

FIDES ET JUS IN ECCLESIA

Scritti in onore di Arturo Cattaneo

a cura di

LETIZIA BIANCHI
GABRIELA EISENRING
BENEDICT N. EJEH
ANDREA STABELLINI

© 2023 Edizioni Cantagalli S.r.l. - Siena

Grafica e impaginazione: Carlo Torrini

Stampato da Edizioni Cantagalli nel febbraio 2023

ISBN 979-12-5962-374-4

SOMMARIO

Prefazione	11
-------------------	----

DIRITTO ECCLESIALE TRA STORIA E PARADIGMI

PIER VIRGINIO AIMONE BRAIDA, <i>Brevi osservazioni sul significato del termine diaconessa nella canonistica classica, in particolare nella Summa Omnis qui iuste (Lipsiensis)</i>	15
MARTIN GRICHTING, <i>Alexis de Tocqueville precursore del pensiero del Concilio Vaticano II. La missione dei laici nella società dei liberi ed eguali</i>	25
CHIARA MINELLI, <i>Diritto canonico e letteratura: la figura dantesca di Graziano e la risorsa del suo “sorriso”</i>	51
GERALDINA BONI, <i>Esperimenti di “sinodalità” nella funzione normativa della Chiesa: l’iniziativa della scienza canonistica</i>	67
LUCA CAVEADA, <i>La centralità del concetto di communio nel diritto canonico</i>	87
LIBERO GEROSA, <i>L’ordine sistematico delle leggi canoniche: fondamenti e funzione</i>	101
SABINE KONRAD, <i>Globales Kirchenrecht. Zur Bedeutung internationaler Perspektiven in Forschung und Lehre</i>	115
BRUNO FABIO PIGHIN, <i>Il motu proprio Magnum Principium di Francesco nell’ottica della sinodalità</i>	133

DIRITTO ECCLESIALE NELLA COSTRUZIONE DELLA SOCIETÀ

BURKHARD J. BERKMANN, <i>Diritti religiosi in una società pluralista e secolare</i>	149
HANNS ENGELHARDT, <i>Zwischenkirchliche Tatbestände im anglikanischen Kirchenrecht</i>	167

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ, <i>Diritto secolare e diritto ecclesiale: analogia o univocità?</i>	193
--	-----

DIRITTO ECCLESIALE ALLA PROVA DEL GOVERNO

LETIZIA BIANCHI, <i>Fondazioni canoniche ed ecclesiastiche nel territorio del Cantone Ticino</i>	209
COSTANTINO-M. FABRIS, <i>La corresponsabilità dei fedeli laici nel governo della Chiesa</i>	219
CALOGERA LILIANA GAGLIANO, <i>Probante Sede Apostolica: aspetti potestativi del sistema giudiziario con particolare riferimento ai tribunali ecclesiastici italiani</i>	239
GIACOMO INCITTI, <i>La sinodalità: occasione di verifica e di rilancio degli organismi di corresponsabilità</i>	255
LORENZO LORUSSO, <i>Amministratore della Sede vacante nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali</i>	277
JESÚS MIÑAMBRES, <i>Giustizia e prudenza nell'amministrazione dei beni temporali della Chiesa "non ecclesiastici"</i>	301
KRYSTIAN NOWICKI, <i>Consiglio presbiterale e consiglio pastorale diocesano nell'aggiornamento conciliare a Cracovia di Karol Wojtyła</i>	317
ANTONIO VIANA, <i>Consecuencias de la provisión de oficios eclesiásticos en favor de fieles laicos</i>	327
STEFAN MÜCKL, <i>Il principio della sussidiarietà nell'organizzazione ecclesiastica</i>	339

DIRITTO ECCLESIALE PER LA FAMIGLIA

BENEDICT N. EJEH, <i>Tra preparazione al sacramento del matrimonio e l'errore che determina il consenso</i>	357
GABRIELA EISENRING, <i>Riflessioni sulla legge matrimoniale e sul documento di contratto nel libro di Tobia</i>	373
GIAN PAOLO MONTINI, <i>Astensione e ricasazione del Vescovo giudice. Alcune questioni sul can. 1449, § 3</i>	385

WILHELM REES, <i>Das kurze Eheannullierungsverfahren vor dem Bischof – Hilfreich oder abzuraten?</i>	413
LUIGI SABBARESE, <i>È valido il matrimonio sacramentale dei battezzati non credenti?</i>	431
ARND UHLE, <i>Sulla progressiva scomparsa dei caratteri comuni tra diritto matrimoniale canonico e statale in Germania. Tendenze e sviluppi attuali</i>	453

DIRITTO ECCLESIALE PER LA MISSIONE E L'ANNUNCIO

RINO FISICHELLA, <i>Il “primo” annuncio per quanti sono in cerca di Dio</i>	483
ANDREAS KOWATSCH, <i>Die Ekklesiologie in der Sprache des Rechts. Das gesetzgeberische Erbe Papst Johannes Pauls II. als unabgeschlossener Auftrag</i>	499
ADRIAN LORETAN – MARTINA TOLLKÜHN, <i>Nichtchristen in den kirchlichen Rechtsordnungen. Eine kritische Konzilsrezeption</i>	521
MASSIMO DEL POZZO, <i>Il recupero del concetto di ordo come garanzia della disciplina del clero</i>	545
MAURO PIACENZA, <i>Il Diritto Canonico al servizio della suprema lex</i>	563
ANDREA STABELLINI, <i>La parola relativa. Funzione della Parola di Dio nella pratica ecclesiale dell'omelia</i>	573

BIOGRAFIA E BIBLIOGRAFIA DI ARTURO CATTANEO

<i>Cenni biografici di Arturo Cattaneo</i>	589
<i>Pubblicazioni di Arturo Cattaneo</i>	591
Breve nota biografica degli autori	611
Tabula gratulatoria	617

ASTENSIONE E RICUSAZIONE
DEL VESCOVO GIUDICE
Alcune questioni sul can. 1449, § 3

GIAN PAOLO MONTINI

«Ma ... questo nella vita non si trova»

1. Premessa

Durante la preparazione di una relazione sul Vescovo giudice-nato nell'ambito canonico penale, tra le argomentazioni destinate a circoscrivere quel concetto non si è potuto evitare di affrontare l'istituto dell'astensione dal giudizio e ricusazione del giudice, applicato appunto al Vescovo. Con la conseguenza che presto è stato chiaro che questa tematica non poteva essere un semplice passaggio né un capitolo di quella ricerca. Da qui nasce il presente contributo, esclusivamente dedicato al prescritto del can. 1449, § 3:

«Si Episcopus sit iudex et contra eum recusatio opponatur, ipse absteineat a iudicando».

La questione merita anzitutto di essere valutata nel suo aspetto pratico, verificando che non si tratti di una mera questione teorica; si esporranno quindi le interpretazioni dei commentatori sul prescritto vigente; si proporrà, infine, una interpretazione che si ritiene corrisponda alla *voluntas Legislatoris* con il corredo delle ragioni che la sostengono.

Le nozioni generali sia sostantive sia processuali sull'astensione e ricusazione non possono che essere qui presupposte; si accennerà ad esse solo quando necessario allo svolgimento del tema specifico.

2. L'incidenza concreta della questione nel diritto processuale

La prima obiezione da superare è quindi quella posta in *exergo* a questo contributo: «Ma ... questo nella vita non si trova». Non è un'obiezione scientifica, ma per una scienza pratica come il diritto ha una sua forza: si tratterebbe – ecco l'obiezione – di una questione che non avrebbe mai

applicazione; sarebbe un'esercitazione scolastica. Gli argomenti capaci di rispondere a questa obiezione sono vari.

2.1. *La storia*

L'astensione e la ricusazione del Vescovo quale giudice è ampiamente trattata nella storia della normativa canonica¹: è una tematica presente.

Si ricollegava fin dall'inizio ad una analoga problematica conosciuta nel diritto romano, ossia la ricusazione del giudice *ordinario*, che si distingueva chiaramente dalla ricusazione del giudice delegato o di altri giudici speciali. La soluzione che il diritto romano prediligeva a fronte della ricusazione del giudice ordinario era l'associazione al giudice ricusato di un altro giudice, che poteva essere il Vescovo della città oppure un «*probus vir*». In tal modo si rispettava la dignità del giudice ordinario e si assicurava nel contempo un giudizio esente da sospetti di parzialità e favoritismi. Il giudice delegato, invece, se ricusato, era sostituito.

Anche nell'ambito canonico fu sempre presente la distinzione fra giudice delegato, la cui ricusazione aveva effetti più gravi, e giudice ordinario, la cui ricusazione teneva conto della sua dignità e godeva di una normativa peculiare.

Si possono citare al riguardo solo alcuni testi normativi, sufficienti comunque a rendere l'idea della presenza della questione e dei parametri con i quali essa era affrontata.

Direttamente la questione della ricusazione del Vescovo è affrontata dal papa Gregorio Magno in alcune lettere, recepite poi nelle Decretali. Nell'agosto del 601 papa Gregorio Magno scrive a Bonifacio, suo *defensor* (cioè suo procuratore) in Corsica, insistendo sul rispetto della giurisdizione dei Vescovi e aggiunge:

«Si quis contra clericum causam habuerit, episcopum ipsius adeat, qui si ut suspectus fuerit recusatus, exsecutor ab eo deputetur, aut, si et hoc actor refugerit, ab eodem episcopo est deputandus, qui partes sibi mutuo consensu iudices

¹ Cfr. sul tema L. FOWLER, *Recusatio iudicis in civilian an canonist thought*, in *Studia gratiana* 15 (1972) 717-785; I. PÉREZ HEREDIA Y VALLE, *Die Befangenheit des Richters im kanonischen Recht. Die Entwicklung der Einrede der Befangenheit und der Amtsenthaltung des Richters vom Dekretalrecht bis zum Codex Iuris Canonici*, St. Ottilien 1977; A. ALEMÁN MONTERREAL, *La recusatio iudicis suspecti en derecho romano y sus vaivenes históricos*, in *Vergentis* 1 (2015) 173-200.

compellat eligere, a quibus quicquid fuerit definitum ipsius sollicitudine servata lege modis omnibus compleatur»².

A Fortunato, vescovo di Napoli, nel settembre del 595 aveva scritto al riguardo:

«Sed si quis contra huiusmodi personas cuiuslibet negotii movere valuerit quaestionem, fraternitatem tuam noverit adeundam. Aut si forte, ut assolet, aliqua illis quolibet modo fuerit nata suspicio et electorum desideraverint fortasse iudicium, sub tua exsecutione eligendi fas habeant cognitores, quatenus hoc modo nec tu amisisse iurisdictionem nec actor apud suspectum litigando videatur praeiudicium sustinere»³.

Nel caso di ricasazione del Vescovo il rimedio proposto era quello di ricorrere a un delegato o agli arbitri, che giudicavano la causa al posto del Vescovo: gli arbitri erano scelti dalle parti sotto la vigilanza del Vescovo stesso, che poteva obbligare le parti ad accordarsi sulla scelta degli arbitri. In tal modo, concludeva papa Gregorio, il Vescovo non perderà la sua giurisdizione (sotto la sua azione saranno scelti gli arbitri) e la parte non avrà pregiudizio in un processo di fronte ad un giudice sospetto.

La normativa nel Decreto di Graziano e nelle decretali è però molto più varia e si prevedono anche altre soluzioni al caso di ricasazione del Vescovo quale giudice.

Graziano, per esempio, riporta elementi della prassi conciliare antica che prevedeva il ricorso ai Vescovi vicini nel caso di ricasazione o sospetto verso il proprio Vescovo⁴, come pure riporta la possibilità di provocare alla Sede Apostolica a fronte del metropolita sospetto⁵.

Alessandro III (1159-1181) all'Arcivescovo di Canterbury scrive che in caso di ricasazione del Vescovo si dovrà ricorrere al giudice di appello («ad

² *Comp.* I 2, 2, 5 poi in X, 2, 2, 4. Il testo originale in GREGORIO MAGNO, *Lettere*, V/4, a cura di V. Recchia, Roma 1999, XI, 58, 165 è stato leggermente adattato per essere accolto fra le decretali. Un testo analogo di Gregorio Magno a Romano, suo procuratore in Sicilia, fu accolto nel Decreto di Graziano (c. XI, q. 1, c. 39), *ibid.*, XI, 24, 68.

³ *Ibid.*, II, Roma 1996, VI, 11, 290, 292.

⁴ Cfr. *Decreto di Graziano*, c. 3, q. 5, c. 15 (Lettera del papa Nicola I all'imperatore Michele, anno 865) preceduto e spiegato dal *dictum* («[...] cum Athanasius suae cathedrae reddi praecipitur, quia de inimicitia sui *patriarchae* conquestus est, patet, quod etsi manifesta sunt crimina alicuius, non tamen accusatione inimici condemnandus est»; corsivo nostro) e dall'*inscriptio*: «Qui inimici sunt, iudices esse non possunt»; c. 2, q. 6, c. 35 ossia can. 22 del Concilium Milevitanum (anno 402), illustrato dalla *inscriptio*: «Qui de Episcoporum iudicio queruntur, a vicinis Episcopis audiantur, vel ab aliis ex consensu eorum adhibitis».

⁵ Riferimenti in PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Die Befangenheit*, 53-55.

iudicem superiorem»)⁶, indicando in tal modo una soluzione che diventerà poi classica, ossia l'appello al tribunale superiore, tanto che un canonista famoso come Tancredi (inizio sec. XIII) potrà commentare: «Appellatio et recusatio pari passu ambulent»⁷.

Nel caso poi della ricsuzione di un giudice ordinario (come lo è il Vescovo) i canonisti richiedono che sia addotto un motivo nella istanza di ricsuzione e se ne dia anche prova⁸.

Innocenzo III con la decretale, significativa già nel suo *incipit* («Ut debitus honor»)⁹, rende più difficile la ricsuzione di un giudice ordinario, proprio in ragione della sua dignità.

Da questa rapida rassegna, sufficiente al nostro scopo, due sono le conclusioni che si possono trarre con sufficiente sicurezza: il Vescovo non è ritenuto esente dall'eccezione di sospetto; questa eccezione però nel caso del Vescovo deve essere trattata nel rispetto della dignità del Vescovo stesso, quale giudice ordinario.

2.2. La normativa processuale vigente

La normativa processuale vigente incoraggia, seppure per motivi fra loro opposti, alla trattazione dell'astensione e ricsuzione del Vescovo giudice. Ciò dipende in primo luogo dall'enfasi che oggi nella mentalità comune assume l'esigenza e la richiesta di un giudizio che sia anzitutto giusto, ossia un giudizio nel quale sia tutelata effettivamente la imparzialità del giudice; in secondo luogo dall'enfasi con la quale il concilio Vaticano II, la dottrina e anche la disciplina ecclesiastica postconciliare hanno descritto il *munus episcopale* nella Chiesa particolare e universale; infine, dallo sdoganamento dell'attività giudiziaria direttamente e personalmente esercitata del Vescovo diocesano, soprattutto in ambito matrimoniale.

⁶ «Quia vero inimicitia vel contrarietate aliquis parochianus a iudicio dioecesiani Episcopi eximatur: quia nos consulere voluisti, discretioni tuae duximus respondendum, quod non solum pro inimicitia, sed etiam pro manifesta causa suspicionis potest sui Episcopi iudicium evitare, et ad iudicem superiorem recurrere, cum nullus a suspecto iudice debeat iudicari» (*Comp.* I 2, 1, 3). In un'altra decretale lo stesso Alessandro III ritorna alla prassi proposta da Gregorio Magno, ossia della scelta comune di un giudice: «Aut, si alterutra partium te suspectum habuerit, te insistente iudicem eligant, qui propositam inter eos valeat dirimere quaestionem» (*Comp.* I 2, 20, 43, poi in X, 2, 28, 27).

⁷ Citato in L. FOWLER, «*Recusatio iudicis*», cit., p. 742. Qui si tratta dell'*appellatio ante sententiam*, ammessa dal diritto canonico.

⁸ Cfr. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Die Befangenheit*, 117-152.

⁹ Cfr. X, 2, 28, 59. Spiega bene l'*inscriptio*: «Appellatio ante sententiam tenetur exprimere causam rationabilem coram ipso iudice a quo».

2.2.1. Il *processus brevior* della recente riforma processuale matrimoniale

Il principio del Vescovo giudice appartiene ai criteri fondamentali che hanno diretto la riforma del diritto processuale nel *motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, ma all'interno della riforma è nel *processus brevior*, processo giudiziale a tutti gli effetti, che il Vescovo è chiamato ad esercitare personalmente la funzione di giudice, e di giudice unico¹⁰.

È logico, pertanto, che in occasione della trattazione del *processus brevior* venisse sollevata la questione dell'astensione e della ricsuzione del Vescovo.

Non sono mancate voci che, in ragione della struttura del *processus brevior*¹¹, e in particolare dell'accordo dei coniugi quale presupposto per la celebrazione di questa speciale forma di processo giudiziale, hanno escluso che la problematica dell'astensione e della ricsuzione potesse aver luogo: come potrebbero i coniugi, dopo aver di comune accordo deciso di rivolgere al Vescovo il libello per la nullità del matrimonio da verificare in un *processus brevior* perché la stessa nullità sarebbe evidente, ricsuare il Vescovo?

In questa domanda sono stati dimenticati almeno tre aspetti.

Il *primo* attiene all'astensione. Non si deve infatti dimenticare che i motivi di ricsuzione sono prima di tutto motivi di astensione nel momento in cui il giudice (nel caso, il Vescovo) ritenga di trovarsi in una delle situazioni di cui al can. 1448, § 1 e quindi sia tenuto ad astenersi dall'ufficio di giudice. Prima, molto prima che qualcuno eccepisca, e anche ammesso che nessuno sia (posto) in grado (di diritto o di fatto) di eccepire il sospetto di parzialità, il giudice, nel caso il Vescovo, deve astenersi nel momento in cui egli stesso si ritenga in una condizione oggettiva di sospetto¹².

Il *secondo* attiene alla dinamica processuale nelle cui maglie la ricsuzione del Vescovo può naturalmente inserirsi: «Aunque siempre la propia

¹⁰ «III. *Ipsa Episcopus iudex*. Ut sane Concilii Vaticani II in quodam magni ponderis ambito documentum ad effectum tandem ducatur, decretum est palam proferri ipsum Episcopum in sua Ecclesia, cuius pastor et caput constituitur, eo ipso esse inter christifideles sibi commissos iudicem. Exoptatur ergo ut in magnis sicut in parvis dioecibus ipse Episcopus signum offerat *conversionis* ecclesiasticarum structurarum, neque munus iudicarium in re matrimoniali curiae officiis prorsus delegatum relinquat. Idque speciatim valeat in processu breviori, qui ad dirimendos casus manifestioris nullitatis stabilitur» (FRANCISCUS, Litterae apostolicae motu proprio datae *Mitis Iudex Dominus Iesus*, 15 agosto 2015, in AAS 107 [2015] 959-960).

¹¹ Cfr. *infra*.

¹² «Non si può obiettare che comunque nel processo breve le parti sono d'accordo sulla causa e quindi non ci sarebbe pregiudizio verso uno o l'altro, perché l'oggetto della causa non è un diritto delle parti, ma la verità del Sacramento» (R. GOTTERO, *Il Vescovo, giudice nel processo "brevior"*, in https://www.tribunaleecclesiasticopiementese.it/uploads/public/135_il-processo-brevior-don-gottero-2-aprile-2016.pdf, 7).

realidad supera las previsiones»¹³. Bastino al riguardo alcuni esempi di facile e non rara evenienza. Si pensi, per esempio, ad un libello per un *processus brevior* presentato a norma dell'art. 19 *Ratio procedendi* [= RP]¹⁴ al tribunale interdiocesano: dopo la sua ammissione si porrà il problema per il Vicario giudiziale di individuare il Vescovo competente a giudicare quella causa e non raramente si troverà di fronte a più Vescovi competenti in ragione del can. 1672. Egli dovrà indirizzare il libello ad un Vescovo competente¹⁵ e i coniugi potrebbero trovarsi di fronte ad un giudice che non si sarebbero aspettati¹⁶ e che, a loro giudizio, si trova in una situazione di sospetto. Si pensi pure al caso di un Vescovo determinato, che i coniugi hanno, in ragione della competenza, individuato nel libello: a motivo di un trasferimento o di una rinuncia i coniugi potrebbero trovarsi come giudice un Vescovo che non si aspettano (il successore, il coadiutore, l'amministratore apostolico, l'amministratore diocesano), che potrebbero i coniugi o uno di loro ritenere sospetto.

Il terzo aspetto è il più negletto e, nello stesso tempo, il più fondato: la facoltà del difensore del vincolo di ruscare il giudice¹⁷. La posizione del difensore del vincolo è singolare: può essere ruscato (cfr. cann. 1448, § 2; 1449, § 4), ma è l'unico tra i ruscabili che può a sua volta ruscare. È, infatti, ministro del tribunale e, in quanto tale, deve astenersi nei casi di cui al can. 1448, § 1 e può essere ruscato nei medesimi casi. Ma egli è, contemporaneamente e indefettibilmente, parte nel processo e quindi può sollevare l'eccezione di sospetto verso il giudice. La dottrina è concorde¹⁸ e anche

¹³ C. M. MORÁN BUSTOS, *El proceso "brevior" ante el Obispo diocesano*, in *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, a cura dell'Asociación Española de Canonistas, Madrid 2016, 154, nota 48.

¹⁴ Cfr. *Ratio procedendi in causis ad matrimonii nullitatem declarandam*, in AAS 107 (2015) 970.

¹⁵ Cfr. G. P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. I/2*, Pars statica addenda post Litteras Apostolicas motu proprio datas *Mitis Iudex Dominus Iesus*, Ad usum Auditorum, Romae 2017, 84-86.

¹⁶ Il Vescovo, dai coniugi eventualmente scelto, si è astenuto o ha rinunciato.

¹⁷ Conforme MORÁN BUSTOS, *El proceso "brevior" ante el Obispo diocesano*, 154, nota 48. Tralasciamo qui il promotore di giustizia il quale, quando interviene nella causa, gode della stessa facoltà.

¹⁸ Lo affermano esplicitamente M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, III, Taurini 1933, 54; J. WEIER, *Die Einrede der Befangenheit im kanonischen Prozessrecht*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 123 (1944-1948) 44; R. NAZ, *Suspicion*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, VII, Paris 1965, 1126; N. SCHÖCH, *Die Befangenheitseinrede gegen eine Gerichtsperson unter Berücksichtigung der Instruktion "Dignitas connubii"*, in *De Processibus Matrimonialibus* 14 (2007) 98; ID., *La disciplina da osservarsi nei tribunali (artt. 65-91)*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas connubii". Parte seconda: la parte statica del processo*, a cura di C. Gullo - P. A. Bonnet, Città del Vaticano 2007, 214; R. E.

la giurisprudenza¹⁹. Da ciò nasce, evidentemente, nel *processus brevior* la sua vocazione alla ricsuzione ogni volta che ritenga che il Vescovo si trovi in una delle situazioni descritte nel can. 1448, § 1, e, contemporaneamente, che tale situazione lo renda sospetto di inclinare per una dichiarazione affermativa della nullità del matrimonio *de quo*²⁰.

2.2.2. Il processo penale giudiziale

La ricsuabilità del Vescovo giudice nel processo penale giudiziale è rafforzata autorevolmente dalla previsione del prescritto del can. 1717, § 3, che statuisce l'incompatibilità tra l'*investigator* della *investigatio poenalis praevia* e il giudice nel processo penale giudiziale²¹.

Anche a prescindere dalla applicabilità del prescritto al Vescovo eventualmente prima *investigator* e poi giudice, è chiaro che quel prescritto si pone come specie nel genere della ricsuzione: è proprio il sospetto di parzialità che sorge dall'aver condotto o partecipato alla investigazione penale

JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice: Judicial Abstention and Recusal in Canonical Perspective*, in *Periodica de re canonica* 93 (2004) 429; 432; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *La competencia de los órganos jurisdiccionales*, in C. DE DIEGO-LORA – R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones de derecho procesal canónico. Parte general*, Pamplona 2003, 326; F. RAMOS – D. MORRAL CORVAJAL, *Diritto processuale canonico*, I, Roma 2013³, 369; MORÁN BUSTOS, *El proceso "brevior" ante el Obispo diocesano*, 154, nota 48. Propongono che il difensore del vincolo non usi generalmente di questa facoltà M. Conte a Coronata (seguito da R. Naz), potendo intervenire direttamente presso l'Ordinario. È contraddetto da WEIER, *Die Einrede der Befangenheit*, 44, che proprio nella proposta alternativa extragiudiziale vede il venir meno dell'obiettività alla quale tende l'istituto della ricsuzione. È da ritenere superata la mia posizione inizialmente dubitativa: «Pare che *pars* [1449, § 1] non comprenda il difensore del vincolo (cfr. can. 1451 §1)»; essa si fondava sulla distinzione nel can. 1451, § 1 tra *partibus* e *vinculi defensore*, ma si tratta qui evidentemente di un'*inconcinnitas* (cfr. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus*, 145-146). Non manca chi rileva la natura peculiare di questa facoltà del difensore del vincolo: cfr. P. HALLEIN, *Le défenseur de lien dans les causes de nullité de mariage. Étude synoptique entre le code et l'Instruction «Dignitas connubii», fondée sur les travaux des commissions préparatoires de l'Instruction*, Roma 2009, 311 («fruit d'une interpretation large»).

¹⁹ Cfr., per esempio, SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL [= SSAT], decretum, 20 ottobre 2003, prot. n. 34453/03 CG, dove viene rigettata per mancanza di motivi una ricsuzione proposta dal difensore del vincolo avverso un Uditore rotale.

²⁰ Anche nel caso della ricsuzione, l'azione del difensore del vincolo è delimitata dal suo ufficio esclusivo «proponendi et exponendi omnia quae rationabiliter adduci possint adversus nullitatem» (can. 1432).

²¹ Cfr. G. P. MONTINI, *Il soggetto che conduce l'indagine previa e il giudice del collegio nel processo penale: la valenza del can. 1717 §3, seconda parte*, in *Periodica de re canonica* 103 (2004) 629-662; I. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Inquisidor y juez: una incompatibilidad en derecho procesal canónico*, in *Anales Valentinus* 1 (1975) 259-276.

previa per poi prendere parte o intervenire nel processo come giudice *super partes*. Le fattispecie che non si possono ricondurre al prescritto del can. 1717, § 3 (che è di stretta interpretazione) sono risolvibili in fase processuale attraverso l'astensione e la ricusazione del Vescovo giudice.

Tutto questo detto a rafforzamento della ricusabilità, mentre la stessa rimane pacifica nella normativa generale applicabile ai processi penali giudiziali.

Si prenda, per esempio, la relazione gerarchica tra Vescovo diocesano e sacerdote incardinato, che, almeno in peculiari manifestazioni di quella relazione o in peculiari fattispecie criminali connesse con la medesima relazione²², potrebbe far sorgere il dovere della astensione da parte del Vescovo e, in sua assenza, il diritto alla ricusazione da parte dell'imputato o del promotore di giustizia.

2.2.3. Il processo contenzioso ordinario

L'applicazione dell'astensione e della ricusazione del Vescovo giudice nel giudizio contenzioso ordinario appare più chiara, anche solo dal *locus materiae*, essendo i cann. 1448-1451 posti proprio nella parte *De iudiciis in genere*.

Ma anche in questo caso piace indicare un prescritto che segnala la reale praticabilità della stessa astensione e ricusazione del Vescovo giudice. Si tratta del can. 1419, § 2: in questo prescritto il Legislatore ha sottratto alla giurisdizione del tribunale e del Vescovo diocesano (incompetenza assoluta) e affidato alla giurisdizione del tribunale di appello (e, *si et quatenus*, del Vescovo diocesano del tribunale di appello) le cause nelle quali «agitur de iuribus aut bonis temporalibus personae iuridicae ab Episcopo repraesentatae»:

«Anche per il vescovo vale il principio “Nemo iudex in causa sua”. Pertanto, nel caso in cui debba intervenire in un giudizio (sia come attore sia come convenuto) in qualità di rappresentante giuridico di una pers. giur. (per es. la diocesi), il giudizio si svolgerà fin dall'inizio presso il tribunale di appello, normalmente presso il tribunale del metropolita»²³.

²² Cfr., per esempio, *una Londonen., Diffamationis et poenarum, coram Sincero*, 15 giugno 1920, in *SRRDec.* XII, 140-152 oppure in *AAS* 13 (1921) 79-88; *Suboticana, Criminalis, coram Faltin*, 10 novembre 1987, in *SRRDec.* LXXIX, 774-784.

²³ G. P. MONTINI, *Can. 1419*, in *Codice di diritto canonico commentato*, a cura della Redazione di Quaderni di diritto ecclesiale, Milano 2019⁵, 1158.

Il prescritto del can. 1419, § 2 è *in genere recusationis*, perché il principio «Nemo iudex in causa sua» è precisamente la base di diritto naturale che sorregge la normativa dell'astensione e della ricusazione²⁴.

3. Le principali interpretazioni dei commentatori

La ricusabilità del Vescovo giudice nel diritto vigente è inoppugnabile non foss'altro per la lettera del can. 1449, § 3, che regola, appunto, il caso in cui «contra eum [= Episcopum] recusatio opponatur».

3.1. L'astensione dal giudizio del Vescovo giudice

Dal prescritto del can. 1449, § 3 si deduce che il Vescovo giudice soggiace anche alla normativa sull'astensione dal giudizio contenuta nel can. 1448, § 1. Se e per quanto il Vescovo non ritenga verificarsi una causa di astensione e perciò ritenga di non astenersi dal giudizio, può una parte opporre l'eccezione di sospetto, ossia la ricusazione: donde il prescritto del can. 1449, § 3.

3.2. La normativa speciale sul Vescovo giudice ricusabile

Il Vescovo ricusabile secondo la normativa speciale è il Vescovo che «sit iudex» (can. 1449, § 3).

Si esclude, pertanto, che sia ricusabile il Vescovo moderatore del tribunale²⁵, sia diocesano sia interdiocesano.

Non cade sotto la normativa speciale del can. 1449, § 3 un giudice (anche un membro del collegio giudicante) che sia insignito della dignità di Vescovo, senza essere però il Vescovo diocesano che presiede al tribunale, diocesano o interdiocesano.

Non pare, invece, ci siano ragioni per escludere dalla normativa speciale il Vescovo diocesano che presiede al tribunale, qualora funga da giudice in un collegio del medesimo tribunale, sia come presidente sia come membro,

²⁴ Cfr. WEIER, *Die Einrede der Befangenheit*, 29-30. Interessante annotare che il can. 1572, § 2 CIC 17, corrispondente del vigente can. 1419, § 2, riecheggiava terminologicamente nella sua normativa proprio la dinamica della ricusazione: «[...] controversia dirimenda deferatur vel, Episcopo consentiente, ad dioecesanum tribunal collegiale, quod constat officiali et duobus iudicibus synodalibus antiquioribus, vel ad iudicem immediate superiorem».

²⁵ Cfr., per esempio, K. LÜDICKE, *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici* (Loseblattwerk, Stand März 1988), Essen 1984, 1449, 4.

oppure funga da giudice istruttore o giudice rogato²⁶. La *ratio*, infatti, della normativa processuale speciale pare consistere nel fatto che il giudice ricusato (nel caso il Vescovo) è lo stesso presidente del tribunale e quindi non ha chi possa giudicare della eccezione di sospetto.

3.3. *La procedura della ricusazione del Vescovo giudice: l'astensione come termine ultimo*

La prima interpretazione del can. 1449, § 3 si affida esclusivamente alla lettera del canone e conclude che, opposta da una parte contro il Vescovo la ricusazione, *per il solo fatto che è stata opposta una ricusazione*, il Vescovo deve astenersi. Non c'è altro seguito.

In questa linea si pronuncia Lüdicke:

«Se è ricusato il Vescovo, nel caso che egli stesso voglia giudicare, non deve condurre egli stesso il processo e decidere, ma – la legge non dice esplicitamente nulla al riguardo – deve lasciare il processo al tribunale diocesano. [...] Non viene presa alcuna decisione sull'ammissibilità della richiesta di rifiuto. Il vescovo dovrebbe giudicare solo se non è sospettato, quindi dovrebbe ritirarsi ogni qualvolta vi siano dubbi sulla correttezza della sua attività giudiziaria»²⁷.

Seguono questa linea interpretativa anche Gonçalves²⁸, Jenkins²⁹,

²⁶ Sempre che non vi sia incompatibilità tra l'ufficio di moderatore e l'ufficio di giudice.

²⁷ «Wird der Bischof, falls er selbst Recht sprechen will, abgelehnt, solle er den Prozeß nicht selbst führen und entscheiden, sondern – das Gesetz sagt darüber nichts Ausdrückliches – das Verfahren dem Diözesangericht überlassen. Über die Berechtigung des Ablehnungsantrages wird gar nicht entschieden. Der Bischof soll nur selbst urteilen, wenn er keinem Verdacht unterliegt; darum soll er sich bei jedem geltend gemachten Zweifel an der Korrektheit seiner richterlichen Tätigkeit selbst zurückziehen» (LÜDICKE, *Münsterischer Kommentar*, 1449, 4; cfr. pure ID., «*Dignitas connubii*». *Die Eheprozeßordnung der katholischen Kirche. Text und Kommentar*, Essen 2015, 91).

²⁸ «La loi lui demande donc de s'abstenir de juger, quels que soient les motifs apportés à l'appui de cette récusation. On ne lui demande pas de traiter lui-même de la récusation qui lui est opposée, ce qui lui donnerait la possibilité de la repousser s'il en jugeait les motifs insuffisants, mais tout bonnement de s'abstenir de juger» (B. GONÇALVES, *Pertinence de l'exercice de la fonction judiciaire de l'évêque diocésain dans le procès pénal canonique*, in *Transversalités* 152 [2020] 47-48).

²⁹ «In the rare instance that the diocesan bishop is the judge against whom bias is alleged, he must simply refrain from judging the case» (JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice*, 430; cfr. pure *ibid.*, 400, nota 28; 432); cfr. pure K. LÜDICKE – R. E. JENKINS, «*Dignitas connubii*»: *Norms and Commentary*, Washington 2006, 133.

Mingardi³⁰, Müller³¹ e Papale³². La logica che sembra presiedere a questa interpretazione del canone pare rifarsi al principio *noblesse oblige*, ossia la volontà di mettere in gioco l'autorità e la dignità del Vescovo in un giudizio impone che non vi sia alcuna ombra di sospetto o pregiudizio contro di esse, per quanto ingiustificato o infondato. Tutta la normativa inerente alla ricasazione si fonda sull'esigenza che la giustizia non solo deve essere imparziale, ma deve anche apparire imparziale. Nel caso del Vescovo giudice questo principio è ulteriormente accentuato, così che la sola esistenza e manifestazione di un qualsiasi sospetto incrinerebbe la solennità del giudizio dato dal Vescovo, che deve avere un'affidabilità superiore a quella dei rimanenti giudici³³.

Senza però dimenticare che un giudizio dato in persistenza di un sospetto è destinato a compromettere la stessa figura del Vescovo in tutta l'estensione del suo ministero episcopale³⁴.

3.4. La procedura della ricasazione del Vescovo giudice: il giudizio di ricasazione

Una seconda linea interpretativa ritiene che l'astensione del Vescovo imposta dal can. 1449, § 3 non sia l'ultima parola nella ricasazione; si dividono poi i commentatori nell'individuare quale sia il prosieguo.

Vi sono commentatori che prevedono un prosieguo automatico avverso o in merito alla ricasazione opposta al Vescovo: «Se fosse il vescovo stesso ad essere ricasato si deve astenere (è un precetto: *abstineat*, c. 1449 §3),

³⁰ «[...] questa [= ricasazione del Vescovo] non viene sottoposta alla valutazione di qualche autorità ma, più radicalmente, il Vescovo deve astenersi dal giudicare» (M. MINGARDI, *Il ruolo del vicario giudiziale*, in *Ius et matrimonium III. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma 2020, 447).

³¹ «In diesem Fall [= can. 1449, § 3] liegt es nahe, die Angelegenheit dem Gericht zu übertragen, um den Eindruck einer persönlichen Einflußnahme seitens des Bischofs zu vermeiden» (W. AYMANS – L. MÜLLER, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici*, IV, Paderborn-München-Wien-Zürich 2013, 348).

³² «[...] regola particolare, poiché la presentazione della domanda di ricasazione non introduce, come avviene ordinariamente, una causa incidentale, ma fa sorgere solamente un dovere “automatico” di astenersi in capo al Vescovo» (C. PAPALE, *I processi. Commento ai canoni 1400-1670 CIC*, Città del Vaticano 2017, 93).

³³ «Ce dispositif [*i.e.* can. 1449, § 3] s'explique par la volonté de garantir non seulement l'impartialité objective, *i.e.* le fait que le juge soit effectivement impartial, mais encore l'impartialité subjective, *i.e.* le fait que le juge doit aussi apparaître comme crédible particulièrement quand il est le pasteur propre de son diocèse» (GONÇALVES, *Pertinence*, 48).

³⁴ «This avoids any and all appearance of bias and also protect the integrity of the office of bishop from judicial intervention» (JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice*, 430).

trasmettendo il caso all'ufficio di vigilanza della Segnatura Apostolica (c. 1445 §3, 1)³⁵; altri ritengono che il giudizio spetti al giudice di appello³⁶.

Altri commentatori prevedono come eventuale un prosieguo destinato a risolvere l'eccezione di sospetto avverso il Vescovo: ciò ritengono che accada in conseguenza della volontà del Vescovo di non astenersi. Chi sia poi competente a trattare della rikusazione divide i commentatori, tra chi è favorevole alla competenza della Segnatura Apostolica³⁷, chi è favorevole alla competenza della Rota Romana³⁸ e chi rimane incerto³⁹.

4. L'interpretazione più fondata

4.1. La normativa del Codice piano benedettino

La storia dell'evoluzione immediata dei prescritti codiciali solitamente è di grande aiuto nella interpretazione. Ora il can. 1449, § 3 è l'evoluzione del can. 1614, § 2 del Codice previgente, che stabiliva:

³⁵ J. M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma 2020⁷, 345; cfr. pure F. J. RAMOS – D. MORAL CORVAJAL, *Diritto processuale canonico*, vol. 1. *Parte statica*, Roma 2013³, 370.

³⁶ «[...] (pero no dice quién tiene que juzgar en el caso. ¿Podría ser el juez a quien correspondería la apelación del tribunal del Obispo? Creemos que sí)» (S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid 1999, 254).

³⁷ Cfr. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 345.

³⁸ «Si el Obispo de hecho se inhibe, la causa principal pasa a su tribunal ordinario. Pero si el Obispo de hecho no se inhibe, el incidente de sospecha tiene que resolverse. El nuevo c. 1449 § 3 ni siquiera prevé la hipótesis de que el Obispo exceptuado deje de inhibirse a pesar de la orden tajante de que se inhiba. El tribunal, al que correspondería juzgar en la nueva legislación ese incidente, sería el Tribunal de la S. Rota Romana (c. 1405 § 3, 1º)» (J. J. GARCÍA FAÁLDE, *Nuevo derecho procesal canónico (Estudio sistemático-analítico comparado)*, Salamanca 1984, 72; 1992², 85; 1995³, 91). «Nada establece el Código, en cambio, para el caso de que el Obispo diocesano no se atenga a esta precisa obligación. En nuestra opinión, en esos casos, ciertamente muy raros, podría suscitarse la cuestión de recusación ante el tribunal de la Rota Romana, en virtud del c. 1405 § 3, 1º» (P. A. BONNET, *Can. 1449*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, IV, Pamplona 1996, 928). Cfr. pure RODRÍGUEZ-OCAÑA, *La competencia de los órganos jurisdiccionales*, 326-327; SCHÖCH, *Die Befangeneinrede*, 101.

³⁹ «Este deber de anstenerse recae sobre todos los que son recusados, pero el problema es otro: ¿a quién corresponde resolver la excepción [...]? ¿No será la Signatura Apostólica por analogía [can. 1445 §1, 3]? ¿O será más bien la Rota Romana (can. 1405 § 3 n. 1º)?» (J. J. GARCÍA FAÁLDE, *Tratado de Derecho Procesal Canónico (Comentario al Código de Derecho Canónico vigente y a la Instrucción "Dignitas connubii" del 25 de enero de 2005 del Pontificio Consejo para los textos legislativos)*, Salamanca 2005, 126). «Richtet der Bischof selbst, so ist die Einrede gegen ihn an dem Erzbischof zu richten, nicht an den erzbischöfliches Offizial» (SCHÖCH, *Die Befangeneinrede*, 93).

«Si ipsemet Ordinarius sit iudex et contra ipsum exceptio suspicionis opponatur, vel absteineat a iudicando vel quaestionem suspicionis definiendam committat iudici immediate superiori»⁴⁰.

A fronte della ricasazione, al Vescovo⁴¹ era data una alternativa: l'astensione o la trasmissione della *exceptio recusationis* ad una istanza superiore per la sua soluzione. Su quest'ultimo punto le opinioni dei commentatori si dividevano. Alcuni facevano notare la inusitata locuzione «committat» che aveva come soggetto lo stesso Vescovo ricasato e poteva far presagire che il deferimento fosse più ad un arbitro che ad un tribunale superiore⁴². Altri avvertivano qualche incertezza nella voce «iudici», ritenendo alcuni che non si trattasse del tribunale superiore, ossia del tribunale di appello, ma del Metropolita o, nel caso il Vescovo ricasato fosse il Metropolita o non avesse Metropolita, un altro Vescovo secondo la normativa comune. Senza contare che ovviamente i commentatori poi si dividevano se il tribunale di appello avesse dovuto procedere collegialmente, se avesse dovuto procedere secondo la normativa propria di un giudizio su un'eccezione, oppure in forma amministrativa o comunque diversa dalla consueta prevista dai canoni per l'eccezione di sospetto.

Tutte queste incertezze interpretative si riflessero sulla normativa seguente⁴³ e soprattutto riemersero nell'*iter* di revisione del Codice.

Già nella prima sessione (1967) il Relatore propose di mutare «iudici immediate superiori» con «tribunali appellationis»⁴⁴. Questa proposta pre-

⁴⁰ In parallelo al can. 1614, § 2, il can. 1615, § 3 prevedeva la sostituzione dell'Ordinario dichiarato sospetto con un giudice scelto dal giudice superiore: «Quod si ipsemet Ordinarius declaratus fuerit suspectus, idem peragat iudex immediate superior».

⁴¹ Il Codice piano benedettino trattava più in generale della ricasazione dell'Ordinario, anche se la prospettiva più in vista riguardava il Vescovo diocesano.

⁴² «Quod si hoc facere [scil.: sese abstinere a iudicio] bonum esse in casu non censeat, superest altera via seu *rem committere* definiendam iudici immediate superiori. [...] Illud verbum committat [...] plura importat [...] de valore *commissionis* huius controversiae iudici superiori qui habendus est magis ut arbiter iuris quam iudex superior hierarchice in gradu competentiae. [...] Interpretatio haec est *verbalis* seu inhaerens magis textui canonis, sed alia dari non potest, attenta rei quoque subiecta materia. Ut plurimum, hic Ordinarius est Episcopus Suffraganeus qui proinde rem committit videndam suo Metropolitano. Itaque cum non agatur de vera instantia iudiciali, ad superiorem iudicem recurritur uti ad *arbitrum iuris*, quippe a iure ipso deputatum» (M. LEGA – V. BARTOCCEI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta codicem iuris canonici*, I, Roma 1938, 226).

⁴³ La istruzione *Provida Mater Ecclesia* si preoccupa di chiosare l'espressione «iudici immediate superiori» aggiungendo: «seu iudici appellationis» (art. 31, § 2; cf pure art. 32, § 3). Anche le lettere apostoliche *Sollicitudinem Nostram* optarono per la espressione «iudex appellationis» (cfr. artt. 129, § 2 e 130, § 3).

⁴⁴ Cfr. *Communicationes* 38 (2006) 65.

valse e fu l'unica variazione accettata come definitiva nel primo schema del Codice⁴⁵. I Consultori però non rinunciarono a discutere su alternative al tribunale di appello collegiale, proponendo o il Presidente della Conferenza episcopale o il Vescovo del tribunale di appello, ma la sessione terminò con la conclusione sconsolata che «etiam istae solutiones ineptae censentur»⁴⁶.

Alla ripresa dei lavori (1978) dopo la consultazione sul primo Schema, in Commissione tutti si trovarono d'accordo («placet omnibus») sulla proposta di un consultore («Consultor quidam») che – senza addurre alcuna motivazione – propose il testo che poi diventerà il can. 1449, § 3⁴⁷, che contempla l'unica soluzione dell'astensione.

4.2. L'interpretazione del can. 1449, § 3

Vi è un consenso unanime nel rinvenire nella normativa e nella *ratio legis* l'esclusione che sia il Vescovo stesso che possa giudicare della ricusazione (se cioè la ricusazione sia giusta nel merito), perché questo contravverrebbe al principio generale «Nemo iudex in causa sua»⁴⁸.

Posto questo con chiarezza, resta da interpretare la lettera del can. 1449, § 3.

4.2.1. Interpretazione esclusa

Si deve anzitutto escludere l'interpretazione che imponga al Vescovo di astenersi dal giudicare al *semplique* proporsi di una ricusazione a lui avversa.

⁴⁵ Cfr. *ibid.*, 93; cfr. pure *ibid.*, 51 (2019) 366.

⁴⁶ «Rev.mus quartus Consultor, cui assentit Rev.mus primus Consultor, – in casu suspicionis contra Episcopum qui ipse sit iudex [...] quando quaestionem suspicionis committat tribunali appellationis – censet Tribunal appellationis collegialiter agere debere. Sed Rev.mus tertius Consultor et alii nimium omnino putant quod causa incidentalis, etsi de Episcopo agatur, a Tribunali collegiali videatur. Proponitur ut causa[m] illam incidentalem videat Praeses Conferentiae episcopalis (Rev.mus Relator) vel Episcopus tribunalis appellationis (Rev.mus sextus Consultor) sed etiam istae solutiones ineptae censentur» (Communicationes 38 [2006] 65-66).

⁴⁷ Cfr. Communicationes 10 (1978) 251. Solo alla vigilia della promulgazione fu aggiunto «ipse», per ragioni stilistiche. Stesso destino ebbe il can. 1450 dove scomparve dal primitivo can. 1615 ogni riferimento alla ricusazione del Vescovo: «ad simpliciore[m] brevior[em] formam redigatur» fu la motivazione (cfr. *ibid.*, 252).

⁴⁸ Cfr. SSAT, decreto del Congresso, 15 marzo 1999, prot. n. 29494/98 VT. Nel caso il Vicario giudiziale aveva preteso di respingere lui stesso la ricusazione opposta contro di lui, ritenendola infondata. La Segnatura Apostolica commenta: «In casu evidenter violatum est principium “nemo iudex in causa sua” [...] non ad ipsum sed tantum ad Exc.mum Archiepiscopum spectabat de illa exceptione videre [...] Iam sola haec violatio legis Rev.mum Vicarium iudicalem sine dubio suspectum reddit in casu» (4).

Impongono questa esclusione almeno due ragioni principali.

La prima attiene al concetto di ricsuzione. Essa è definita da una serie di requisiti necessari per la sua esistenza nel diritto processuale. Se ne indicano di seguito i principali:

- solo una parte (attore, convenuto, difensore del vincolo, promotore di giustizia) può presentarla;
- deve essere scritta e presentata all'autorità competente⁴⁹;
- deve essere presentata a norma del can. 1459, § 2, ossia prima della *contestatio litis* o, se dopo, il ritardo nella presentazione deve essere motivato;
- deve essere motivata, probabilmente⁵⁰ con una delle ragioni di cui al can. 1448, § 1.

Ora, se si ammettesse che al *solo* affacciarsi di una istanza denominata «ricsuzione» il Vescovo dovesse astenersi, si avrebbe un vuoto legislativo sul giudizio di *ammissibilità* della ricsuzione stessa; ciò che non può essere⁵¹.

⁴⁹ In questo caso non può che essere lo stesso Vescovo che si intende ricsuare.

⁵⁰ Ritorna qui – ma non attiene specificatamente al nostro tema concernente il Vescovo – con gravi conseguenze un annoso e non astratto quesito, ossia se i motivi di ricsuzione recensiti nel can. 1448, § 1 siano tassativi o esemplificativi. Nel primo caso, a norma del can. 1449, § 1, una ricsuzione non può addurre altri motivi di ricsuzione se non quelli elencati nel can. 1448, § 1 e ciò esalterebbe il giudizio di ricsuzione nella sua forma di giudizio sostanzialmente dichiarativo. Nel secondo caso, ovvero se si ritenessero i motivi esemplificativi, il giudizio di ricsuzione assumerebbe un andamento molto più invasivo, dovendo entrare più profondamente nel merito. Forse non ha avvertito questa trasformazione del giudizio di ricsuzione l'istruzione *Dignitas connubii* che esplicitamente nell'art. 67, § 1 («vel in qua quaevis alia fundata suspicio acceptionis personarum in ipsum cadere possit») e di conseguenza nell'art. 68, § 1 dichiara i motivi di astensione e di ricsuzione esemplificativi. Si noti che la tassatività non nuoce alla libera volontà di astensione dal giudizio in altri casi, ma distingue molto opportunamente i motivi obbligatori di astensione (su cui eventualmente giudica il Superiore gerarchico del giudice e il giudice competente nella ricsuzione) e i motivi personali e di convenienza per l'astensione (sui quali giudica il Superiore gerarchico), che però non possono, a norma del can. 1449, § 1 divenire motivi di ricsuzione. A questa ultima linea di interpretazione pare accedere chi ritiene che «in terms of strict obligation to withdraw, the list is exhaustive, but in terms of an optional withdrawal, the list is only demonstrative» (W. J. DOHENEY, *Canonical Procedure in Matrimonial Cases*, I, Milwaukee 1943, 90; cfr. pure F. M. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, III, Romae 1955⁴, 141). Dovranno trovare inesorabilmente altri strumenti di soluzione (come per esempio la vigilanza sulla retta amministrazione della giustizia presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica) i casi reali nei quali la imparzialità del giudice appare in grave e reale pericolo: cfr., per esempio, i quattro esempi portati da JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice*, 421–424, ispirati alla concezione americana della *disqualification*, che appare più ampia dell'istituto della astensione/ricsuzione.

⁵¹ Sembra fare eccezione il can. 1624 secondo il quale – secondo la dottrina classica e comune – basta che la parte tema che il giudice sia sospetto («veretur ne iudex [...] praecupatum animum habeat ideoque eum suspectum existimet») perché possa esigere che

Si potrebbe astrattamente sostenere che manchi il giudizio di merito e che il Vescovo debba astenersi senza che alcuno giudichi sulla fondatezza del motivo di ricusazione, ma pare assurdo che il Vescovo debba astenersi senza che alcuno verifichi se si è realmente di fronte ad una *exceptio suspicionis*. Infatti è solo se vi è una reale (legittima) ricusazione, che il Vescovo deve astenersi; ma prima è ineluttabile che si verifichi che si è di fronte ad una ricusazione e non a qualche cosa di illegittimo o di diverso, che solo somiglia alla ricusazione, ma che processualmente non può essere ritenuta tale. In altre parole, solo se la ricusazione è legittima al Vescovo incombe(rebbe) il dovere di astenersi dal giudizio e la dichiarazione della legittimità (ammissibilità, se si vuole correttamente), ben distinta dal giudizio di merito (cfr. can. 1449, § 2: «videt»), deve avere un'autorità competente ad emetterla⁵².

Orbene, se questo è vero e se parimenti il can. 1449, § 3, pur supponendolo, tace sul giudizio di ammissibilità, pare evidente che non potrà che essere lo stesso Vescovo che riceve la ricusazione ad emettere il menzionato e necessario giudizio di ammissibilità⁵³. Un esempio semplice potrà chiarire. Se il Vescovo, dopo il completamento dell'istruttoria di una causa, alla vigilia della discussione, riceve un'istanza di ricusazione contro di sé per un motivo di cui al can. 1448, § 1, motivo noto a tutti e senza che l'autore della ricusazione spieghi la ragione per la quale ha atteso fino a quel momento a presentare la ricusazione, il Vescovo potrà dichiarare la inammissibilità della ricusazione (in forza del can. 1459, § 2) e, pertanto, decidere che non è tenuto al dovere di astenersi dal giudizio a norma del can. 1449, § 3, oppure – se più piace – potrà non astenersi e continuare nel giudizio a motivo della inammissibilità della ricusazione.

sia sostituito («exigere potest»). Si tratta però di un caso speciale, nei confronti del quale qualche Autore ha espresso perplessità (cfr., per esempio, J. M. SERRANO RUIZ, *La querela di nullità contro la sentenza (Commento ai cc. 1619-1628)*, in *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994², 755-756) e la stessa Segnatura Apostolica qualche eccezione.

⁵² Forse un appoggio a questa posizione si può rinvenire nell'art. 17, § 1 delle *Regulae servandae in processibus super matrimonio rato et non consummato* edite dall'allora Sacra Congregatio de disciplina Sacramentorum il 7 maggio 1923: «Ordinarius qui ob legitimam suspicionis exceptionem causam instruendam non susceperit, debet vel iudicem subdelegare [...] vel rem ad Sacram Congregationem remittere» (AAS 15 [1923] 395).

⁵³ Non sfugge una certa odiosità nel fatto che sia lo stesso Vescovo a giudicare dell'ammissibilità della ricusazione che lo riguarda. Ma non si tratta dell'unico caso nel diritto processuale canonico. Si pensi all'eccezione di incompetenza, risolta secondo il principio che il giudice è giudice della sua competenza. Né si può obiettare che il caso sarebbe diverso perché nel caso della incompetenza si tratta del giudice in quanto ufficio, mentre nella ricusazione si tratta del giudice in quanto persona. Infatti il giudice nell'interpretazione proposta non giudica del merito della ricusazione, ma esclusivamente della sua legittimità o ammissibilità.

La seconda attiene al concetto di astensione. L'astensione di cui nei canoni 1448-1449 non è la disinvolta liberazione dall'ufficio di giudicare una causa, ma comprende almeno due aspetti. Primo: la valutazione personale di trovarsi o meno in uno dei motivi recensiti nel can. 1448, § 1: questi, infatti, pur essendo formulati in modo accurato, consentono un ambito di valutazione, anche alla luce della necessaria interpretazione stretta che li riguarda, come elementi odiosi, ossia che restringono i diritti di una persona, nel caso del giudice (cfr. can. 18). Secondo: l'astensione è *in genere renuntiationis* e quindi se l'ufficio giudiziario dal quale si intende astenersi è organizzato gerarchicamente, è necessario che l'astensione venga accettata dal Superiore⁵⁴, al quale spetta il giudizio di merito sull'esistenza e la pertinenza dei motivi addotti.

Da ciò si desume che l'obbligo o il dovere di astenersi dal giudizio è un obbligo morale, che sottostà ad una verifica di legittimità. Non fa eccezione a questo l'astenersi del Vescovo giudice sia nella fase previa, quando *motu proprio* valuta (come ogni altro giudice) se vi sono motivi per astenersi, sia quando in presenza di una ricsuzione, gli si fa obbligo di astenersi, ossia il prescritto del can. 1449, § 3 lo obbliga ad astenersi.

4.3. Se il Vescovo non si astiene

Si tratta ora di valutare il prescritto del can. 1449, § 3 nella sua lettera e nel suo senso.

Si deve rilevare preliminarmente la perfetta logica del prescritto nel senso che il Vescovo astenendosi fa cadere la ricsuzione, ossia la eccezione di sospetto cessa di avere materia e quindi non può, quale causa incidentale, che essere dichiarata cessata. La causa incidentale, come ogni istanza, può cessare con la decisione definitiva o in altro modo: nel caso l'astensione del Vescovo fa cessare l'oggetto della causa. Ciò vale, ovviamente, per ogni ricsuzione che cessa con l'astensione (volontaria) del ricsutato, e la giurisprudenza è conforme. In tal modo il precetto di astenersi, logicamente può essere ritenuto nel caso del Vescovo, l'ultima parola sulla ricsuzione, come fa apparire il can. 1449, § 3 nella sua formula secca: non è un prescritto irrazionalmente tronco; è la logica conclusione processuale del precetto di astensione.

⁵⁴ L'astensione, infatti, come la rinuncia, incide profondamente sull'esercizio della giurisdizione, alterando l'equilibrio dato dalla normativa sulla scelta dei giudici (cfr. can. 1425, § 3) e sul divieto di denegare giustizia (cfr. can. 1457, § 1). Ne è segno la necessità della verifica del motivo di astensione da parte del Superiore gerarchico. Nel caso del Vescovo l'astensione dal giudicare non ha bisogno di verifica, non essendo previsto un Superiore gerarchico nel caso, ma ciò non può che rendere più consapevole lo stesso Vescovo della rilevanza istituzionale del suo giudizio sui motivi di astensione.

Si apre però, di seguito, e legittimamente, la questione processuale del Vescovo che non si astenesse dopo la presentazione della ricusazione⁵⁵.

È giudizio comune che la mancata astensione non comporta per sé la nullità degli atti giudiziali compiuti né la nullità della sentenza. Lo comprova dal punto di vista positivo almeno il prescritto del can. 1451, § 2 che – sciogliendo un quesito che aveva diviso la dottrina – dichiara validi tutti gli atti precedenti alla *presentazione* della ricusazione e subordina gli effetti giuridici (non la validità) degli atti seguenti, alla *ammissione* della ricusazione, cioè al giudizio affermativo sulla eccezione.

Poiché nel caso non è previsto alcun giudizio sulla ricusazione (il can. 1449, § 3 tace infatti al riguardo) gli atti giudiziali, non esclusa la sentenza definitiva, emanati dal Vescovo che non si è astenuto, non sono inficiati di nullità.

Non vi è quindi rimedio⁵⁶ alla mancata astensione dal giudizio del Vescovo che pure abbia ricevuto una ricusazione?

Certamente si attaglia al caso il prescritto degli artt. 35, n. 1, e 110, § 2 della *Lex propria* del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica:

«Signaturae Apostolicae quoque est rectae administrationi iustitiae invigilare, et speciatim in ministros tribunalium, advocatos vel procuratores, si opus sit, animadvertere [...]

in casu denuntiationis adversus aliquod tribunal, audito, prout casus ferat, eius Moderatore, Vicario iudiciali vel iudice causae, et praehabito voto Promotoris iustitiae, decernere an et quomodo procedendum sit, salva competentia tribunalium et iudicium».

Non si tratta di un ricorso alla Segnatura Apostolica né di un giudizio sulla ricusazione rimesso alla Segnatura Apostolica: è la denuncia di un sospetto abuso processuale, che cioè il Vescovo non si sia attenuto al precetto di astenersi a fronte di una ricusazione.

La natura di denuncia non rende il denunciante, quand'anche fosse la persona interessata, parte del procedimento presso la Segnatura Apostolica e non gli dà il diritto di ricevere una risposta nel merito della denuncia:

⁵⁵ Sulla mancata astensione dal giudizio del Vescovo in assenza di ricusazione vale la dottrina comune ad ogni altro giudice.

⁵⁶ Si prescinde da rimedi quali la rinuncia all'istanza o la proposizione dell'appello a fine istanza. Circa la possibilità di esperire la domanda di *restitutio in integrum* avverso il rigetto della ricusazione non si può che rimandare alla dottrina. Nel caso, se si ritenesse esperibile, costituirebbe una ragione ulteriore a giustificazione della denuncia alla Segnatura Apostolica del Vescovo ricusato che non si astenga.

la denuncia, infatti, a differenza del ricorso, persegue il bene pubblico che comporta l'osservanza della legge⁵⁷.

Questa impostazione consente alla Segnatura Apostolica un'ampia libertà di azione⁵⁸: essa può dal semplice tenore della denuncia desumerne l'infondatezza e archiviare la pratica; può interpellare il Vescovo e chiedere informazioni e/o documenti sulla ricusazione presentata; può domandare conto al Vescovo delle ragioni che l'hanno portato a non considerare pertinente nel caso il prescritto dell'astensione. Interverrà in questi casi e su questi materiali il difensore del vincolo e il promotore di giustizia. La questione, se meritevole di approfondimento, può essere deferita al Congresso.

Gli interventi che possono configurarsi sono numerosi e tutti attagliati sul caso come rappresentato e approfondito.

5. Altri fenomeni in qualche modo analoghi alla ricusazione

Chi non distingue, confonde. Questo principio vale anche quando nella tematica dell'astensione e della ricusazione si immettono fattispecie che hanno una normativa propria, appunto perché distinte dalla ricusazione, seppur con qualche profilo simile.

5.1. Incompatibilità tra consulente previo e giudice nelle cause di nullità matrimoniale

È il caso, per esempio, previsto dall'art. 113, § 2 dell'istruzione *Dignitas connubii* [= DC]:

⁵⁷ Cfr., sulla differenza tra ricorso e denuncia, SSAT, decreto definitivo *coram* Mussinghoff, 28 aprile 2007, prot. n. 36007/04 CA: «Iudices huius Collegii censent recte atque congruis explicatis rationibus impugnatum decretum statuuisse scripturam Cl.mae D.nae [...] tamquam querimoniam vel denuntiationem censendam esse contra statum et activitatem Tribunalis dioecesiani, iisdem proinde rationibus remittendum esse. Nec rationibus in decreto allatis officit motivum a Cl.ma Recurrentis Patrona allatum, idest praeceptum defensori vinculi impositum, scilicet “de renoncer à toute participation aux auditions des parties dans les affaires de nullités matrimoniales”, ius subiectivum vel saltem interesse personale, directum, actuale et a iure tutelatum laedere, atque veluti causam existitisse amotionis ab officio defensoris vinculi, in casu (cfr. nn. 30–31, 13–14). Etiam concessa natura iuris subiectivi, quod defensori vinculi spectaret, scilicet ut examini iudiciali partium et testium intersit, nondum ex hoc erui debet provocationem forte porrectam recursum legitimum constituere ad iura vindicanda: a posse ad esse non valet illatio. Nam, “qui, se decreto gravatum esse contendit, potest ad Superiorem hierarchicum recurrere” (cfr. can. 1737, § 1), at non necessario recurrit. Revera Recurrens non recursum, sed tantum denuntiationem interposuit».

⁵⁸ Sul *modus procedendi* della Segnatura Apostolica nel caso di denunce cfr. F. DANEELS, *La prassi della vigilanza sui tribunali in senso stretto*, in *La “lex propria” del S.T. della Segnatura Apostolica*, a cura di P.A. Bonnet – C. Gullo, Città del Vaticano 2010, 247–249.

«Si eiusmodi officium [scil. officium de quo in § 1] a tribunalis ministris expleri contingat, in causa [...] iudicis ipsi partem habere nequeunt».

È stabilita così un'incompatibilità tra l'ufficio di prestare un «consilium [...] de possibilitate et procedendi ratione ad suam nullitatis matrimonii causam, si et quatenus, introducendam» (art. 113, § 1 DC) e l'ufficio di giudice nella medesima causa poi eventualmente introdotta.

È evidente che questa incompatibilità da un lato non assurge alla *vis* (proibente e irritante) delle incompatibilità previste, per esempio, nei cann. 1447 e 1717, § 3, ma è altrettanto evidente che è *species* di quel *genus* di incompatibilità.

Condivide con quelle fattispecie legislativamente stabilite la *ratio legis*: garantire e proteggere l'imparzialità del giudice messa in pericolo (non necessariamente compromessa), per esempio, da una consulenza previa a favore di una parte oppure da una consulenza che ha esitato un (pre)giudizio di merito determinato a favore di una decisione affermativa o negativa.

Condivide con quelle medesime fattispecie la forza proibente, così che si possa qualificare come abuso o illecito l'esercizio dell'ufficio di giudice nelle cause sortite da quella opera di consulenza. Una consulenza, ovviamente, che, in analogia a quelle fattispecie, sia qualificata, non riducendosi alla mera informazione sulle procedure canoniche, ad un mero consiglio ad approfondire il dubbio sulla nullità del proprio matrimonio, ma che ha visto un coinvolgimento del consulente nell'ascolto di persone che poi interverranno nel processo, nella formulazione di un parere di merito con l'individuazione di un capo di nullità o addirittura nella stesura del libello introduttorio.

L'evenienza paventata dall'art. 113, § 2 DC già come eccezionale («Si [...] contingat»), benché non scomparsa, appare, nel regime inaugurato dal *motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, assolutamente remota in quanto la recente riforma processuale ha delocalizzato la consulenza previa, spostandola dalle vicinanze del tribunale («*Apud unumquodque tribunal*»: art. 113, § 2 DC; corsivo aggiunto) alla pastorale matrimoniale o familiare diocesana («*intra pastorale opus dioecesanum de matrimonio unitarium*»: art. 2 RP).

Ciò, però, non toglie la *possibilità* (ora certo più remota), che un giudice del tribunale locale si ritrovi di fatto o di diritto a prestare la sua opera nella consulenza previa prevista dalla *Ratio procedendi*. Nel qual caso non vi è dubbio che egli sia impedito, a norma dell'art. 113, § 2 DC, di assumere poi l'ufficio di giudice nella causa specifica e determinata per la quale ha esercitato la consulenza previa.

Le ragioni della vigenza dell'incompatibilità dell'art. 113, § 2 DC discendono da un lato dalla mancata abrogazione formale della istruzione⁵⁹, dall'altro dalla medesima natura di consulenza prevista allora nell'art. 113, § 1 DC e di quella prevista negli artt. 2-5 della vigente *Ratio procedendi*. Anzi, a ben vedere, la vigenza appare *a fortiori*, perché la consulenza previa oggi prevista è sicuramente maggiormente invasiva del merito della eventuale futura causa di nullità matrimoniale rispetto alla prudentissima formulazione dell'art. 113, § 1 DC.

Concludendo si può affermare che la partecipazione attiva alla consulenza previa di cui agli artt. 2-5 RP costituisce impedimento per il lecito esercizio dell'ufficio di giudice nella medesima causa per la quale è stata svolta la consulenza.

5.2. Incompatibilità tra consulente previo e Vescovo giudice nelle cause di nullità matrimoniale

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. La formulazione del prescritto dell'art. 113, § 2 DC non distingue né tra i vari uffici svolti dal giudice (istruttore, rogato, decidente, collegiale, unico) né tra le persone che ricoprono l'ufficio di giudice (diacono, presbitero, sacerdote, Vicario giudiziale, ordinario, delegato). Non vi è ragione, pertanto, di ritenere che l'incompatibilità di cui all'art. 113, § 2 DC non attenga anche al Vescovo diocesano⁶⁰.

La posizione però merita alcune precisazioni.

La prima attiene alla partecipazione del Vescovo diocesano nella consulenza previa (artt. 2-5 RP). Molti Autori opportunamente notano che l'ufficio del Vescovo diocesano è – secondo la natura della sua funzione e l'impostazione degli artt. 2-5 RP – di carattere legislativo, normativo o, se si vuole, organizzativo. È implicita nella onnipresente indicazione delle *strutture* diocesane e parrocchiali; è esplicita laddove si prescrive che

⁵⁹ *Inter multos* cfr. recentemente J. J. GARCÍA FAÍLDE, recensione a P.V. PINTO, *Los Procesos en el Código de Derecho Canónico*, Madrid 2021, in *Ius communionis* 9 (2021) 346-347.

⁶⁰ Cfr., per esempio, A. ESPINOZA MENDOZA, *La incompatibilidad entre el oficio de consultor y el oficio de juez o de defensor del vínculo en la misma causa*, in *Revista mexicana de derecho canónico* 24/1 (2018)/25/1 (2019) 355-398; 7-107. Cfr. pure P. A. MORENO GARCÍA, *El servicio de indagación prejudicial: aspectos jurídico-pastorales*, in *Ius canonicum* 56/111 (2016) 72: «Si ejerciera personalmente esa labor de acompañamiento ayudando a sus fieles a considerar la viabilidad de una demanda de nulidad matrimonial y a recabar elementos útiles para ello, podría quedar comprometida su independencia en sede judicial y – en ese caso – debería inhibirse (o podría ser recusado) si fuese requerida su intervención como juez, tras ser admitido el libelo incoando el nuevo proceso más breve». Cfr. pure GOTTERO, *Il Vescovo, giudice nel processo "brevior"*, 7.

«[e]adem investigatio personis concedetur ab Ordinario loci idoneis habitis» (art. 3 RP).

La seconda attiene alla cura pastorale ordinaria che incombe al Vescovo diocesano quale *pastor proprius* della Chiesa particolare e al parroco quale *pastor proprius* della parrocchia (cfr. cann. 515, § 1 e 519). Essa (cfr. art. 1 RP) si distingue dalla *investigatio praevia*, che può avvenire nelle strutture diocesane e parrocchiali (cfr. art. 2 RP). È questa che può costituire ostacolo alla funzione giudiziale, non certo la cura pastorale ordinaria.

La terza attiene all'assenza nella normativa della *Ratio procedendi* di elementi che prevedono o anche solo fanno supporre che il Vescovo diocesano sia chiamato a svolgere la consulenza previa. Certamente nessuno potrà dire che è impedito al Vescovo diocesano di svolgere personalmente la consulenza previa in un caso matrimoniale. Tutti però potranno constatare che nella *Ratio procedendi* non è esplicitamente contemplato.

Lo svolgimento della consulenza previa da parte del Vescovo diocesano potrà avvenire per un caso matrimoniale che – per ragioni di competenza territoriale – sarà poi giudicato in un'altra diocesi e quindi da un altro Vescovo diocesano.

Se, invece, il Vescovo diocesano svolgesse la consulenza previa (cfr. artt. 2-5 RP) in un determinato caso matrimoniale, non può poi lecitamente decidere quella causa quale giudice nel *processus brevior* (come d'altronde non potrà decidere quella causa in un processo ordinario o in un processo documentale).

Il rimedio nel caso che il Vescovo diocesano proceda, meglio, nel caso che una delle parti o il difensore del vincolo avverta che la causa è stata affidata nel *processus brevior* allo stesso Vescovo che ha svolto la consulenza previa, non è la ricasazione⁶¹, ma la denuncia dell'abuso processuale (trasgressione del prescritto dell'art. 113, § 2 DC) al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Non è nel caso rimedio consentito, dopo la eventuale pronuncia della sentenza, la querela di nullità, perché questa incompatibilità non è basata su legge irritante⁶². L'appello e la *nova causae propositio* sono pertinenti, se e soltanto se contro una sentenza si possano addurre

⁶¹ È necessario mantenere rigorosamente distinti gli istituti, anche se entrambi (astensione/ricasazione e incompatibilità) possono condividere la *ratio* e anche il *genus*. Troppo diversi, infatti, sono per le condizioni di applicabilità e per le conseguenze processuali. JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice*, 423, pone questo caso tra altre fattispecie che non rientrano nell'elenco delle cause canoniche esplicitamente previste nel can. 1448, § 1, che però è da ritenersi esemplificativo.

⁶² Cfr., per esempio, in riferimento all'istruzione *Dignitas connubii*, G. P. MONTINI, *L'istruzione "Dignitas connubii" nella gerarchia delle fonti*, in *Periodica de re canonica* 94 (2005) 467-470.

argomenti specifici, la cui eziologia possa essere spiegata dalla concomitante consulenza e funzione giudiziale⁶³.

5.3. La natura del *processus brevior* preclusiva della (astensione e) ricsuzione del Vescovo-giudice?

Non sono mancati Autori che hanno sostenuto (seppur in qualche caso in forma dubitativa) che la previsione legislativa esplicita del Vescovo-giudice nel *processus brevior* (definito appunto *coram Episcopo*) deroghi alla normativa concernente l'astensione e la ricsuzione del Vescovo.

Si può considerare come base per la discussione una opinione al riguardo manifestatasi assai precocemente:

«Il MI non regola, senza intaccare però la loro vigenza, alcune delle classiche manifestazioni di tutela dell'imparzialità giudiziale, come l'obbligo dell'astensione o la possibilità della ricsuzione del giudice e degli altri ministri del tribunale (cfr. cann. 1449-1451 e DC artt. 68-70), fra i quali devono essere inclusi l'istruttore e l'assessore del nuovo *processus brevior* (cfr. MI can. 1685).

Le RP del MI dedicano ampio spazio alla personale sollecitudine pastorale del Vescovo diocesano e dei parroci verso i fedeli in difficoltà matrimoniale (cfr. artt. 1-5). Un tale intervento del Vescovo diocesano in questa fase pastorale pregiudiziale intaccherebbe a priori la possibilità del *processus brevior* davanti al Vescovo diocesano, che infatti potrebbe essere ricsuito qualora non si astenesse da giudicare? Da una parte il can. 1449 § 3 sancisce: "Se il Vescovo stesso è giudice e contro di lui va la ricsuzione, si astenga dal giudicare". Forse questa norma è uno dei motivi per cui l'art. 22 § 2 della DC, dopo aver esposto al § 1 l'insopprimibile potestà giudiziale del Vescovo diocesano, afferma "Tuttavia è opportuno, a meno che speciali motivi lo richiedano, che egli non la eserciti personalmente". Ci troviamo nel nocciolo della tipicità, per diritto divino, dell'unitarietà della potestà ecclesiale dei titolari degli uffici capitali. Inoltre, il MI è incentrato sull'esercizio immediato della potestà giudiziale del Vescovo diocesano, personalmente o attraverso il tribunale vicario, meglio se è solo diocesano anziché interdiosesano. Ne potrebbe derivare che il divieto codiciale di giudicare, irrogato al Vescovo diocesano ricsuito, appartenga alle norme abrogate dal MI, che affida esplicitamente al Vescovo sia l'intervento pastorale pregiudiziale, sia la possibilità di giudicare la causa col *processus brevior*. Forse, l'obbligo di astenersi e il diritto a interporre la ricsuzione potrebbero esistere

⁶³ Motivo di appello, per esempio, può essere il fatto che un teste proposto da una parte non è stato ammesso dal giudice; si può aggiungere che la ragione della mancata ammissione si può rinvenire nella *simultas* del giudice verso la parte proponente.

dinanzi a circostanze particolarmente oggettive e non legate all'operato pastorale del Vescovo, quale potrebbe darsi se uno dei coniugi fosse suo parente»⁶⁴.

Non c'è alcun elemento nel MIDI in quanto legge che istituisce e regola il *processus brevior coram Episcopo* e perciò nella legge processuale che regge il medesimo processo, che *in se stesso* confligga con i motivi di astensione (obbligatoria) e di riconsuazione previsti dalla normativa processuale generale.

Non – per addurre qualche esempio – la «intima vitae consuetudo» (cfr. can. 1448, § 1)⁶⁵. L'essere parroco proprio o Ordinario (Vescovo) proprio (cfr. can. 107, § 1) di una persona *ex se* non comporta un'«intima vitae consuetudo». Ci sono sì alcuni parroci che sono commensali abituali di alcuni fedeli; ci sono sì rari casi di Vescovi diocesani commensali abituali di alcuni loro diocesani: devono costoro astenersi dal giudicare e sono riconsuabili come giudici *non già perché* parroci o Vescovi, ma perché commensali abituali. La conduzione dell'*investigatio praevia* (cfr. artt. 2-5 RP) non rende «intimi amici» l'investigatore e colui che chiede consiglio⁶⁶.

Non – per addurre un altro esempio – «aliquid interest lucri faciendi» (cfr. can. 1448, § 1). L'essere parroco o Vescovo di una persona *ex se* non rende interessati a scopo di guadagno. Ci sono sì alcuni fedeli che generosamente e abitualmente conferiscono offerte ingenti e sono conosciuti dal parroco e dal Vescovo che, in segno di riconoscenza e di esempio per gli altri, li frequentano e li ossequiano. In questi casi nascerà l'obbligo di astenersi dal giudicare e il motivo di riconsuazione, non già per l'essere parroco o Vescovo, ma per l'interesse esistente verso una determinata persona a motivo del beneficio della parrocchia o della diocesi.

Sia consentito un altro esempio. Una certa ritrosia dei Vescovi tedeschi all'esercizio della potestà giudiziale nel *processus brevior* potrebbe essere collegata all'intersecarsi frequente, in quel contesto, del rapporto gerarchico di lavoro ecclesiale con il rapporto gerarchico puramente ecclesiale. È chiaro che un parroco è “interessato” allo *status* matrimoniale della insegnante della scuola parrocchiale non già in quanto fedele, ma in quanto dipendente: una sentenza negativa significherebbe di solito la perdita di quella

⁶⁴ J. LLOBELL, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. “Mitis Iudex”*, in *Ius Ecclesiae* 28 (2016) 26.

⁶⁵ Insiste sulla distinzione tra *acquaintanceship*, che non costituisce la «intima vitae consuetudo», e *friendship*, che si avvicina di più alla causa canonica codiciale JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice*, 413-415.

⁶⁶ Cfr. *supra* circa la distinzione degli istituti processuali della astensione/riconsuazione e incompatibilità.

collaboratrice⁶⁷; lo stesso può dirsi del Vescovo “interessato” in relazione ad un collaboratore laico del vicariato generale. Anche in questo caso è una *quaestio facti* non certo ascrivibile al *processus brevior* in quanto tale.

Il *processus brevior coram Episcopo* non costituisce quindi per la sua natura alcuna preclusione all’applicazione della normativa sull’astensione dal giudizio e sulla ricusazione del Vescovo giudice in quanto quel processo non crea strutturalmente e/o automaticamente alcun motivo di astensione/ricusazione. Il Legislatore pertanto non ha derogato implicitamente alla normativa specifica della astensione/ricusazione istituendo quel *processus brevior*, che non è incompatibile con l’istituto della astensione/ricusazione.

Né si può desumere la derogazione implicita nel caso in cui il Vescovo decidesse – *praeter legem*⁶⁸ – di condurre egli stesso il *processus brevior* in alcune sue parti e anche integralmente dall’accettazione del libello alla decisione definitiva con sentenza. *Milies* è stato detto nella normativa⁶⁹, in dottrina⁷⁰ e giurisprudenza⁷¹ che non è motivo di astensione (obbligato-

⁶⁷ Sui rilevanti riflessi nel diritto ecclesiastico del lavoro in Germania dello *status* coniugale del lavoratore, la letteratura è immensa; cfr. recentemente, per esempio, M. BÖCKEL, *Die Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse: Zum Beschluss der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 27.4.2015*, in *Kirche und Recht* 21 (2015) 33-39. Sulla stessa linea un esempio apportato da JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice*, 416-417, nota 52 (*employee*); GOTTERO, *Il Vescovo, giudice nel processo “brevior”*, 7 («una persona che lavori nella curia»).

⁶⁸ Cfr. G. P. MONTINI, *Competenza e prossimità nella recente legge di riforma del processo per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, in *In Charitate Iustitia* 24-25 (2016-2017) 41-42 (con bibliografia); da ultimo ID., *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. II. Pars dinamica, Ad usum Auditorum*, Romae 2020⁵, 243-245.

⁶⁹ «Firmo art. 67, § 1, fundata censeri nequit recusatio opposita ob actus a iudice aliove administro tribunalis legitime positos» (art. 68, § 5 DC). La clausola iniziale fu voluta per evitare «l’abuso del principio perché anche atti formalmente o ritualmente “legitime positi” possono essere manipolati a favore o a danno di una parte» (COMMISSIONE INTERDICASTERIALE PER IL PRIMO PROGETTO DI UNA ISTRUZIONE SUI PROCESSO MATRIMONIALI, *Verbale delle riunioni*, 102).

⁷⁰ Cfr., per esempio, P. MONETA, *Commento/“Note”*, in *Monitor ecclesiasticus* 129 (2014) 30: «a meno che [gli atti] siano talmente incongrui da esorbitare vistosamente dall’ambito delle funzioni a lui [= giudice] demandate».

⁷¹ «Considerato quod iuxta H.S.T. iurisprudentiam motivum recusationis de quo in can. 1448, § 1 per se non constituunt censurae vel animadversiones propter acta a Iudice in exercitio muneris ei commissi posita» (SSAT, decreto del Congresso in *una Nullitatis matrimonii, Exceptionis suspicionis contra R.P.D. Ponentem*, 2 febbraio 2011, prot. n. 43924/10 CG, in *Monitor ecclesiasticus* 129 [2014] 22). Cfr. pure SSAT, prot. n. 21479/89 VT: nel caso l’attore aveva chiesto al preside in appello l’aggiunta di un capo di nullità, che fu negata con decreto. L’attore chiese quindi la ricusazione del preside, che il Vescovo rigettò. La Segnatura Apostolica alla quale l’attore su indicazione del Vescovo aveva provocato, pur riconoscendo che non vi è appello, annotò che dal decreto di rigetto «controversia orta est inter virum actorem et eiusdem iudicem Praesidem, necnon aliqua simultas saltem ex

ria) né di ricsuzione il fatto che un giudice abbia (legittimamente) posto atti all'interno dell'istanza. Non rendono il giudice sospetto atti processuali contrari all'assunto o alla posizione di una parte. Il contrario comporterebbe la paralisi del processo! Allo stesso modo non si comprende come potrebbe essere ricsuabile il Vescovo solo perché nel *processus brevior* proceda all'interrogatorio delle parti quando non lo è un diacono giudice unico che procede egli stesso all'interrogatorio delle parti in vista della sentenza che sarà da lui emanata come giudice unico.

L'astensione e la relativa ricsuzione sono istituti completamente ed esclusivamente connessi ai fatti e non sono relativi a *quaestiones iuris*. Se, quindi, e soltanto se in occasione del *processus brevior coram Episcopo* si riscontra una situazione di fatto inclusa nelle previsioni del can. 1448, § 1, il Vescovo dovrà astenersi e potrà essere ricsuato. Nessuna invece, assolutamente nessuna norma e nessun, assolutamente nessun atto processuale legittimo e proprio del *processus brevior coram Episcopo* è in grado di giustificare l'astensione e la ricsuzione del Vescovo.

6. Elementi di procedura

Tenendo ferma la impostazione data nelle riflessioni sopra condotte, merita di affrontare brevemente alcuni punti attinenti alla procedura da seguire nel caso di astensione dal giudizio e ricsuzione del Vescovo diocesano.

6.1. Nei processi ordinari

La astensione dal giudizio del Vescovo diocesano (sia spontanea sia seguente alla ricsuzione), se interviene dopo la comunicazione del tribunale costituito, deve rivestire la forma del decreto⁷², nel quale le ragioni dell'astensione non sembrano necessarie⁷³.

Nel caso della ricsuzione, il giudizio di legittimità della medesima che – come sopra si è sostenuto – è appannaggio necessario dello stesso Vescovo diocesano, deve rivestire le forme del decreto sia nel rigetto della ricu-

parte viri actoris». *Solo su questa base* («simultas») la Segnatura Apostolica invitò da un lato il Vicario giudiziale a valutare di nuovo se non fosse il caso di astenersi spontaneamente dal giudizio, dall'altro lato il Vescovo a valutare l'opportunità di chiedere – ottenuto il consenso delle parti – il trasferimento della causa ad altro tribunale (decreto 16 dicembre 1989). Ciò che puntualmente fu chiesto e concesso (decreto 17 maggio 1990).

⁷² Cfr. JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice*, 427.

⁷³ Al contrario JENKINS, *Safeguarding the Administration of Justice*, 427: «Reasons for the recusal should be included, and the decree should be placed with the acts of the case».

sazione sia nell'accoglimento della medesima. In entrambi i casi si segue la procedura prevista dal can. 1451, ossia si udranno le parti, il promotore di giustizia e il difensore del vincolo, se questi due ultimi intervengono nella causa e non siano anch'essi ricsuati. Naturalmente l'oggetto sar  rigorosamente delimitato alla legittimit  della eccezione, escluso ogni riferimento al merito.

6.2. Nel *processus brevior*

Nel caso del *processus brevior* l'astensione dal giudizio del Vescovo diocesano e anche la sua ricsuzione potrebbero avere effetti gravemente dilatori se – come previsto dalla legge – l'intervento del Vescovo si pone al termine del processo, senza che ordinariamente egli abbia neppure notizia dell'introduzione e della celebrazione dello stesso processo.

Ricevuti gli atti con il parere del giudice istruttore e dell'assessore, il Vescovo potrebbe accorgersi di trovarsi in una delle condizioni di cui al can. 1448, § 1 oppure nella incompatibilit  di cui all'art. 113, § 2 DC, oppure rinvenire tra gli atti l'atto di ricsuzione nei suoi confronti, e quindi dichiarare di astenersi dal giudizio. Ci  potrebbe comportare il passaggio al processo ordinario (se non ci fosse altro Vescovo diocesano competente a norma del can. 1972 e non si volesse chiedere proroga di competenza al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica) oppure il rinvio al Vicario giudiziale che dovrebbe individuare un altro Vescovo diocesano competente (sempre che le parti non abbiano rivolto il libello al Vescovo diocesano astenuto).

Per ovviare a questa eventualit  odiosa e dilatoria, il Vicario giudiziale deve sempre informare il Vescovo diocesano competente dell'introduzione della causa (tramite, per esempio, l'invio del decreto di ammissione della causa al *processus brevior*)⁷⁴. Cos , allo stesso modo, all'apparire durante il processo di un atto di invito all'astensione rivolto al Vescovo diocesano o di ricsuzione formale, il Vicario giudiziale deve trasmetterlo immediatamente al Vescovo diocesano⁷⁵.

Proceduralmente si seguir  quanto sopra indicato per il caso del processo ordinario.

⁷⁴ Conforme, seppur con formula meno stringente («No se dice que esto decreto tenga que notificarse al obispo diocesano, pero no ser  ocioso hacerlo»), MORÁN BUSTOS, *El proceso "brevior" ante el Obispo diocesano*, 154.

⁷⁵ Il Vicario giudiziale potrebbe ricevere l'invito all'astensione e/o la ricsuzione direttamente dalle parti, dal difensore del vincolo oppure per il tramite dell'istruttore. Lo stesso Vicario giudiziale pu  decidere la sospensione del *processus brevior* in attesa della decisione del Vescovo diocesano.

7. Conclusion

Una linea piuttosto continua nella tradizione giuridica fa risalire l'istituto dell'astensione dal giudizio e della ricasazione al diritto naturale.

Si può ricordare al riguardo la lettera di papa Nicola I all'imperatore Michele Cerulario nell'anno 865: «Nam quodammodo naturale est suspectorum iudicum insidias declinare et inimicorum iudicium velle refugere»⁷⁶. Il papa Celestino III (1191-1198) menzionando la «ratio» quale fondamento della astensione e ricasazione certamente intende riferirsi alla natura delle cose: «Ipsa namque ratio dictat et pluribus probatur exemplis quod suspecti et inimici iudices esse non debent»⁷⁷. Così, infatti, riassume il Cardinale Lega la tradizione canonica:

«Cum ex ipso iure naturali suspicio iudicem impediatur a iudicando ut ait c. 41 de App. X [ossia la decretale di papa Celestino III], iudex suspectus, opposita suspitione, antequam fiat causae cognitio, potest se abstinere. Immo et nulla proposita exceptione, ob probabilem causam suspitionis iudex sponte sua se abstinere valet; quod iure meritoque facit ad praecavendas lites»⁷⁸.

Per la consonanza che non può non vigere – almeno in ragione dell'Autore – tra il diritto naturale e il diritto divino positivo, non potrà evitarsi la coniugazione, sulla base della legislazione positiva circa l'astensione e la ricasazione, della naturalità di un giudizio scevro da sospetti e la costituzionalità della funzione del Vescovo quale giudice.

⁷⁶ Decreto di Graziano c. 3, q. 5, c. 15. È la conclusione che il papa Nicola I trae al termine del capitolo, dopo aver illustrato esempi ecclesiali famosi di ricasazione e la stessa normativa giuridica romana al riguardo. Graziano concluderà a sua volta con il *dictum*: «Patet quod, etsi manifesta sunt crimina alicuius, non tamen accusationis inimici condemnandum est».

⁷⁷ X, 2, 28, 41 (*Comp.* II, 2, 19, 16). Il Papa risponde al Decano di Rouen che chiedeva se la parte che ricusa un giudice «an causam suspitionis debeat allegare, et causam, nisi manifesta sit, coram eodem iudice probare teneatur» e se il giudice in assenza di questa prova potesse giudicare. La risposta del Pontefice è affermativa: «Quodsi coram ipsis, in quos convenitur, eiusdem causa suspitionis probata fuerit, causae cognitioni supersedere tenebitur iudex recusatus». Segue quindi la massima citata nel testo, che è comunque presa dalla medesima lettera di papa Nicola I sopra citata: «Quia suspecti et inimici iudices esse non debeant, et ipsa ratio dictat, et plurimis probatur exemplis».

⁷⁸ M. LEGA, *De iudiciis*, I, Romae 1905², n. 569, 479.