REDC 73 (2016) 181-206

ALCUNE CONSIDERAZIONI SUI CONCETTI «ISTRUTTORE» E «UDITORE» E SULL'ESPRESSIONE «GIUDICE ISTRUTTORE»

RESUMEN

Los conceptos jurídicos *auditor*, *instructor* y *juez instructor* son muy conocidos en el ámbito del derecho procesal canónico, pero no siempre reciben el trato adecuado. La legislación anterior empleaba las tres palabras, mientras que la actual solamente emplea las dos primeras. El auditor y el instructor en el Código son dos oficios semejantes, cuyo cometido es recoger las pruebas en la instrucción de una causa y entregarlas al juez, ejerciendo la potestad ejecutiva, pero no la judicial. Sin embargo, muchos comentaristas llaman *juez instructor* tanto al auditor como al instructor, lo cual da lugar a confusión ya que no aparece clara la distinción entre actos administrativos y judiciales del juez, cuestión discutida antes de la legislación vigente, ni tampoco la potestad del auditor ni del instructor. Por ello el uso de la expresión *juez instructor* no es correcto, ya que el Código distingue claramente al auditor y al instructor del juez, de quien dependen en el ejercicio de su función.

Palabras clave: auditor, instrucción de la causa, instructor, juez instructor, obispo diocesano, recoger pruebas, testigo, tribunal colegial.

ABSTRACT

The legal concepts of *auditor*, *instructor* and *iudex instructor* are well known in the field of canonical procedural law, but they are not always given an adequate explanations. The previous legislation used the three concepts, while the current one only uses the first two. The auditor and the instructor in the Code are two similar offices, whose job is to collect evidences in the investigation of a case and deliver them to the judge. In doing that, they exercise the executive power, but not the judicial. However, many commentators call *iudex instructor* both the auditor and the instructor, which leads to confusion as there seem not to be a clear distinction between administrative and judicial acts of the judge —a discussed issue prior to the current legislation—, nor the power of the auditor or the instructor. Therefore the use of the expression «examining magistrate» is not correct, because the Code clearly distinguishes the auditor and the instructor from the judge, on whom they depend in the exercise of their function.

Keywords: auditor, collegiate tribunal, diocesan bishop, judge, to instruct the cause.

Universidad Pontificia de Salamanca

INTRODUZIONE

Le parole del titolo indicano con chiarezza qual è l'oggetto del nostro lavoro: l'approfondimento sul vero significato dei concetti *istruttore* e *uditore* e dell'espressione *giudice istruttore* nell'ambito canonico. Le motivazioni che ci hanno spinto a intraprendere tale compito vengono dalle nuove norme canoniche[1], e anche da varie pubblicazioni anteriori a esse, dove l'uso di tali concetti, ma soprattutto dell'espressione *giudice istruttore,* suscita qualche perplessità, e addirittura l'interrogativo se esista tale ufficio. Tale questione potrebbe apparire come una domanda retorica, ma non è così, perché la questione è più complessa. Infatti, sfogliando i manuali di diritto processuale, sia della legislazione anteriore[2] sia di quella vigente[3], o altre pubblicazioni sulla materia processuale[4], è possibile imbattersi con la parola *instructor* e l'espressione *iudex instructor* applicata sia al giudice sia all'uditore.

Il Codice di Diritto Canonico del 1917 usava detta parola ed espressione in scarse occasioni[5], mentre il Codice vigente adopera la parola *instructor*[6],

1 FRANCESCO, Motu p. *Mitis iudex Dominus Iesus*, 15 agosto 2015, in: *L'Osservatore Romano*, 9 settembre 2015, 3-4; *Idem*, *Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale, ibidem*, 4.

canonici, Romae 1938, 123: «Nam auditor est deputatus iudex instructor»; PUGLIESE, A., Iudices auditores, in: PALAZZINI, P. (dir.), Dictionarium morale et canonicum, Roma 1965, tomo II, 835-836.

3 Ad esempio, OCHOA, X., Il «De Processibus» secondo il nuovo Codice, in: La nuova legislazione canonica. Corso sul Nuovo Codice di Diritto Canonico 14-25 febbraio 1983, Roma 1983, 387; *Idem*, I processi canonici in generale, in: BASSO, M. (a cura di), Opus iustitiae pax. Miscellanea in onore del Prof. Xavier Ochoa, Città del Vaticano 1990, 198: «*Giudici istruttori e giudici ponenti* (can. 1428)... giudice istruttore o uditore. ... Ora, nel nuovo Codice, *l'ufficio di giudice* istruttore *non è più vincolato* alla condizione di giudice diocesano,...»; CHIAPPETTA, L., Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale, 2ª ed., Roma 1996, 33: «Nel diritto processuale canonico l'uditore è il giudice assegnato all'istruttoria della causa. Per questa sua funzione, egli è denominato giudice istruttore»; PINTO, P. V., I processi nel Codice di Diritto Canonico. Commento sistematico al libro VII, Città del Vaticano 1993, 111; ARROBA CONDE, M. J., Diritto processuale canonico, 6ª ed., Roma 2012, 218: «Al giudice istruttore spetta la funzione di conoscere la causa, di istruirla raccogliendo le prove».

4 CHIAPPETTA, L., Uditore processuale o giudiziario, in: Prontuario di diritto canonico e concordatario, 1994, 1239-1240; IZZI, C., I ministri di giustizia in genere (artt. 33-37 DC), in: BONNET, P.A. – GULLO, C. (a cura di), Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii». Parte seconda. Parte statica del processo, Libreria Editrice Vaticana 2007, 115; SILVESTRI, P., I ministri di giustizia in specie il Vicario giudiziale, i Vicari giudiziali aggiunti e gli altri giudici (artt. 38-49 DC), *ibidem*, 142; ROBITAILLE, L., Instructor, in: Diccionario General de Derecho Canàonico, Pamplona 2012, vol. IV, 683-685.

5 Cfr. LAVER, A., Index verborum Codicis iuris canonici, Typis Polyglottis Vaticanis 1942, v. *instructor*, cc. 1966;1985.

6 CIC 83 cc. 1685; 1686; 1687, §, 1; 1704, §§ 1 e 2. E' interessante avvertire che i tre primi canoni sono stati introdotti dal Papa Francesco con il Motu p. *Mitis iudex Dominus Iesus*, 15 agosto 2015, in: L'Osservatore Romano, 9 settembre 2015, 4, con cui ha riformato il processo delle cause di nullità del matrimonio. Tale parola è stata introdotta anche dallo stesso Pontefice negli Artt.16 e 18 delle *Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale, ibidem*, 4.

Universidad Pontificia de Salamanca

ma non usa l'espressione «giudice istruttore» (*iudex instructor*)[7], sebbene l'uso della parola *iudex* sia molto frequente. Di fronte a questo silenzio del Codice di Diritto Canonico del 1983, è possibile porsi la domanda se esista l'ufficio ecclesiastico di giudice istruttore nel Codice. Inoltre, in considerazione del cambiamento legislativo indicato si presenta la questione se sia stata modificata anche questa figura. D'altra parte, giacché la nuova legislazione non considera espressamente tale figura, emerge la questione derivata sulla correttezza dell'uso della medesima. E nel caso di un uso non corretto, allora la questione è sapere se esso sia causa di confusione, o effetto di questa.

In qualche occasione è stato toccato l'argomento perché è in connessione con quello dei giudici, la loro potestà e i loro atti, ma adesso si tratta di affrontare l'argomento in sé, in base alle indicazioni del titolo stesso. A tale scopo conviene tenere presente, ovviamente, la nozione di ufficio ecclesiastico, nota a tutti, quella di giudice, di istruzione, di uditore. Ma prima di tutto, appare opportuno e conveniente esporre il significato dell'espressione suindicata secondo la legislazione anteriore.

I. Le figure dell'uditore, dell'istruttore e del giudice istruttore secondo il Codice del 1917

Il Codice del 1917 usava poco l'espressione *iudex instructor* e la parola *instructor*, tuttavia adoperava con più frequenza altre parole della stessa radice verbale come *instructio*, *instruere*, *instrui* e *instructus*.

Il sostantivo *instructio*, l'espressione più frequente di tutte, riguardava l'istruzione catechistica, l'educazione cattolica, la formazione sacerdotale e religiosa, e anche le istruzioni della Santa Sede, o del Vescovo.

Il verbo *instruere* era impiegato anche con una certa ripetizione riguardante quasi sempre l'istruzione del processo della fama di santità, della beatificazione dei Servi di Dio, del martirio dei martiri, e una sola volta alla non possibile istruzione della causa da parte dell'amministratore apostolico, o di altri affari connessi con la causa dall'uditore, e anche significava illustrare al giudice.

Anche il verbo *instrui* era usato poco, ma si riferiva all'istruzione della causa in appello e nel processo criminale, senza fare riferimento né al giudice né all'uditore.

Anche il termine *instructus* aveva un significato prevalente di formazione e preparazione, e soltanto in un caso riguardava la conclusione dell'istruzione decretata dal giudice, e in un altro il processo delle cause dei santi.

7 cfr. OCHOA, X., Index verborum ac locutionum Codicis iuris canonici, 2ª ed., Romae 1984.

Universidad Pontificia de Salamanca

1. *Significato di «auditor» e di «instructor»*

L'unico canone che usava la parola *instructor* era il can. 1580, § 1[8], che disponeva che l'Ordinario poteva costituire uno o più uditori, cioè istruttori degli atti sia stabilmente sia per una sola causa.

Anzitutto occorre avvertire che il canone era sistemato nell'Articolo II: *De Auditoribus et Relatoribus* (cann. 15801584), distinto dall'Articolo I: *De iudice* (cann. 1572-1579). Per principio generale, questa distinzione locativa e di organizzazione sistematica indicava che l'ufficio e la funzione degli uditori e dei relatori era differente da quello del giudice, e ciò consente di dedurre che l'uditore non era un giudice, perché se fosse giudice in senso stretto giuridico, cioè se svolgesse la funzione del giudice, la sua corretta collocazione sarebbe stata nell'Articolo I sul giudice. La stessa distinzione era espressamente stabilita dal § 2 dello stesso canone laddove stabiliva che il giudice può designare l'uditore (*iudex auditores eligere potest*).

Inoltre, occorre notare che le norme non identificavano in nessun modo l'uditore con il giudice né gli attribuivano la potestà del giudice, bensì il contrario. Infatti, come determinava il can. 1581[9] gli uditori, entro il possibile, dovevano essere eletti tra i giudici sinodali.

Circa la formulazione del testo di questo canone è possibile notare che era molto ampia perché quando non fosse possibile designare un giudice sinodale, il giudice poteva scegliere un altro senza limitazioni, ossia un chierico o un laico, ma quest'ultima possibilità fu tagliata subito da una decisione della S. Congregazione del Concilio[10]. Da notare che il testo del canone non aveva richiesto alcun requisito proprio dell'ufficio dell'uditore. Di conseguenza, ai sensi del canone, l'ufficio dell'uditore, tanto se lo svolgeva un giudice sinodale come un altro che non era giudice, non comportava l'esercizio della potestà giudiziale. In questa prospettiva, il can. 1582[11] stabiliva che l'uditore agiva in conformità al mandato del giudice, vale a dire che era subordinato al giudice.

Il can. 1580, § 1 determinava la funzione degli uditori come *actorum instructores*. A riguardo di ciò è possibile osservare che il testo del canone dice

8 CIC 17 c. 1580, § 1: «Potest Ordinarius unum aut plures auditores, seu actorum instructores, sive stabiliter sive pro certa aliqua causa constituere».

9 CIC 17 c. 1581: «Auditores pro tribunali dioecesano, quantum fieri potest, deligantur ex iudicibus synodalibus».

10 SACRA CONGREGATIO CONCILII, Resol. *Wratislavien.*, 14 dicembre 1918: *AAS* 11 (1919) 152: «Ex quibus omnibus deducendum videtur etiam ad secundum dubium esse dandum responsum negativum, seu III Auditores et Assessores non posse assumi laicos».

11 CIC 17 c. 1582: «Eorum est testes citare et audire, aliqua acta iudicialia instruere secundum tenorem mandati, non autem sententiam definitivam ferre».

Universidad Pontificia de Salamanca

soltanto che gli uditori sono *actorum instructores*, ma non istruttori della causa[12], o del processo. Infatti, il can. 1582 adopera la stessa parola *acta* per riferirsi a una parte dell'istruzione della causa, ossia agli atti diversi dalle citazioni dei testi e, certamente, dalle audizioni dei medesimi, perciò, se in un caso tale parola non si identifica con l'istruzione della causa, o l'istruttoria, in quanto questa comprende altri atti, come la conclusione della causa, neanche nell'altro può essere identificata con l'istruzione della causa. Inoltre, se il legislatore avesse voluto attribuirgli tale competenza, avrebbe impiegato la parola *causae* al posto di *actorum*, come, invece, fa il can. 1584 nel determinare la funzione del relatore così: *qui in coetu iudicum de causa referat.*

I commentatori, tuttavia, identificano l'uditore con l'istruttore o il giudice istruttore (*iudex instructor*)[13], e con il giudice ausiliare (*iudex subsidiarium*)[14] per distinguerlo dal giudice principale[15], poiché sostengono che all'uditore è stata affidata l'istruzione della causa (*cui causa instruenda committitur*)[16]. Le cause di quest'identificazione dell'uditore possono essere principalmente due. La prima, a quanto pare, è l'associazione dell'uditore del Codice con quello della Rota Romana[17], che è un vero giudice. L'altra causa potrebbe essere anche la mancanza di una distinzione tra gli atti giudiziali e quelli non giudiziali o di natura amministrativa o esecutiva. In altre parole, si tratta della distinzione tra potestà giudiziale ed esecutiva, che era difficile[18]. E ciò lo dimostrano le discussioni dottrinali. D'altra parte, i commentatori sostengono che le norme del Codice, come il can. 1582, non hanno determinato con precisione l'ufficio dell'uditore[19].

12 *Código de Derecho Canónico bilingüe y comentado*, BAC, 6ª ed., Madrid 1957, traduce «instructores de la causa», pero en el can. 1582 dice «otros autos judiciales».

13 NOVAL, I., Commentarium Codicis Iuris Canonici. Liber IV. De processibus,augustae Taurinorum-Romae 1920, 70; LEGA. M. – BARTOCCETTI, V., o.c., 141; CABREROS DE ANTA, M., De los procesos, in: ALONSO MORÁN, S. – CABREROS DE ANTA, M., Comentarios al Código de Derecho Canónico con el texto legal latino y castellano, Madrid 1964, vol. III, 277.

14 ROBERTI, F., De processibus, 4ª ed., Civ. Vaticana 1956, 275, poiché in relazione al giudice, che il can. 1614, § 1 chiama giudice principale; GOYENECHE, S., De processibus. Breves adnotationes ad L. IV Codicis Iuris Canonici. Vol. IV. De iudiciis in genere, Messanae 195, 80; CABREROS DE ANTA, M., De los procesos, in: ALONSO MORÁN, S. – CABREROS DE ANTA, M., o.c., 278.

15 CABREROS DE ANTA, M., De los procesos, in: ALONSO MORÁN, S. – CABREROS DE ANTA, M., o.c., 261: «Tratamos del que hemos llamado *juez principal*; no del auxiliar, llamado *auditor* o instructor de la causa, ni de las otras especies de jueces que sólo ejercen alguna función particular de la potestad judicial». Il can. 1575 chiama i giudici sinodali assessori o ausiliari.

16 PUGLIESE,A., o.c., 835.

17 NOVAL, I., o.c., 70: «Novissimis temporibus ille cui committitur *medium causae* seu *confectio processus* vocatus est *iiudex instructor* (S.C. EE. et RR., 11 Iun. 1880, art. 11). Codex noster eum appellat *auditorem* aut *actorum instructorem* (c. 1580)».

18 ROBERTI, F., De processibus, Roma 1926, vol. I, 65.

19 ROBERTI, F., De processibus, 4ª ed. 1956, p. 275; CABREROS DE ANTA, M., De los procesos, in: ALONSO MORÁN, S. – CABREROS DE ANTA, M., o.c., 277; PUGLIESE, A., o.c., 835.

Universidad Pontificia de Salamanca

Tuttavia, tutto ciò non è ostacolo per considerare l'uditore nel sottotitolo *Del giudice (cann. 1572-1584)*[20]. Riguardo a questo sottotitolo è possibile avvertire che supera la stessa organizzazione sistematica del Codice, cioè che non segue la disposizione del legislatore, com'è stato segnalato prima, e, sebbene i commentatori affermino che tratta non solo del *giudice principale*, ma di quello ausiliare, o uditore e di altri giudici[21], non si vede una ragione di tale inquadramento, poiché si dovrebbero spiegare i vari uffici. Una conseguenza di tale organizzazione è la seguente epigrafe *Diverse specie di giudici (cann. 1572-1584)*[22]. La classificazione dei diversi giudici è la seguente: 1) il Vescovo (can. 1572); 2) l'Officiale (can. 1573); 3) i giudici sinodali (can. 1574); 4) il giudice relatore o ponente (can. 1584); 5) giudice delegato; 6) giudice uditore (cann. 1558-1583); 7) giudice assessore (can. 1575). Riguardo a questa classificazione è agevolmente osservabile una certa incoerenza e, in certo senso, si potrebbe considerare forzata, o fittizia, o che non è completamente corretta perché non corrisponde alle funzioni che svolgono. Ad esempio, il can. 1575 non chiama giudici gli assessori perché si tratta del giudice unico e loro non svolgono alcuna funzione giudiziale, altrimenti non sarebbe giudice unico. Altrettanto si deve ricordare dei cann. 1558-1583, collocati fuori dall'Articolo sul giudice, che neanche identificano l'uditore con il giudice della causa, sebbene la funzione dell'uditore la realizzi un giudice sinodale.

2. *L'espressione «iudex instructor»*

Il primo canone che usava tal espressione era il can. 1966, e l'altro, il can. 1985, entrambi erano collocati nel Titolo XX: *De causis matrimonialibus*. Il can. 1966 era collocato nel Capitolo II: *De tribunali constituendo*, e il can. 1985 nel Capitolo V: *De publicatione processus, conclusiones in causa et sententia*. Appare opportuno ricordare che ambedue i canoni trattavano del matrimonio rato e non consumato.

Dalla sistemazione dei canoni indicati si desume che questa figura giuridica era menzionata solamente nelle cause matrimoniali sul matrimonio rato e non consumato, ma non nelle norme generali sui giudici né per le altre cause matrimoniali. Ciò vuol dire che, in genere, la figura del giudice istruttore non era riconosciuta e, pertanto, regolata dal diritto. In considerazione di questo carattere specifico, la questione è individuare quello che è proprio di questa figura, o ufficio.

20 CABREROS DE ANTA, M., De los procesos, in: ALONSO MORÁN, S. – CABREROS DE ANTA, M., o.c., 261ss.

21 *Ibidem*, 261: «Diversas clases de jueces (cánn. 1572-1584)».

22 *Ibidem*, 269ss.

Universidad Pontificia de Salamanca

Il can. 1966[23] disponeva che, restando fermo quanto dispone il can. 1576, § 1, numero 1.°, è uno solo il giudice istruttore dell'inquisizione, investigazione, sul matrimonio rato e non consumato.

Si osserva che il canone non chiamava istruzione ma inquisizione (*inquisitionis*), o investigazione, il compito del giudice. Dalla formulazione del testo si desume che l'inquisizione non può essere fatta da altra persona diversa da quella designata[24], si sottintende secondo l'ordine del turno stabilito, cioè non potrebbe essere delegata a un altro.

Il can. 1985 determinava che nelle cause sulla dispensa dal matrimonio rato e non consumato, il giudice istruttore non può fare la pubblicazione del processo né dare sentenza sulla non consumazione stessa e sulle cause per dispensarlo, ma deve rimettere alla Sede Apostolica tutti gli atti, con allegati i voti del Vescovo e del difensore del vincolo. Questo canone determinava le funzioni e le limitazioni della competenza del giudice istruttore nel caso del matrimonio rato e non consumato. Il primo limite era che non aveva facoltà per fare la pubblicazione del processo, e il secondo, che non poteva emanare sentenza né sul fatto né sulle cause. Di conseguenza, la competenza del giudice istruttore era la raccolta delle prove, che doveva trasmettere alla Sede Apostolica, ossia la documentazione ottenuta, ma non poteva valutare su di essa, perché ciò era competenza del Vescovo e del difensore del vincolo. In questa prospettiva l'istruzione *Provida Mater* emanata dalla Sacra Congregazione dei Sacramenti del 15 agosto 1936, in cui si stabilisce che qualora il sospetto probabile di inconsumazione emerga durante un processo di nullità matrimoniale in cui l'uditore stia compiendo l'istruzione, questi ha l'obbligo di sospendere l'istruzione degli atti per la nullità matrimoniale e di condurre l'istruzione sull'inconsumazione del matrimonio. Poiché il procedimento per il riconoscimento dell'inconsumazione è la richiesta della grazia al Papa, si tratta di un procedimento amministrativo, ed è questa la ragione per cui è concessa la facoltà all'uditore di interrompere il procedimento di nullità matrimoniale per iniziare quello super rato. Non essendo necessaria nel super rato la potestà giudiziale in quanto procedimento amministrativo, è evidente che è sufficiente l'opera dell'uditore che è provvisto di potestà esclusivamente amministrativa.

Da ciò si desume che il giudice istruttore aveva una funzione meramente investigatrice, o ricercatrice, procedimento, che è precedente al giudizio, simile a quella dell'uditore, perché il giudice designato a tale scopo non esercitava la funzione specifica del giudice, cioè non esercitava la potestà giudiziale sulla causa, sebbene si differenziava dall'uditore perché tale giudice era designato

23 CIC 17 c. 1966: «Firmo praescripto can. 1576, § 1, n. 1, unicum est iudex instructor in inquisitione super matrimonium rato et non consumatum».

24 Cfr. ROBERTI, F., o.c., 272.

Universidad Pontificia de Salamanca

seguendo l'ordine del turno. Pertanto, sarebbe possibile affermare che la funzione era quella dell'inquisitore ma non quella di giudice. In tal senso si potrebbe dire che si tratta di un ufficio di inquisitore affidato a un giudice.

Da quanto detto, si evince che la figura del giudice istruttore si trovava solamente per la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, e che come ufficio ecclesiastico era simile a quello dell'uditore e a quello dell'*inquisitore* del giudizio criminale, che di solito era anche un giudice[25], ma che non era chiamato *iudex inquisitor*, perché, una volta conclusa l'inquisizione, doveva trasmettere tutti gli atti all'Ordinario con il proprio voto[26], cioè non poteva giudicare la causa. In questo peculiare procedimento si nota che il Vescovo aveva la potestà necessaria e sufficiente per svolgere il proprio compito, ma è da notare che solo prima che cominciasse il processo vero e proprio, egli poteva affidare l'incarico dell'inquisizione ad altri, quindi il diritto offriva la possibilità al Vescovo solo di affidare la raccolta delle prove ad altri prima del procedimento giudiziale nel tribunale diocesano, per cui se la raccolta delle prove avviene in una fase nella quale non è necessaria la potestà giudiziale in quanto il Vescovo può decidere se continuare o no, colui che raccoglie le prove deve essere fornito solo della potestà necessaria e sufficiente a questa opera e poiché non si tratta di giudicare, è sufficiente essere forniti di potestà amministrativa.

Conseguentemente, l'inquisitore non era un giudice nel senso stretto della parola[27]. Questo consente di dedurre che l'uditore, il giudice istruttore e l'inquisitore erano la stessa figura in processi differenti perché nessuno giudicava la causa e non esercitava potestà giudiziale. In altre parole, la figura del giudice istruttore non aveva un carattere generale, e, pertanto, non poteva essere indiscriminatamente applicata ad altri casi, tuttavia, com'è stato segnalato sopra, i commentatori applicavano detta espressione all'uditore chiamandolo *iudex instructor*. Ciò, senza dubbio, può causare confusione.

II. La figura del «instructor» secondo il Codice del 1983

La parola *instructor* è adoperata dai cann. 1685; 1686; 1687, § 1; 1704 del Codice vigente, e fuori dal medesimo anche dalle *Regole procedurali* introdotte dal Papa Francesco. Lo stesso Codice usa anche altre parole derivate dalla stessa radice verbale, come *instructio*, *instructio causae*, *instructus* e *instruendus*.

25 CIC 17 cc. 1940; 1941.

26 CIC 17 c. 1946, § 1.

27 CABREROS DE ANTA, M., De los procesos, in: ALONSO MORÁN, S. – CABREROS DE ANTA, M., o.c., 678, impiega l'espressione *Ordinario y juez inquisidor* però non spiega chi sia il giudice inquisitore.

Universidad Pontificia de Salamanca

Il termine *instructio* è usato dal Codice diverse volte riguardante quasi sempre l'istruzione della causa nel processo di nullità del matrimonio e anche penale, eccetto in due casi che significa l'atto amministrativo generale (cann. 34; 1276, § 1). Derivata dal primo significato è l'espressione *instructio causae* usata da alcuni canoni[28].

Il predicato *instructus* usato da parecchi canoni, invece, riguarda situazioni diverse da quelle processuali, come la concessione o provvista di facoltà ad alcune persone per facilitare lo svolgimento del compito affidato, la preparazione o istruzione personale (can. 785, § 1), provvisione di forze (can. 786) o di spiegazioni (can. 825).

1. *Nel processo più breve davanti al Vescovo diocesano*

E' interessante avvertire che i cann. 1685; 1686; 1687, § 1 citati sono stati introdotti da una legge posteriore al Codice del 1983[29], che ha riformato il processo delle cause di nullità del matrimonio, e che tutti i tre riguardano il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo diocesano come giudice unico. Si tratta di un nuovo processo non considerato prima dal Codice di diritto canonico, che in parte assomiglia a quello documentale. I canoni citati trattano della nomina e del compito dell'istruttore.

a) Nomina dell'istruttore

Sulla nomina dell'istruttore, il can. 1685 dispone quanto segue:

«Il Vicario giudiziale, nello stesso decreto con cui determina la formula del dubbio nomini l'istruttore e l'assessore e citi per la sessione, da celebrarsi a norma del can. 1686 non oltre trenta giorni, tutti coloro che devono parteciparvi».

Una situazione simile è considerata dal can. 1425, § 4 in questi termini:

«In primo grado di giudizio, se eventualmente non si possa costituire un collegio, la Conferenza Episcopale, fintantoché perduri tale impossibilità, può permettere che il Vescovo affidi la causa ad un unico giudice chierico, il quale si scelga, ove sia possibile, un assessore e un uditore».

Questa norma interviene nel momento in cui vi è impossibilità di costituire il tribunale collegiale per mancanza di giudici, allora si fa riferimento all'affidamento della causa a un giudice unico nelle cause matrimoniali.

28 CIC 83 cc. 1428, § 1; 1609, § 5; 1668, § 1.

29 FRANCESCO, Motu p. *Mitis iudex Dominus Iesus*, in: *L'Osservatore Romano*, 9 settembre 2015, 4.

Universidad Pontificia de Salamanca

Tra le due norme ci sono alcune differenze che riguardano la costituzione del tribunale, il nome, l'obbligo e l'autorità.

Anzitutto si deve notare che il can. 1425, § 4 considera il giudice unico per le cause matrimoniali come un'eccezione alla norma generale, cioè un giudice unico straordinario poiché il can. 1424 considera il giudice unico ordinario per le altre cause. Il can. 1685, invece, obbliga il Vescovo diocesano a giudicare le cause di nullità del matrimonio come giudice unico quando si segue il processo più breve, di modo che l'eccezione prevista dal can. 1425, § 4 è convertita in forma ordinaria, questo, senza dubbio, a scapito del tribunale collegiale, che garantiva più sicurezza giuridica, il quale perde importanza. I motivi di questo cambiamento, dal punto di vista giuridico, non sono tanto chiari, e la norma suscita qualche sorpresa e perplessità. Infatti, il Codice prevedeva che il Vescovo si riservasse alcune cause e anche giudicasse personalmente, se si sentiva preparato, e d'altra parte gli imponeva l'obbligo di giudicare le ricusazioni del Vicario giudiziale. Per di più, secondo lo stesso Codice, per essere nominato giudice, la persona deve avere un titolo accademico in diritto canonico, mentre la maggior parte dei Vescovi diocesani non hanno dimestichezza con il diritto canonico, o lo conoscono poco, e, di conseguenza, non sono preparati, o competenti come si dice volgarmente, per svolgere una funzione tanto delicata. Pertanto la norma potrebbe essere considerata contraddittoria e inopportuna.

Per quanto riguarda l'autorità competente per la nomina di detti collaboratori bisogna fare qualche appunto. Il can. 1425, § 4 determina che è il giudice che sceglie l'uditore tra i giudici del tribunale o quelli approvati dal Vescovo diocesano (can. 1428, § 1). Il can. 1685, invece, con parole chiare, determina che compete al Vicario giudiziale nominare, o designare[30], l'istruttore e l'assessore del giudice unico —il Vescovo diocesano— e anche citare le parti e i testi. E' evidente che questa norma contraddice i cann. 1425, § 4 e 1428, § 1 perché sembra negare al Vescovo il diritto di nominare lui stesso un suo collaboratore, che le norme più generali gli attribuiscono. Inoltre, si tratta di un ufficio diocesano, che per forza cade sotto la competenza del Vescovo diocesano. Perciò è da ritenere la prevalenza di questi canoni sul can. 1685, cioè che il Vescovo diocesano possa nominare lui stesso l'istruttore e l'assessore, e, di conseguenza, la formulazione del can. 1685 dovrebbe essere modificata riconoscendo tale facoltà al Vescovo diocesano, come ad esempio fa il can. 1425, § 3 così: «Il Vicario giudiziale nomini..., a meno che il Vescovo non...».

L'altra questione riguarda il nome del collaboratore. Il can. 1425, § 4 lo chiama uditore mentre il can. 1685 lo denomina istruttore. Da qui sorge la

30 L'Articolo 16 delle *Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale*, *ibidem*, 4, usa la parola *designare*, mentre il can. 1685 dice *nominare*. Da notare che i due termini non sono sinonimi, cfr. can. 1428, § 1.

Universidad Pontificia de Salamanca

questione: si tratta di due uffici diversi, o è lo stesso ufficio con due nomi? Se si tratta dello stesso ufficio o figura, la cosa migliore, e ovviamente ragionevole, sarebbe stata l'uniformità linguistica. Una cosa appare certa, e cioè che questa diversità terminologica può indurre a confusione. A queste domande si darà risposta in seguito.

Altra differenza tra questi canoni è che il can. 1425, § 4 consiglia di scegliersi un assessore e un uditore, perché non impone un obbligo giuridico ma morale, «*ove sia possibile*», mentre il can. 1685 impone l'obbligo giuridico di nominare l'istruttore. Forse questa differenza trova la sua ragione nella presunzione della mancata preparazione giuridica del Vescovo diocesano.

Un'altra questione riguarda il soggetto passivo di quest'ufficio. Il can. 1428, § 1 determina che sono i giudici diocesani, nominati o costituiti dal Vescovo diocesano (can. 1422), o altre persone approvate dal Vescovo. Vale a dire, l'ufficio di uditore è provvisto dal Vescovo, ma non da altri. Questo è in conformità alla disposizione generale del can. 148. Il can. 1685, invece, non ha determinato quali persone possano essere istruttore, cioè i soggetti passivi di tale ufficio. Le *Regole procedurali*[31] stabiliscono che il Vicario giudiziale può designare se stesso come istruttore, ma non ha precisato di più. Pertanto sarebbe auspicabile che l'ufficio di istruttore fosse meglio configurato.

Dalla formulazione del testo del can. 1685 si desume che l'istruttore non è giudice, o non svolge la funzione di giudicare.

b) Compito o funzione dell'istruttore

Circa la funzione o compito dell'istruttore, il can. 1786 determina:

«L'istruttore, per quanto possibile, raccolga le prove in una sola sessione e fissi il termine di quindici giorni per la presentazione delle osservazioni in favore del vincolo e delle difese di parte, se ve ne siano».

Il can. 1787, § 1 recita così:

«Ricevuti gli atti, il Vescovo diocesano, consultatosi con l'istruttore e l'assessore, vagliate le osservazioni del difensore del vincolo e, se vi siano, le difese delle parti, se raggiunge la certezza morale sulla nullità del matrimonio, emani la sentenza. Altrimenti rimetta la causa al processo ordinario».

Secondo questi canoni la funzione dell'istruttore sembra essere duplice. Prima, raccogliere le prove. Seconda, essere consulente del Vescovo.

Il can. 1786 stabilisce espressamente che all'istruttore compete la raccolta delle prove, che deve fare, entro il possibile, in una sessione. Questa disposizione

31 Articolo 16 delle *Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale*, *ibidem*, 4.

Universidad Pontificia de Salamanca

è simile a quella del can. 1428, § 3, che dispone: «Spetta all'uditore, secondo il mandato del giudice, solo (*tantum*) raccogliere le prove e una volta raccolte trasmetterle al giudice». Da notare che il can. 1786 non fa riferimento esplicito alla trasmissione delle prove, tuttavia il can. 1787, § 1 presuppone tale trasmissione poiché gli atti sono ricevuti dal Vescovo diocesano. E' facilmente osservabile che i nuovi canoni non aggiungono niente di nuovo alla disposizione del can. 1428, § 3, ossia sono una ripetizione non necessaria, e, addirittura, meno completa, perciò si potrebbe dire che non hanno determinato con chiarezza l'ufficio dell'istruttore.

Ancora di più, dalla formulazione del testo si desume che all'istruttore, ugualmente che all'uditore, non sono affidati altri elementi dell'istruzione della causa, come le citazioni, che, ai sensi del can. 1785, sono competenza del Vicario giudiziale. Di conseguenza, all'istruttore non compete fare l'istruzione della causa nella sua totalità, ma intervenire su alcuni elementi o aspetti di essa. Perciò, la denominazione *istruttore* non sembra molto adeguata, e sarebbe stato sufficiente adoperare la parola *uditore* e rimandare alla norma più generale del can. 1428, § 3.

L'altro compito dell'istruttore, ai sensi del can. 1787, § 1, è quello di essere consulente del giudice unico, cioè del Vescovo diocesano, ma non lo identifica con l'assessore. Quest'aspetto è nuovo riguardo alla norma del can. 1425, § 4, ma più vicino al can. 1424 che consente al giudice unico la possibilità di scegliersi due assessori. Nel caso del can. 1687, § 4, [illegible]
dall'istruttore e dall'assessore.

Da quanto detto, è possibile osservare che la figura e l'ufficio dell'*istruttore* è simile a quello dell'*uditore*, ma differisce per il secondo aspetto. E ancora, questi canoni mettono in chiaro due questioni sull'istruttore e sull'uditore. La prima è che l'istruttore, o l'uditore, raccoglie le prove e le trasmette al Vescovo diocesano. La seconda è che né l'istruttore né l'uditore giudicano la causa, non esercitano la potestà giudiziale perché il loro ufficio è distinto da quello del giudice, e, di conseguenza, non sono chiamati *giudice istruttore*. Pertanto, la potestà che essi esercitano non può essere altra che quella esecutiva, della quale si tratterà a proposito dell'uditore.

2. *Nel processo per la dispensa dal matrimonio rato e non consumato*

Sull'istruttore del processo per la dispensa del matrimonio rato e non consumato, il can. 1704 dispone quanto segue:

«§ 1. L'istruttore terminata l'istruttoria, trasmetta tutti gli atti al Vescovo con appropriata relazione; questi esprima il suo voto secondo verità, sia sul fatto dell'inconsumazione sia sulla giusta causa per la dispensa e sulla opportunità della grazia.

Universidad Pontificia de Salamanca

§ 2. Se l'istruzione del processo è stata affidata ad un altro tribunale a norma del can. 1700, le osservazioni a favore del vincolo siano fatte nel medesimo tribunale, ma il voto di cui nel § 1 spetta al Vescovo committente, al quale l'istruttore insieme con gli atti trasmetterà appropriata relazione».

Anzitutto appare opportuno far notare che questo canone non usa più l'espressione *iudex instructor*, come faceva la legislazione anteriore. I motivi di tale cambiamento non sono noti, ma certamente sono conformi alla nuova legislazione sui processi.

Il § 1 e il § 2 tratta della competenza dell'istruttore in questo processo sia che appartenga al tribunale del Vescovo sia a quello di un'altra diocesi. Ai sensi del can. 1700 l'istruttore è scelto, o nominato dal Vescovo, al quale affida l'istruttoria. Il § 1 determina espressamente che l'istruttore, finita l'istruttoria, deve trasmettere gli atti con una appropriata relazione, che non è una decisione come avvertiva espressamente il testo preparatorio *ad nullam deveniat decisionem*[32], o un voto *pro rei veritate*, per evitare condizionamenti al Vescovo[33], perché la valutazione o il voto sugli atti è competenza del Vescovo, ma non dell'istruttore, come talvolta si può vedere scritto[34]. Questo si deduce più chiaramente dal testo latino *omnia acta cum apta relatione deferat ad Episcopum, qui votum...*, che dalla rispettiva versione italiana e tantomeno dalla disposizione del § 2, ma comunque in entrambi i casi viene considerato allo stesso modo.

L'ufficio di questo istruttore si limita alla raccolta delle prove, ma non esercita la potestà giudiziale in nessun modo, perciò non è più denominato giudice istruttore[35]. Questa norma sembra più chiara di quelle della legislazione anteriore. Differisce da quello del processo più breve perché non gli è attribuito il compito della consulenza. Risulta che ci sono due uffici d'istruttore. La prima è una figura simile all'uditore, di modo che si potrebbe dire che è lo stesso ufficio con due nomi diversi in ragione del distinto processo. La seconda accumula le funzioni dell'uditore e dell'assessore, perciò si dovrebbe considerare come un ufficio distinto e nuovo.

32 Coetus *de processibus*, sessione X, 26-30 ottobre 1970, in: *Communicationes* 40 (2008) 154, diceva espressamente: «Can. 9, § 1. Iudex instructor *ad nullam deveniat decisionem*, sed totum processum deferat ad Episcopum, qui votum pro rei veritate promat tum super facto inconsumationis tum super iustis causis ad dispensandum».

33 DEL AMO, L.- CALVO, J., Commento al can. 1704, in: ARRIETA, J. I. (dir.), Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato, 3ª ed., Roma 2010, 1130.

34 ARROBA CONDE, M. J., o.c., 619, la pensa diversamente, laddove afferma che «L'istruttore trasmette al vescovo gli atti con un voto (a meno che l'istruttore sia di un altro tribunale e allora il voto lo emana il vescovo stesso)».

35 Il primo testo della revisione usava l'espressione *iudex instructor*, ma poi fu soppressa perché il Vescovo con frequenza affida l'istruzione a un sacerdote che non è giudice, cfr. Coetus *de processibus*, sessione VII, 14-19 maggio 1979, in: *Communicationes* 11 (1979) 279. Da qui si desume che non era necessaria la potestà giudiziale.

Universidad Pontificia de Salamanca

III. La figura dell'uditore secondo il Codice del 1983

Dell'uditore tratta il can. 1428 che dispone:

«§ 1. Il giudice o il presidente del tribunale collegiale possono designare un uditore per svolgere l'istruttoria della causa, scegliendolo tra i giudici del tribunale o tra le persone approvate dal Vescovo a tale incarico.

§ 2. Il Vescovo può approvare all'incarico di uditore chierici o laici, che rifulgano per buoni costumi, prudenza e dottrina.

§ 3. Spetta all'uditore, secondo il mandato del giudice, solo raccogliere le prove e una volta raccolte trasmetterle al giudice; può inoltre, a meno che non si opponga il mandato del giudice, decidere nel frattempo quali prove debbano essere raccolte e secondo quale metodo, se eventualmente sorga controversia in proposito durante l'esercizio delle sue funzioni».

Il canone distingue l'ufficio dell'uditore da quello del giudice. Questa distinzione corrisponde alla collocazione sistematica di entrambe figure nel Capitolo I: *il tribunale di prima istanza*, all'articolo 1 dedica i canoni al *giudice* e nell'articolo 2 *agli uditori e relatori*. Il giudice e l'uditore hanno compiti diversi, tuttavia quello dell'istruttore lo può svolgere un giudice, e, quindi, la stessa persona può ricoprire simultaneamente i due uffici. L'ufficio dell'uditore è caratterizzato per la sua nomina dal giudice e per la funzione di raccogliere le prove.

1. *Nomina dell'uditore*

Anzitutto, il can. 1428, § 1 stabilisce espressamente che l'uditore è designato dal giudice o dal presidente del collegio giudicante per svolgere l'istruttoria della causa tra quelli approvati dal vescovo. Da notare che il testo distingue designare da approvare, che in questo caso è equivalente a nominare. di conseguenza, la nomina dell'uditore, o costituzione di questi nell'ufficio è competenza del Vescovo. Questa disposizione definisce con parole chiare la subordinazione dell'ufficio dell'uditore al giudice. In questo modo, detto canone determina che l'ufficio dell'uditore non può essere considerato uguale a quello del giudice né è possibile confonderlo con esso.

D'altra parte il can. 1428, § 1 stabilisce che la designazione dell'uditore la fa il giudice o il presidente del collegio giudicante. Tale designazione è fatta per una causa singola, volta per volta.

La parola «giudice» del testo si riferisce a quello unico o monocratico, per le cause in cui è sufficiente un giudice (cann. 1424; 1425, § 4). Invece, quando si tratta di cause affidate a un collegio giudicante, come quelle riguardanti la nullità del matrimonio, la designazione dell'uditore è competenza del

Universidad Pontificia de Salamanca

presidente del tribunale collegiale. Siccome il presidente del tribunale, com'è stato spiegato, può essere sia il Vicario giudiziale sia un Vicario giudiziale aggiunto o un altro giudice diocesano (cfr. can. 1426, § 2) in rapporto all'ordine dei turni, ciò vuol dire che tale competenza non è esclusiva dell'ufficio del Vicario giudiziale, ma è propria di chi presiede il collegio giudicante e, di conseguenza, chi non ricopre tale incarico per una determinata causa, anche se si tratta del Vicario giudiziale o del ponente, non gode di tale competenza[36].

Infatti, ai sensi delle parole del can. 1428, § 1, che sono chiare, la competenza del giudice monocratico o del presidente del tribunale collegiale è in ragione del rapporto con la causa che giudica, perché al giudice spetta dirigere lo svolgimento del processo, che comprende lo stabilire le concrete funzioni dell'uditore. Sotto questo profilo la norma canonica lascia grande libertà al presidente del collegio giudicante di scegliere un collaboratore che lui ritenga il più idoneo per una causa determinata perché tra i possibili uditori non è stato stabilito un turno per intervenire necessariamente come invece è stato determinato per i giudici. In questo senso, si potrebbe rilevare la flessibilità che differenzia questa norma dalla rigidità sull'osservanza del turno dei giudici diocesani, stabilita dal can. 1425, § 3. In questa prospettiva, anche l'istruzione *Dignitas connubii*[37] fa menzione unicamente del presidente del collegio giudicante perché essa si occupa soltanto delle cause riguardanti la nullità del matrimonio, senza per questo introdurre una modifica alla disposizione del can. 1428, § 1. Disporre e svolgere l'istruzione della causa, come espressamente stabiliva la norma della legislazione precedente[38], anche se non accettata dal Codice, che tuttavia è stata richiamata da un documento posteriore[39], è competenza del giudice, monocratico o del presidente del collegio giudicante, che lo designa a tale compito.

2. *La funzione specifica nella fase istruttoria del processo*

Com'è stato detto, l'uditore ha un compito diverso da quello del giudice, sia unico sia collegiale. Rimane separato dal giudice o dal collegio giudiziale, è persona distinta dal giudice, o da chi giudica la causa (cfr. can. 1590, § 2).

36 *Ibidem*, p. 161.

37 PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Istr. *Dignitas connubii*, 25 gennaio 2005, art. 50, § 1.

38 CIC 17 c. 1577, § 2.

39 PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Istr. *Dignitas connubii*, art. 46, § 2, 11°.

Universidad Pontificia de Salamanca

a) La raccolta delle prove

Il can. 1428, § 1 determina che l'uditore è designato «per svolgere l'istruttoria della causa», mentre nel § 3 stabilisce che è compito suo «solo raccogliere le prove e una volta raccolte, trasmetterle al giudice». Com'è facilmente osservabile lo stesso canone usa due espressioni diverse, il cui contenuto attribuito allo stesso ufficio è diverso. non c'è dubbio che ciò potrebbe causare confusione, perciò sembra necessario chiarire la questione.

La fase dell'istruzione della causa comprende taluni atti, o elementi, quali le citazioni delle parti e dei testimoni (cfr. can. 1528), cioè fissare le udienze; la raccolta delle prove, che talvolta richiede la licenza del Vescovo diocesano di un'altra chiesa particolare (can. 1469, § 2); la valutazione delle prove (cann. 1543; 1572; 1686); i ricorsi o le istanze della parte per una prova rifiutata dal giudice (can. 1527, § 2); la concordanza del dubbio (can. 1513, § 2); e la conclusione della causa con l'emanazione di un decreto (can. 1599).

La disposizione del § 3 del can. 1428 dimostra che le espressioni «istruttoria della causa» e «raccolta delle prove» non sono equivalenti o interscambiabili. Di conseguenza, il § 3 determina che la funzione principale dell'uditore, e si potrebbe dire unica, è soltanto (*tantum*) quella semplice di raccogliere le prove secondo il mandato del giudice e di trasmetterle al giudice stesso, e se con quale metodo, se eventualmente, sorga controversia durante tale raccolta.

Per di più, è possibile avvertire che, in conformità ai principi generali del diritto, secondo cui il particolare prevale sul generale, si deve intendere come proprio dell'uditore, o compito specifico ciò che stabilisce il can. 1428, § 3, cioè la raccolta delle prove secondo il mandato del giudice eccetto gli altri atti della fase istruttoria, che tuttavia può ricevere in delega ai sensi del can. 135, § 3, almeno quelli preparatori dei decreti, poiché in base al can. 138 chi ha la potestà deve avere anche le facoltà necessarie per esercitare tale potestà.

D'altra parte la funzione dell'uditore è illustrata dal can. 1577, che disciplina la nomina del perito da parte del giudice con un decreto nel quale sono definiti i punti sui quali deve svolgere la sua opera, cioè l'esame periziale. Inoltre il giudice stabilisce il tempo entro il quale dovrà essere espletato l'esame e presentata la relazione.

b) Le norme relative all'ammissione delle prove. Cenni sul principio dispositivo e su quello inquisitorio

La prova è l'accertamento dei fatti, che è distinto dalla notizia (can. 1717, § 1), a gli è dedicato il Titolo IV, *De probationibus* del Libro VII, può essere intesa come la dimostrazione fatta al giudice della verità di un fatto controverso

Universidad Pontificia de Salamanca

per mezzo di argomenti riconosciuti dalla legge[40]. Le prove, secondo il can. 1527, § 1 possono essere di qualunque genere a condizione che siano utili e lecite, per esaminare la causa, possono essere addotte da chi ha un interesse, cioè le parti e i testimoni, ma la valutazione delle prove, cioè il diritto di ammetterle o respingerle mediante un decreto, è competenza del giudice. Tutto ciò mostra che le prove raccolte o addotte sono atti preparatori del decreto di conclusione emanato dal giudice (can. 1599), ma anche di altri decreti riguardanti l'ammissione o il rifiuto delle singole prove, e che tali decreti sono di natura esecutiva o amministrativa. Se il decreto ha natura esecutiva, gli atti preparatori dovranno avere ugualmente natura esecutiva e, di conseguenza, chi li ha prodotti ha esercitato unicamente la potestà esecutiva.

Ai sensi del can. 1428, § 3 l'uditore raccoglie le prove in osservanza delle norme canoniche secondo il mandato del giudice. Questa norma riconosce due modalità possibili di determinare le funzioni dell'uditore: una, quando il giudice dispone con il suo mandato o decreto i confini o i limiti delle funzioni dell'uditore; l'altra, quando il giudice nel suo mandato non si oppone alla capacità dell'uditore di decidere sulla raccolta delle prove e sul metodo quando sorge una controversia.

1°. I criteri per l'ammissione delle prove

Secondo il primo modo l'uditore può ricevere il mandato per interrogare le parti o i testimoni oppure può ispezionare un luogo o una cosa. È il giudice a stabilire i modi di fare la raccolta delle prove, stabilire altre circostanze per lo svolgimento dell'incarico e così a dirigere l'azione dell'uditore che deve solo trasmettere le prove raccolte senza la possibilità di decidere quali prove raccogliere e con quale metodo. Tutto dipende dalla discrezionalità del giudice o del collegio riguardo alla capacità o esperienza della persona dell'uditore e riguardo a determinate circostanze (cfr. can. 1528). Inoltre il giudice può incaricare l'uditore del controllo dell'autenticità e integrità delle prove documentali presentate dalle parti, o pervenute in altro modo al tribunale (can. 1544; cfr. can. 40).

2°. I criteri per l'assunzione delle prove *ex officio*

Nella seconda situazione l'uditore oltre a raccogliere le prove secondo le norme canoniche e il mandato del giudice, ha anche il diritto o la facoltà di decidere quali prove raccogliere o rifiutare, quale metodo seguire nella raccolta in caso di controversia durante il suo incarico. Appare evidente il

40 CABREROS DE ANTA, M., De los procesos, in: MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L. – ALONSO MORÁN, S. – CABREROS DE ANTA, M., Código de Derecho Canónico y legislación complementaria. Texto latino y versión castellana, 9ª ed., Madrid 1974, 675.

Universidad Pontificia de Salamanca

carattere eccezionale di questa situazione, essendo la normalità la competenza ordinaria del giudice.

Gli altri atti non competono all'uditore perché riservati al giudice (can. 1589, § 1). Alcuni[41] sostengono che il giudice possa delegare tutti gli atti all'uditore (can. 1599), ma secondo la *Dignitas connubii*[42] potrebbe trattarsi solo del caso in cui il ponente sia parte integrante del collegio giudicante.

Circa l'interpretazione della menzionata clausola del can. 1428, § 3, le opinioni non sembrano coincidenti perché, come viene riconosciuto, ci si trova davanti ad un passo di interpretazione non agevole[43]. Infatti, secondo i commentatori la questione riguarda le interpretazioni dell'avverbio *interim* del can. 1428, § 3, e anche l'espressione *tantummodo interim* degli articoli 50, § 3 e 158, § 2 dell'istruzione *Dignitas connubii*. Un'opinione sostiene che la decisione presa dall'uditore nel decidere sulle prove sia provvisoria[44], anche se ciò non impedisce che il giudice possa completarle e di dare la sua valutazione personale[45], e d'altra parte si riconosce che non sia facile dire in che consista la provvisorietà[46]. L'altra opinione, per contro, afferma che è stabile[47]. Circa la stabilità della decisione, decreto, presa dall'uditore sulle prove, si può dire che è uguale, non minore, a quella del giudice perché essa dipende dalla stabilità dell'atto giuridico con cui è presa, cioè un decreto singolare non meramente ordinatorio[48], in tutti i due casi, perché tutte e due le decisioni possono essere corrette ugualmente dopo una istanza o un ricorso all'autore del decreto (cfr. can. 1527, § 2)[49]. Com'è possibile osservare si tratta di una semplice applicazione dei principi generali sugli atti amministrativi singolari (cfr. cann. 47; 58, § 1).

Per quanto riguarda la valutazione delle prove, occorre dire che non è atto proprio dell'uditore, perché la valutazione è un compito proprio del giudice[50],

41 MARAGNOLI, G., La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio, in: FRANCESCHI, H. – LLOBELL, J. – ORTIZ, M. A., La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas connubii», Roma 2005, 122.

42 Art. 155, § 2.

43 MARAGNOLI, G., La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio», in FRANCESCHI, H. – LLOBELL, J. – ORTIZ, M. A., o.c., 126.

44 La versione spagnola dice *provisionalmente*.

45 GROCHOLEWSKI, Z., Comentario al can. 1428, in: MARZOA, A. – MIRAS, J. – RODRÍGUEZ-OCAÑA, R. (a cura di), Comentario exegético al Código de Derecho Canónico, Pamplona 1996, vol. IV/1, 808.

46 MARAGNOLI, G., La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio, in FRANCESCHI, H. - LLOBELL, J. - ORTIZ, M. A., o.c., 126-127.

47 GHISONI, L., I ministri di giustizia in specie: uditori e assessori (Artt. 50-52), in: BONNET, P. A. - GULLO, C. (a cura di), Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii», 166.

48 PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Istr. *Dignitas connubii*, art. 221, § 1.

49 *Ibidem*, art. 221, § 2. L'espressione dell'istruzione è più ampia di quella del canone 1527, § 2.

50 Nel processo penale la valutazione e la decisione compete all'Ordinario, cann. 1718, § 1, cfr. GARCÍA MARTÍN, J. – GALLUCCI, N., La potestà dei giudici e dei tribunali e il suo esercizio secondo il can. 135, § 3, in: Folia canonica 11 (2008) 56.

Universidad Pontificia de Salamanca

come la concordanza del dubbio, la pubblicazione degli atti e la conclusione in causa con un decreto. Tuttavia qualcuno afferma che il giudice potrebbe delegarli[51].

3. *La potestà*

Per quello che riguarda la potestà dell'uditore bisogna dire che la sua figura è poco definita nel Codice, quindi per comprendere la vera natura della potestà annessa a questo ufficio è necessario considerare alcuni elementi e poi trarre la conclusione riguardo alla potestà.

Se si considerano le persone che forniscono le prove, possiamo elencare le parti, i testimoni, l'uditore, il perito e il giudice.

Tra le figure appena accennate l'unica ad avere potestà giudiziale è il giudice, mentre gli altri sono muniti esclusivamente di potestà esecutiva in quanto sono esecutori di un mandato o della legge.

L'unica differenza tra le persone che non siano il giudice e l'uditore, è la figura del perito[52] in quanto diventa delegato del giudice perché conosce gli atti della causa, gli altri documenti e ha tutti i mezzi per eseguire il suo compito.

Posizione uguale a quella dell'uditore si trova nella figura dell'investigatore, l'indagatore nel processo penale[53]. Esso, anche se fosse un giudice diocesano, non può intervenire nella causa come giudice, quindi se si equipara la figura dell'investigatore nel processo penale con quella dell'uditore si può considerare l'uditore come esecutore di un mandato e quindi provvisto esclusivamente di potestà amministrativa o esecutiva.

Secondo il tenore del can. 1428, § 3 l'uditore può raccogliere le prove dietro mandato del giudice e qualora sorgesse una controversia può decidere quali prove raccogliere e con quale metodo a meno che non contrasti quest'operazione con il mandato del giudice. Di conseguenza, l'uditore può esclusivamente raccogliere le prove secondo il mandato del giudice e non decidere in modo autonomo e vincolante il metodo e il tipo di prove da raccogliere.

Anche l'istruzione *Dignitas connubii* permette all'uditore di servirsi di un'altra persona per interrogare una parte un teste *ad actum* e questa delega

51 In questo senso si esprime MONTINI, G., Commento al can. 1428, in: Codice di Diritto Canonico commentato, Milano 2001, 1130: «Non appartiene all'uditore la facoltà di decidere la conclusione in causa (can. 1599), che però potrebbe essergli affidata espressamente nel mandato».

52 CIC 83 c. 1577.

53 CIC 83 c. 1717, § 3.

Universidad Pontificia de Salamanca

va fatta con decreto[54]. Se l'uditore per un caso può delegare la potestà ricevuta e tenendo in considerazione il can 135, § 3 e il can. 137, §. 3, si può senz'altro affermare che la potestà dell'uditore è esecutiva ordinaria, perché se fosse delegata l'istruzione *Dignitas connubii* avrebbe dovuto dire suddelegare il compito di ascoltare il teste, di ricevere una testimonianza.

D'altra parte bisogna considerare che la facoltà o il diritto concesso all'uditore dal § 3 del canone 1428 è subordinato all'intervento di una controversia, alla non opposizione del giudice ed è concessa dal diritto e non dalla delega di un giudice, per cui anche questa considerazione porta alla conclusione che non essendo in presenza di deleghe giudiziali, l'uditore sia provvisto ordinariamente e d'ufficio di potestà esecutiva.

Infine se si tiene conto della finalità delle prove, si può affermare che l'indagatore nel processo penale svolge la sua funzione prima che cominci il procedimento giudiziario, pertanto l'indagatore nella raccolta delle prove non ha bisogno dell'esercizio della potestà giudiziale. Poiché abbiamo visto prima che la figura dell'indagatore nel processo penale si può assimilare a quella dell'uditore è opportuno considerare che la figura dell'uditore è munita esclusivamente di potestà esecutiva.

Poiché la conclusione della causa con l'emanazione del decreto è compito del giudice e non dell'uditore, nel caso in cui il giudice avvisasse la possibilità di riammettere una prova precedentemente rifiutata dall'uditore, avrebbe la piena competenza per emettere un decreto di ammissione della prova. Infatti, secondo il can. 58, § 1, il decreto singolare cessa di avere vigore con la revoca da parte dell'autorità competente. Dunque non è questione di provvisorietà[55] o stabilità[56] del decreto dell'uditore, ma una semplice applicazione delle norme generali del diritto canonico.

Inoltre bisogna considerare che l'ammissione o il rifiuto delle prove raccolte dall'uditore sono operazioni compiute attraverso un decreto esecutivo così anche la conclusione dell'istruttoria è un decreto esecutivo quindi si può tranquillamente affermare che qualora l'uditore abbia la necessità di emanare un decreto per risolvere le questioni incidentali come afferma il canone 1590 § 2, è sufficiente che l'ufficio dell'uditore sia provvisto esclusivamente di potestà esecutiva. Di conseguenza, nel caso in cui sorgesse una controversia si segue il can. 1527 § 2, cioè un'applicazione del can. 47, per cui è l'uditore a decidere sulla questione. Se dovesse avvisare un'incongruenza nel rifiuto

54 PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Istr. *Dignitas connubii*, art. 51.

55 MARAGNOLI, G., La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio, in: FRANCESCHI, H. – LLOBELL, J. – ORTIZ, M. A., o.c., 126-127.

56 GHISONI, L., I ministri di giustizia in specie: uditori e assessori (Artt. 50-52), in: BONNET, P. A. – GULLO, C. (a cura di), Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii», 166.

Universidad Pontificia de Salamanca

dell'ammissione di una prova, può con un atto simile al precedente nel quale si rifiutava la prova, ammetterla, in modo che l'atto amministrativo singolare successivo annulla o revoca il precedente.

Questi decreti sono posti con potestà esecutiva perché il giudice o il tribunale collegiale non può delegare la potestà giudiziale, ma soprattutto perché gli atti sono preparatori a un decreto che per sua natura è un atto amministrativo singolare.

Atteso che la responsabilità dell'istruttoria è completamente del giudice, con il quale l'uditore collabora, se sorgono ricorsi o istanze per una prova rifiutata dall'uditore, essendo il caso eccezionale della seconda parte del § 3 del can. 1428, bisogna fare riferimento alla potestà dell'uditore.

Pertanto se gli atti che necessitano alla potestà dell'uditore sono esclusivamente di natura amministrativa con tutte le limitazioni segnalate, significa che la figura dell'uditore non ha bisogno di potestà giudiziale, non essendo munito di potestà giudiziale non potrà essere quindi identificato come un giudice istruttore, come fanno alcuni.

IV. Che dire sull'espressione «giudice istruttore» e il suo uso?

Com'è stato indicato il Codice vigente non usa l'espressione *giudice istruttore*, tuttavia, i commentatori la usano con profusione, e anche con applicazione a persone diverse.

1. *Espressione applicata all'uditore*

La prima applicazione riguarda l'identificazione dell'uditore[57] con il giudice istruttore. Ciò manifesta la non distinzione tra la potestà esecutiva e giudiziale del giudice perché si attribuiscono tutti i suoi atti alla potestà giudiziale, e la determinazione della potestà dell'uditore non molto corretta. Ciò porta alla distinzione tra *potestas iudicialis cognoscendi et decidendi*, che è propria del diritto dello Stato, dove il giudice istruttore è un vero ufficio distinto dal giudice che sentenzia la causa. Questa distinzione è anteriore al Codice del 1917, quando ancora non se ne parlava di atti amministrativi né di potestà amministrativa o esecutiva nell'ambito canonico, e portava a fare classificazioni dei giudici non pienamente corrette, com'è stato indicato sopra. Tuttavia, questa situazione è stata delucidata dal Codice vigente. Perciò l'uso della distinzione

57 Ad esempio, ARROBA CONDE, M. J., o.c., 96: «I laici possono ricevere l'ufficio di giudice... sia soprattutto per esercitarlo come giudici istruttori o uditori (can. 1428, § 2)».

Universidad Pontificia de Salamanca

della potestà segnalata, come quella tra giudice principale e ausiliare[58], come se questo fosse un ufficio ecclesiastico[59], ha il sapore antico, superato dalla vigente legislazione, ma, a quanto pare, non approfondita principalmente per la disattenzione degli atti amministrativi singolari ma anche di altre disposizioni, come quelle sugli uffici ecclesiastici.

Da quanto esposto si desume che il compito dell'uditore non è quello di istruire la causa come tale, o svolgere l'istruttoria, ma quello più semplice di collaborare nella fase istruttoria con il giudice raccogliendo e trasmettendogli le prove, cioè fare un'indagine previa[60], senza dover esercitare la potestà giudiziale[61].

Sotto questo profilo si può capire perché il Codice non lo chiama più *istruttore*, come invece faceva la legislazione anteriore, né la posteriore istruzione *Dignitas connubii*. Ancora di più, i nuovi canoni del Codice che trattano dell'istruttore delineano una figura simile all'uditore al quale spetta raccogliere le prove e trasmetterle al Vescovo, ma non quella di istruire la causa come tale, né ancora valutare le prove, e che non esercita la potestà giudiziale, che compete al giudice. Or dunque, se l'uditore non è l'istruttore della causa, di conseguenza, difficilmente potrebbe essere considerato come un *giudice istruttore*, perché non è né l'uno né l'altro. Pertanto, se l'uditore non è giudice istruttore, affermare che è costituito con potestà giudiziale delegata dal Vescovo[62], o dal giudice unico o dal presidente del collegio giudicante per istruire la causa, e che a lui spettano le attività che il Codice attribuisce al giudice per la fase istruttoria[64], appaiono delle affermazioni non soltanto incorrette, ma addirittura del tutto gratuite, cioè prive di ogni fondamento nelle norme canoniche.

In questa prospettiva non è possibile ritenere che l'uditore sia un giudice in quanto il suo ufficio è un vero ufficio pubblico, poiché tale qualifica

58 *Idem*, 214, distingue giudice principale e giudice istruttore, come si faceva nella legislazione anteriore, cfr. nota 15.

59 Nel Codice a nessuno è affidato l'ufficio di giudice ausiliare per la semplice ragione che non esiste.

60 Da questo punto di vista pare un poco oscuro quanto afferma ARROBA CONDE, M. J., o.c., 204: «Essendo parte integrante della potestà giudiziale la funzione di istruire (potestas cognoscendi) oltre che di decidere (potestas definiendi), tratteremo congiuntamente dell'ufficio di uditore o istruttore, al quale si affida la raccolta delle prove, con potestà di decidere tutto quello che riguarda l'istruttoria».

61 Il can. 1717, § 3 riconosce a chi fa l'indagine gli stessi diritti e obblighi che ha l'uditore nel processo, e determina che lo stesso non può fare da giudice nel procedimento giudiziario.

62 In tal senso PINTO GÓMEZ, J. M., La giurisdizione, in: BONNET, P. A. – GULLO, C. (a cura di), Il processo matrimoniale canonico, 127; GHISONI, L., I ministri di giustizia in specie: uditori e assessori (Artt. 50-52), in: BONNET, P. A. – GULLO, C. (a cura di), Il giudizio di nullità matrimoniale, 165.

63 PINTO GÓMEZ, J. M., La giurisdizione, in: BONNET, P. A. – GULLO, C. (a cura di), Il processo matrimoniale canonico, 127.

64 Come afferma ARROBA CONDE, M. J., o.c., 218.

Universidad Pontificia de Salamanca

si applica a tutti gli uffici che conformano il tribunale di prima istanza, come il cancelliere o notaio (cfr. can. 483, § 1). Inoltre, il can. 1428, § 1 conferma quanto è stato detto poiché infatti stabilisce con parole chiare che è il giudice che affida l'istruttoria della causa all'uditore, l'ufficio di quest'ultimo è senz'altro subordinato a quello del giudice.

2. *Espressione applicata al giudice del tribunale collegiale*

L'altra applicazione è indicare come giudice istruttore[65] quello del tribunale collegiale che realizza l'istruzione nelle cause di nullità del matrimonio —riferendosi soltanto a queste— sulla base del precedente can. 1677, § 4 e degli articoli 45-46 dell'istruzione *Dignitas connubii*. Il can. 1677, § 4 recitava così: «Dopo dieci giorni della notificazione del decreto, se le parti non obiettano nulla, il presidente o il ponente con un nuovo decreto stabilisca l'istruttoria della causa».

Il canone determina che spetta al presidente o al ponente disporre l'istruttoria, ossia designare l'istruttore, com'è stato esposto. Tuttavia, se l'istruzione della causa è affidata a un giudice del tribunale collegiale, il ponente, all'autore, per prassi, «sembra convenire il nome di *giudice istruttore*»[66], perché «in tal caso il nome di "uditore" non è più appropriato, e ... conviene piuttosto chiamare questo giudice col nome di "giudice istruttore". Ciò non solo per ragioni di carattere storico, ma anche perché in effetti esistono alcune diversità di disciplina, ... tra chi istituisce la causa senza poterla poi decidere —e altresì, occorre aggiungerlo, senza poter neppure intervenire come membro del collegio nei casi in cui a quest'ultimo spettano dei compiti specifici nelle fasi processuali che precedono quella decisoria— e chi invece è chiamato, non più come giudice singolo ma come parte dell'organo collegiale, a svolgere anche tali funzioni»[67].

Riguardo a quest'opinione è possibile fare qualche appunto. Innanzitutto, si dive dire che sia il canone indicato sia l'istruzione *Dignitas connubii* trattano unicamente delle cause di nullità del matrimonio affidate a un collegio giudicante, ma non di quelle affidate al giudice unico straordinario, come previsto dal can. 1425, § 4, che può designare un uditore, e d'altra parte tralascia le norme riguardanti le altre cause riservate al tribunale collegiale, e nelle quali l'istruzione può essere affidata a un giudice non appartenente al collegio giudicante, che il Codice chiama uditore (can. 1428), ma non giudice istruttore o

65 MARAGNOLI, G., La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio, in: FRANCESCHI, H. – LLOBELL, J. – ORTIZ, M. A., o.c., 85s.

66 *Ibidem*, p. 88.

67 *Ibidem*, p. 89.

Universidad Pontificia de Salamanca

uditore. Inoltre, gli atti dell'istruttoria, posti sia dall'uditore sia da un giudice del collegio giudicante, sono atti preparatori di un decreto o una sentenza (can. 135, § 3) di natura amministrativa, cioè non richiedono la potestà giudiziale[68]. Poiché gli stessi atti non cambiano di natura in quanto prodotti da autorità, persone diverse, allora essi sono posti in ragione dell'ufficio d'istruire la causa, e questo incaricato è identificato come uditore, o come istruttore, ma non come giudice istruttore.

Altro appunto l'offre il nuovo can. 1676, che non ha accolto la disposizione del precedente can. 1677, § 4. Infatti, quello non fa più menzione del ponente, che può disporre l'istruzione della causa, rimandando così alle norme comuni dell'Articolo 1: *De iudice*. D'altra parte, i canoni sul processo più breve distinguono con chiarezza l'istruttore dal giudice, e indicano come funzioni proprie la raccolta delle prove, come il can. 1428, § 3 fa per l'uditore, e la consulenza. Da questo punto di vista non c'è differenza tra l'istruttore e l'uditore.

3. *Inesistenza dell'ufficio di giudice istruttore e uso incorretto dell'espressione*

In questa prospettiva l'autorità nomina un uditore o un istruttore, o un investigatore o inquisitore, ma non nomina o designa un giudice istruttore, perché il Codice non considera quest'ufficio alla pari dell'uditore, istruttore o investigatore come lo determinava la legislazione anteriore con le loro competenze. Orbene, se non esiste l'ufficio di giudice istruttore, di conseguenza, nessuno può essere nominato «giudice istruttore», e, perciò tale espressione è un po' fittizia.

La prassi di affidare l'istruttoria a un giudice del collegio giudicante nelle cause di nullità del matrimonio non lo costituisce in un ufficio ecclesiastico ai sensi del can. 145, § 1, perché svolge una funzione di raccogliere le prove, o di istruire la causa, è un atto individuale all'interno del collegio giudicante, che è il giudice.

In questa prospettiva si fa notare che il Codice non adopera più l'espressione *giudice istruttore* poiché sono figure derivate dalla natura delle funzioni, più che dalla persona che le ricopre. Infatti, la funzione propria dell'uditore e quella dell'istruttore sono simili, di natura esecutiva, perciò in nessun caso sono chiamati giudici.

In questo senso il Codice non chiama *giudice ponente* o relatore chi svolge tale compito, pur essendo sempre un giudice membro del tribunale collegiale. La ragione si trova nelle competenze proprie del ponente o relatore

68 Cfr. GARCÍA MARTÍN, J., Le norme generali del Codex Iuris Canonici, 6ª ed., Venezia 2015, 608-610.

Universidad Pontificia de Salamanca

che sono di natura esecutiva, ossia pone atti amministrativi singolari, ossia il ponente o relatore non esercita la funzioni della potestà giudiziale come persona, cioè non giudica la causa, che è compito esclusivo del collegio giudicante. D'altra parte, la persona designata per tale compito, lo è per una determinata causa, non per un numero indeterminato, con stabilità soggettiva. Anzi, può essere sostituito durante la medesima causa.

Allo stesso modo, il Codice considera le funzioni dell'uditore, sopra esposte, come proprie della potestà esecutiva, poiché non ha bisogno dell'esercizio della potestà giudiziale, e, di conseguenza, non lo identifica mai come *giudice istruttore*. Conseguentemente il legislatore ha collocato gli uffici dell'uditore e del ponente o relatore in un Articolo distinto da quello dedicato al giudice. Anche in questo caso, il compito dell'uditore o dell'istruttore è affidato per una sola causa, senza la stabilità propria dei titolari degli altri uffici del tribunale, come il giudice.

Per tali ragioni l'uso dell'espressione *giudice istruttore* applicata sia all'uditore sia all'istruttore sembra non solo incorretta ma anche inadeguata ed espressione di una confusione, o mancanza di una distinzione tra le diverse funzioni della potestà di governo. Infatti, il can. 135, § 3 stabilisce la distinzione tra gli atti preparatori di un decreto e di una sentenza, che sono posti con potestà esecutiva, ma questo non è accettato, in genere, dai commentatori. Il can. 1617 distingue anche gli atti del giudice, in concreto tra la potestà giudiziale ed esecutiva di cui è dotato il giudice, ma anche ciò urta con l'espressione indicata.

Conclusioni

Il Codice di diritto canonico del 1917 trattava degli uditori in un Articolo proprio dove determinava la loro competenza che era citare e sentire i testi, ma i commentatori li identificavano come giudici istruttori, anche se non istruivano la causa in sé. Il motivo di tale identificazione poteva essere la mancanza di una distinzione tra potestà giudiziale ed esecutiva.

Il giudice istruttore interveniva nelle cause sulla dispensa del matrimonio rato e non consumato, il cui compito era limitato alla raccolta delle prove e alla loro trasmissione alla Sede Apostolica senza valutare le medesime. Da ciò si deduce che la sua funzione era simile a quella dell'uditore perché non esercitava la potestà giudiziale, ossia non giudicava la causa.

Il Codice di diritto canonico del 1983 non ha accolto l'espressione *giudice istruttore*. Infatti, il can. 1704, che tratta della dispensa dal matrimonio rato e non consumato, regola la funzione dell'istruttore di raccogliere le prove, senza poter darne una valutazione, in conformità alla natura amministrativa del

Universidad Pontificia de Salamanca

procedimento, di modo che non è necessaria la potestà giudiziale. Sembra la stessa figura dell'uditore chiamata in altro modo in ragione del tipo di causa.

I nuovi canoni introdotti dal Papa Francesco considerano questa figura per il processo più breve sulle cause di nullità del matrimonio davanti al Vescovo diocesano, la cui competenza è di raccogliere le prove e di trasmetterle al giudice, e di consulenza del Vescovo, che lo differenzia dall'uditore. Da notare che questi canoni in nessun modo equiparano l'istruttore al giudice né gli attribuiscono la facoltà di realizzare tutta l'istruttoria.

Ai sensi del can. 1428 l'uditore è designato dal giudice e agisce su mandato del medesimo. Le sue funzioni possono essere determinate dal giudice, ma se non lo fa, agisce per ufficio nella raccolta delle prove, e, in caso eccezionale, può decidere sulle prove. Questa è una delega per i casi di emergenza. Pertanto si deve intendere in senso stretto. Se non c'è controversia, l'uditore non ha tale competenza.

L'uditore realizza atti preparatori di un decreto o di una sentenza con potestà esecutiva, ma non con quella giudiziale, perciò il legislatore non lo considera un giudice. Così si desume dalla sua collocazione sistematica e dalle norme. Altrettanto si deve dire del ponente o relatore. La ragione è che il legislatore prende in considerazione le funzioni realizzate di natura esecutiva, ma non la persona che le pone, senza per questo negare l'importanza dell'agente.

Per questo sorprende che i commentatori di queste materie identifichino sia l'uditore sia l'istruttore come *giudice istruttore*, perché né l'uditore né l'istruttore realizzano l'istruttoria in sé, né esercitano la potestà giudiziale, ma quella esecutiva. Perciò tale espressione non sembra corretta perché non manifesta la distinzione delle funzioni della potestà di governo, e induce a confusione.

Julio García Martín, CMF, Giorgio e Roberto Remedia

Universidad Pontificia de Salamanca