in qua inquisitionem peregit, sententiae prolationi intervenire nequit*³³.

³² Riportata in C. GENNARI, *Sulla privazione del beneficio ecclesiastico e sul processo criminale dei chierici. Norme canoniche*, Roma 1905², 149, nota 1.

³³ *Animadversiones Episcoporum ac Superiorum Generalium in Librum V Schematis Codicis Iuris Canonici* [1915], sub can. 453, citato in J. LLOBELL – S. MIRALDI – P. ZUNINO, *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi, documenti e indici*, III, Milano, di prossima pubblicazione.

Negli Schemi successivi il suggerimento si formalizzò nel testo semplificato³⁴, che si troverà poi invariato nel testo definitivo del Codice del 1917.

Nell'*iter* poi della seconda codificazione il testo non solo non appare subire modificazioni, ma neppure essere stato oggetto di nota e di annotazioni³⁵.

3. La dottrina

Gli Autori che affrontano la questione³⁶ si dividono sulla interpretazione del canone in relazione alla sua forza invalidante.

Vi sono Autori che con certezza affermano la forza irritante del prescritto: Ch. Augustine³⁷, M. Lega – V. Bartocetti³⁸,

³⁴ Pare che il suggerimento avesse presente più l'istruttore (secondo la teorica classica sopra avvertita nei processi in generale) che l'*investigator* che agisce prima dell'inizio del processo.

³⁵ Cf., per esempio, *Communicationes* 12 (1980) 188; 41 (2009) 439.

³⁶ Non sono pochi gli Autori che tacciono sul punto: cf., per esempio, A. BLAT, *Commentarium textus Codicis Iuris Canonici. Liber IV*, Romae 1927, 465, n. 489; W.H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process: A Commentary on the Code of Canon Law*, Ottawa 2003, 162; FR.J. RAMOS, «La investigación previa en el Código de Derecho Canónico (CIC, cann. 1717-1719)», in «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, III, Città del Vaticano 2010, 2109-2134.

La ragione può ricercarsi forse nel fatto che il prescritto in oggetto si pone sul crinale tra investigazione previa e processo penale ed è quindi di difficile collocazione sistematica.

Alcuni Autori si limitano a recensire le opinioni diverse dei commentatori: cf., per esempio, ST. WOYWOD, *A Practical Commentary on the Code of Canon Law*, II, New York 1948², 359.

³⁷ «The inquisitor *cannot validly act as a judge* in the same case. The consequence is that a synodal judge chosen as inquisitor cannot *pro hac vice* also act as a judge». CH. AUGUSTINE, *A Commentary on the New Code of Canon Law*, VII, St. Louis – London 1923², 369.

³⁸ «Et censeo verbum "*nequit*" esse intelligendum de iuridica incapacitate quae nullum reddit iudicium neque obstat c. 1680 quia nullitas est implicita». M. LEGA – V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici*, III, Romae 1941, 233.

A. Vermeersch – J. Creusen³⁹, E. Eichmann – Kl. Mörsdorf⁴⁰, e, dopo la promulgazione del Codice vigente, F. Loza⁴¹, Kl. Lüdicke⁴², H. Paarhammer⁴³ e Th.J. Green⁴⁴.

Altri Autori interpretano immediatamente il prescritto in oggetto quale legge proibente, che incide pertanto nel

³⁹ «Verba vero “nequit” et, in contextu, “non potest” (Regulae S. Rotae, § 102, 1) inhabilitatem potius significant». A. VERMEERSCH – J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, III, Mechliniae – Romae, 1931⁴, 118, n. 264.

⁴⁰ «Der Untersuchungsrichter ist, wenn es in derselben Strafsache zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens kommt, *unfähig* zum Richteramt, weil er zufolge seiner Tätigkeit in der Voruntersuchung als befangen gilt». E. EICHMANN – KL. MÖRSDORF, *Lehrbuch des kanonischen Kirchenrechts*, III, Paderborn – al. 1964¹⁰, 215 (corsivo aggiunto).

⁴¹ «Pour éviter des préventions et des préjugés, l’enquêteur est rendu *inhabile* (“nequit”) à être lui-même juge dans le procès pénal qui suit l’enquête». F. LOZA, «can. 1717», in *Code de droit canonique. Édition bilingue et annotée*, Montréal 1990, 1001 (corsivo aggiunto).

⁴² «§ 3 erklärt ihn [= der Ermittler] für *unfähig*, in derselben Sache als Richter tätig zu werden». KL. LÜDICKE, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, 1717/9 (corsivo nostro).

⁴³ «Zwecks Hintanhaltung einer etwaigen Voreingenommenheit erklärt das Gesetz jene Personen, die eine Voruntersuchung geführt haben, für *unfähig*, in derselben Sache in einem später eingeleiteten Strafprozeß als Richter tätig sein zu können». H. PAARHAMMER, «Das Strafverfahren», in *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, Regensburg 1999², 1214 (corsivo aggiunto). La posizione dell’A. si è precisata rispetto alla prima edizione dello stesso *Handbuch* (1983): «Zwecks Hintanhaltung jeder Voreingenommenheit verfügt das Recht, daß diese Person, welche die Vorerhebung durchführt, in einem etwa später eingeleiteten Strafprozeß keinesfalls als Richter fungieren kann» (1005).

⁴⁴ «In the interests of judicial objectivity, the preliminary investigator may not validly serve a judge in a subsequent judicial process». TH. J. GREEN, *New Commentary on Code of Canon Law*, New York – Mahwah 2000, 1808. Nella edizione precedente l’A. non si pronunciava chiaramente al riguardo: «In the interests of objectivity, the preliminary investigator may not be a judge if a formal process is initiated subsequently». TH. J. GREEN, *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, New York – Mahwah 1985, 1024.

caso di trasgressione, solo sulla liceità: J. Noval⁴⁵ e X. Wernz – P. Vidal⁴⁶.

Altri Autori, infine, mostrano incertezza sull'interpretazione e, quindi, in ragione dei principi generali del diritto, propendono per la mera valenza proibente del prescritto: F.M. Cappello⁴⁷, M. Conte a Coronata⁴⁸, A. De Meester⁴⁹, J.W.J. Dougherty⁵⁰, R. Naz⁵¹.

4. La giurisprudenza

La giurisprudenza canonica non ha avuto modo di esercitarsi sovente su questa materia.

Nella giurisprudenza rotale una *coram* Rossetti, *Diffa-*

⁴⁵ «Nequit: id est, ni fallor, prohibetur, et ideo non debet seu non potest licite, sed utique valet seu potest valide; nam prohibitio non fit sub condicione nullitatis, prout ad invaliditatem requiritur ex can. 1680». J. NOVAL, *Commentarium Codicis Iuris Canonici. Liber IV. De Processibus. Pars I. De iudiciis Augustae Taurinorum – Romae*, 1920, 511, n. 774. La posizione di Noval, in questo e in altri ambiti concernenti le nullità della sentenza, è per molti versi condizionata da scelte esegetiche generali del testo normativo del Codice del 1917.

⁴⁶ «Quae prohibitio [...] nec tamen est munita clausula irritante seu inhabilitante». FR.X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum. VI. De processibus*, Romae 1949², 701, n. 724.

⁴⁷ «Utrum inde eruenda sit inhabilitas inquisitoris munus iudicis peragendi, an mera prohibitio, controvertitur. Attentis principiis generalibus iuris (cfr. can. 11, 19) haec altera sententia verior videtur». F.M. CAPPELLO, *Summa iuris canonici*, III, Romae 1955, 347, n. 391.

⁴⁸ «Utrum de valore an de sola liceitate intellegendum sit verbum *nequit*, non conveniunt auctores; verba Codicis non videntur valorem necessario significare». M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, III, Taurini 1956, 448, n. 1463.

⁴⁹ «Verisimilius auditur *prohibitio* non *inhabilitas*». A. DE MEESTER, *Juris canonici et juris canonico-civilis compendium*, III/2, Brugis 1928 78, nota 8, n. 1629. Vi si riferisce J. BRYNS, *Juris canonici compendium*, II, Brugis 1949, 372, nota 1, n. 913.

⁵⁰ Cf. J.W.J. DOUGHERTY, *De inquisitione speciali*, Washingtonii 1945, 134-137: «De vi verbi “nequit” in can. 1941, § 3».

⁵¹ «Il ne semble pas que cette disposition soit à peine de nullité». R. NAZ, *Des Procès, des délits, des peines*, Paris 1954, 412, n. 681.

mationis et refectionis damnorum, del 20 ottobre 1917, nega che la prassi di avere un giudice distinto dall'*investigator* «*sub nullitatis iudicii poena esse observanda*»⁵², ma si era prima della promulgazione del Codice e la Rota in quel momento non aveva come parametro di riferimento il can. 1941 §3, ma un insieme di normative e di prassi molto deboli al riguardo, come si è visto sopra.

Recentemente anche la Segnatura Apostolica ha avuto modo di confrontarsi con il prescritto del can. 1717 §3, seconda parte, anche se non direttamente⁵³.

Il caso era il seguente: in primo grado l'ammissione del libello, la determinazione della formula del dubbio e le prime citazioni sono effettuate dal preside del collegio, Vicario giudiziale e *investigator* nella medesima causa penale. Una volta pubblicata la sentenza di condanna, l'accusato appella alla Rota Romana e presenta pure querela di nullità per vari motivi, tra i quali vi è la violazione del can. 1717 §3, seconda parte. La Rota Romana tratta pregiudizialmente la querela e la rigetta, affrontando i vari motivi di nullità, ma disestimando il motivo di nullità ex can. 1717 §3, seconda parte. L'accusato presenta quindi alla Segnatura Apostolica domanda di *restitutio in integrum* contro la decisione rotale *ob legis processualis praescriptum evidenter neglectum*⁵⁴. Nel nostro caso si accusava la Rota Romana di aver trascurato nella sua decisione il prescritto del can. 1717 §3, seconda parte.

⁵² RRD 9, 260, n. 4.

⁵³ SSAT, decisione del Congresso, 15 novembre 2013, prot. n. 48385/13 CG.

⁵⁴ Poiché nel caso si tratta di una *restitutio in integrum* contro una decisione *de ritu*, si è ritenuto — secondo la comune e costante giurisprudenza della Segnatura Apostolica — che il richiamo al «*legis non mere processualis praescriptum evidenter neglectum*» (corsivo nostro) del can. 1645 §2, 4^o dovesse essere interpretato comprendendo pure prescritti processuali.

La decisione della Segnatura Apostolica procede cautamente, ossia negli stretti limiti necessari a risolvere la questione *de qua*.

Anzitutto riconosce che il motivo addotto non è da rigettare senz'altro:

*Admisso quod haud absque ratione hoc nullitatis moti-
vum adducitur, cum praescriptum can. 1717, §3, altero
commate plane sancit: «Qui investigationem agit [...] ne-
quit, si postea iudicialis processus promoveatur, in eo iu-
dicem agere».*

Questo modo di procedere⁵⁵ si attua solitamente nella Segnatura Apostolica quando viene sollevata una questione che dovrebbe essere accuratamente studiata; ma in previsione del fatto che nel seguito della causa non sarà decisiva per altre ragioni (processuali), non si ritiene necessario di approfondirla e prendere posizione. È paragonabile ad una affermazione subordinata: «ammesso che il motivo addotto sia fondato *in iure*». La Segnatura Apostolica non lo respinge *qua talis*; non lo nega pertanto nel suo fondamento, pur non impegnandosi del tutto al riguardo, perché la soluzione del caso (l'unica cosa che interessa ad un giudice, che non è un docente) sta altrove. Nondimeno si può sostenere che quanto affermato in tal modo è stato *delibato* dalla Segnatura Apostolica, ossia che è stato ritenuto valido come base di un successivo decisivo ragionamento.

Ora nel caso la Segnatura Apostolica ha ritenuto di *delibare* che il prescritto del can. 1717 §3, seconda parte comporta, se trasgredito, la nullità della decisione.

Il secondo passo della decisione della Segnatura Apo-

⁵⁵ Un procedimento per alcuni verso analogo è stato spiegato in G.P. MONTINI, «La rimozione del parroco: il sacerdote di cui al can. 517, § 1», in *Iudex et Magister. Miscelanea en honor al Pbro. Nelson C. Dellaferrera*. II. *Derecho Canónico*, Buenos Aires 2008, 511-530.

stolica è stato quello di ritenere irrilevante il motivo di manifesta ingiustizia addotto⁵⁶, ossia la nullità, perché l'accusato aveva proposto querela di nullità sanabile fuori dal termine previsto dal can. 1623. Di nullità sanabile nel caso si trattava perché il Vicario giudiziale *investigator* aveva rinunciato dopo l'ammissione del libello e la determinazione della formula del dubbio e pertanto la decisione definitiva di primo grado era nulla di nullità sanabile (cf. can. 1622, 5°), in quanto poggiava su atti nulli (ammissione del libello e determinazione della formula del dubbio) in quanto posti da un giudice assolutamente incompetente o sprovvisto di giurisdizione (*ex can. 1717 §3*, seconda parte):

Animadverso tamen quod silentium seu reiectio huius nullitatis motivi a decreto rotali de quo manifesta iniustitia minime constituit; nam:

– *ageretur in casu de motivo seu vitio nullitatis sanabilis, quia Rev.dus Vir qui investigationem praevidiam peregit, iudicem non egit nisi usque ad primas citationes tantum, ac proinde sententia definitiva solum actibus iudicialibus nullis inniteretur (can. 1622, n. 5);*

– *quae nullitas sanabilis «proponi potest intra tres menses a notitia publicationis sententiae» (can. 1623);*

– *Cl.mus, tamen, [...] Patronus adversus sententiam definitivam die 12 aprilis [...] publicatam prima vice querelam nullitatis die 28 septembris [...] proposuit, id est fere sex post menses ab habita publicationis notitia, immo vitium nullitatis ex can. 1717, § 3 altero commate prima vice in recursu ad*

⁵⁶ E ciò sulla base di un principio assodato nella giurisprudenza della Segnatura Apostolica, ossia, come si esprime il decreto in oggetto: «Pro comperto habito quod, utcumque, neglectum legis de quo, iuxta iurisprudentiam canonicam communem, habetur quoties decisio talis fuit praecise ob neglectum illius legis, quae si observata fuerit, alia fuisset decisio; quam ob rem iniustitia manifesta de qua non habetur, si non obstante praescripto legis neglecto, decisio iudicialis stat».

Turnum adversus reiectionem in limine a Rev.mo Ponente statutam, die 4 decembris [...] proposuit

[...]

Cum proinde sententia definitiva ob terminum de quo in can. 1623 inutiliter transactum, si et quatenus sanata habenda sit, ac proinde nullum iuris praescriptum decretum rotale neglexerit per silentium seu reiectionem huius accusationis.

Attraverso questa decisione la Segnatura Apostolica ha fatto intendere chiaramente, ancorché subordinatamente, di ritenere la continuità o identità tra *investigator* e *iudex* nel processo giudiziale penale un fondato motivo di nullità della sentenza definitiva per incompetenza o per mancanza di giurisdizione.

5. Valutazione processuale

La carenza di una forte evidenza positiva nella legislazione e nella giurisprudenza della forza irritante del can. 1717 §3, seconda parte, impone in modo peculiare di completare l'argomentazione con ragioni di carattere sistematico.

5.1 In relazione al criterio interpretativo del can. 10

L'illustre canonista G. Michiels, messa in chiaro la nota distinzione tra «*expresse*» e «*explicite*», che permette di riconoscere la forza irritante di una legge anche se implicitamente espressa, pone tra i termini incerti quanto a forza irritante anche la locuzione «*non posse, seu nequire*»:

Certe admittendum est formulam illam, si nude spectetur, esse ambiguum [...] Recte concludit Suárez, quod ut plenum iudicium de sensu illius verbi feratur, considerandae sunt legis materia aliaeque circumstantiae: «Potestque in primis considerari an actus, cui forma praescribitur, pendeat ex potestate concessa [...] ut est sententia, electio [...]: an vero sit actus propriae auctoritatis seu dominii [...]. In priori enim genere actionum valde probabilis praesumptio est, ubi lex

prohibet actum, vel modum actus cum clausula “non possit” [...] limitare ipsam potestatem»⁵⁷.

Né pare che si possa andare oltre quanto Michiels asserisce sulla ambiguità della forma verbale *nequit* in relazione al can. 10.

Si può affermare con certezza che la voce *nequit* non esclude la forza irritante della legge. Una certa frequenza dell’accompagnamento della voce *nequit* con l’avverbio «*valide*»⁵⁸, non esclude casi nei quali la sola voce *nequit* ha valore chiaramente irritante⁵⁹.

Indizi che potrebbero, nell’incertezza della forma verbale, far propendere per la invalidità si possono rintracciare sia nel contesto (*potestas iudicandi*) sia nella locuzione ricercata usata nel can. 1717 §3 e già prima nel can. 1941 §3, ossia «*iudicem agere*»⁶⁰.

⁵⁷ G. MICHIELS, *Normae generales Juris canonici*, I, Parisiis – Tornaci – Romae 1949², 339. Su posizioni analoghe G. GRAF, *Die Leges irritantes und inhabilitantes im Codex Juris Canonici*, Paderborn 1936, 45-47.

⁵⁸ Cf., per esempio, cann. 64; 65 §§2-3; 135 §2; 146; 150; 842 §1; 1102 §1; 1199 §2; 1331 §2, 4°; 1347 §1; 1447.

⁵⁹ Forse il caso più chiaro è nel can. 1690: «*Causae ad matrimonii nullitatem declarandam nequeunt processu contentioso orali tractari*». La voce *nequeunt* è qui espressamente irritante: cf. can. 1669.

Sotto l’impero del Codice piano-benedettino si potrebbe ricordare il can. 201 §2: «*Iudicialis potestas tam ordinaria quam delegata exerceri nequit [...] extra territorium, salvis praescriptis can. 401, § 1, 881, § 2 et 1637*»; cf. al riguardo G.P. MONTINI, «*Claudatur cum indicatione loci* (can. 1612, § 4). Il luogo della decisione giudiziale canonica tra realtà, formalità e motivo di nullità», in *Fs. G. Dalla Torre*, di prossima pubblicazione.

⁶⁰ Il Forcellini la colloca come forma verbale nel significato di *agere* come *facere*, *gerere*, e in particolare nelle espressioni traslate: «*agere partes alicujus aut aliquem est ipsum imitari vel repraesentare*». AEG. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, I, Patavii 1940, 163. Cf. can. 2256, 2°: «*partes agere iudicis*». Può significare «*agire come*», «*act as*» o anche semplicemente «*essere*». Il modulo dell’espressione si trova altre tre volte nel Codice piano-benedettino: can. 139 §2 «*tabelliones seu publicos notarios ne agant*»; can. 2009 §1 «*relatorem seu ponentem agat*»; 2088 §2 «*ipse praesidem agat*».

5.2 *In relazione al prescritto del can. 1447*

Di qualche utilità sembra l'analogia che in alcuni Autori appare tra la clausola *nequit iudicem agere* e il prescritto del can. 1447⁶¹:

Il diritto che sancisce l'accesso a un altro giudizio ne tutela la reale alterità e viene declinato specificatamente in questo can., che stabilisce la nullità insanabile della sentenza (cf. can. 1620, 1°), come se si trattasse di un'incompetenza assoluta che concerne il giudice. Chi è già intervenuto in un giudizio, ha già espresso la propria convinzione e pertanto può non essere imparziale in una nuova considerazione del caso. Nel processo penale il can. 1717 §3 impedisce a chi ha condotto le indagini preliminari di fungere poi da giudice nel processo⁶².

L'analogia non può che uscire rafforzata dalla previsione normativa dell'art. 66 §2 dell'istruzione *Dignitas connubii*, che dichiara la sentenza affetta dal medesimo motivo di nullità insanabile se l'occorrenza dei diversi ruoli si ha «*in eadem instantia*», come si può evidentemente ritenere, analogicamente, nel caso del processo penale. Infatti l'*investigatio praevia* precede formalmente l'*instantia*, che ha inizio con la citazione dell'accusato (cf. can. 1517) e, pertanto, non si può ritenere che l'*investigator* poi divenuto *iudex* agisca in *eadem instantia* né, peraltro, in *alia instantia*.

Non sfugge ad alcuno che l'analogia non ha cittadinanza

⁶¹ «Qui causae interfuit tamquam iudex, promotor iustitiae, defensor vinculi, procurator, advocatus, testis aut peritus, nequit postea valide eandem causam in alia instantia tamquam iudex definire aut in eadem munus assessoris sustinere».

⁶² G.P. MONTINI, «Can. 1147», in REDAZIONE DI QUADERNI DI DIRITTO ECCLESIALE, ed., *Codice di Diritto Canonico commentato*, Milano 2009³, 1156; cf. pure L. GRAZIANO, «La "praevia investigatio" e la tutela dei diritti nell'ordinamento penale canonico», in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Milano 2005, 495.

facile tra i motivi di nullità della sentenza, che richiedono un'interpretazione stretta. Ciò che qui piuttosto si intende mettere in luce è il fatto che il divieto per la stessa persona di rivestire ruoli diversi nel processo può sfociare anche nella previsione processuale di motivo di nullità (insanabile) della sentenza definitiva. In tal modo si suffragherà la *rationabilitas* della collocazione sistematica del prescritto del can. 1717 §3, seconda parte, tra i motivi di nullità.

5.3 *In relazione alla normativa sulla ricusazione*

Sono numerosi gli Autori che giustificano il prescritto del canone in oggetto facendo riferimento al fatto che l'investigator in quanto tale è *suspectus* e come tale «*nequit [...] iudicem agere*»:

[...] finis [inquisitionis] non est praecise praeparare iudicium (in quo praesertim esset reposita actio propria promotoris iustitiae) sed veritatem obiectivam sine praeiudiciis investigare, ut ex resultantibus possit verum iudicium fieri, an inquisitus sit in iudicio vocandus vel potius ab omni iudicio sit abstinendum. Quare praecipua inquisitoris virtus est, ut non sinatur duci aliqua praeconcepta idea, praesertim de reitate inquisiti: quae virtus in iudice instructore plerumque maiori periculo est exposita, quam in iudice [...] in iudicio namque criminali probationes facti criminosi eiusque inputabilitatis expenduntur in contradictorio et cum rei allegationibus et defensionibus conferuntur; unde facilius eliduntur praeiudicia quae haud raro animum praeoccupant ex modo quo prima delicti notitia habita est; at iudex instructor seu inquisitor [...] plenum habet arbitrium inquisitionis nullo existente contradictore, et, si praeconceptam habeat ideam de reitate inquisiti, facile inquisitionem peraget ea ratione, quasi ex ipsa resultare debeat illa reitas [...] Atque idem dicatur de praeconcepta idea innocentiae inquisiti, quamvis id ex natura rei minus periculosum sit.

Huc quoque spectat prohibitio can. 1941, § 3 facta, qua inquisitor [...] censetur [...] suspectus, quod ex instructione a se facta ex natura rei debet habere animum determinato

*modo affectum erga causam, qua affectione extante et ex communiter contingentibus vix evitabili, omnino rationabiliter praesumi potest in iudicando propensum fore ad sententiam proferendam iuxta instructionem a se factam*⁶³.

L'osservazione è insidiosa, in quanto potrebbe precludere il valore della clausola *nequit iudicem agere*. Infatti, se l'*investigator* divenuto giudice nella causa penale è *suspectus*, è disponibile il rimedio della *exceptio suspicionis*. Chi esperisce questo rimedio può avvantaggiarsi del prescritto *nequit iudicem agere*, non avendo in tal modo bisogno di dimostrare una determinata *causa suspicionis* nel caso specifico, in quanto sarebbe presunta con *praesumptio iuris* dal canone: l'*investigator* è sempre sospetto quando agisce da giudice nel successivo processo penale.

Se questa teoria fosse vera e corrispondesse al prescritto codiciale, si avrebbe un indubbio indebolimento dello stesso prescritto⁶⁴: l'*exceptio suspicionis* può essere mossa solo da una parte (cf. can. 1449 §1); gli effetti processuali

⁶³ FR.X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum*. VI. *De processibus*, Romae 1949², 700-701, nn. 723-724. Da ultimo cf. W. AYMANS – L. MÜLLER, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici*, IV, Paderborn 2013, 581: «Der Voruntersuchungsführer [...] kann [...] wegen einer möglichen Befangenheit in einem eventuellen späteren Sanktionsprozeß nicht als Richter mitwirken».

⁶⁴ È il ragionamento di J.W.J. Dougherty: «Imo e fine legis in canone 1941, § 3, contentae cum can. 1615 collato certum evadit illud nequit esse mere prohibitivum [...] At [...] de iudice suspicio etsi, attento canone 1615, operam iudicis reddat illicitam, eam tamen minime irritat. Verba enim in canone 1615, “mutari debent” sunt procul dubio mere prohibitiva. Ergo, cum eadem ratio urgeat in can. 1941, § 3 atque 1615, nos e certis (canonis 1615) ad incerta arguentes (canonis 1941, § 3) concludimus canonem 1941, § 3, eodem praecise modo ac canonem 1615, § 1, esse mere prohibitivum». J.W.J. DOUGHERTY, *De inquisitione speciali* (cf. nt. 50), 137.

Il ragionamento, all'apparenza stringente, in realtà non regge sia

della ricsuzione sono piuttosto blandi: «*Recusatione admissa, personae mutari debent, non vero iudicii gradus*» (can. 1450); «*Actus positi a iudice antequam recusetur, validi sunt; qui autem positi sunt post propositam recusationem, rescindi debent, si pars petat intra decem dies ab admissa recusatione*» (can. 1451 §2).

Non ci si deve nascondere che potrebbe darsi che questa teoria sia stata influenzata da una analoga impostazione che si ha in alcuni ordinamenti statuali, nei quali è stabilita la incompatibilità del(le funzioni del) giudice istruttore e del giudice giudicante, lasciando però alla parte la facoltà di farla valere attraverso lo strumento della ricsuzione⁶⁵.

Nell'ambito canonico pare che non sia accettabile questa riduzione della clausola *nequit iudicem agere* alla ricsuabilità del giudice. E ciò per almeno due ragioni⁶⁶. La

per il fatto che, come si vedrà sotto, la (supposta) *eadem ratio* non permette di desumere un'*eadem lex* di due diversi prescritti, sia perché non tiene conto della valenza rescindente della semplice proposizione della ricsuzione, poi ammessa (cf. can. 1451 §2), sia della valenza invalidante della ricsuzione ammessa e negletta: «il can. 1451 sottintende che gli atti posti dal giudice dopo l'ammissione della ricsuzione sono invalidi (cf. can. 1109 § 2 CCEO)». G.P. MONTINI, «Can. 1449-1451», in *Codice di diritto canonico commentato* (cf. nt. 62), 1159.

⁶⁵ Cf., per esempio, per l'ordinamento italiano: «La partecipazione al collegio giudicante del magistrato che ha emesso l'ordinanza di rinvio a giudizio non determina la nullità di cui all'art. 185 n. 1 cpv. c.p.p., in quanto non sussiste difetto di capacità generica del giudice all'esercizio della funzione giurisdizionale, bensì incompatibilità dello stesso, a sensi dell'art. 61 comma 2 c.p.p., sanabile se non sia stata proposta dichiarazione di ricsuzione nei termini e nelle forme prescritte». Cassazione penale, sez. II, 27 aprile 1985.

⁶⁶ Prescindiamo dalla ragione inerente alla tassatività dei motivi di ricsuzione recensiti nel can. 1448 §1, perché la dottrina non è unanime al riguardo. Ulteriori ragioni di perplessità sulla riduzione della clausola *nequit iudicem agere* alla ricsuzione potranno essere dedotti dal seguito della trattazione.

prima consiste nella constatazione che nella normativa positiva non vi è alcun elemento positivo che permetta un nesso così determinato tra la clausola *nequit iudicem agere* e la normativa sulla ricusazione. Quando il Codice ha avvertito, al di fuori della normativa propria sulla ricusazione e del suo *locus materiae*, un caso di incompatibilità o inconvenienza nell'esercizio della funzione giudiziale, lo ha esplicitato: si veda, al riguardo, il can. 1624 (can. 1896 CIC17)⁶⁷. L'altra ragione consiste nel principio secondo il quale una volta individuata la (supposta) *ratio legis* non si è ancora determinata la positiva volontà del legislatore. Si veda, per esempio, in ambito affine, la medesima *ratio legis* all'origine del prescritto sulla ricusabilità del giudice nel caso che nella causa da giudicare tema un danno (can. 1448 §1) e il prescritto che sanziona la nullità della sentenza emessa «*metu gravi coactus*» (can. 1620, 3°).

Si può, pertanto, ritenere che il prescritto del can. 1717 §3, seconda parte non possa essere ridotto ad un caso di ricusazione eccezionale *ad instantiam partis*.

5.4 *In relazione alla diversa normativa dei due Codici sull'investigator*

Si potrebbe ritenere che la clausola *nequit iudicem agere* si debba interpretare tenendo conto della diversa normazione dell'ufficio dell'*investigator* nel Codice previgente e nell'attuale.

All'apparenza la osservazione pare avere qualche fondamento.

Infatti non è da escludere che la clausola *nequit iudicem*

⁶⁷ «De querela nullitatis videt ipse iudex qui sententiam tulit; quod si pars vereatur ne iudex, qui sententia querela nullitatis impugnata tulit, praeoccupatum animum habeat ideoque eum suspectum existimet, exigere potest ut alius iudex in eius locum subrogetur ad normam can. 1450» (can. 1624).

agere sia sorta dall'assoluta preferenza che il Codice previgente aveva per l'affidamento dell'*inquisitio specialis* (l'odierna *investigatio praevia*) ad un giudice, giustificando in tal modo la peculiare urgenza di vietargli poi l'accesso al *munus iudicandi* nella causa penale:

Haec inquisitio, quamvis ab ipso loci Ordinario peragi possit, ex generali tamen regula committenda est alicui ex iudicibus synodalibus, nisi eidem Ordinario ex peculiari ratione alii committenda videatur (can. 1940 CIC17).

Nel Codice vigente nessun accenno sopravvive ad un giudice incaricato dell'*investigatio praevia*: l'Ordinario è previsto che «*caute inquirat, per se vel per aliam idoneam personam*» (can. 1717 §1)⁶⁸. Quanto più l'*investigatio praevia* è affidata ad altri (avvocati, società di investigazione), tanto più il prescritto *nequit iudicem agere* diviene di rara applicazione.

Così si potrebbe evidenziare che, mentre il can. 1946 §1 CIC17 prevede esplicitamente che «*expleta inquisitione, inquisitor, addito suffragio suo, omnia referat ad Ordinarium*», nel Codice vigente nulla si specifica in merito ad un parere dell'*investigator* al termine dell'*investigatio praevia*. È di immediata evidenza che l'*investigator* nel momento di dare all'Ordinario il proprio parere sui risultati dell'*investigatio praevia*, diviene pregiudicato, emettendo un giudizio su un processo non ancora celebrato⁶⁹.

In realtà, però, a ben vedere, la differenza tra i Codici si ri-

⁶⁸ Cf. *Communicationes* 12 (1980) 189.

⁶⁹ Ed è appunto questo che genera in alcuni ordinamenti civili l'incompatibilità, ossia il fatto che il giudice istruttore, rinviando a giudizio e consentendo l'apertura del processo formale, diviene prevenuto. Cf. al riguardo la chiara esposizione dei caratteri differenziali tra istruttoria civile e istruttoria penale in C. LEONE, «Istruzione del processo civile. a) Istruzione della causa», in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano 1973, 143-146.

duce oltremodo: nel Codice vigente, da un lato, non è proibito che l'*investigator*, consegnando gli atti all'Ordinario, esprima, anche *motu proprio*, il suo parere sui risultati dell'*investigatio praevia*⁷⁰, dall'altro lato, il *suffragium* dell'*investigator* rimane *sub secreto* e non vi è ragione cogente alcuna perché venga reso manifesto dall'unico *arbiter* del prosieguo dell'azione penale, che è l'Ordinario (cf. can. 1718). Questi, infatti, non è legato al parere dell'*investigator* e potrebbe dare seguito all'azione penale o astenersene anche contro il *suffragium* dello stesso.

Il sospetto pertanto di parzialità nei confronti dell'*investigator* rimane così del tutto sprovvisto di elementi positivi di riscontro, in quanto si potrebbe verificare che in realtà l'*investigator* si sia pronunciato nei fatti e nel *suffragium* a favore dell'accusato. Anche questo elemento depone per una interpretazione del can. 1717 §3, seconda parte, che abbandoni l'identificazione con la ricusazione, a favore di una sua collocazione tra i motivi di nullità (can. 1620).

5.5 In relazione alla diversa posizione dell'*investigator* e del *iudex instructor*

Si potrebbe ritenere che la clausola *nequit iudicem agere* si debba interpretare alla luce del mero sfavore e del mero silenzio che nel Codice riguarda il rapporto tra *auditor* e *iudex*. In altre parole ci si potrebbe chiedere se sia ragionevole una normativa così rigida (*vis irritans*) circa l'*investigator* che poi assume l'ufficio di giudice nella medesima

⁷⁰ Cf., per esempio, da ultimo W. AYMANS – L. MÜLLER, *Kanonesches Recht* (cf. nt. 63), 582 :«Die Voruntersuchung muß zu einem Ergebnis führen, das dem Ordinarius die Entscheidung über die weitere Vorgehensweise ermöglicht. Daher hat der Voruntersuchungsführer seine Aufgabe stets in Rücksprache mit dem Ordinarius zu erfüllen. Sinnvollerweise wird der Voruntersuchungsführer zu den Akten der Voruntersuchung einen kurzen Bericht hinzufügen, aus dem seine Vorgehensweise und eventuelle Entscheidungen während der Voruntersuchung ebenso hervorgehen wie seine Einschätzung in der Sache».

causa giudiziale penale, se il Codice solo tace o mostra solo un vago sfavore che l'*instructor* o l'*auditor* in una causa giudiziale penale appartenga al collegio giudicante.

Al riguardo sembra inevitabile distinguere chiaramente l'ufficio dell'*investigator*, che ricerca le prove al di fuori di un quadro rigido di tutele processuali⁷¹, rispetto all'*auditor* o *instructor* che raccoglie le prove *ad normam iuris*, di fronte ad un promotore di giustizia al quale compete di sostenere l'accusa portando tutto quanto serve a provare il delitto e l'imputabilità, e di fronte all'Avvocato dell'accusato, che propone tutte le prove contrarie⁷².

Basterebbe al riguardo ricordare la giurisprudenza della Segnatura Apostolica, secondo la quale le irregolarità dell'investigazione previa non influiscono mai sul processo giudiziale penale, opponendovisi il filtro decisivo della decisione dell'Ordinario e dell'introduzione del processo⁷³.

5.6 In relazione all'art. 113 §2 DC

Una qualche luce può venire all'interpretazione del *nequit iudicem agere* anche dal prescritto dell'art. 113 §2 dell'istruzione *Dignitas connubii*:

⁷¹ Cf., per esempio, FR. DANEELS, «L'investigazione previa nel caso di abusi sessuali di minori», in *Iustitia in caritate. Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, Città del Vaticano 2005, 500-502.

⁷² Qualche perplessità suscita l'affermazione secondo la quale «nella fase istruttoria del processo penale i poteri inquisitori del giudice che la dirige sono particolarmente intensi, giacché tocca a lui scoprire i fatti necessari a sostenere il capo di accusa». G. MARAGNOLI, «La funzione e i poteri del giudice istruttore» (cf. nt. 2), 137-138.

⁷³ Cf. SSAT, decreto del Congresso, 14 marzo 2008, in una *Platen.*, prot. n. 37050/05 CA: «Praehabito quod investigatio praevia de qua in can. 1717 uti procedura actui administrativo praeparatoria spectanda est; atque ad rem perspecto quod [...] agnoscendum est investigationem praeviam finem habere cum Ordinarius decernat ea quae in can. 1718, § 1 enumerantur, dum processus poenalis initium sumit per rei citationem seu vocationem; hac de causa investigatio praevia proprie et per se decreto poenali ne praeparatoria quidem dici potest» (p. 3).

*Si eiusmodi officium [i.e. consilium dare de possibilitate et procedendi ratione ad nullitatis matrimonii causam, si et quatenus, introducendam] a tribunalis ministris expleri contingat, in causa sive iudicis sive vinculi defensoris ipsi partem habere nequeunt*⁷⁴.

Questa normativa, sprovvista in sé di forza legislativa e in assenza di una prescrizione legislativa, è stata sinora interpretata come avente forza meramente proibente, con sanzioni disciplinari avverso tutti coloro che si rendano protagonisti della sua trasgressione⁷⁵ e l'esperibilità della ricusazione nei confronti del giudice e del difensore del vincolo⁷⁶. Non ha neppure forza di configurare una fattispecie della nullità di cui al can. 1447⁷⁷, per la nota interpretazione stretta alla quale soggiacciono le leggi irritanti.

⁷⁴ Per alcuni precedenti cf. SSAT, lettera 7 giugno 2001, prot. n. 31496/00 VT: «[N]on placet ut eadem persona primum ante inceptam causam munere consilarii pro parte in causa fungatur et dein tamquam iudex ipsam causam definiat».

⁷⁵ Cf. recentissimamente SSAT, decreto del Congresso, 12 settembre 2014, prot. n. 47998/13 VT.

⁷⁶ Cf., per esempio, D. SALVATORI, «Il rapporto con le parti e i testi (consulenza e interrogatori giudiziali): aspetti normativi, deontologici e disciplinari», *Quaderni di Diritto Ecclesiale* 25 (2012) 456-457; C. GULLO, «I procuratori e gli avvocati. Can. 1481-1490 CIC; art. 101-113 Istr. *Dignitas Connubii*», in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas connubii"*, Città del Vaticano 2007, 302-303.

⁷⁷ Cf. decreto *coram* Huber, 31 maggio 2001, in una *Osnabrugen.-Hamburgen.*, *nullitatis matrimonii, nullitatis sententiae*, in *Decreta selecta inter ea quae anno 2001 prodierunt*, XIX, Città del Vaticano 2013, 95-99. Lüdicke ritiene invece che si sarebbe dovuto menzionare nell'art. 66 DC [= can. 1447] la fattispecie di cui all'art. 113 §2 DC: «Der Artikel [= 66] hätte zur Vollständigkeit noch auf die Unfähigkeit zum Dienst des Richters oder Bandverteidiger von Personen hinweisen müssen, die nach Art. 113 § 1 eine Prozeßpartei vor Einleitung des Verfahrens beraten haben». «*Dignitas connubii*». *Die Eheprozeßordnung der katholischen Kirche. Text und Kommentar*, Essen 2005, 88.

Ben diversa potrebbe essere la configurazione se la prescrizione avesse natura legislativa, come appunto l'analogo prescritto del can. 1717 §3, seconda parte possiede.

6. Delimitazione del prescritto invalidante

6.1 Collocazione sistematica

Non appare avere rilievo pratico la questione, pur dottrinalmente interessante, inerente alla collocazione del prescritto invalidante del can. 1717 §3 seconda parte tra i vizi di nullità insanabile della sentenza per incompetenza assoluta del giudice (can. 1620, 1°)⁷⁸ o fra quelli per carenza di potestà di giudicare nel tribunale dove la causa fu decisa (can. 1620, 2°)⁷⁹.

6.2 Fattispecie

Poiché secondo la giurisprudenza comune l'interpretazione dei motivi di nullità della sentenza giudiziale deve essere stretta, essendo la nullità di un atto cosa odiosa, la forza invalidante del prescritto del can. 1717 §3, seconda parte si avrà solo se:

– concerne chi ha svolto l'investigazione previa: non riguarderà chi sia stato nominato anche con decreto *investigator*, ma di fatto non abbia svolto attività alcuna definibile come *investigatio*, dal momento che il prescritto si riferisce a «*qui investigationem agit*»⁸⁰; riguarderà invece anche chi, pur sprovvisto di nomina ad *investigator*, di fatto abbia

⁷⁸ Cf. decreto *coram* Huber, 31 maggio 2001 (cf. nt. 77).

⁷⁹ Cf. KL. LÜDICKE, «Can. 1447/4», in R. ALTHAUS – KL. LÜDICKE, *Die kirchliche Strafprozess nach dem Codex Iuris Canonici und Nebengesetzen. Normen und Kommentar*, Essen 2011.

⁸⁰ Analoga interpretazione ha nella giurisprudenza il prescritto del can. 1447, che richiede per la nullità che il giudice sia intervenuto e non semplicemente nominato, e poi, per esempio, sostituito prima della decisione.

svolto una investigazione *veri nominis* anche se parziale; – concerne chi abbia svolto poi l'attività di giudice: la sentenza definitiva sarà insanabilmente nulla se l'*investigator* è il giudice che avrà emanato la sentenza, anche come membro di un collegio; se invece il giudice *de quo* non avrà agito o non avrà posto alcun atto ed è stato sostituito poi da un altro che ha emanato la sentenza, non si avrà alcuna conseguenza irritante; se invece il giudice *de quo*, prima di essere sostituito, avrà emanato degli atti, questi saranno nulli e l'influsso sulla sentenza definitiva va valutato a norma del can. 1620, 5°; allo stesso modo andranno valutati gli atti eventualmente posti dal giudice istruttore (can. 1428).

Controversa è invece la questione se il can. 1717 §3, seconda parte, concerne anche l'Ordinario. Gli Autori, indipendentemente dalle proprie posizioni sulla forza irritante del canone in oggetto, si dividono in merito alla sua applicabilità all'Ordinario⁸¹. Si può ritenere con sufficiente certezza al riguardo che la posizione dell'Ordinario quale giudice nato nella diocesi⁸² riduca la forza del prescritto a mero consiglio, per ragioni di opportunità.

⁸¹ Per la non applicabilità: A. BLAT, *Commentarium textus Codicis Iuris Canonici* (cf. nt. 36), 465, n. 489.

Per l'applicabilità: A. VERMEERSCH – J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, III, Mechliniae – Romae 1931⁴.

Per una soluzione pragmatica: ST. WOYWOD, *A Practical Commentary on the Code of Canon Law*, II, New York 1948², 359: «he should delegate a judge to try the case»; W.H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process* (cf. nt. 36), 162: «it seems that the ordinary should not conduct personally the preliminary investigation if he intends to sit as judge».

⁸² Si veda, al riguardo, quanto sostenuto da Michiels sulla scorta di Suárez (cf. *supra*) circa l'interpretazione del *nequit* nel caso di *potestas iudicandi*.

6.3 *Nel processo amministrativo*

A motivo dello stesso principio di stretta interpretazione del can. 1717 §3 seconda parte non si ravvede la possibilità di estenderne la applicazione invalidante al processo amministrativo. Persiste, comunque, lo sfavore del diritto all'affidamento dell'ufficio di Ordinario o suo delegato ai fini del can. 1720 a chi abbia svolto l'*investigatio praevia*.

Conclusione

Al termine del percorso il cumulo di argomenti positivi e sistematici consentono di evitare nel caso il comodo rifugio del can. 14, prima parte: «*Leges, etiam irritantes et inhabilitantes, in dubio iuris non urgent*». Non si tratta, infatti, nel caso di un *dubium iuris*, ma di una certezza morale sul dato normativo processuale.

Sul piano sostanziale la scelta del Legislatore nel can. 1717 §3 seconda parte appare coerente con la natura del diritto penale, non (ancora) degradato a diritto disciplinare, ossia diritto che incide sullo stato della persona e sui suoi diritti (= diritto penale), e non diritto che incide solo sulla sua professione e sul suo lavoro (= diritto disciplinare).

G. PAOLO MONTINI