

Inammissibilità di prove illecite *quoad substantiam* e *quoad modum acquisitionis* nel processo canonico di nullità del matrimonio. (Prime considerazioni sull'art. 157 della recente Istruzione “*Dignitas connubii*”)*.

Antonio Ingoglia

Professore associato di diritto canonico ed ecclesiastico
Università degli Studi di Palermo

SOMMARIO: 1.- L'art.157, §1 della Istruzione “*Dignitas connubii*” in relazione al can.1527,§1 del vigente *Codex j.c.* e suo contenuto. – 2. La diversa illiceità delle prove canoniche: quanto al profilo oggettivo. Casi particolari. - 3. (*Segue*): e quanto alle modalità di acquisizione. In specie, la pretesa illiceità delle perizie “*super actis*”. Critica.

1. - L'art.157, §1 della recente Istruzione “*Dignitas connubii*”¹, attuativo del canone 1527, §1 del vigente *Codex j.c.*, ha escluso l'ammissibilità delle prove quando queste siano, oltre che inutili, anche illecite “*sive in se sive quoad modum acquisitionis*”. Tale norma prende posizione su una materia dove il silenzio del legislatore aveva dato luogo ad opinioni interpretative non concordi da parte della dottrina. In particolare, la disputa gravava sul significato della previsione di cui al can.1527,§1 del *Codex j.c.* del 1983 che, vietando l'ammissibilità delle prove considerate *illicite*, ometteva tuttavia di dire se tale illiceità riguardasse unicamente l'oggetto della prove in sè, ovvero anche le modalità di procacciamento delle stesse. In senso affermativo s'era espressa la maggioranza degli interpreti, rilevando come la limitazione deducibile dal citato canone concerneva le prove considerate illecite *quoad modum* e non solo *quoad substantiam*, affermando infine che “per qualunque motivo la prova sia illecita, questa non può essere ammessa”².

Per la soluzione contraria si erano però schierati quanti ritenevano che l'interdizione non riguardasse le prove acquisite o procacciate illecitamente, perché altrimenti il legislatore ne avrebbe parlato in modo esplicito; e al riguardo, essi si appellavano all'autorità del can.1749 del

(*) Il presente studio è destinato agli Studi in onore del Prof.Sebastiano Villeggiante di prossima pubblicazione.

¹ L'Istruzione, a cura del Pontificio consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi e destinata alla medesima funzione della precedente Istruzione “*Provida Mater*” del 15 agosto 1936, è stata pubblicata il 9 febbraio 2005. Per un commento a margine cfr., in particolare, G.P.MONTINI, “L'istruzione “*Dignitas connubii*” nella gerarchia delle fonti, in *Periodica de re mor.can.lit.*,94, 2005,p.16 ss; Id., L'Istruzione *Dignitas connubii* sui processi di nullità matrimoniale. Una introduzione, in *Quaderni dir. eccl.*, 4, 2005,p.342 ss.

² Cfr il testo della relazione letta il 19.9.2001 da C.GULLO su “*Questioni sulla liceità delle prove nelle cause matrimoniali*” durante il “*Corso di aggiornamento per operatori del diritto presso i Tribunali ecclesiastici*” (in <http://sociobrasicanon.vilabol.uol.com.br/gullo.htm>); in senso analogo J.J.GARCIA FAILDE (*Nuevo derecho procesal canonico*, Salamanca, 1992, p.115), per il quale “*La prueba puede ser ilícita o en sí misma (vgr. una masturbación) o por el modo de obtenerla (vgr. con fraude,dolo,violación de secreto profesional, etc.)*”.

Codex previgente che si riferiva unicamente al grado di pertinenza delle prove rispetto al nucleo essenziale della domanda, e ciò al fine di evitare inutili indugi³. Osservavano, da ultimo, questi autori che non è sempre possibile limitare la produzione delle prove in qualunque modo procacciate, quando l'acquisizione delle stesse risulti utile ad evitare una sentenza contraria alla verità oggettiva⁴.

Di fronte al §1 dell'art.157 della Istruzione da poco entrata in vigore⁵, che rende ora esplicita la previsione del canone 1527, §1, appare innegabile che la illiceità della prova discende anche dalle modalità di procacciamento; e che, conseguentemente, in tal caso il giudice dovrà guardarsi dall'ammetterla e le parti dal proporla (*"neque adducantur neque admittantur"*).

Questa norma, che codifica l'interpretazione della dottrina maggioritaria, si rivela però di problematica applicazione, in quanto, al di fuori dei casi più evidenti (in cui, ad es., le prove risultino in palese contrasto con norme penali), non sempre è agevole stabilire quando una prova possa venire qualificata, a volta a volta, illecita per le modalità di acquisizione o per il suo contenuto oggettivo (o addirittura, per ambedue questi motivi); e ciò anche in considerazione dei notevoli margini di indeterminatezza di un concetto, quale è quello di *illiceità*, che si presta a più di un significato e che risulta, pertanto, di non facile ed univoco utilizzo⁶.

Come pure problematico è stabilire quale sia il soggetto processuale cui compete la valutazione sulla illiceità o meno delle prove; al qual proposito parte della dottrina ha infatti ritenuto che ciò riguardi unicamente il giudice, nell'esercizio dei propri poteri istruttori, e non invece le parti le quali, dal canto loro, "non incontrano alcun limite"⁷ nella produzione degli elementi probatori, trovando ciò conforto in una norma, lo stesso can.1527,§1, che riconosce ad esse il diritto di addurre prove di qualsiasi tipo (*"cuiuslibet generis"*) necessarie per accogliere o respingere la loro domanda.

³ "Probationes quae ad moras iudicio nectendas postulari videntur, ceu examen testis longe dissiti, aut cuius domicilium nescitur, vel cognitio documenti quod cito haberi non potest, iudex ne admittat, nisi hae probationes necessariae videantur quia ceterae deficiant aut satis non sint"; tale disposizione era, peraltro, pedissequamente ripetuta anche all'art.95 della "Instructio servanda in pertractandis causis matrimonialis de nullitate matrimonii del 1936.

⁴ In tal senso cfr., per tutti, J.M.ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma, 1996, 3° ed., p.380.

⁵ V. *supra*, nota n.1.

⁶ Sul problema della liceità degli atti umani e di quelli giuridici, nonché sui diversi modi di intendere tale concetto si v. i più tradizionali trattati di teologia morale, tra cui, E.AERTNYS-A.DAMEN, *Theologia moralis, Secundum doctrinam S.Alfonsi de Logorio doct. Ecclesiae*, T.II, Torino, 1947, p.16 ss.. Per un ulteriore approfondimento del concetto anche con riguardo alle prove canoniche, v. le recenti osservazioni di MANUEL CALVO TOJO, *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca, 1999, p.312 ss.

⁷ Così, in particolare, M.J.ARROBA CONDE, op.cit. Sul principio della libertà delle prove cfr., inoltre, A.STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, ed. aggiornata e ampliata, Città del Vaticano, 1994, p.595, il quale, tra l'altro, afferma che "La non tassatività del catalogo legale dei mezzi di prova è conforme al principio di libertà della prova che caratterizza la tradizione canonica, tesa costantemente più alla ricerca della verità attraverso l'uso di diversi mezzi probatori nel processo che alla formalistica riaffermazione dell'esclusiva funzione di rilevanza probatoria e di ammissibilità delle prove".

L'esame di questi problemi si presenta immediatamente e necessariamente dipendente dalla precisazione di due punti preliminari, intesi quali presupposti per una risoluzione degli stessi e precisamente: la fissazione del concetto di *illiceità* con riguardo al sistema probatorio canonico, e, con stretta connessione, la individuazione dei soggetti cui compete il giudizio circa l'illiceità delle prove addotte o che si intendano produrre.

Mentre rinviando al prosieguo di questo lavoro l'esame delle opinioni sul concetto di illiceità e della sua considerazione ai nostri fini, ci soffermiamo qui brevemente sul secondo degli aspetti accennati. In proposito, giova subito rilevare che, il canone 1527,§1 nel dichiarare che "*adduci possunt probationes cuiuslibet generis*" che siano ad un tempo utili e *lecite*, pare riferirsi non tanto all'ammissione delle prove da parte del giudice, quanto alla produzione di esse ad opera delle parti, sicchè è a queste ultime che è commesso in primo luogo l'esame circa la liceità delle prove da presentare in giudizio; per questo non ci sembra quindi di poter convenire con chi sostiene che la valutazione sulla liceità o meno del mezzo probatorio riguardi unicamente il giudice nella fase di ammissione delle prove e non coinvolga le parti processuali⁸. In ogni modo, l'art.157 della Istruzione "*Dignitas connubii*" cui sopra ci si è riferiti, sembra eliminare ogni dubbio alla radice stabilendo non solo che *non possano essere addotte* ma anche che *non siano ammesse* ("*neque admittantur neque adducantur*") prove illecite o inutili: cade, quindi, l'argomento con cui si era ritenuto prima della entrata in vigore della nuova norma applicativa, che la valutazione avrebbe riguardato in tal caso unicamente il giudice e non invece le parti al momento della produzione delle prove.

Si aggiunga che un preciso orientamento in favore di quest'ultima posizione, viene dalle modifiche apportate dal legislatore del 1983 al can.1749 del precedente *Codex*, dove veniva stabilito che il giudice potesse ammettere solo le prove da questi ritenute "necessarie". Infatti, ponendo a confronto quest'ultima previsione con la corrispondente norma del Codice novellato, il mutamento appare chiaro: in luogo di porre l'accento sull'accertamento della "necessità" delle prove da parte del giudice, nel can.1572,§1 v'è ora l'esplicito riconoscimento del diritto delle parti (sia private che pubbliche) di produrre "prove di qualsiasi genere purchè utili e lecite" onde non

⁸ Di quest'avviso parrebbe J.MARROBA CONDE (*Diritto processuale*, cit., p.375). In senso contrario alla posizione illustrata J.J.GARCIA FAILDE (*Derecho procesal*, cit) a giudizio del quale "Se trata directamente no tanto de la admisión cuanto de la aportación de las pruebas. Es pues, logico concluir que el juicio sobre si la prueba, que se intenta aportar, es útil y lícita, corresponde a la parte que desea presentarla".

⁹ Su questo punto cfr. J.CORSO, *Le prove*, in AA.VV., *Il processo*, cit., p.610, per il quale la nuova disposizione "risulta del tutto diversa dal vecchio can.1749 del CIC-1917 caratterizzato, nella sua impostazione proibitiva, dalla sola preoccupazione di economia processuale mediante l'interdizione delle prove che "ad moras iudicio nectendas postulari videntur"; in argomento anche C.GULLO, op.cit., p.2: "Nel Codice del 1917 il Legislatore prendeva in considerazione il problema sotto il profilo della ammissione di prove che siano necessarie (can. 1749); nella nuova legislazione si pone l'accento sulla produzione e sul fatto che possono essere addotte prove che siano utili e lecite".

si fa più riferimento all'esame del giudice sul carattere non meramente dilatorio o futile dei mezzi probatori adottati, che poteva, oltre a tutto, configurarsi come una sorta di "pre-giudizio" e cioè, in altri termini, come una anticipazione della decisione di merito da parte dell'organo incaricato dell'istruttoria.

Con il can.1527,§1, si è accolto così, in maniera evidente, il principio secondo cui, anche se l'ammissione dei mezzi di prova dei fatti o dei diritti controversi compete in ultima istanza al giudice, ciò non esclude in materia l'apporto diretto o, si potrebbe dire, *collaborativo* delle parti coinvolte nel giudizio, sulle quali innanzitutto grava, com'è risaputo, un preciso *onus* di scegliere e procacciare le prove da sottoporre all'organo giudicante, in quanto possono condurre all'accertamento del *thema probandum*¹⁰.

Ciò detto, anche la questione dei limiti alla proponibilità delle prove ad opera delle parti, può trovare nella norma in esame un valido riferimento per la sua soluzione. Ed invero, l'art.157 della richiamata Istruzione, restringendo la produzione e l'ammissione alle sole prove che *risultino utili o lecite in sé o quanto al modo della loro acquisizione*, pone un limite all'esercizio del diritto in parola, che subisce una compressione di fronte ad esigenze non solo di economia processuale (com'è nel caso delle prove ritenute non *utili* o superflue), ma anche di ordine etico ed ecclesiale, quali sono quelle connesse al rispetto dei principi della *morale* naturale e cristiana, nonché alla *dignità* delle parti e/o anche solo dei soggetti indirettamente coinvolti nel giudizio canonico. Tale limite però - devesi subito avvertire - proprio in quanto coarta una posizione giuridica attiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento canonico non può non intendersi in senso restrittivo, anche in ossequio ai criteri ermeneutici di portata generale, peveduti dal can.18 del *Codex* in vigore (come già dal can. 19 di quello precedente).

Vi è peraltro da notare che la nuova legislazione codiciale, seguendo una impostazione già accolta nel vecchio Codice, ha previsto una adeguata tutela di tale diritto stabilendo appunto, al paragrafo secondo dello stesso can.1527, che ove, in contrasto con l'opinione della parte che

¹⁰ Al proposito, cfr. P.A.BONNET, *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo, Studi sul processo canonico*, Torino, 1998, per il quale "il ruolo che le parti svolgono nel processo è diretto, come quello di ogni altro soggetto che vi partecipa, a costruire una esperienza giuridica conforme alla verità. Più specialmente al fine di dar vita ad una tale esperienza si richiede – e le parti private sono chiamate a darvi un contributo essenziale ed ineliminabile – una puntuale e rigorosa individuazione e della norma e della fattispecie alla quale quella deve applicarsi, e cioè una corretta e fedele ricostruzione della verità di diritto e di fatto"; sempre lo stesso Autore sottolinea che la presenza delle parti nel giudizio "ha del resto una insostituibile funzione non solo individuale, poiché l'attuazione normativa non può riuscire mai ad essere una operazione asettica ma anche sociale. In effetti, soltanto l'efficace partecipazione dei fedeli interessati, con la dialettica costituita dalle loro ragioni così fattuali che giuridiche, può garantire una migliore, e quindi comunitariamente più consona, realizzazione del diritto, e perciò stesso anche una più sicura individuazione della verità" (*L'attuazione e il funzionamento dell'attività giudiziaria nella Chiesa, Verità e giustizia nel processo canonico*, in AA.VV., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano, 1997, pp.101-102).

l'adduce, si ritenga la prova non utile o *illecita*, può quest'ultima "insistere" perché venga comunque accolta e deve "il *medesimo* giudice risolvere la questione *expeditissime*"¹¹.

S'è osservato, in verità, con riferimento a tale norma che essa limiterebbe alquanto il diritto delle parti in materia, poiché non ha ripetuto quanto invece stabiliva il testo dell'art.95,§2 della Istruzione *Provida Mater*, dove si prevedeva *expresso iure* la possibilità di impugnare avanti al giudice superiore la decisione che avesse respinto la richiesta di ammissione di una prova¹². In favore dell'eliminazione di tale norma ad opera del legislatore del 1983, starebbe in realtà il timore (avvalorato dal dato dell'esperienza) che la possibilità di adire in tal caso il giudice d'appello avrebbe finito per diventare un elemento ostruzionistico a disposizione delle parti più sleali, con danno per la giustizia in sé e la sua celerità, onde la soluzione accolta potrà anche sembrare, per così dire, meno *garantista*, ma si rivela inevitabile, di fronte al rischio sempre possibile di dilazioni strumentali del processo, particolarmente aborrite dal legislatore canonico. Praticamente poi, la censura mossa non avrebbe ragion d'essere ove si consideri, da un lato, che secondo quanto prevede la stessa norma codiciale, ora integrata dall'art.158 della "*Dignitas connubii*", la parte può comunque richiedere al Collegio l'ammissione di una prova già rigettata dal ponente e dall'altro, che, in caso di esito negativo, tale richiesta può essere reiterata nel corso delle istanze successive, non essendo precluso alla parte che abbia interesse a fare valere una prova *non ammessa* dal giudice di primo o inferiore grado di chiederne l'ammissione nella fase di appello del processo che ha portato alla decisione impugnata¹³.

2. – Venendo ora più da presso alla questione del carattere lecito o meno delle prove occorre premettere qualche chiarimento, che implica un esame del concetto di *liceità* applicato al sistema probatorio canonico. Infatti, nella dottrina il concetto *de quo* non viene inteso in modo coincidente e le posizioni divergono specialmente quando si tratti di accertare in concreto quando una determinata prova possa ritenersi *illecita* o viceversa. Secondo taluni, infatti, la prova può ritenersi sostanzialmente illecita allorché essa sia contraria a norme inderogabili di diritto, onde di fatto in tal caso la liceità verrebbe a coincidere (assorbendolo) con il concetto di *legittimità*, ossia con la *conformità alla legge*: così, ad esempio, si ritiene *illecita* la prova che risulti lesiva del diritto alla buona fama di cui al can.220 (includente anche quello alla riservatezza) solo ove essa sia anche *illegittima*: a ciò si è indotti, in particolare, dalla lettura della norma in questione "dove si

¹¹ Per un precedente normativo in materia si v. l'art.95,§2 dell'Istruzione "*Provida Mater*" del 1936.

¹² "Il Legislatore quindi...ha tolto alla parte il diritto di impugnazione contro la non ammissione della prova, diritto che le era espressamente concesso dall'art. 95 par. 2 dell'Instr. *Provida Mater*" (C.GULLO, op.cit, p.3).

¹³ Anche se non espressamente formulata questa possibilità deve ritenersi implicita nel sistema. Sul punto, v. le osservazioni J.J.GARCIA FAILDE, op. cit., p.116; inoltre, S.VILLEGIANTE, *Le questioni incidentali*, in AA.VV, *Il processo matrimoniale*, cit., p.657 ss.

afferma l'intangibilità di questo diritto, precisando però che la difesa della propria intimità (va intesa)...come riparo da aggressioni "illegittime"; onde "non si può ritenere che l'indagine processuale, anche quando riguardi fatti intimi, costituisca un'aggressione *illegittima* del diritto alla buona fama"¹⁴. Su questa stessa linea, che tende a utilizzare nella medesima accezione i concetti di legittimità e liceità, si colloca anche chi sostiene che l'espressione "illegittimamente" di cui al can.220 è motivata dal fatto che "nel diritto, è lecito scoprire difetti, peccati o delitti, quando sia in gioco un bene superiore delle persone, della società civile e della Chiesa"¹⁵.

Si tratta di veduta con la quale si può anche convenire, ma che non appare però risolutiva della questione di fondo da cui siamo partiti, non foss'altro perché vi sono dei casi evidenti in cui pur usando strumenti istruttori *legittimi* sono ravvisabili prove oggettivamente *illecite*. Che dire, per ricorrere all'esemplificazione di prima, di quei casi, prospettatisi nella prassi giudiziaria, in cui si ammettono questionari "invasivi in sfere attinenti l'intimità personale" ma che non risultano assolutamente pertinenti rispetto al *thema probandum*? O, ancora, quando nel corso dell'escussione si mettono a verbale espressioni inutilmente "ingiuriose o diffamatorie" rivolte da una parte nei confronti dell'altra? In altri termini: può in tali casi dubitarsi della *liceità* (oltre che ben'inteso della *utilità*) di una prova, quale quella ottenuta attraverso l'esame giudiziale, che per sé non è illegittima¹⁶?

E che dire di quei casi (che nel presente hanno un limite di probabilità minimo) in cui si espletano interrogatori atti a "provocare" le dichiarazioni di soggetti facilmente impressionabili¹⁷? Anche in quest'ipotesi ricorrerebbe una prova pienamente legittima, ma di cui non potrebbe affermarsi, a nostro giudizio, con altrettanta sicurezza la piena liceità.

La necessità di risolvere dubbi e quesiti come quelli cui si è accennato ci spingono a allargare la nostra ricerca sul concetto di liceità, tenendo presenti cioè altri sforzi classificatori. In particolare, riteniamo meriti una più attenta considerazione quella teorica secondo cui il concetto

¹⁴ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *La prova peritale e le problematiche processualistiche*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2000, 408; e dello stesso Autore (*Diritto processuale*, p.380)

¹⁵ L'osservazione è di J.HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano, 1989, p.139, riportata anche in *Codigo de derecho canonico, Edición bilingue y adnotada*, Pamplona,1987, p.178. Sul diritto in questione si v. A.SOLFERRINO, *I diritti fondamentali del fedele: il diritto alla buona fama e all'intimità*, in AA.VV., *Diritto per valori e ordinamento nella Chiesa*, Torino, 1996, p.372 ss.; nonché L.CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico, Commento giuridico-pastorale*, Bologna, 1996, p.315 ss. In proposito si veda anche la normativa particolare italiana sulla tutela della *intimitas* ed in particolare, il *Decreto generale* della CEI n.1285, promulgato in data 20 ottobre 1999, per adeguare la normativa canonica a quella statuale sulla *privacy*. Su quest'ultima cfr., in particolare, V.MARANO, *Diritto alla riservatezza, trattamento dei dati personali e confessioni religiose. Note sull'applicabilità della legge n.675 del 1996 alla Chiesa Cattolica*, in *Quaderni di dir. e pol. eccl.*, I, 1999,p.315.

¹⁶ Per questi ed altri esempi cfr. P.BIANCHI, *La fase istruttoria nel processo di nullità matrimoniale: non solo indagine*, in AA.VV., *Quaderni di dr. eccl.*, 3, 2005, p.313 ss.

¹⁷ Su questa particolare evenienza cfr. A.JULLIEN, *Juges et avocats de tribunaux de l'Eglise*, Roma, 1970, 345

di liceità delle prove è più ampio di quello di legittimità¹⁸, e ciò in quanto esso riguarda non solo il mondo del diritto ma si estende anche quello della morale, sicchè il primo “trascende” il secondo¹⁹. Inteso in quest’ultima accezione, peraltro, il concetto implicherebbe che il giudizio sulla liceità di una determinata prova debba farsi “in relazione a quella che è la posizione assunta, in un certo momento storico, dalla Chiesa (non solo nell’ordinamento, ma anche) nella sua dottrina”²⁰. E’ chiaro che una concezione come questa, che postula uno stretto legame tra sistema normativo ed etico non possa non ricevere pieno accoglimento, specie in un ordinamento come quello canonico nel quale norme positive e valori morali sono come conglobati. Le esigenze della certezza e del carattere positivo del diritto possono sì determinare una distinzione tra principi meramente morali e precetti giuridici, ma non possono indurre ad un distacco completo tra questi due aspetti che sono, anzi, strettamente interdipendenti.

Così, per tornare agli esempi di prima, e tenendo presente il ragionamento posto alla base della posizione da ultimo riferita, si potrà ritenere che, sia nel caso di produzione di quesiti “invasivi della sfera di intimità personale” ma ultronei rispetto all’oggetto dell’indagine giudiziaria, sia in quello dei verbali di istruzione contenenti espressioni gratuitamente diffamatorie, si sia in presenza di prove pur formalmente legittime, ma sostanzialmente *illicite* perché inutilmente lesive di un bene morale, come la buona fama altrui, la quale secondo lo stesso San Tommaso può bene annoverarsi tra i valori naturali più rilevanti dell’individuo, onde “*inter res temporales videtur fama esse pretiosior*”. D’altra parte, quando si guardi al carattere pubblico (almeno per le parti) dei resoconti giudiziari, alla fiducia che, salvo diversa prova, deve essere in essi riposta da tutti quelli che ne vengono a conoscenza, non si può non riconoscere la “*iniusta diminutio*” che sono suscettibili di procurare all’onorabilità altrui.

Non sarà inutile aggiungere, peraltro, che nell’un caso e nell’altro, si potrebbe essere esposti ad eventuali azioni penali e risarcitorie in foro civile, che dovrebbero dunque rendere particolarmente avvertiti gli amministratori della giustizia ecclesiastica, attivando se del caso forme di reazione consentite all’interno dello stesso ordinamento canonico, mediante l’irrogazione di una pena nella misura prevista dal can.1390,§2 contro gli autori dei delitti di *calunnia e diffamazione*²¹, o, una volta accertato il titolo causativo, anche attraverso la previsione di

¹⁸ Questa concezione, almeno entro certi limiti, è stata sempre pacifica nella dottrina canonistica, come attesta A.GERCIA, *Lezioni di diritto canonico pubblico e privato*, Napoli,1882, p.17 ss.

¹⁹ Così C.GULLO, *Questioni sulla liceità*, cit.,p.3.

²⁰ Ritiene che la nozione di illiceità, nell’ambito del diritto canonico, vada accertata tenendo conto della violazione di principi e precetti morali, M.CALVO TOJO, *Reforma del proceso*, cit., p.312.

²¹ Ovviamente non è il caso di affrontare qui il problema delle misure penali da adottarsi nei casi surriferiti. Su questo punto si rinvia, pertanto, alla disposizione richiamata e a quanto al proposito è stato scritto: cfr., tra altri, A.CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Cinisello Balsamo, 1990, p.263 ss. Per una raccolta della giurisprudenza rotale sui delitti di ingiuria e diffamazione cfr. V.PALESTRO, *Rassegna di*

misure risarcitorie adeguate, in base al can.128 che incontra, peraltro, ora nell'art.111,§3 della citata Istruzione un espresso quanto significativo richiamo²².

Di recente, la Corte di Cassazione italiana, affrontando il caso di una parte convenuta nel giudizio canonico di nullità che si è sentita calunniata dal contenuto di alcune deposizioni, ha accolto le censure mosse alla sentenza di merito che aveva assolto gli imputati, disponendo l'interrogatorio del giudice ecclesiastico come testimone nel processo penale²³. Vero è che, in tal caso, come in altri similari, anche a prescindere dalle garanzie di autonomia giurisdizionale riconosciute dall'art.2 dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense, il giudice ecclesiastico potrà astenersi dal rendere la propria testimonianza invocando la norma che tutela il segreto ministeriale (art.200 c.p.p.)²⁴, ma rimane, comunque, il fatto che il rischio di trovarsi in futuro di fronte ad azioni di questo tipo è, purtroppo, tutt'altro che irreali.

Resta da aggiungere, invece, quanto alle dichiarazioni rese nel corso dell'esame giudiziale dalla parte o dal teste suggestionabili, che si tratta, per essere esatti, di una ipotesi distinta sul piano tecnico da quelle in precedenza viste: al qual riguardo sarebbe opportuno, a nostro avviso, parlare di prova invalida anziché illecita, onde in tal caso si dovrebbe ricorrere, in quanto applicabili, alle norme sull'atto giuridico viziato per difetto dei requisiti essenziali minimi..

3. – La problematica relativa al concetto di liceità con riguardo al sistema probatorio canonico non si arresta però alla sola considerazione del contenuto delle prove, ma anche alle modalità con cui queste ultime vengono procacciate, così come prevede l'art.157 della “*Dignitas connubii*” su cui più volte ci si è soffermati nel corso del presente testo. Si tratta di un problema che si pone soprattutto con riferimento a quelle prove che riguardano, per usare una terminologia

Giurisprudenza rotale nelle cause iurium e penali (1909-1993), Milano, 1996; nonché, Id., *Le sentenze penali della Rota Romana (1909-1996)*, in AA.VV., *Il processo penale canonico*, Roma, 2003, p.325 ss.

²² “Qui alteri quovis actu dolo vel culpa illegitime posito damnum intulerint, obligatione tenentur damnum reparandi (cf.can.128)”. Nel senso di ammettere in tali casi la possibilità di una azione riparatoria o risarcitoria cfr. M.LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, v.III, Roma, 1941, p.263, secondo cui: “Inter alia praestanda est congrua indemnitas parti laesae, in qua taxanda indemnitate de bono et aequo tum pars laedens, tum pars laesa sunt audiendae ut iudex congruam seu bonam et aequam taxationem statuatur. Per eam fit indemnitas pars laesa tum in bonis patrimonialibus, ei refusa certa pecuniarum summa, tum in bonis moralibus famae et existimationis ei reddita a ledente attestazione in scriptis vel alia ratione ut iniuriae effectus destruat”.

²³ Per il testo della sentenza cfr. *Quaderni di diritto e politica eccl.*, 3, 2004, p.810 ss, con nota critica di A.LICASTRO, *Ancora in tema di segreto professionale del “giudice” ecclesiastico (Osservazioni a Cass pen., Sez. V, sent 12 marzo 2004, n.22827)*, p.793 ss.

²⁴ Al riguardo, va sottolineato come sia in corso un mutamento di indirizzo della legislazione italiana; la quale, mentre in passato, sanzionava con la pena della nullità la deposizione del ministro di culto resa in violazione del segreto (art.351 del c.c.p. del 1930), è ora indirizzata a consentire unicamente al ministro di culto la facoltà di astenersi dal rendere notizie apprese a motivo della sua attività. Tale norma appare, peraltro, collegabile all'art.4.4 dell'Accordo concordatario di Villa Madama del 1984 che esenta i ministri del culto cattolico dall'obbligo di rendere “a magistrati o ad altra autorità informazioni su persone o materie di cui siano venuti a conoscenza per ragioni del loro ministero” (sul punto, in particolare, S.BORDONALI, *Somministrazione di sacramenti e responsabilità penale del sacerdote*, in *Il dir.eccl.*, 4, 1999, p.877).

ormai invalsa nell'ambito giuridico, "dati sensibili" attinenti in ispecie alla sfera morale, o della salute psichica e/o fisica delle parti e che non sono spontaneamente offerte all'organo giudicante dagli stessi interessati o almeno con il loro consenso. E' ovvio, infatti, che ove queste prove venissero date in giudizio direttamente dalle parti coinvolte non sorgerebbe questione alcuna sull'utilizzo di esse, essendo peraltro il diritto all'intimità pienamente rinunciabile: così ad esempio, non è dubbia la liceità dei documenti (quali cartelle cliniche, certificati di degenza) o anche delle registrazioni di conversazioni telefoniche acquisite con l'esplicito consenso rispettivamente del paziente o dell'altro dialogante. Sennonchè, come la pratica dei tribunali ecclesiastici insegna, non sempre ciò si verifica o è possibile; e valga qualche ulteriore esempio: a) una delle parti allega in giudizio una cartella clinica di cui è venuta in possesso senza il consenso o contro il volere dell'altra; oppure, b) viene richiesta una perizia sugli atti di causa senza averne la previa autorizzazione dalle parti coinvolte. Orbene, possono, in tal caso, giudicarsi *lecitamente* procacciate le dette prove e addunque assumersi senza incomodo in giudizio?

La risposta non è affatto scontata, come potrebbe apparire a prima vista, ma richiede una valutazione più articolata che tenga conto di vari elementi: e difatti, non basta a ritenere *illecita* una prova soffermare lo sguardo unicamente sul come si sia venuti in possesso della stessa, se insieme non si tiene conto di alcuni principi di fondo del giudizio canonico, specie quello che riguarda le cause matrimoniali. Due sono, in particolare, le avvertenze che vengono in considerazione, a questo proposito: da un lato, infatti, sta l'esigenza, insita nel giudizio canonico matrimoniale, relativa all'accertamento dello *status* coniugale che, per le sue connessioni con la *salus animarum*, non può non ritenersi prevalente rispetto ad altri pur importanti interessi privati in gioco in questa tipologia di processi, non esclusi quello alla riservatezza e all'intimità personale; dall'altro, (e qui ci ricollegiamo a quanto avevamo anticipato), si deve tenere da conto che le limitazioni previste dalla legge processuale al diritto delle parti alla produzione delle prove, devono intendersi restrittivamente, onde non è consentito comprimerlo con soverchie restrizioni fino a vanificarlo del tutto.

Con riferimento al primo di tali aspetti, è stato detto, non senza ragione, che "non è assolutamente pensabile, almeno non nel diritto della Chiesa, che l'accertamento di un fatto di natura pubblicistica (il proprio reale status personale), da cui dipende la salvezza dell'anima di una o più persone, possa essere impedito da un veto posto in essere dall'altra parte (invocando la tutela del proprio diritto all'intimità o alla riservatezza)"²⁵. Ed invero, se si dovesse assumere come criterio decisivo per l'ammissione delle prove la tutela incondizionata di tale diritto vi sarebbe una incompatibilità, addirittura logica, tra il processo e il diritto alla riservatezza, il quale renderebbe impossibile la celebrazione dei giudizi in materia matrimoniale all'interno

²⁵ C.GULLO, op.cit.,p.4.

dell'ordinamento della Chiesa; per modo che si dovrebbe abdicare alla giurisdizione canonica in materia, con grave pregiudizio per la società ecclesiale, oltre che, in ultima istanza, per la salute delle anime: di fronte a tale rischio, è innegabile che, sia il diritto alla riservatezza che quello alla buona fama, cedano il passo o subiscano delle compressioni di fronte alla ricerca processuale della verità oggettiva attinente allo *status* coniugale. Certo non potranno essere ammesse prove documentali che, come nelle ipotesi descritte in precedenza, siano state ottenute contro il volere dell'altra (magari con la frode, l'inganno) o siano oggetto di un furto. Tuttavia, proprio la ricerca della verità, porterà il giudice che sia a conoscenza dell'esistenza di detta prova ad ordinare alla parte interessata l'esibizione del documento ai sensi del can.1545 (ora ripetuto senza aggiunte redazionali all'art.191 della *Dignitas connubii*), e, in caso di rifiuto di quest'ultima, dovrà trarne le conseguenze valutando liberamente la condotta tenuta. Non c'è dubbio, poi, che la parte cui l'ordine di esibire la prova sia diretto potrà eccepire, valendosi della norma di cui all'art.192,§1 della citata Istruzione, di non essere tenuta all'esibizione allorchè dalla pubblicazione del documento possa derivare il pericolo di "infamia" per sé o per altri (si pensi alle ripercussioni che in certi ambienti può provocare la divulgazione di un documento da cui si evince una patologia di tipo sessuale); ma ciò non esclude, siccome statuisce il paragrafo secondo della citata norma che il giudice possa comunque disporre l'esibizione semprechè sia "possibile descrivere almeno una piccola parte del documento e produrla in esemplare senza gli inconvenienti menzionati". In ogni caso, si può senz'altro convenire, con chi ritiene che la parte che si opponga all'ammissione di un documento sostenendo che le è stato sottratto in modo illecito dovrà comunque "anche provarlo".²⁶ Basti considerare che non sono rari i casi in cui, di fatto, prove di questo tipo possono essere acquisite in modo del tutto fortuito (ad esempio, perché rinvenute nella dimora coniugale dopo la separazione) ed in tal caso non potrebbero di certo ritenersi "illecitamente sottratte", almeno fino a che non si dimostri il contrario.

E veniamo all'ipotesi, cui si è accennato sopra, che venga disposta la perizia sugli atti, evenienza quest'ultima che quasi sempre ricorre quando una parte non vuole assoggettarsi personalmente all'esame del perito, onde si deve dedurre che non abbia dato il proprio consenso neppure all'esame sugli atti. Anche riguardo a tale caso, possono valere in linea di massima le indicazioni già date a proposito del documento la cui divulgazione potrebbe nuocere all'immagine dell'interessato, onde si potrebbe disporre la pubblicazione di talune parti della perizia, quelle cioè ritenute meno lesive della onorabilità, informandone comunque il patrono che rappresenta in giudizio la parte non collaborante.

²⁶ C.GULLO, ult. cit, p.6

Un caso a parte, e di soluzione più delicata, si ha però nell'ipotesi che gli Ordini professionali impediscano al perito, come accade in alcuni Stati, di svolgere tali tipi di indagine senza avere prima esaminato personalmente il periziando²⁷ o averne ottenuto l'autorizzazione.

La dottrina prevalente è indirizzata nel senso di ritenere pienamente lecito tale mezzo di prova, pur quando non sia possibile acquisire il consenso degli interessati; ma non manca chi, viceversa, ne sostiene l'illiceità, e ciò in quanto la redazione di una perizia "*super actis*" esporrebbe il perito ad una sanzione civile per violazione del proprio codice deontologico: "Es decir, que en tales supuestos – los de dictamen pericial psicológico sobre solamente las actas – se convierte, en prueba ilícita. Porque el tribunal no puede, moralmente al menos, poner *en grave riesgo* de ser sancionado, muy severamente además, a un colaborador del tribunal mismo"²⁸.

Riteniamo, tuttavia, che questa sia questione che attiene più alla legittimità civile di tali perizie, e non dunque alla loro liceità canonica; e che così sia deriva dalla considerazione alla quale sopra ci si è riferiti per cui l'illiceità va valutata all'interno dell'ordinamento canonico, per cui non può ritenersi che le prove consentite "en el fuero eclesiástico" sono unicamente quelle che "no esten prohibidas por el ordenamiento estatal de cada pays". Della liceità di questi elementi di prova richiesti dal giudice canonico, peraltro, non s'è mai dubitato, come attesta sia l'uso frequente che se n'è fatto nella prassi²⁹, sia il rilievo implicito che ad esse è stato dato dalla stessa Segnatura Apostolica in una dichiarazione del 1998, ove appunto pur sottolineando il valore relativo delle perizie o, a meglio dire, dei "voti" *super actis* non è stata esclusa la praticabilità³⁰.

Senza dire che, anche permanendo il dubbio sulla effettiva *liceità* della modalità di procacciamento di una simile prova, sarebbe iniquo dichiararne l'inammissibilità, stante, come s'è detto, che il divieto di cui all'art.157,§1 in quanto limita il diritto delle parti alla produzione della prova, deve interpretare, ai sensi del can.18 restrittivamente.

Con questo non intendiamo affermare che ogni prova sospetta di illiceità debbasi comunque ammettere, ma piuttosto che possono aversi delle prove che, pur acquisite in contrasto con norme di carattere civile o semplicemente deontologico, sono, a determinate condizioni ed entro certi limiti, suscettibili di avere rilevanza in ambito canonistico e di divenire oggetto di apprezzamento da parte del giudice ecclesiastico.

²⁷ Così in Spagna, dove "El Código Deontológico del psicólogo prohíbe, en España, una peritación sobre las actas procesales; ni el profesional puede emitir informe si la persona sobre la que versa el informe no diese "expreso consentimiento" para emitirlo" (CALVO TOJO, *Reforma del proceso*, cit., p.324).

²⁸ M.CALVO TOJO, op. ult. cit., p.325

²⁹ Cfr. J.M.SERRANO, *La perizia psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa: legitimación, elaboración y valoración canónica*, AA.VV. *Curso de derecho matrimonial y procesal para profesionales del foro*, X, Salamanca, 1992, p.525 ss.; ed anche P.HERNANDO CALVO, *La prueba pericial psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa*, in AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales*, Salamanca, 1997, p.295 ss.

³⁰ Cfr. la "Responsio" del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica del 16 luglio 1998 (prot.n.28252/97 VI). Sul punto, inoltre, P.BIANCHI, op.cit., p.125.