



diritto & religioni

Semestrale
Anno IX - n. 1-2014
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

17



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno IX - n. 1-2014
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

*Matrimonio canonico e giurisdizione civile. Evoluzione, involuzione e tribunalizzazione del sistema matrimoniale concordatario in Italia**

PASQUALE ANNICCHINO E GABRIELE FATTORI

1. *Cristianizzazione e canonizzazione*

Nel III secolo d.C. la struttura giuridica del matrimonio moderno si trova già delineata nella definizione del giurista romano Modestino: «*Nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humanis iuris communicatio*»¹.

Già nel mondo romano il matrimonio è:

- 1) eterosessuale;
- 2) monandrico e monogamico;
- 3) a carattere tendenzialmente permanente e idealmente indissolubile;
- 4) un rapporto dove convergono diritto divino e umano, cioè non soltanto un rapporto materiale, ma anche spirituale, non solo terreno, ma anche trascendente.

Nella cultura giuridica occidentale europea, questo modello matrimoniale, romano, poi cristiano, poi più propriamente cattolico-canonistico, resiste per quasi 2000 anni. Fino a quando, tra il XIX, il XX e il XXI secolo, da un lato con il divorzio, e dall'altro con le prime forme di riconoscimento delle unioni civili, le legislazioni statali abbandonano il principio di indissolubilità² e superano – o sembrano prepararsi a superare – il paradigma dell'eterosessualità³.

* Il contenuto del presente lavoro è frutto della riflessione comune dei due Autori. Tuttavia, i paragrafi 1, 2 e 6 sono attribuibili a GABRIELE FATTORI, i paragrafi 3, 4 e 5 a PASQUALE ANNICCHINO. Le conclusioni ad entrambi gli Autori.

¹ D. 23, 2, 1 (MODESTINUS, l. 1 *regularum*).

² MARZIO BARBAGLI-DAVID I. KERTZER, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2003, 3-39.

³ Nell'Occidente europeo, il superamento del modello familiare eterosessuale è una realtà nei Paesi Bassi, dal 2001, in Belgio dal 2003, in Spagna dal 2005, in Norvegia dal 2008, in Svezia dal

Ma non c'è dubbio che l'antico riferimento al diritto divino dimostri

2009, in Portogallo dal 2010, in Islanda dal 2010, in Danimarca dal 2012, in Francia dal 2014, in Inghilterra dal 2013, in Galles dal 2013, in Scozia dal 2014 (tra l'altro, si sottolinea, tutti paesi CEDU). In Italia, al momento, il paradigma eterosessuale del matrimonio (inteso nell'unica accezione giuridica dell'art. 29 Cost. it.) non è in discussione. Coerentemente, si esclude (fino a prova contraria, vedi *infra*, nt. 155) la possibilità di trascrivere i matrimoni gay contratti all'estero. Si discute, invece, l'opportunità di accordare un riconoscimento giuridico alle unioni di fatto facendo salva la distinzione tra matrimonio e altri tipi di unione a carattere erotico/affettivo. Le coppie omosessuali, al pari delle unioni *more uxorio* eterosessuali, configurano semplici unioni di fatto, e in quanto tali risultano giuridicamente irrilevanti (*cf.* VENERANDO MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Giuffrè, Milano 2005). Tuttavia due recenti interventi della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, rispettivamente nel 2010 e nel 2012, hanno fatto pensare che - soltanto per le unioni di fatto e non per quelle matrimoniali - anche l'ordinamento italiano si preparasse a superare il paradigma eterosessuale. È impossibile fare previsioni, tuttavia, a prescindere dai loro effetti politici ed esiti giuridici, l'importanza di queste due lunghe pronunce resta di ordine metodologico perché entrambe indirettamente dimostrano le potenzialità e l'efficacia giuridiche delle Carte internazionali dei diritti umani, c.d. 'Carte dei diritti', cioè dimostrano come e quanto il diritto sovranazionale può influire sugli ordinamenti nazionali. Il percorso argomentativo delle due sentenze è sintetizzabile in dieci passaggi che riproponiamo da GABRIELE FATTORI, *Diritto nazionale e supernazionale. Le prospettive ecclesiasticistiche sul processo giuridico di costruzione europea*, in «Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche», 2013, 64, 3-4, 191-236: 1) in Italia, l'attuale quadro giuridico, non consente di equiparare coppie di fatto e coppie omosessuali alle coppie coniugali strettamente intese, ovvero unite in matrimonio civile/concordatario; 2) ciò in virtù dell'art. 29 della Costituzione italiana che «riconosce i diritti della famiglia [...] fondata sul matrimonio» e per le disposizioni del Codice civile italiano (ad. es. 107-108-148-148bis c.c.) i cui molteplici riferimenti al 'marito' e alla 'moglie' connotano il significato della nozione costituzionale di matrimonio in senso 'eterosessuale e monogamico'; 3) tuttavia, l'art. 117 della Costituzione, operando un rinvio al diritto sovranazionale, richiama l'Italia al «rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»; 4) tra questi vanno ricordati i principali, contenuti nelle 'Carte internazionali dei diritti': l'art. 12 CEDU e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove è enunciato il diritto al matrimonio, di sposarsi e di fondare una famiglia senza specificazioni riguardanti il sesso dei nubendi. Tuttavia, in materia matrimoniale e familiare, CEDU e Carta di Nizza rinviavano a loro volta alle legislazioni nazionali; 5) tornando alle legislazioni nazionali e, *in primis*, alle norme costituzionali, va considerato che l'art. 2 della Costituzione italiana riconosce i diritti fondamentali della persona nelle «formazioni sociali» dove la persona costruisce e svolge la propria personalità; 6) e non c'è dubbio che una relazione affettivo-erotica a carattere permanente tra persone consenzienti e responsabili sia una delle formazioni sociali dove l'art. 2 Cost. it. riconosce a tutti gli uomini i diritti fondamentali; 7) dunque anche internamente a formazioni sociali come coppie di fatto etero e omosessuali è necessario riconoscere i diritti fondamentali. Tra cui, per il richiamo ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» e agli «obblighi internazionali» dell'art. 117 Cost. it., i diritti enunciati nelle Carte internazionali dei diritti come il diritto a vivere una «vita familiare» senza connotazioni di genere; 8) naturalmente, ciò non significa che coppie di fatto e coppie omosessuali possano essere equiparate al matrimonio tradizionale eterosessuale e monogamico: in tal senso infatti l'art. 29 Cost. it. e il Codice civile italiano restano un limite insuperabile. Ma non concedere alcuna forma di riconoscimento giuridico alle coppie di fatto etero e omosessuale costituirebbe, da un lato, una violazione dei diritti sanciti dagli artt. 8 e 12 CEDU e dagli artt. 7 e 9 della Carta di Nizza e, dall'altro, una discriminazione espressamente vietata dall'art. 14 CEDU, dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 3 della Costituzione italiana; 9) secondo la Corte costituzionale e la Corte Suprema di Cassazione, l'art. 2 Cost. it., i vincoli comunitari e gli obblighi internazionali richiedono dunque che il Legislatore italiano garantisca alle coppie non tradizionali un trattamento «omogeneo» a quello offerto al matrimonio; 10) quanto alle coppie omosessuali in

come al matrimonio, l'«unione riconosciuta e istituzionalizzata tra l'uomo e

particolare la Corte di Cassazione ha stabilito che deve considerarsi «radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire 'naturalistico', della stessa 'esistenza' del matrimonio»: motivo per cui «i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto non possono far valere né il diritto al matrimonio, né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia, a prescindere dall'intervento del legislatore in materia, quali titolari del diritto alla 'vita familiare' e nell'esercizio del diritto inviolabile a vivere liberamente una condizione di coppia [...] possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di 'specifiche situazioni' il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle singole disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento», [Cfr. Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in «Quad. Cost.», 2010, 361 con nota di PIERO ALBERTO CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità della sentenza 138 del 2010*; in «Giust. civ.», 2010, I, 1294 e 1300; in «Iustitia», 2010, 311; in «Foro it.», 2010, I, 1361 con note di ROBERTO ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* e FRANCESCO DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* e 1701 con nota di MICHELE COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*, in «Guida al diritto», 2010, 19, 16 con nota di MARCELLA FIORINI, *Un ulteriore ritardo nel varo di regole ad hoc rallenta il processo di integrazione europea*; in «Resp. civ. prev.», 2010, 1505 con nota di LAURA MORLOTTI, *Il no della Consulta al matrimonio gay*; in «Dir. fam. pers.», 2011, I, 4 con nota di VINCENZO TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della libertà*, in «Giur. cost.», 2010, 1629 con nota ROBERTO ROMBOLI, *Il diritto 'consentito' al matrimonio ed il diritto 'garantito' alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice 'troppo' e 'troppo poco'* e 2715 con nota di BARBARA PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del Legislatore nella sentenza n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale*; in «Studium iuris», 2010, 10, 997 con nota di PAOLO VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*. Poi cfr. Cass., 15 marzo 2012 n. 4184, in «Foro it.», 2012, I, 2727 con nota di ROBERTO ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di Cassazione*; in «Guida al diritto», 2012, 14, 17 con nota di MARIO FINOCCHIARO, *L'atto dev'essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*; in «Dir. fam. pers.», 2012, II, 696; in «Giust. civ.», 2012, I, 1691 con nota di FABIO CHIOVINI e MATTEO MARIA WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*; in «Giur. cost.», 2012, 1498 con nota di FRANCESCA ANGELINI, *La Corte di Cassazione su unioni e matrimonio omosessuale: nell'inerzia del Legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*].

Inoltre nei prossimi mesi la Corte Europea dei diritti dell'uomo sarà chiamata a decidere su alcuni casi relativi al matrimonio dello stesso sesso riguardanti l'Italia cfr. Enrico Oliari e A. c. Italia (ricorso n. 1876/11) e Gian Mario Felicetti e altri c. Italia (36030/11) ed inoltre Francesca Orlandi e altri c. Italia (ricorso n. 26431/12). Sull'influenza del diritto sovranazionale sui diritti statuali cfr. il recentissimo volume di ANGELO LICASTRO, *Unione europea e 'status' delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano 2014. Poi LAURA DE GREGORIO (a cura di), *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna 2012. Qui, sul tema generale, si vedano i contributi di CESARE MIRABELLI, *'Primato' del diritto comunitario (anche sulle costituzioni?)*, 23-32, di FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Confessioni e comunità religiose o 'filosofiche' nel Trattato di Lisbona*, 33-42, di MARTA CARTABIA, *I 'nuovi' diritti*, 95-117; sul tema specifico, di VENERANDO MARANO, *Matrimonio e famiglia. Limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario*, 189-203 e si veda ID., *Le unioni di fatto secondo Bruxelles. Linee di tendenza e nodi irrisolti in alcuni recenti sviluppi dell'ordinamento comunitario*, in GIUSEPPE DALLA TORRE - CARLO GULLO - GERALDINA BONI (a cura di), *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, LEV, Città del Vaticano 2012,

la donna», sia da sempre stata attribuita «una sua dimensione religiosa, un qualche collegamento con la sfera del sacro»⁴.

Nella società pagana dei primi secoli dell'Impero, dal regno di Tiberio a Massimino Daia e Licinio, il Cristianesimo è la religione di una minoranza perseguitata. L'Editto di Costantino (313 d.C.) mette fine alle persecuzioni e proclama la libertà religiosa nei territori imperiali. Qui il Cristianesimo si espande, fino a diventare, con l'Editto di Teodosio (380 d.C.), religione ufficiale dell'Impero romano.

Alla diffusione sociale del Cristianesimo corrisponde una sua proporzionata evoluzione istituzionale. La religione cristiana, che all'inizio si identifica nella comunità di fedeli, diventa, nel tempo, un'organizzazione confessionale con una sua gerarchia e propri organi rappresentativi. La combinazione della dimensione spirituale con quella temporale fanno della Chiesa cristiana un'autorità molto influente, oltre che sul piano morale, anche sul piano sociale, culturale e politico.

Favorita dal progressivo indebolirsi del potere statale e abile a impadro-

331-346; CARLO CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Altemandi, Torino 2010; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un'opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», settembre 2011, 1-58; JILIA PASQUALI CERIOLI, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», gennaio 2011, 1-20; SALVATORE BERLINGÒ, *Libertà religiosa, pluralismo culturale e laicità dell'Europa*, in «Il Regno», 2002, 41-51; ID., *Alla riscoperta della laicità, in Europa*, in «Derecho y opinion», 2000, 261-279; SILVIO FERRARI, *Sul crocifisso e su molto altro*, in «Il Regno-attualità», edizione 2010: annale *Chiesa in Italia*: 2011, 191-199; in una prospettiva che considera le istanze contemporanee dei diritti religiosi, ROBERTO MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffrè, Milano 2005. Sull'incidenza della giurisprudenza europea sui diritti nazionali cfr. MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Giappichelli, Torino 2001; ID., *La virtù della giurisprudenza europea sui conflitti religiosi*, in ROBERTO MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna 2012, 293-362. Nel volume curato da Roberto Mazzola si deve a PASQUALE ANNICCHINO, *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso 'Lautsi' e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, 179-193, lo studio dell'efficienza della dottrina del margine di apprezzamento come strumento di resistenza degli ordinamenti statali alle influenze del diritto sovrastatale; in una prospettiva più ampia di tutela della libertà religiosa SILVIA ANGELETTI, *Libertà religiosa e Patto internazionale sui diritti civili e politici. La Prassi del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite*, Giappichelli, Torino 2008 e qui, per una bibliografia essenziale sul tema cfr. in particolare, 12, nt. 36. Più in generale: FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO-CESARE MIRABELLI-FRANCESCO ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, il Mulino, Bologna 1997; MATTEO LUGLI-JILIA PASQUALI CERIOLI-INGRID PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi-modelli-giurisprudenza*, 2 ed., Giappichelli, Torino 2012; GIANFRANCO MACRÌ-MARCO PARISI-VALERIO TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Laterza, Roma-Bari 2006. Si devono poi ricordare NORBERTO BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990 e FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 1967.

⁴ PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, 4° ed., Ecig, Genova 2008, 11.

nirsi degli spazi di potere politico determinatisi con il crollo dell'Impero romano d'Occidente (476 d.C.), la Chiesa amplia la propria influenza temporale e se ne serve per disporre sempre più intensamente dei rapporti sociali. La concezione cristiana dei momenti fondamentali della vita dell'uomo – nascita, sessualità, matrimonio, morte – diventa gradualmente predominante. In questi campi l'autorevolezza politica delle istituzioni ecclesiastiche è indiscussa e i dettami della religione cristiana sono comunemente percepiti come vincolanti.

Il nuovo contesto promuove una progressiva canonizzazione del matrimonio «attratto nella sfera di diretto interessamento della Chiesa, sino ad essere unanimemente considerato una realtà di esclusiva competenza ecclesiastica»⁵. Intorno all'anno mille, il processo di canonizzazione della materia matrimoniale appare, se non già concluso, prossimo al compimento. Tra il dodicesimo e il quattordicesimo secolo grazie alle elaborazioni della dottrina, si forma un sistema giuridico matrimoniale monopolizzato dal diritto canonico.

L'affermazione dell'idea teologica del matrimonio-sacramento ha due conseguenze. Sul piano politico la Chiesa cattolica si aggiudica la giurisdizione piena ed esclusiva – o quasi – in materia matrimoniale. Sul piano giuridico, viene affermato il dogma dell'indissolubilità del vincolo coniugale in applicazione del principio '*quod Deus coniunxit homo non separet*'⁶.

All'autorità politica residua la competenza sugli aspetti meramente patrimoniali. La questione del momento costitutivo del vincolo matrimoniale – oscillante tra *copulatheoria* e teoria consensualistica – è risolta dalla scienza canonistica del XII secolo sulla scia della tradizione romana⁷ e attraverso la teologia di Pietro Lombardo. Il negozio matrimoniale si fonda esclusivamente sul consenso dei nubendi: *solus consensus facit nuptias*.

Così, il matrimonio resta per secoli *sacrae rei signum*, un sacramento «permeato di cristianità», l'immagine dell'unione di Cristo con la Chiesa⁸. Dal punto di vista giuridico, invece, l'istituto è ancora un'incompiuta. La

⁵ Ivi, 13.

⁶ MATTEO, *Vangelo*, 19, 3-10.

⁷ Nella concezione della Chiesa cattolica e nell'opinione della scienza canonistica il matrimonio è stato per secoli negozio consensuale e formale secondo le definizioni del giurista romano Ulpiano «*sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*» [D. 23, 1, 4 pr (ULPIANO, *l. 35 ad Sab.*)] e «*Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*» [D. 35, 1, 15 (*ibidem*)]. Cfr. EDOARDO VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Edizioni 'Ricerche', Roma 1960-61.

⁸ ADRIANA CAMPITELLI, *Il vincolo matrimoniale nella prospettiva storica: dalla tradizione romana alla disciplina nell'età del diritto comune*, in *El dret comú i Catalunya. La Famiglia i el seu patrimoni*, in AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS (a cura di), *Actes del IX Simposi Internacional* (Barcellona 4-5 de juni de 1999), Fundació Noguera, Barcellona 2000, 37-55 (49).

celebrazione prevede semplicemente uno scambio dei consensi. Quindi, anteriormente al Concilio di Trento, mentre la Chiesa riesce sempre più ad affermare la propria giurisdizione sul matrimonio, proprio la mancanza di una definita liturgia nuziale impedisce che il rito religioso soppianti la celebrazione laica⁹.

L'assenza di precise regole formali favorisce il fenomeno dei c.d. 'matrimoni clandestini'.

Costituite in privato e perciò facilmente occultabili, queste unioni offrono l'opportunità di accedere indisturbati ad altre nozze dando vita a nuove unioni illegali e stati di bigamia.

Pertanto, sia ragioni di ordine sociale, sia esigenze di certezza giuridica, impongono di determinare la forma della celebrazione del matrimonio. Con il Decreto *Tametsi (De reformatione matrimonii)* dell'11 novembre 1563, il Concilio di Trento introduce la regola della forma canonica obbligatoria *ad substantiam*, prescrivendo le formalità preliminari tra cui le pubblicazioni, la manifestazione del consenso alla presenza del sacerdote cattolico e di almeno due testimoni comuni e il divieto per i coniugi di instaurare la coabitazione prima della benedizione del parroco. Quando le unioni non sono celebrate nella forma pubblica *in facie Ecclesiae* non sono valide. Con i *Canones de sacramento matrimonii* della ventiquattresima Sessione¹⁰, il Concilio di Trento interviene in difesa del principio della sacramentalità del matrimonio («*Si quis dixerit, matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicae sacramentis, a Christo domino institutum, sed ab hominibus in ecclesia inventum, neque gratia conferre: anathema sit*») e della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale («*Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos: anathema sit*») ¹¹.

E dopo Trento, come è stato scritto, «inizia un'altra storia»¹². Con il Concilio tridentino, il potere statale si disinteressa alla legislazione matrimonia-

⁹ Cfr. FRANCESCO BRANDILEONE, *L'intervento dello Stato nella celebrazione del matrimonio in Italia prima del Concilio di Trento: memoria letta all'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, in AA. VV., *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli*, vol. 27, Tipografia della Regia Università, Napoli 1894, *passim*.

¹⁰ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, con prefazione di JEAN GAUDEMET, il Mulino, Bologna 1993, in particolare 62-63.

¹¹ Cfr. *infra*, nt. 43, la proposizione LXXIV del Sillabo del 1864.

¹² PAOLO PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della 'società coniugale' in Italia*, Giuffrè, Milano 2011, 50. Cfr. CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, il Mulino, Bologna 1993, 151: «si fa iniziare da Trento un nuovo periodo nella storia del cattolicesimo, contraddistinto dai due caratteri del centralismo papale e dalla cattolicità moderna».

le e «il matrimonio laico andò gradualmente scomparendo»¹³. Alla Chiesa si riconosce «il potere di regolare l'istituto del matrimonio, tanto nelle sue regole essenziali quanto nelle sue formalità». Così il «sistema instaurato dal Concilio tridentino» diventa in Italia «il diritto comune» vigente «per un lungo periodo di tempo» durante il quale si dà per scontato che la materia matrimoniale debba appartenere «esclusivamente al diritto canonico ed essere pienamente sottratta alle leggi dello Stato»¹⁴. Anche se, come è stato sottolineato, l'esclusività della giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio resterà ancora a lungo, 'virtuale' e contaminata da molti abusi¹⁵.

2. *Deconfessionalizzazione e statualizzazione*

Tuttavia, già con l'inizio dell'età moderna, il monopolio ecclesiastico sul matrimonio viene gradatamente superato. Ad esempio, le autorità politiche introducono alcuni limiti alla libertà matrimoniale. Mentre l'ordinamento canonico pone il principio dell'insostituibilità e dell'effettività del consenso a protezione della libertà matrimoniale dei nubendi contro i «soprusi dei signori feudali e dei padri di famiglia»¹⁶, le autorità politiche condizionano la libertà matrimoniale all'età o all'estrazione sociale dei nubendi.

Assecondando le logiche patriarcali dell'epoca, si proibiscono i matrimoni dei minori celebrati contro la volontà dei genitori. A tutela degli interessi di classe, si vieta a nobili, ufficiali e militari di celebrare matrimoni non rispondenti alle regole e alle convenienze del ceto di estrazione contro la volontà dei superiori¹⁷. Disobbedire a queste regole espone a conseguenze a carattere sanzionatorio e/o punitivo. Ad esempio, è prevista la possibilità di diseredare i figli.

Sulla scia di una rinnovata vitalità delle istituzioni politiche, i Paesi non cattolici avviano così un graduale processo di 'deconfessionalizzazione' della materia matrimoniale¹⁸.

¹³ LORENZO SPINELLI, *Le legislazioni matrimoniali degli Stati italiani preunitari con riferimento al sistema concordatario*, in «Studi Urbinati. Scienze giuridiche ed economiche», Nuova Serie A, 3, 1950-1951, 181-232 (185).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica*, cit., 151. Cfr. anche ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., par. 9 «L'attuazione delle norme del Tridentino. Le prime risoluzioni di dubbi», 65-66.

¹⁶ DANIELA LOMBARDI, *Storia del matrimonio. Dal medioevo a oggi*, il Mulino, Bologna 2008, 13.

¹⁷ MARCO COMPORI, *Il matrimonio*, in MARIO BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, 140-164 (141).

¹⁸ Cfr. SILVIO FERRARI - ANDREA ZANOTTI, *Famiglia e diritto di famiglia nel conflitto tra Stato e Chiesa*,

Gli Stati infatti comprendono la necessità di sottrarre al monopolio della giurisdizione ecclesiastica un atto di grande rilevanza sociale come il matrimonio.

Le dottrine giurisdizionalistiche, recuperando una distinzione della canonistica tra sacramento e contratto¹⁹, ripensano il matrimonio religioso in funzione della rivendicazione politica. Il sacramento (dimensione spirituale) viene distinto dal contratto (dimensione temporale). E se la concezione sacramentale del matrimonio era stata la preconditione teologica per sottoporre il matrimonio al diritto della Chiesa, la distinzione tra sacramento e contratto diventa il presupposto giuridico per recuperare il matrimonio-contratto nell'ambito di operatività del diritto statale. Non c'è dubbio, infatti, che il matrimonio-sacramento, mezzo di salvezza dell'anima, sia e debba restare nella competenza della Chiesa. Ma il matrimonio-contratto, atto umano, va restituito alla competenza dello Stato.

Così gli Stati iniziano a riappropriarsi di porzioni significative di competenza e giurisdizione in materia matrimoniale fino all'elaborazione dei primi autonomi modelli matrimoniali di diritto statale. Sull'inerzia della deconfessionalizzazione prende così avvio una fase di statualizzazione dell'istituto matrimoniale.

Nel 1580 l'Olanda è la prima nazione a introdurre il matrimonio civile come matrimonio facoltativo per i dissidenti religiosi, «per le minoranze non aventi un'organizzazione riconosciuta dallo Stato»²⁰.

Nel 1651 il matrimonio civile compare anche in Inghilterra²¹.

Ma, «a parte» queste «eccezioni», il matrimonio civile «fu introdotto dopo che Rivoluzione francese stabilì il principio di uguaglianza dei cittadini, indipendentemente dalla fede religiosa, che restava così circoscritta alla

in RUDOLF LILL - FRANCESCO TRANIELLO (a cura di), *Il 'Kulturkampf' in Italia e nei Paesi di lingua tedesca. Annali dell'Istituto Storico Italo-germanico. Quaderno 31*, Bologna 1992, 421-449.

¹⁹ Cfr. GABRIEL LE BRAS, *Mariage (La doctrine du m. chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille)*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, IX, 1929, col. 2255. Per gli ultimi approfondimenti sul tema e per una completa ricostruzione bibliografica: GIACOMO BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio. II. Approfondimenti e riflessioni*, Cedam, Padova 2008.

²⁰ LORENZO SPINELLI, *La legislazione matrimoniale delle provincie meridionali nei primi anni dopo l'Unità d'Italia*, in «Studi Urbinati. Scienze giuridiche ed economiche», XX, 1951-1952, 1-107 (44).

²¹ *Ibidem*. Perché potesse considerarsi valido, una legge del 1563 stabiliva che il matrimonio dovesse celebrarsi davanti al giudice di pace del territorio di residenza degli sposi, vale a dire da un commissario eletto dal re tra la piccola nobiltà locale con compiti e funzioni di carattere amministrativo e giudiziario di prima istanza. Questo nuovo regime restò in vigore pochi anni, perché con la Restaurazione della dinastia Stuart, nel 1660, fu ripristinata la precedente normativa della Chiesa anglicana. Anche se dal 1563 non fu più considerato sacramento, in Inghilterra il matrimonio rimase soggetto al diritto canonico medievale e alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici più a lungo di tutti gli altri paesi europei, compresi quelli cattolici.

sfera privata dell'individuo. Da questo momento, seppur con temporanei ritorni indietro, il processo di secolarizzazione del matrimonio investì anche i paesi cattolici, la giurisdizione passò dalla Chiesa allo Stato»²².

La Rivoluzione francese può dunque essere considerata «il punto d'arrivo della parabola ascendente delle rivendicazioni dello Stato sul matrimonio»²³. La Costituzione del 14 settembre 1791, titolo II, art. 7 afferma il principio per cui il matrimonio civile, indipendentemente dall'appartenenza confessionale dei coniugi, è il solo matrimonio riconosciuto dalla Stato: «*la loi ne considère le mariage que comme contrat civil*».

Attuando il principio, una legge del settembre 1792 definisce la forma civile della celebrazione nuziale, da svolgersi alla presenza di un pubblico ufficiale e quattro testimoni, previe pubblicazioni alla casa comunale. La legge introduce anche l'obbligo del consenso genitoriale per il matrimonio contratto dai minori di anni ventuno. La legge, infine, precisa che il matrimonio ha fine con il divorzio. Il divorzio si ha per «*incompatibilité d'humeur ou de caractère*», si ottiene per mutuo consenso o per volontà di una parte soltanto²⁴.

Pochi anni dopo, il modello matrimoniale civilistico basato sulla distinzione tra sfera civile e religiosa viene recepito nel Codice napoleonico del 1804 affermandosi, poi, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici continentali. Al matrimonio cristiano si riconosce un significato squisitamente religioso ed è perciò privo di valore giuridico.

Durante questa fase, anche le legislazioni degli Stati italiani pre-unitari sembrano risentire delle prime significative esperienze europee di deconfessionalizzazione (o addirittura di secolarizzazione) e statualizzazione dell'istituto matrimoniale, e in particolare dell'eredità codiciale franco-napoleonica²⁵.

Tuttavia, si tratta di esperienze di corto respiro e di durata altrettanto breve: «in gran parte dell'attuale territorio italiano vigeva, fino al 1865, lo Statuto Albertino, il cui art. 108 riservava alla Chiesa la competenza in or-

²² DANIELA LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit., 14.

²³ PAOLO MONETA, *Il matrimonio*, cit., 17.

²⁴ Per i rivoluzionari il divorzio, anziché mettere in crisi la famiglia, avrebbe contribuito alla moralizzazione dei costumi riducendo sensibilmente il ricorso all'adulterio. A Parigi si ebbe un'esplosione di divorzi. Tra il 1793 e il 1803 nella capitale furono celebrati 55.327 matrimoni e concessi 13.231 divorzi molti sei quali su iniziativa di donne (cfr. DANIELA LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit., 195).

²⁵ Cfr. CARLO GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Laterza, Roma-Bari 1979, 241: «Il Codice civile del 1837 può considerarsi inferiore per certe formulazioni e per parecchi dettati agli altri precedenti che ne avevano costituito, come quello napoleonico, il modello ispiratore, o che avevano rappresentato, come l'austriaco del 1911, il napoletano del 1819 ed il parmense del 1820, utili punti di riferimento e di confronto per i suoi autori».

dine alla celebrazione del matrimonio, consentendo allo Stato la sola regolamentazione degli effetti civili»²⁶ stabilendo che «il matrimonio si celebra giusto le regole e con le solennità prescritte dalla Chiesa»²⁷.

Nelle legislazioni di gran parte d'Italia, quindi, il matrimonio mantiene ancora, complessivamente, una sua intatta e univoca connotazione religiosa, cattolica, sacramentale e canonistica²⁸ per aver ereditato «dal secolo precedente il principio della competenza della Chiesa a provvedere alla formazione del vincolo»²⁹. In pratica, il matrimonio cattolico, regolato dal diritto canonico, è «automaticamente matrimonio civile, ovvero, mediante l'adempimento di determinate formalità» deve «di regola conseguire effetti civili»³⁰.

Con la conseguenza che «talora» «l'obbligatorietà del matrimonio canonico», comporta che i sudditi di religione diversa dalla cattolica siano privati del «*ius connubii*» come ad esempio nel regno delle Due Sicilie. Qui la legislazione non contempla il matrimonio di acattolici ed ebrei, i cui culti infatti non sono tollerati, a differenza dell'art. 150 della legislazione Albertina che invece dispone che debbano sposarsi secondo «gli usi e i regolamenti che li riguardano»³¹.

Spesso, dunque, ai non cattolici non è lasciata una vera scelta. Potreb-

²⁶ MARCO CANONICO, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», settembre 2011, 1-43 (3).

²⁷ Il Codice piemontese è stato promulgato da Carlo Alberto il 20 giugno 1837, (*Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Stamperia reale, Torino 1837).

²⁸ Nello specifico, l'affermazione è valida, con differenze di scarso rilievo, per i territori soggetti alla legislazione albertina, per gli stati pontifici, per la Toscana, per lo Stato di Parma e, sia pure tramite un primo esempio di sistema misto canonistico-civilistico, anche per il Regno delle Due Sicilie. Cfr. VINCENZO DEL GIUDICE, *La validità civile del matrimonio religioso nelle legislazioni degli Stati italiani dopo la Restaurazione*, in AA. VV., *Studi di Storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XI anno del suo insegnamento*, vol. IV, Giuffrè, Milano 1939, 447-449 e anche in «Riv. dir. priv.», 1939, I, 199-229. Si veda anche LORENZO SPINELLI, *Le legislazioni matrimoniali degli Stati*, cit.

²⁹ LORENZO SPINELLI, *Le legislazioni matrimoniali degli Stati*, cit., 213.

³⁰ Ivi, 215. L'omogeneità del modello giuridico si confronta con la disomogeneità del modello familiare sociale: «Nella seconda metà dell'Ottocento (e, per molti versi, anche nella prima metà del Novecento) non esiste una famiglia italiana: esistono invece diverse famiglie o, per meglio dire, diversi modelli di famiglia, il cui carattere è fortemente determinato dall'appartenenza geografica e sociale e dalle condizioni di lavoro o di vita. È pertanto obbligatorio distinguere - molto più di quanto si potrebbe fare oggi - tra la famiglia borghese, la famiglia operaia, la famiglia contadina, anzi le famiglie contadine, al plurale», cfr. GIORGIO VECCHIO, *Profilo storico della famiglia (secoli XIX-XX)*, in GIORGIO CAMPANINI (a cura di), San Paolo, Cinisello Balsamo, 1994, 5-6.

³¹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 10 ed. aggiornata a cura di ANDREA BETTETINI e GAETANO LO CASTRO, Zanichelli, Bologna 2009, 457: «tale, per es., era la disciplina del matrimonio nel più vasto degli Stati pre-unitari: il Regno delle Due Sicilie». Cfr. anche LORENZO SPINELLI, *La legislazione matrimoniale delle provincie*, cit., 1: «dalle origini del Regno di Sicilia il matrimonio celebrato secondo le leggi della Chiesa fu, salvo la breve parentesi napoleonica, il matrimonio dello Stato, legittimamente riconosciuto fino all'introduzione del codice civile italiano».

bero sposarsi secondo il rito cattolico. Ma non prima di essere diventati, a loro volta, cattolici, con il battesimo e gli altri sacramenti. Cioè al prezzo di rinnegare il proprio credo.

Oppure possono costituire un'unione di fatto a carattere concubinario. Ma le relazioni *more uxorio* sono illegittime sul piano giuridico, immorali dal punto di vista religioso e socialmente riprovate.

Nel 1865, mutato il contesto politico e culturale, il primo codice civile italiano, c.d. Codice Pisanelli, assume il ruolo di «vera e propria 'carta' del nuovo ordine sociale»³².

Anche per questo viene considerato all'origine di «una delle molte fratture interne della società italiana» che resero precaria l'edificazione dello Stato post-unitario³³.

Il Codice Pisanelli, emanato con Legge del Regno n. 2215 del 2 aprile 1865 e vigente dal 1° gennaio 1866, introduce il matrimonio civile e, «conformemente all'indirizzo liberale separatista del tempo»³⁴, fissa il principio per cui il matrimonio civile è l'unico matrimonio giuridicamente rilevante. Il matrimonio è disciplinato nel Libro I (*Delle persone*), Titolo V (*Del matrimonio*), agli artt. 53-158.

Da un lato, il Codice del 1865 eredita l'impostazione separatista della normativa napoleonica. Dall'altro, sia per il diffuso radicamento sociale del cattolicesimo in Italia, sia per la secolare esperienza del diritto canonico in materia matrimoniale, il matrimonio civile del 1865 «appare in realtà come la traduzione laica del modello canonistico, soprattutto in relazione ai presupposti di capacità e alle ipotesi di invalidità»³⁵. Tanto che nell'istituto matrimoniale civilistico del Codice Pisanelli c'è anche chi ha visto prevalere la «mozione ideologica»³⁶ rispetto alla reale «necessità di introdurre una rego-

³² PAOLO UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, il Mulino, Bologna 2002, 94.

³³ ALBERTO ACQUARONE, *L'unificazione civile e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano 1960, 80.

³⁴ ENRICO VITALI-ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano 2012, 191.

³⁵ MARCO CANONICO, *Il riconoscimento*, cit., 3, nt. 5. Nello stesso senso Andrea Zanotti ha affermato che «raggiunta l'Unità d'Italia, il Codice civile del 1865 introdusse un'idea di matrimonio civile che si rivelava anche solo ad un primo esame omogenea o almeno compatibile con i principi della Chiesa e le esigenze di una *societas christiana*», *cf.* ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino 2007, 68. D'altra parte, il matrimonio civile, già nel 1974, era già stato definito un matrimonio nato «sui ginocchi della Chiesa», *cf.* ORIO GIACCHI, *Riforma del matrimonio civile e diritto canonico*, in «Jus», 1974, 1-2, gennaio-giugno, 21.

³⁶ ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ, *Due modelli di matrimonio*, in LORENZO SPINELLI-GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato*, Patron editore, Bologna 1987, 11.

lamentazione civile alternativa all'istituzione matrimoniale»³⁷. Tuttavia, tra le tendenze che percorrono l'Italia post-unitaria, quelle «proprie della Destra storica» e quella di «un nuovo giurisdizionalismo che resterà in vigore fino al 1929», il matrimonio civile dev'essere opportunamente ascritto più alla «tendenza riformatrice» liberale che a quella giurisdizionalista³⁸.

Nell'ordinamento del neonato Regno d'Italia, il matrimonio religioso è lecito ma, proprio perché religioso, è considerato un atto di natura soltanto privata e quindi di nessun valore giuridico. «Privando di ogni efficacia nell'ordine dello Stato il matrimonio religioso e la relativa giurisdizione ecclesiastica» il Codice Pisanelli sancisce «il trasferimento dalle parrocchie ai comuni della tenuta dei registri del cosiddetto stato civile»³⁹. Non a caso l'art 350 del Titolo XII (*Degli atti dello stato civile*) stabilisce che «gli atti di nascita, di matrimonio e di morte debbono essere formati nel comune in cui tali fatti accadono» e l'art. 117 (Titolo V) che «niuno può reclamare il titolo di coniuge e gli effetti civili del matrimonio, se non presenta l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile [...]».

Il Codice Pisanelli segna il capovolgimento della prospettiva con cui, fino a quel momento, si era guardato al matrimonio e all'esercizio della libertà matrimoniale.

Mentre infatti gli Stati preunitari ammettevano soltanto il matrimonio canonico, il Codice italiano del 1865, al contrario, non offre alternative al matrimonio civile. La statualizzazione della materia matrimoniale si è compiuta anche in territorio italiano.

Nella nuova formulazione civilistica, il matrimonio è un istituto privo di connotazioni confessionali. E poiché lo Stato non riconosce il matrimonio canonico, né la Chiesa cattolica quello civile, per i cattolici che vogliano acquisire stato coniugale anche nell'ordinamento civile è necessario compiere entrambi i riti, vige cioè il c.d. 'matrimonio civile obbligatorio' o 'obbligo di doppia celebrazione'. All'inizio è forte la «diffidenza popolare nell'accettare il matrimonio senza-Dio»⁴⁰. Quindi, i cattolici che per ragioni di fede rifiutano di celebrare un matrimonio privo di valore sacramentale danno vita a unioni valide soltanto nell'ordinamento della Chiesa cattolica, ma inesistenti per il diritto dello Stato italiano.

Vi è poi il rischio che la separazione degli ordinamenti porti, di fatto, a

³⁷ ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, cit., 158.

³⁸ CARLO CARDIA, *Risorgimento e religione*, Torino, Giappichelli 2011, 110.

³⁹ ALESSANDRO FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Carrocci, Roma 2012, 15.

⁴⁰ PAOLO PASSANITI, *op. cit.*, 265.

legalizzare la poligamia, consentendo, o meglio, non vietando, al coniuge di rito cattolico di unirsi con rito civile ad un'altra persona, diversa dal coniuge sposato religiosamente. Il rischio, tuttavia, si dimostra più teorico che reale. Non a caso, infatti, «passa la direttiva secondo cui il matrimonio religioso deve essere celebrato in virtù della prova dell'avvenuto matrimonio civile o quantomeno sulla rassicurazione dell'intenzione di formalizzare l'unione anche sul piano civile»⁴¹.

Del resto, il Codice civile italiano del 1865 non ripropone le disposizioni più dichiaratamente anticlericali della legge francese, come il divieto di celebrare il matrimonio religioso prima di quello civile⁴². Il Codice Pisanelli non consente neppure il divorzio.

Fedele alle sue radici canonistiche, il matrimonio civile è, anche per i non cattolici, un vincolo indissolubile che può sciogliersi solo con la morte di uno dei coniugi. È ammessa, però, la separazione.

Tuttavia, in uno Stato a larga maggioranza cattolica, il separatismo giuridico sembra penalizzare proprio i cattolici. L'introduzione di un unico matrimonio civile valido per tutti, cattolici e non, costringe i fedeli, in larghissima misura cattolici, ad una seconda celebrazione civile dopo il rito religioso. Quest'ultima, oltretutto, inconciliabile con la visione sacramentale del matrimonio propria della dottrina cattolica⁴³.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., 458.

⁴³ Non a caso, tra gli «*Erroris de matrimonio christiano*» condannati dal Sillabo di Pio IX (1864), c'è una lunga serie di affermazioni e principi relativi al matrimonio civile: LXV. *Nulla ratione ferri potest, Christum vexisse matrimonium ad dignitatem sacramenti*; LXVI. *Matrimonii sacramentum non est nisi quid contractui accessorium ab eoque separabile, ipsumque sacramentum in una tantum nuptiali benedictione situm est*; LXVII. *Iure naturae matrimonii vinculum non est indissolubile, et in variis casibus divortium proprie dictum auctoritate civili sanciri potest*; LXVIII. *Ecclesia non habet potestatem impedimenta matrimonium dirimentia inducendi, sed ea potestas civili auctoritati competit, a qua impedimenta existentia tollenda sunt*; LXIX. *Ecclesia sequioribus saeculis dirimentia impedimenta inducere coepit, non iure proprio, sed illo iure usa, quod a civili potestate mutuata erat*; LXX. *Tridentini canones qui anathematis censuram illis inferunt qui facultatem impedimenta dirimentia inducendi Ecclesiae negare audeant, vel non sunt dogmatici vel de hac mutuata potestate intelligendi sunt*; LXXI. *Tridentini forma sub infirmitatis poena non obligat, ubi lex civilis aliam formam praestituit, et velut hac nova forma interveniente matrimonium valere*; LXXII. *Bonifacium VIII votum castitatis in ordinazione emissum nuptias nullas reddere primus asseruit*; LXXIII. *Vi contractus mere civilis potest inter christianos constare veri nominis matrimonium; falsumque est, aut contractum matrimonii inter christianos semper esse sacramentum, aut nullum esse contractum, si sacramentum excludatur*; LXXIV. *Causae matrimoniales et sponsalia suapte natura ad forum civile pertinent* [cfr., Pio IX, Syllabus, 8 dicembre 1864, in HEINRICH DENZINGER, *Enchiridion Symbolorum. Definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, a cura di PETER HÜNERMANN, EDB, Bologna 1995]. Paolo Ungari rende noto come la «condanna del matrimonio civile fu rinnovata, dopo la codificazione, nel Concistoro segreto del 29 ottobre 1866 e, di nuovo, sempre con riferimento alla 'nefanda legge', in una allocuzione del 22 giugno 1868» poi come ancora successivamente «nel 1878 la Enciclica

Tuttavia il c.d. ‘matrimonio civile obbligatorio’ o ‘obbligo di doppia celebrazione’ non riguarda soltanto i cattolici. Lo Stato italiano ‘obbliga’ al solo rito civile, e dunque, indistintamente tutti i fedeli, cattolici e non cattolici. Così il ‘matrimonio civile obbligatorio’ è semplicemente lo strumento giuridico che l’ordinamento italiano predispone per l’acquisizione dello *status* di coniuge. In questa prospettiva si è ‘obbligati’ a contrarre matrimonio civile non più di quanto stipulare una compravendita può considerarsi ‘obbligatorio’ per acquisire la titolarità di bene. L’ulteriore (ma preliminare) celebrazione religiosa è, per i cattolici, un obbligo riconducibile soltanto alla legge canonica. In tal senso i cattolici sono tenuti ad una doppia celebrazione tanto quanto i fedeli delle altre confessioni, a loro volta vincolati, tanto quanto i cattolici, alle tradizioni matrimoniali dei propri ordinamenti religiosi. Il problema della doppia celebrazione, evidentemente, non si pone per gli atei e per gli agnostici, a cui è sufficiente il rito civile. Ma ai non credenti è risparmiata la doppia celebrazione solo perchè, per scelta ideale, ostili o indifferenti a precetti religiosi. Non si tratta, dunque, di un privilegio nell’accezione giuridica e più propria del termine, ma di un’opzione personale. In altre parole chi non crede in Dio è esentato dal rito religioso esattamente come può considerarsi esentato anche dal rito civile chi non crede nel matrimonio, e perciò, liberamente, sceglie di non sposarsi.

Affidando il matrimonio al diritto canonico, gli Stati avevano lasciato che i cattolici si riservassero il diritto esclusivo - o quasi - di sposarsi. Solo nel 1865, con il Codice civile italiano è riconosciuta a tutti una uguale libertà matrimoniale. Certamente i cattolici sono privati di un importante e antico privilegio, ma tecnicamente non possono dirsi penalizzati.

Il passaggio tra vecchio e nuovo ordine giuridico crea un’alternativa giuridica al matrimonio della teologia cattolica che distingue le unioni tra battezzati, sacre e lecite, dagli amori impuri e *contra legem* degli infedeli⁴⁴.

Inscrutabile Dei Consilio di Leone XIII, dedicata ai ‘Mali della società’, ribadita e sviluppata dalla grande Enciclica matrimoniale *Arcanum Divinae Sapientiae* del 10 febbraio 1880, avrebbe rinnovato la protesta pontificia contro le ‘leggi inique’ - prologo del divorzio - che, disconosciuto il carattere religioso del matrimonio, lo ridussero alla condizione di un contratto meramente civile», *cf.* PAOLO UNGARI, *Storia*, cit., rispettivamente 160 e nt. 12 del cap. V. E non c’è dubbio che la Chiesa cattolica si dimostrasse, allora come ora, lungimirante sulle inclinazioni/proiezioni divorziste della nuova legislazione civile in materia matrimoniale. La proposta di divorzio fu fatta propria da due ministri della giustizia, Villa e Zanardelli. Come osserva Chiara Saraceno, «in parallelo con il crescente consenso che la proposta di divorzio acquistava in Parlamento e nei successivi governi» a partire dal 1880 «si è costruito il cattolicesimo politico», *cf.* CHIARA SARACENO, *Laicità e regolazione della famiglia*, in «Quaderni laici», 10-11 (2014), 219-223 (220) .

⁴⁴ *Cf.* PIETRO AGOSTINO D’AVACK, *Corso di diritto canonico. I. Il matrimonio*, Giuffrè, Milano 1961, 64: «Il matrimonio canonico è fondamentalmente ed essenzialmente un istituto religioso, avente ogni base e giustificazione nella teologia prima ancora che nel diritto. La sua natura e i suoi caratteri

Ma non c'è dubbio che l'applicazione del principio separatista della distinzione degli ordini civile/religioso alla società italiana del tempo, di tutti o di quasi tutti credenti, tutti o quasi tutti cattolici, sollevi tre ordini di problemi:

a) il problema, di natura politica, di una legislazione matrimoniale che determina, un secolo prima della legge sul divorzio⁴⁵, una frattura tra società civile e società religiosa;

b) un problema di libertà matrimoniale intesa come diritto religioso «di scegliere la forma di celebrazione del proprio matrimonio in corrispondenza delle proprie convinzioni religiose»⁴⁶;

c) un problema di 'economia giuridica' determinato dalla prassi, di fatto 'obbligatoria' per una larga maggioranza di cittadini-fedeli, del doppio rito matrimoniale.

3. Pluralismo e riconfessionalizzazione

L'11 febbraio 1929, Benito Mussolini, in rappresentanza del governo italiano fascista, e il cardinale Pietro Gasparri, in rappresentanza della Santa Sede, siglano i Patti lateranensi. Gli accordi del Laterano introducono nell'ordinamento italiano il matrimonio c.d. 'concordatario' dall'atto che ne contiene la disciplina giuridica, il Concordato lateranense. Il matrimonio concordatario è il matrimonio canonico a cui lo Stato italiano si impegna a riconoscere gli effetti civili.

Da allora in poi, la compresenza di una pluralità di tipologie matrimoniali può far parlare, anche in Italia, di un regime di 'pluralismo matrimoniale' al cui interno convivono:

1) il matrimonio civile (artt. 53-158 Codice civile Pisanelli 1865; artt. 79-230-*bis* c.c. vigente e leggi speciali);

giuridici non sono che semplici superstrutture della sua essenza e delle sue note teologiche e le norme di diritto positivo che lo reggono non solo trovano il loro fondamento e la loro prima ragione di essere su presupposti dogmatici extragiuridici, ma debbono di necessità conformarsi, adattarsi e piegarsi ai medesimi, anche a scapito della costruzione giuridica dell'istituto».

⁴⁵ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Società civile e società religiosa a vent'anni dal Concordato: il matrimonio*, Relazione tenuta al Convegno di Studi Società civile e società religiosa a vent'anni dal Concordato (10-12 marzo 2005), presso l'Università del S. Cuore di Milano, in www.olir.it, 5. Sia pure precedente rispetto agli accordi di Villa madama, rinviamo necessariamente anche a ID., *Società civile e società religiosa di fronte al Concordato*, V&P, Milano 1980, con premesse di EUGENIO CORECCO e ORIO GIACCHI.

⁴⁶ GIOVANNI BARBERINI - MARCO CANONICO, *Diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino 2013, 245.

2) il matrimonio concordatario, art. 34, L. 810/1929⁴⁷ e L. 847/1929⁴⁸ (oggi art. 82 c.c. ‘Matrimonio celebrato davanti ai ministri del culto cattolico’; art. 8, L. 121/1985; punto 4 Protocollo addizionale; L. 847/1929 per le parti non abrogate dal nuovo Concordato);

3) fuori dall’ordinamento statale, ma ugualmente vigente in Italia e su spazi ben più vasti, troviamo poi il matrimonio canonico, cioè il matrimonio-sacramento disciplinato dal Codice canonico (cann. 1012-1453 CIC 1917; cann. 1055-1165 CIC 1983 vigente e *Decreto generale sul matrimonio canonico* emanato dalla Conferenza episcopale italiana il 5 novembre 1990 su delega della Santa Sede).

Ci sono poi matrimoni la configurabilità come autonome tipologie matrimoniali è dubbia.

4) il matrimonio dei fedeli appartenenti alle confessioni di minoranza disciplinato dalla legge sui culti ammessi artt. 7-12 L. 1159/1929 sui culti ammessi e r.d. 28 febbraio 1930, n. 289, artt. 25-28⁴⁹; art. 83 c.c. vigente ‘Matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti ammessi nello Stato’).

5) dal 1984 in poi, cioè dall’Intesa tra Stato italiano e Tavola Valdese, sarà opportuno distinguere il matrimonio dei fedeli delle confessioni acattoliche senza intesa, dal matrimonio dei fedeli appartenenti alle confessioni acattoliche con intesa⁵⁰.

⁴⁷ L. 27 maggio 1929, n. 810 «Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l’Italia, l’11 febbraio 1929», pubblicata nel Suppl. ord. Gazz.. Uff. 5 giugno 1929, n. 130.

⁴⁸ L. 27 maggio 1929, n. 847 «Disposizioni per l’applicazione del Concordato dell’11 febbraio 1929 fra la Santa Sede e l’Italia, nella parte relativa al matrimonio», pubblicata nella Gazz. Uff. 8 giugno 1929, n. 133.

⁴⁹ Cfr. L. 24 giugno 1929, n. 1159 «Disposizioni sull’esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri del culto medesimi», pubblicata nella Gazz. Uff. 16 luglio 1929, n. 164, art. 7 L. 1159/1929: «Il matrimonio celebrato davanti ad alcuno dei ministri del culto indicati nel precedente art. 3 produce dal giorno della celebrazione gli stessi effetti del matrimonio celebrato davanti all’ufficiale di stato civile, quando siano osservate le disposizioni degli articoli seguenti». Sul tema si vedano FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio. Artt. 79-83*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1971, 829-875; FRANCESCO ONIDA, *Matrimonio degli acattolici*, in «Enc. dir.», XXV, Milano 1975, 870-886. Per una prospettiva e proposta di diritto matrimoniale comune cfr. ALESSANDRO ALBISETTI, *Verso un modello di matrimonio religioso civilmente valido*, in VITTORIO PARLATO - GIOVANNI BATTISTA VARNIER (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Giappichelli, Torino, 1995, 201-212, anche in Id., *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, Giuffrè, Milano 2009, 265-275; SARA DOMIANELLO, *I matrimoni ‘davanti a ministri di culto’*, in GILDA FERRANDO - MARCELLA FORTINO - FRANCESCO RUSCELLO (a cura di), Giuffrè, Milano 2002, 201-492. Infine si veda anche VALERIO TOZZI - GIANFRANCO MACRÌ - MARCO PARISI, (a cura di), *Proposta di riflessione per l’emanazione di una legge generale sulla libertà religiosa*, Giappichelli, Torino 2010.

⁵⁰ Cfr. ALESSANDRO ALBISETTI, *Il matrimonio delle confessioni religiose di minoranza*, Giuffrè, Milano 2013: n. 1) per il matrimonio valdese: intesa stipulata il 21 febbraio 1984, approvata con L. 11 agosto 1984, n. 449, il (il matrimonio: art. 11), integrata il 25 gennaio 1993, integrazione approvata

In effetti, nel caso degli acattolici, appare «assai più attendibile» parlare di «matrimonio civile celebrato in forma speciale, mentre «del tutto inaccettabile» risulta la tesi del «matrimonio religioso rilevante agli effetti civili»⁵¹. Tuttavia, soprattutto in seguito alla c.d. stagione delle intese, è stato anche osservato come «mentre in precedenza il matrimonio degli acattolici era in gran parte assimilabile a quello civile [...] attualmente questa assimilazione sembra essersi attenuata soprattutto per quel che riguarda la figura e la capacità del ministro del culto, il quale, avendo ora acquisito una piena indipendenza e autonomia, sembra del tutto paragonabile al ministro del culto cattolico»⁵².

Ai diversi *tipi* di matrimonio non corrisponde, però, una pluralità di *modelli* matrimoniali. Indipendentemente dal credo e anche da un credo, indipendentemente dal rito, religioso o civile, il matrimonio è per tutti eterosessuale, monogamico e indissolubile. E se il matrimonio civile, come «istituzione deliberatamente laica», ha perduto il carattere sacro del matrimonio tradizionale di matrice religiosa., tuttavia, anche al matrimonio civile deve «comunque» riconoscersi «una essenza e una finalità etica: quella della creazione della società coniugale, con la *‘comunione materiale e spirituale tra i coniugi’*»⁵³.

con L. 5 ottobre 1993, n. 409, ulteriormente modificata il 4 aprile 2007 con relativa approvazione con L. 8 giugno 2009, n. 68; n. 2) per il matrimonio delle Assemblee di Dio in Italia: intesa stipulata il 29 dicembre 1986, approvata con L. 22 novembre 1988, n. 517 (il matrimonio: art. 12); n. 3) per il matrimonio degli avventisti: intesa stipulata il 29 dicembre 1986, approvata con L. 22 novembre 1988, n. 516 (il matrimonio: art. 18); n. 4) per il matrimonio degli ebrei: intesa stipulata il 27 febbraio 1987, approvata con L. 8 marzo 1989, n. 101 (il matrimonio: art. 14), modificata il 6 novembre 1996 e relativa approvazione con L. 20 dicembre 1996, n. 638; n. 5) per il matrimonio dei battisti: intesa del 29 marzo 1993, approvata con L. 12 aprile 1995, n. 116 (il matrimonio: art. 10), modificata il 16 luglio 2010 e relativa approvazione con L. 12 marzo 2012, n. 34; n. 6) per il matrimonio degli luterani: intesa del 20 aprile 1993, approvata con L. 29 novembre 1995, n. 520 (il matrimonio: art. 13; n. 7) per il matrimonio degli ortodossi: intesa del 4 aprile 2007, approvata con L. 30 luglio 2012, n. 126 (il matrimonio: art. 9); n. 8) per il matrimonio della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni: intesa del 4 aprile 2007, approvata con L. 30 luglio 2012, n. 127 (il matrimonio: art. 14); n. 9) per il matrimonio degli apostolici: intesa del 4 aprile 2007, approvata con L. 30 luglio 2012, n. 128 (il matrimonio: art. 13); n. 10) per il matrimonio induista, intesa del 4 aprile 2007, approvata con L. 31 dicembre 2012, n. 246 (il matrimonio: art. 9); n. 11) l'intesa con l'Unione buddhista Italiana (intesa del 4 aprile 2007, approvata con L. 31 dicembre 2012, n. 245) non prevede alcuna regolamentazione della celebrazione nuziale «in encomiabile sintonia col fatto che nella cultura buddhista è del tutto assente una struttura istituzionale o sacrale del matrimonio stesso» (ivi, 56). L'intesa con la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova (n. 12, intesa stipulata il 4 aprile 2007) è una di quelle (ora l'unica) che Alessandro Albisetti ha efficacemente definito «intese fantasma» (ivi, 53), ovvero stipulate ma non approvate dal Parlamento e che quindi «continuano a vivere in una specie di 'limbo' normativo» (*ibidem*): stipulata il 4 aprile 2007, l'intesa con i Testimoni di Geova regola il matrimonio all'art. 6.

⁵¹ Ivi, 3.

⁵² Ivi, 16.

⁵³ MARCO COMPORI, *Il matrimonio*, cit., 143.

Ma se da un lato gli Accordi del Laterano affermano il pluralismo matrimoniale, dall'altro, la conciliazione Stato-Chiesa inaugura un periodo di riconfessionalizzazione della materia matrimoniale.

L'impostazione e la logica giuridica complessive dei Patti lateranensi si spiegano, infatti, a partire dal principio confessionale della «religione cattolica, apostolica e romana» come «sola religione dello Stato»⁵⁴. Quindi anche il sistema matrimoniale concordatario va considerato tenendo conto degli stessi riferimenti teorici: da un lato, la Chiesa cattolica riconquista una posizione di privilegio nello Stato italiano, dall'altro, l'ordinamento civile torna a guardare con favore il matrimonio canonico. Il presupposto teorico e giuridico del sistema matrimoniale concordatario viene posto nel momento in cui lo Stato italiano ammette di «voler ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, *dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo*» viene enunciato (art. 34 cpv. Concordato).

Così, secondo la formulazione del primo comma dell'art. 34 Conc., «lo Stato italiano [...] riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili»⁵⁵.

Come prova il riferimento esplicito al sacramento, il matrimonio concordatario è un matrimonio che nasce nell'ordinamento canonico e secondo i requisiti di validità previsti dall'ordinamento canonico. Gli effetti civili sono conseguenti alla trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile e operano *ex tunc*, cioè dal momento della celebrazione religiosa. Non si tratta, dunque, dell'ibridazione tra diverse specie matrimoniali. Il matrimonio concordatario ha effetti nella sfera spirituale e in quella temporale e per questo solleva i cattolici dall'obbligo di una doppia celebrazione. Tuttavia l'atto matrimoniale concordatario del 1929 resta regolato dal diritto e celebrato con il rito cattolico: è un ponte tra due ordinamenti, non la *reductio ad unum* di due istituti matrimoniali⁵⁶.

Nella prospettiva confessionale del cattolicesimo di Stato, l'origine cano-

⁵⁴ Art. 1 Trattato Italia-Santa Sede, L. 27 maggio 1929, n. 810: «L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'art. 1 dello Statuto del Regno 4 marzo 1948, nel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato».

⁵⁵ L. 27 maggio 1919, n. 810, art. 34, comma 1: «Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili».

⁵⁶ In proposito Ombretta Fumagalli Carulli ha precisato che l'automatismo «in ordine alla efficacia civile del matrimonio canonico e delle cause di nullità ecclesiastiche» viene «non solo considerato dalla chiesa, ma condiviso dallo Stato come corollario della natura sacramentale del matrimonio canonico, dell'essere cioè esso non un semplice contratto, ma quel particolare tipo di contratto che è elevato da Cristo Signore alla dignità di Sacramento», OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Società civile e società religiosa*, cit., 2.

nistica dell'istituto matrimoniale concordatario giustifica l'attribuzione alla Chiesa cattolica di una riserva esclusiva di giurisdizione in materia matrimoniale. Il comma 4 dell'art. 34 del Concordato riconosce espressamente ai tribunali ecclesiastici il potere di decidere in via esclusiva sulla validità dei matrimoni concordatari⁵⁷. Il principio della riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici esclude la giurisdizione civile nella materia matrimoniale concordataria. Con la conseguenza che le pronunce canoniche di nullità matrimoniale risultano automaticamente efficaci anche nello Stato italiano.

Il funzionamento del sistema matrimoniale concordatario risulta così garantito da due automatismi giuridici:

1) il primo automatismo opera nel momento costitutivo del matrimonio. I nubendi effettuano le pubblicazioni. L'ufficiale di stato civile, se non ravvisa impedimenti alla trascrizione, rilascia il *nulla osta* alla celebrazione del matrimonio. Il nulla osta riconosce ai nubendi un vero e proprio diritto soggettivo alla trascrizione del matrimonio concordatario. Il ministro del culto cattolico celebra il matrimonio, dà lettura dei diritti e doveri coniugali previsti dal codice civile italiano e al termine della celebrazione religiosa, redige due atti di matrimonio, uno dei quali è trasmesso all'ufficiale di stato civile. Con la trascrizione dell'atto matrimoniale nei registri dello stato civile il matrimonio canonico è valido nell'ordinamento italiano con efficacia retroattiva al momento della celebrazione religiosa⁵⁸.

2) il secondo automatismo opera se e quando il giudice ecclesiastico dichiara nullo il matrimonio, ovvero nel momento patologico della relazione coniugale. In tal caso la sentenza è trasmessa al giudice civile competente⁵⁹. Eseguito un controllo formale, il giudice civile, con ordinanza, rende esecutiva la pronuncia canonica nell'ordinamento italiano. Questo secondo au-

⁵⁷ L. 27 maggio 1919, n. 810, art. 34, comma 4: «Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa del matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali dei dicasteri ecclesiastici».

⁵⁸ L. 27 maggio 1919, n. 810, art. 34, comma 2-3: «2. Le pubblicazioni del matrimonio come sopra saranno effettuate, oltre che nella chiesa parrocchiale, anche nella casa comunale. 3. Subito dopo la celebrazione il parroco spiegherà ai coniugi gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del Codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi, e redigerà l'atto di matrimonio, del quale entro cinque giorni trasmetterà copia integrale al comune, affinché venga trascritto nei registri dello stato civile».

⁵⁹ L. 27 maggio n. 847, art. 17, comma 1: «La sentenza del tribunale ecclesiastico, che pronuncia la nullità del matrimonio, o il provvedimento, col quale è accordata la dispensa del matrimonio rato e non consumato, dopo che sia intervenuto il decreto del Supremo Tribunale della Segnatura, preveduto dall'art. 34 del Concordato dell'11 febbraio 1929, fra l'Italia e la Santa Sede, sono presentati in forma autentica alla Corte di appello della circoscrizione a cui appartiene il comune presso il quale fu trascritto l'atto di celebrazione del matrimonio.»

tomatismo trova fondamento: a) nel principio della riserva di cui al quarto comma dell'art. 34 Conc.: «Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici»; b) nel sesto comma dell'art. 34 Conc.⁶⁰ e nel secondo comma dell'art. 17 della Legge matrimoniale n. 847/1929⁶¹ che prevedono, anche d'ufficio, la trasmissione della sentenza canonica di nullità alla Corte d'Appello competente per territorio la quale «con *ordinanza* pronunciata in camera di consiglio, rende esecutiva la sentenza o il provvedimento di dispensa del matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico e trascritto nel registro dello stato civile e ne ordina la annotazione a margine dell'atto di matrimonio» (art. 17, comma 2, L. 847/1929).

Nella sostanza, il riconoscimento dell'efficacia civile della nullità matrimoniale canonica è automatico.

In primo luogo perché, divenuto definitivo il provvedimento e «espletati i controlli devoluti al Supremo Tribunale della Segnatura [...] la sottoposizione alla Corte d'appello della pronuncia ecclesiastica matrimoniale» può «avvenire d'ufficio»⁶².

In secondo luogo perché il procedimento non lascia al giudice italiano alcun margine di apprezzamento sul merito della nullità canonica. Di norma si tratta di un accertamento sui requisiti formali della pronuncia canonica:

a) di esistenza; b) di autenticità; c) di esecutività della sentenza canonica.

Peraltro già attestati dal decreto di esecutività della Segnatura Apostolica⁶³.

In terzo luogo perché, per evitare interferenze dello Stato italiano in materia, sia la norma concordataria, sia la norma di attuazione, escludono che il giudice italiano possa emettere un provvedimento a carattere decisivo come una sentenza. È invece prevista un'ordinanza, con cui il giudice dello

⁶⁰ L. 27 maggio 1919, n. 810, art. 34, comma 6: «I detti provvedimenti e sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in camera di consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio».

⁶¹ L. 27 maggio n. 847 art. 17, comma 2: «La Corte di Appello, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio, rende esecutiva la sentenza o il provvedimento di dispensa del matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico e trascritto nel registro dello stato civile e ne ordina l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio».

⁶² PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religioso con effetti civili*, Cedam, Padova 2008, 110.

⁶³ L. 27 maggio 1919, n. 810, art. 34, comma 5: «I provvedimenti e le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione e alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti».

Stato italiano si limita a dichiarare esecutiva agli effetti civili la decisione ecclesiastica⁶⁴.

Nel corso della lunga fase che precede gli Accordi di revisione del Concordato lateranense (1984), le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale si avvalgono perciò di un regime giuridico privilegiato che ne garantisce in modo automatico l'efficacia civile.

Diversamente, l'efficacia civile di tutte le altre sentenze straniere è condizionata ai requisiti che giudice italiano verifica nel corso del procedimento, c.d. 'delibazione', disciplinato agli artt. 796-797 del Codice di Procedura Civile (1942)⁶⁵. Ai fini del riconoscimento dell'efficacia civile della sentenza straniera, la Corte d'Appello territorialmente competente (artt. 796, n. 1 cp.c.), tra le altre cose, è tenuta ad accertare: che il giudice ecclesiastico fosse competente a conoscere della causa, cioè che il matrimonio dichiarato nullo fosse un matrimonio canonico trascritto a norma dell'art. 8.1 del Concordato (art. 797, n. 1 c.p.c.); che la sentenza straniera non sia contraria ad un'altra sentenza di un giudice italiano passata in giudicato (art. 797, n. 5 c.p.c.); che non sia pendente davanti ad altro giudice civile un processo per il medesimo oggetto e fra le stesse parti (art. 797, n. 6 c.p.c.), ma soprattutto: che nel procedimento dove la sentenza è stata pronunciata sia stato garantito il contraddittorio tra le parti (art. 797, nn. 2-3 c.p.c.); e che la sentenza sia compatibile con l'ordine pubblico (matrimoniale) interno dello Stato (art. 797, n. 7 c.p.c.).

Nel suo complesso, il sistema concordatario determina una «diarchia» Stato-Chiesa in materia matrimoniale in ragione della quale alla Chiesa cattolica «era riconosciuta la piena competenza a disciplinare il negozio matrimoniale e conseguentemente la piena giurisdizione sulla validità dello stesso» e allo Stato italiano «la piena competenza a disciplinare gli effetti *mere civiles* del negozio, gli stessi prodotti dal matrimonio civile, e quindi la piena giurisdizione in questo ambito esclusivo»⁶⁶.

In definitiva, come ha scritto Arturo Carlo Jemolo, il nuovo regime matrimoniale si basava sul principio per cui «i matrimoni che hanno vigore per la Chiesa lo hanno per lo Stato; quelli che attraverso un giudizio di nullità cessano di avere vigore per la Chiesa, cessano di averlo anche per lo Stato».

⁶⁴ Cfr. *supra*, nt. 60-61.

⁶⁵ Cfr. Libro quarto [Dei procedimenti speciali], Titolo VII [Dell'efficacia delle sentenze straniere e di esecuzione di altri atti di autorità straniera], art. 796 [Giudice competente] e art. 797 [Condizioni per la dichiarazione di efficacia] c.p.c. Per le sentenze straniere gli articoli sono stati abrogati dalla Legge 31 maggio 1995, n. 218, art. 73 con decorrenza dal 31 dicembre 1996, per le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale sono considerati ultrattivi in virtù dell'art. 2 della citata legge che fa salve «le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia».

⁶⁶ GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 4° ed., Giappichelli, Torino 2011, 164.

È in virtù di tale principio che il sistema matrimoniale concordatario del 1929 ripristina un privilegio cattolico giacché viene reintrodotta «solo a favore dei cattolici il principio della rilevanza della legge personale confessionale»⁶⁷. Ma il privilegio sostanziale non consiste nella possibilità di celebrare un rito religioso con effetti civili. Infatti, sia pure nelle forme del ‘matrimonio civile in forma speciale’, questo risultato è accessibile anche ai fedeli dei culti acattolici ammessi. Sul piano sostanziale, il privilegio è molto più visibile nel momento patologico del fallimento matrimoniale che non in quello costitutivo del vincolo.

Con la delibazione delle nullità canoniche, il sistema matrimoniale concordatario offre una soluzione giuridica alla crisi del matrimonio cattolico. Ai cattolici – e soltanto ai cattolici – è quindi concessa la possibilità di riacquistare lo stato libero e risposarsi in modo lecito.

A prima vista, dunque, gli automatismi del sistema matrimoniale concordatario del 1929 sembrano poterne garantire il funzionamento in modo semplice ed efficace. In effetti, l’evoluzione giuridica del sistema dimostrerà come il meccanismo concordatario di armonizzazione giuridica degli istituti matrimoniali civile e canonico sia intrinsecamente complesso. E come l’efficacia del sistema del 1929 fosse dovuta, più che ai suoi automatismi giuridici, alla diffusa condivisione di un’idea, fondamentale, cattolica, di Stato, di società e di matrimonio. In ultima analisi, «dato il suo carattere privilegiario», l’istituto del matrimonio concordatario «non poteva non entrare in crisi con il mutamento del paese e con l’adozione della Costituzione repubblicana»⁶⁸.

4. *Costituzionalizzazione e democratizzazione*

Caduto il fascismo, la Costituzione repubblicana riformula i fondamenti dell’ordinamento italiano. Il nuovo disegno costituzionale implica il superamento dell’impianto logico-giuridico dei Patti lateranensi ispirato al principio confessionista della religione cattolica ‘di Stato’. La svolta preparata dalla costituente si realizzerà ufficialmente soltanto nel 1984 dentro l’orizzonte ideale di una sensibilità democratica, laica e pluralista che si riconosce nei principi costituzionali:

1) del riconoscimento di un nucleo inviolabile di dell’uomo inteso come singolo e nelle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», tra le

⁶⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., 459.

⁶⁸ *Ibidem*.

quali va ovviamente compresa la famiglia (art. 2);

2) di uguaglianza formale e sostanziale (art. 3, rispettivamente primo e secondo comma) senza distinzioni «di sesso» e «di religioni»;

3) della separazione dell'ordine religioso da quello civile, del suo carattere originario, quindi del principio di non ingerenza tra l'uno e l'altro (art. 7, primo comma);

4) dell'uguale libertà di tutte le confessioni religiose, quindi del principio di non discriminazione (art. 8, primo comma);

5) del rispetto della libertà religiosa individuale (art. 19);

6) del diritto di difesa o al contraddittorio (art. 24, secondo comma);

7) del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, primo comma);

8) della famiglia come «società naturale» il cui fondamento è il «matrimonio», ma anche dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, rispettivamente primo e secondo comma)⁶⁹;

9) della giustizia amministrata «in nome del popolo» (art. 101, primo comma);

10) della unicità della giurisdizione italiana e del divieto di istituire giudici speciali (art. 102, rispettivamente primo e secondo comma).

Viene così a indebolirsi il contesto giuridico, e non solo giuridico, posto a garanzia del funzionamento del sistema matrimoniale concordatario e della tenuta del principio dell'esclusività della giurisdizione ecclesiastica nella materia matrimoniale (concordataria).

Il sistema e il principio vengono successivamente superati dalle riforme legislative e dagli apporti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità negli anni intercorsi dalla Costituzione agli Accordi di revisione del Concordato lateranense.

Al percorso giuridico si accompagna, dalla fine degli anni Sessanta, «il percorso politico della revisione»: «ve ne è l'eco anche nei dibattiti parlamentari che accompagnano il percorso del negoziato con una procedura (così detta 'parlamentarizzazione') anomala quanto alla natura internazionalistica del Concordato, che tuttavia il Governo accetta, ritenendo neces-

⁶⁹ Cfr. art. 29 Cost. it.: «1. La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. 2. Il matrimonio è ordinato all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi [...]». Tuttavia nella parte conclusiva del comma 2 della norma costituzionale si può ancora riscontrare una parziale attenuazione del principio di parità inter-coniugale nell'espressione «[...] con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare». Il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi è non soltanto un principio di uguaglianza *tra* coniugi, ma anche dei coniugi rispetto ai figli, come conferma il successivo art. 30 Cost. it. assegnando a entrambi i coniugi identici diritti e doveri verso la prole. Qui sembra importante sottolineare che gli artt. 143, 144 e 147 c.c., di cui il ministro del culto cattolico è tenuto a dare lettura al termine della celebrazione religiosa del matrimonio canonico destinato agli effetti civili, rispecchiano quest'impostazione ideale.

sario coinvolgere il parlamento in un tema direttamente incidente sulla pace religiosa»⁷⁰.

Sono due le riforme legislative che intervengono in profondità sul complesso dei principi e delle norme portanti del diritto matrimoniale/familiare (c.d. ordine pubblico matrimoniale): nel 1970 la legge 1 dicembre 1970, n. 898 'Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio' che introduce il divorzio⁷¹ e, nel 1975, la Riforma del diritto di famiglia (L. 19 maggio 1975, n. 151).

Le riforme degli anni '70 marcano per la prima volta una differenza netta tra l'etica e il diritto dello Stato, da un lato, e la morale e le norme della Chiesa cattolica, dall'altro⁷² nella materia 'eticamente sensibile' del matrimonio e della famiglia. Le riforme rompono l'accordo sul modello di matrimonio: resta indissolubile il matrimonio canonico, il matrimonio civile si può sciogliere.

La Legge sul divorzio n. 898 del 1970 ha introdotto e disciplinato i casi di scioglimento di matrimonio, sia civile [art. 1]⁷³, sia concordatario [art. 2]⁷⁴, superando il principio dell'indissolubilità del vincolo coniugale. Non a caso, contro il divorzio, viene immediatamente sollevata la questione di legittimità costituzionale. Investita della questione, la Corte Costituzionale, con le sentenze n. 169 del 1971⁷⁵ e n. 176 del 1973⁷⁶ dichiara infondata la

⁷⁰ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Società religiosa e società civile*, cit., 3. Ombretta Fumagalli Carulli ricorda gli interventi di GUIDO GONELLA, LELIO BASSO, NILDE IOTTI e EUGENIO SCALFARI. Si veda anche ROBERTO PERTICI, *Chiesa e Stato in Italia. Dalla grande guerra al nuovo Concordato (1914-1984)*, il Mulino, Bologna 2009.

⁷¹ Cfr. PIETRO AGOSTINO D'AVACK (a cura di), *Studi sul divorzio*, Cedam, Padova 1972.

⁷² Cfr. CARLO CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Editori riuniti, Roma 1975.

⁷³ L. 1° dicembre 1970, n. 898 [Casi di scioglimento del matrimonio], art. 1: «Il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo art. 4, accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3».

⁷⁴ L. 1° dicembre 1970, n. 898 [Casi di scioglimento del matrimonio], art. 2: «Nei casi in cui il matrimonio sia stato celebrato con rito religioso e regolarmente trascritto, il giudice, quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo art. 4, accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3, pronuncia la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio».

⁷⁵ Corte cost., 8 luglio 1971, n. 169, in «Giur. cost.», 1971, 1784; anche in «Foro it.», 1971, I, 1753. Anche in SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano 1987, 293-302, con riferimenti bibliografici a note, osservazioni e studi di RAFFAELE BOTTA, LEOPOLDO ELIA, FRANCESCO FINOCCHIARO, ORIO GIACCHI, SERGIO LARICIA, SALVATORE LENER, MARIO LUZZATI, MARIO PETRONCELLI, GIOVANNI PUGLIESE, PIETRO SPIRITO, LORENZO SPINELLI, IGNAZIO SCOTTO, ANNA TALAMANCA, LUIGI VANNICELLI.

⁷⁶ Corte cost., 11 dicembre 1973, n. 176, in SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore*

questione e costituzionalmente legittima la legge 898/1970: la Corte costituzionale, operando una distinzione tra *matrimonio-atto* (*matrimonium in fieri*) e *matrimonio-rapporto* (*matrimonium in facto esse*), precisa che il divorzio incide esclusivamente sul rapporto facendo venir meno solo gli effetti civili del matrimonio, ambito in cui competenza e giurisdizione sono riservate allo Stato italiano. Invece il divorzio non tocca il matrimonio-atto, che continua ad esistere nell'ordinamento della Chiesa⁷⁷.

Coerentemente, cinque anni più tardi, la Legge di riforma del diritto di famiglia, 19 maggio 1975, n. 151 conferma la possibilità per il giudice italiano di pronunciare la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario⁷⁸.

Con le riforme introdotte dalle Leggi n. 898/1970 e n. 151/1975 si compie un triplice passaggio:

- a) il passaggio dalla famiglia patriarcale alla famiglia democratica⁷⁹;

religioso, cit., 306-321, con riferimenti bibliografici a note, commenti e studi di RENATO BACCARI, PIERO BELLINI, RAFFAELE BOTTA, GAETANO CATALANO, RAFFAELE COPPOLA, ANTONIO D'ANGELO, LAZZARO MARIA DE BERNARDIS, FRANCESCO FINOCCHIARO, ORIO GIACCHI, LUCIO GRASSI E PAOLO GRASSI, FRANCESCA GUCCIONE, CESARE MIRABELLI, PAOLO MONETA, IGNAZIO SCOTTO, ANTONIO VITALE.

⁷⁷ Cfr. CARLO CARDIA, *Il diritto di famiglia*, cit., in particolare, 288, nt. 76. e ivi altri rinvii bibliografici a PIERO BELLINI, LELIO BARBIERA, FRANCO MODUGNO, RAFFAELE BOTTA, ANNA TALAMANCA. Carlo Cardia ricorda che nella legge sul divorzio «si è voluto vedere [...] un insanabile conflitto tra la legge del 1970 e l'impegno pattizio che lo Stato ha assunto nel 1929 nei confronti della Chiesa cattolica [...]». In altri termini il riconoscimento degli effetti civili sarebbe stato preso dallo Stato come solenne impegno per l'intero corso del matrimonio religioso le cui vicende canoniche (nullità o scioglimento per dispensa *super rato*) sarebbero per ciò stesso state vicende civilmente valide. A questa impostazione si è opposto che proprio l'analisi dei lavori preparatori testimoniava che lo Stato si era impegnato a dare effetti civili al *momento formativo* del rapporto matrimoniale religioso, mentre l'*iter* di vita dello stesso rapporto coniugale ricadeva *in toto* sotto la giurisdizione dello Stato italiano». Inoltre, ad avviso dell'Autore «assai debolmente», si è voluto vedere nel divorzio «un *vulnus* al Concordato nel momento in cui si sarebbe violato quella riserva di giurisdizione che l'art. 34 ha riconosciuto ai tribunali ecclesiastici sui matrimoni concordatari» dimenticando, tuttavia, che «il riconoscimento della giurisdizione ecclesiastica resta un *momento eccezionale* (e non certo la regola) nella legislazione matrimoniale italiana e per di più limitata a quelle specifiche cause previste dalle norme concordatarie, sicché il generale principio di sovranità della legge civile non può soffrire limiti superiori a quelli specificamente ed eccezionalmente previsti dai Patti lateranensi».

⁷⁸ Cfr. L. 5 maggio 1975, n. 151, [Riforma del diritto di famiglia], artt. 3 [Scioglimento del matrimonio]: «1. Il matrimonio si scioglie con la morte di uno dei coniugi e negli altri casi previsti dalla legge. 2. Gli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso, ai sensi dell'art. 82 o dell'articolo 83, e regolarmente trascritto, cessano alla morte di uno dei coniugi e negli altri casi previsti dalla legge».

⁷⁹ Formalmente, le norme che regolavano i rapporti tra coniugi e la vita familiare risalivano al Codice civile del 1942. Nel suo complesso, tuttavia, il diritto di famiglia del 1942 si presentava in stretta contiguità con la legislazione del 1865. Secondo il principio della '*potestà maritale*', l'art. 144 del Codice civile del 1942 disponeva: «Il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo ovunque egli crede opportuno di fissare la propria residenza». Coerentemente con il principio della potestà maritale, la giurisprudenza attribuiva al marito tutta una serie di poteri correlati, come ad esempio: a) il

- b) il passaggio dal matrimonio indissolubile al matrimonio dissolubile;
- c) il passaggio dalla rilevanza della manifestazione/dichiarazione (esterio-

potere di definire il tenore di vita della convivenza; b) di decidere sulle varie questioni familiari; c) di controllare la corrispondenza della moglie; d) di decidere se l'eventuale attività professionale della moglie potesse conciliarsi con la dedizione alla famiglia; e) di vietare alla moglie di frequentare persone non gradite; f) di esercitare la patria potestà sui figli con tutti i correlati poteri decisionali (gli artt. 317 e 317 c.c. 1942 prevedevano che la moglie potesse esercitare la patria potestà solo in caso di morte o impedimento del marito). Se sotto il profilo personale il marito godeva di una posizione di in dubbia superiorità giuridica, sotto il profilo patrimoniale l'obbligo di mantenimento verso la famiglia incombeva su di lui: l'art. 145 c.c. 1942 disponeva infatti che: «Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni di vita in proporzione delle sue spettanze. La moglie deve contribuire al mantenimento del marito se questi non ha i mezzi sufficienti». I principi costituzionali avviano un processo di democratizzazione della famiglia. Nella legislazione tuttavia, le stesse innovazioni costituzionali in materia di matrimonio e famiglia rimasero sostanzialmente inattuato fino alla riforma del 1975. Nella riforma del 1975 molte norme tra le più importanti e riformatrici sono state o direttamente o indirettamente funzionali a riequilibrare assetti familiari fino a quel momento totalmente sbilanciati a favore del marito/padre. La 'democratizzazione' della famiglia è quindi passata soprattutto per il superamento dei principi della potestà maritale (rispetto alla moglie) e della patria potestà (rispetto ai figli). In tal senso possiamo indicare: 1) l'innalzamento dell'età per contrarre matrimonio dai 16 ai 18 anni; 2) l'ampliamento delle cause di annullamento del matrimonio, in particolare per quanto riguarda i casi di costrizione e simulazione; 3) l'introduzione di un principio di parità tra i coniugi, sia per quanto riguarda i doveri reciproci sia per quanto riguarda i doveri nei confronti dei figli, sia sotto l'aspetto morale sia sotto l'aspetto patrimoniale; 4) l'abolizione della separazione personale per colpa; 5) l'introduzione della comunione dei beni come regime 'normale' e carattere opzionale della divisione dei beni; 6) abolizione della dote; 7) abolizione del patrimonio familiare e sua sostituzione con il fondo patrimoniale; 8) l'attribuzione della legittimazione ad agire per il disconoscimento della paternità anche alla madre e al figlio; 9) il riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio; 10) la possibilità illimitata per la ricerca giudiziaria della paternità naturale; 11) il miglioramento della posizione successoria del coniuge e dei figli naturali; 12) la possibilità di intervento della magistratura in alcuni casi di contrasto tra coniugi nella conduzione della vita familiare. Dopo la Costituzione, prima della riforma del diritto di famiglia e anche dopo, molti e significativi sono i riscontri giurisprudenziali della progressiva emancipazione femminile da una condizione di grave subalternità giuridica (oltre che sociale, naturalmente) alla condizione maschile. Solo per fare qualche esempio si ricordano: 1) la sentenza della Corte costituzionale, 3 ottobre 1958, n. 56 [in «Giur. cost.», 1958, 861] che giustificava la diversa partecipazione numerica di uomini e donne nella composizione delle Corti d'Assise perché, secondo la Corte, le legge può tenere conto «nell'interesse dei pubblici servizi, delle differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso»; 2) la sentenza della Corte costituzionale, 18 maggio 1960, n. 33 [in «Giur. cost.», 1960, 563] che, in riferimento all'art. 51, primo comma Cost. it., dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 7 della Legge 17 luglio 1919, n. 1176, che escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici che implicavano l'esercizio di diritti e potestà politiche, così ammettendo anche le donne alla carriera in magistratura (poi legge n. 66 del 1963); 3) la sentenza della Corte costituzionale, 23 novembre 1961, n. 64 [in «Giur. cost.», 1961, 1224] che, in relazione agli artt. 3 e 20 Cost. it. affermava ancora la legittimità costituzionale dell'art. 559 c.p. che prevedeva come reato soltanto l'adulterio della moglie e non anche quello del coniuge: «Che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore [...] offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito [...]. Trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune [...]. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella disparità di trattamento [...]. Il Legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie [...]. L'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita re-

re) del consenso all'effettività dell'unione coniugale⁸⁰ e della persistenza di una autentica comunione spirituale e materiale tra coniugi⁸¹.

putazione nell'ambito sociale [...] il turbamento psichico [...] che [...] il pensiero della madre tra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli [...] non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene, tuttavia, attribuita per presunzione di legge». 4) la sentenza della Corte costituzionale, 23 maggio 1966, n. 46 [in «Giur. cost.», 1966, 772] che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 145, comma 1 c.c. 1942 stabilendo che, in caso di separazione personale tra coniugi, per la determinazione dell'assegno di mantenimento a carico del marito era necessario valutare se la moglie non disponesse dei mezzi necessari per vivere; 5) la sentenza della Corte costituzionale, 19 dicembre 1968, n. 126 [in «Giur. cost.», 1968, 2175] che aveva eliminato la disuguaglianza di trattamento di cui all'art. 559 c.p. per l'adulterio del marito e della moglie: «La Corte ritiene che la questione meriti di essere riesaminata: Il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita [...] rimonta ai tempi remoti nei quali la donna [...] si trovava in stato di soggezione della potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquisito pienezza di diritti [...] fino a raggiungere piena parità con l'uomo [...] mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato [...]. Ritiene la Corte, alla stregua dell'attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocumento alla concordia e alla unità della famiglia. La legge non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale [Esito: illegittimità costituzionale dell'art. 559 c.p. ex art. 29 Cost.]»; 6) la sentenza della Corte costituzionale, 19 dicembre 1968, n. 127 [in «Giur. cost.», 1968, 2190] che aveva eliminato la disparità di trattamento di cui all'art. 151 c.c. che prevedeva l'adulterio tra le cause per le quali poteva essere chiesta la separazione (primo comma) ma poi escludeva l'ammissibilità dell'azione per adulterio del marito quando non concorressero «circostanze tali che il fatto costituisca ingiuria grave alla moglie»: «Con sentenza depositata in data di oggi è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 559, primo e secondo comma del Codice di procedura penale [...]. Il legislatore non può collegare ad identica violazione del dovere di fedeltà coniugale conseguenze giuridiche diverse secondo che i fatti che la integrano siano posti in essere dal marito o dalla moglie [...]. Le stesse ragioni inducono a ritenere fondata anche la presente questione di legittimità costituzionale. Il legislatore è libero, nel suo prudente apprezzamento politico, di stabilire se ed in quali casi l'infedeltà del coniuge possa dar luogo alla separazione personale, ma non può determinare discriminazioni tra il marito e la moglie [Esito: illegittimità costituzionale dell'art. 151 c.c. ex art. 29 Cost.]». Tuttavia il principio della potestà maritale venne meno solo con la L. 151/1975 di Riforma del diritto di famiglia. 7) Il Delitto d'onore ex art. 587 c.p. [Omicidio e lesione personale a causa d'onore «1. Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella nell'atto in cui ne scopre l'illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. 2. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze cagiona la morte della persona che sia illegittimamente in relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella. 3. Se il colpevole cagiona, nelle stesse circostanze, alle dette persone una lesione personale, le pene stabilite dagli artt. 582 e 583 sono ridotte a un terzo; se dalla lesione personale deriva la morte, la pena è della reclusione da due a cinque. 4. Non è punibile chi, nelle stesse circostanze, commette contro dette persone il fatto preveduto dall'articolo 581 c.p.»] viene abrogato soltanto nel 1981 dall'art. 1 della L. 5 agosto 1981, n. 442 abrogativo della rilevanza penale della causa d'onore.

⁸⁰ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 9° ed., Zanichelli, Bologna 2003, 481.

⁸¹ PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, cit., 114 che sul punto richiama PIERLUIGI CONSORTI, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche e limite dell'ordine pubblico dopo il Nuovo Accordo di Villa Madama*, nota a Cass., Sez. un., 6 dicembre 1985, nn. 6128 e 6129, in «Dir. eccl.», 1986, II, 398.

Con la possibilità di dichiarare cessati gli effetti civili del matrimonio concordatario da parte del giudice italiano viene meno quella corrispondenza tra validità canonica ed efficacia civile su cui si fondava il sistema matrimoniale concordatario del 1929: con il divorzio, un matrimonio che non produce più effetti nell'ordinamento italiano resta ancora valido ed efficace nell'ordinamento canonico⁸².

Mutato il modello matrimoniale civile di riferimento, lo Stato italiano non può più garantire l'efficacia civile delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale con la stessa automaticità di prima. In questo campo, l'azione riformatrice della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza di legittimità, ma nella fase che precede Villa Madama in particolare della prima, contribuisce all'evoluzione del sistema matrimoniale concordatario⁸³.

Nel tempo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione, superano l'automatismo del riconoscimento degli effetti civili delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale riformandolo sul modello della delibazione delle sentenze straniere disciplinato agli artt. 796-797 c.p.c. Sono individuabili tre

⁸² Cfr. MARCO VENTURA, *Creduli e credenti. Il declino di Stato e Chiesa come questione di fede*, Einaudi, Torino 2014, 109: «Il meccanismo del matrimonio canonico con effetti civili quale previsto nel Concordato del 1929 fu stravolto. La nullità ecclesiastica, riconosciuta civilmente, era ormai in competizione con il divorzio civile. In caso di crisi coniugale, gli italiani disponevano di due vie alternative, con implicazioni e conseguenze profondamente diverse. Chi si liberava del vincolo attraverso una nullità canonica civilmente riconosciuta sfidava la tutela dello Stato per il coniuge debole, rendendo inutilizzabili le garanzie previste in caso di divorzio. Viceversa, chi divorziava da un matrimonio concordatario sfidava la Chiesa, il cui vincolo canonico sopravviveva nel vuoto. L'Italia si popolò di coniugi ancora uniti per il diritto canonico, ma non più per lo Stato: un enorme problema pastorale, soprattutto in caso di divorziati conviventi o risposati».

⁸³ Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del diritto ecclesiastico cfr. ALESSANDRO ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 4° ed., Giuffrè, Milano 2010; ID., *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, Giuffrè, Milano 2010, e qui, in particolare, *La Corte costituzionale e i problemi del diritto ecclesiastico: formalismo giuridico e attuazione della Costituzione*, 25-58; e *L'evoluzione giurisprudenziale: la giurisprudenza costituzionale*, 127-151. Si veda anche RAFFAELE BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2006, in particolare i contributi di GIUSEPPE DALLA TORRE, *Giurisprudenza costituzionale e dottrina ecclesiasticistica. Saggio di analisi*, 93-112; SARA DOMIANELLO, *Giustizia costituzionale e trascrizione dei matrimoni concordatari*, 137-157; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Giurisdizione ecclesiastica e Corte Costituzionale*, 181-206; PAOLO MONETA, *Effetti della giurisprudenza della corte costituzionale sul piano legislativo e interpretativo*, 261-276; GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Strade maestre e sentieri dimenticati: la Corte Costituzionale e il fenomeno religioso in mezzo secolo di esperienza giuridica*, 353-366; MARCO VENTURA, *La religione tra Corte costituzionale e giurisdizioni europee*, 367-379; ENRICO VITALI, *Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, 381-388; CESARE MIRABELLI, *Diritto ecclesiastico e «principi supremi dell'ordinamento costituzionale» nella giurisprudenza della Corte. Spunti critici*, 389-401. Anche SILVIO FERRARI, *Il diritto ecclesiastico e le stagioni della giurisprudenza costituzionale*, in «Dir. eccl.», 2007, 1-2, 29-32 e ENRICO VITALI, *L'evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in «Dir. eccl.», 2007, 1-2, 33-38. Infine MARCO CANONICO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino 2005.

passaggi determinanti:

- 1) le sentenze della Corte costituzionale, 1 marzo 1971, nn. 30, 31 e 32;
- 2) la sentenza della Corte di Cassazione, 3 aprile 1973, n. 913 e la sentenza della Corte di Cassazione, 29 novembre 1977, n. 5188;
- 3) le sentenze della Corte costituzionale, 2 febbraio 1982, nn. 16, 17 e 18.

Nel 1971 il principio della riserva è stato sottoposto a giudizio di legittimità costituzionale in relazione al principio costituzionale dell'unicità della giurisdizione italiana.

Nella questione di costituzionalità sollevata dal pretore di Torino e sottoposta alla Corte si eccepisce la legittimità costituzionale della L. 27 maggio 1929, n. 810 per la parte che immette nell'ordinamento italiano l'art. 34, commi 4, 5 e 6 del Concordato lateranense introducendo una riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici per la nullità del matrimonio e la dispensa del matrimonio rato e non consumato. La legittimità costituzionale della riserva è contestata in rapporto al principio di unicità della giurisdizione italiana e conseguente divieto di istituire «giudici straordinari o giudici speciali» di cui all'art. 102, comma 2 Cost. italiana⁸⁴.

La Corte Costituzionale, con sentenza del 24 febbraio 1971, n. 30 (depositata il 1 marzo) dichiara l'infondatezza della questione. In virtù della copertura costituzionale assicurata ai Patti del Laterano dall'art. 7 della Costituzione italiana, la sentenza esclude che il giudice ecclesiastico possa considerarsi un illegittimo organo speciale o straordinario della giustizia dello Stato. Si ribadisce così l'unicità della giurisdizione statale dichiarando costituzionalmente legittima la riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale introdotta dall'art. 34, commi 4, 5 e 6 della L. 810/1929⁸⁵.

⁸⁴ Cost. it., art. 102, comma 1 e 2: «1. La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. 2. Non possono essere istituiti giudici straordinari o speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura».

⁸⁵ Corte cost., 1 marzo 1971, n. 30, in SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso*, cit., 333-338 e qui i riferimenti bibliografici a commenti, note e studi di: RENATO BACCARI, PIERO BELLINI, GIUSEPPE CASUSCELLI, PIO CIPROTTI, FRANCESCO FINOCCHIARO, PIETRO GISMONDI, ARTURO CARLO JEMOLO, SERGIO LARICCIA, CARLO LAVAGNA, FRANCO MODUGNO, MARIO PETROCELLI, GIOVANNI PUGLIESE, GUIDO SARACENI, ANTONIO VITALE. Nella stessa sentenza la Corte costituzionale ha affermato inoltre che il secondo comma dell'art. 7 della Costituzione italiana «non sancisce solo un generico principio pattizio da valere nella disciplina dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma contiene altresì un preciso riferimento al Concordato in vigore, e in relazione al contenuto di questo, ha prodotto diritto». Con l'espressione 'ha prodotto diritto' la Corte costituzionale ha voluto attribuire alle norme di origine concordataria, sia pure nella forma della legge ordinaria (L. 810/1929; L. 121/1985), una particolare capacità di resistenza all'abrogazione e alla modificazione,

Vanno ricordate, nello stesso anno (1971) e nello stesso giorno (pronuncia 24 febbraio, deposito 1 marzo), due ulteriori pronunce di legittimità costituzionale, la n. 31⁸⁶ (pronuncia di infondatezza) e la n. 32⁸⁷ (prima pronuncia di fondatezza dell'eccezione di illegittimità di una norma concordataria), riguardanti due diverse norme di derivazione concordataria in materia matrimoniale: l'art. 7⁸⁸ e l'art. 16⁸⁹ della legge matrimoniale 847/1929.

da un lato, superiore a quella delle norme ordinarie e, dall'altro, assimilabile a quella delle norme costituzionali. Si è discusso se una tale copertura costituzionale dell'art. 7, comma 2 riguardasse anche le leggi di attuazione (L.m. 847/1948 e L. 848/1929) o solo la normativa concordataria in senso stretto e proprio (L. di esecuzione 810/1929). Nel tempo è prevalsa quest'ultima restrittiva interpretazione. Tuttavia la sentenza ha precisato che il richiamo espresso alla normativa pattizia «non può avere la forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato» in ragione della «posizione di reciproca indipendenza e sovranità» riconosciuta dal comma 1 dello stesso art. 7 Cost. allo Stato e alla Chiesa cattolica. La Corte costituzionale ha dunque inteso affermare la possibilità di sottoporre le norme di derivazione concordataria al proprio sindacato di legittimità costituzionale individuando però il parametro di costituzionalità non nelle norme costituzionali tout court, bensì nei c.d. 'principi supremi dell'ordinamento costituzionale'. Ne discende quindi che non ogni contrasto con le norme costituzionali implica necessariamente l'illegittimità delle norme pattizie. Va dato atto, per completezza, che la sentenza della Corte costituzionale n. 16 del 7 febbraio 1978, ha successivamente dichiarato non assoggettabili a referendum abrogativo le disposizioni della L. 810/1929 in ragione della copertura costituzionale garantita dall'art. 7, comma 2 Cost.

⁸⁶ Corte cost., 1 marzo 1971, n. 31, in SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 435-439 e qui i richiami bibliografici a SERGIO LARICCIA e LORENZO SPINELLI.

⁸⁷ Corte cost., 1 marzo 1971, n. 32, ivi, 440-452 e qui i riferimenti bibliografici a note, commenti e studi di: MARIO CONDORELLI, PIETRO GISMONDI, ARTURO CARLO JEMOLO, PAOLO MONETA, PIETRO RESCIGNO, ANTONIO TRABUCCHI.

⁸⁸ Con la sentenza n. 31 la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, ultimo comma, della L.m. 847/1929 sollevata in quanto la norma non prevedeva l'opposizione alle pubblicazioni di matrimonio concordatario per affinità di primo grado fra nubendi. La sentenza ha riconosciuto la discriminazione tra il regime matrimoniale canonico e quello civile quanto all'impedimento di affinità in linea retta, impedimento che può infatti essere dispensato nell'ordinamento canonico, ma non in quello civile. Tuttavia la Corte ha respinto l'eccezione di incostituzionalità della norma ritenendo che la stessa non comportasse violazione dei principi supremi dell'ordinamento trattandosi di discriminazione concordataria giustificabile alla luce dell'art. 7, comma 2, della Costituzione (*cf.* la sentenza Corte cost., 24 febbraio 1971, n. 30, cit.).

⁸⁹ La sentenza n. 32 costituisce, invece, la prima pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma di derivazione concordataria. La questione di costituzionalità sottoposta alla Corte ha riguardato l'art. 16 L.m. 847/1929 in quanto non prevede la possibilità di impugnare la trascrizione per gli effetti civili del matrimonio canonico quando al momento delle nozze uno dei nubendi è incapace di intendere e di volere. La Corte costituzionale ha pronunciato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 L.m. 847/1929 nella parte in cui - stabilendo che la «trascrizione del matrimonio può essere impugnata solo per una delle cause menzionate nell'art. 12» - la norma non prevedeva la possibilità di impugnare la trascrizione ai fini del riconoscimento civile del matrimonio canonico contratto da un soggetto che si trovasse in stato di incapacità naturale (incapacità di intendere e di volere) al momento delle nozze. La Corte costituzionale ha ritenuto che l'art. 34 del Concordato introducesse «una differenziazione di trattamento giuridico per motivi di religione, in quanto ha permesso che la scelta dei due riti sia consentita solo ai cittadini legittimati dal diritto canonico a procedere a matrimonio religioso». Tuttavia la Corte costituzionale ha ritenuto che tale oggettiva discriminazione non dovesse ritenersi illegittima in rapporto al principio di uguaglianza dell'art. 3

Tuttavia, anche dopo la pronuncia di infondatezza della Corte costituzionale n. 30/1971, il principio della riserva assoluta, pur restando formalmente in vigore, perde forza.

Con le due sentenze della Corte di Cassazione nn. 913/1973 e 5188/1977, la Corte Suprema ha affermato che, al fine del riconoscimento degli effetti civili delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, il controllo della Corte d'appello dovesse estendersi alla verifica dei requisiti dei punti da 1 a 4 dell'art. 797 c.p.c. e all'accertamento che la sentenza ecclesiastica da delibare non contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano analogamente a quanto previsto per le sentenze straniere.

In particolare: con la pronuncia Cass., 3 aprile 1973, n. 913⁹⁰, la Corte Suprema decide che il giudice italiano (cioè la Corte d'Appello), ricevuti gli atti ecclesiastici ai fini della delibazione, fosse tenuto:

a) ad avvertire le parti; b) a verificare che nel procedimento canonico fosse stato garantito ad entrambe il diritto di difesa; c) che la sentenza ecclesiastica non contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano.

Con la pronuncia Cass., 29 novembre 1977, n. 5188⁹¹, la Corte Suprema stabilisce che il giudice italiano estenda i controlli sulla sentenza canonica anche ai punti 1 e 4 dell'art. 797 c.p.c. e cioè: 1) che il giudice dello Stato nel quale la sentenza è stata pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano; 2) che la citazione è stata notificata in conformità alla legge del luogo dove si è svolto il giudizio ed è stato in essa assegnato un congruo termine a comparire; 3) che le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo o la contumacia è stata accertata e dichiarata validamente in conformità della stessa legge; 4) che la sentenza è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata.

Cost. in quanto legittima ai sensi dell'art. 7, comma 2 Cost (*cf.* la sentenza Corte cost., 24 febbraio 1971, n. 30). Ma, per la Corte costituzionale la «condizione necessaria per poter affermare la validità della rilevata eccezione al principio di uguaglianza deve considerarsi il possesso delle piene capacità da parte di chi procede alla scelta del rito». Ne discendeva che la disposizione di cui all'art. 16 L.m. 847/1929 risultava «illegittima in base all'art 3 della costituzione in quanto consentiva che la persona naturalmente incapace subisca le conseguenze di una scelta non liberamente e coscientemente da lei adottata e sia assoggettabile ad una disciplina che [...] trova giustificazione solo nella libera opzione fra matrimonio religioso trascrivibile e matrimonio civile».

⁹⁰ Cass., 3 aprile 1973, n. 913, in «*Foro it.*», 1973, I, 1007, con nota redazionale di VIRGILIO ANDRIOLI; *ivi*, 2079, con nota di SERGIO LARICIA, *Il principio del contraddittorio nel procedimento di esecutorietà dei provvedimenti ecclesiastici in materia matrimoniale*; in «*Giur. cost.*», 1973, 343, con nota di FRANCESCO DALL'ONGARO, *Giurisdizione matrimoniale ecclesiastica e diritto alla difesa*.

⁹¹ Cass., 29 novembre 1977, n. 5188, in «*Giur. it.*», 1978, I, 1698, con nota di FRANCESCO FINOCCHIARO, *La giurisprudenza innovatrice della Cassazione in tema di efficacia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*; in «*Dir. fam. pers.*», 1978, 437.

Infine, in seguito alle sentenze della Corte Costituzionale nn. 16-17/1982, e in particolare con la sentenza 18/1982⁹², la Corte costituzionale, con riferimento agli artt. 2, 3, 7, 24, 29, 31, 101 e 102 Cost. it., dichiara:

«la illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 27 maggio 1929, n. 810 [...] limitatamente all'esecuzione data all'art. 34, comma sesto, del Concordato, e dell'art. 17, comma secondo, della legge 27 maggio 1929, n. 847 [...] nella parte in cui le norme suddette non prevedono che alla Corte d'Appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico, che pronuncia la nullità del matrimonio, spetta accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la sentenza medesima non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano».

La verifica della non contrarietà/compatibilità della nullità matrimoniale canonica con l'ordine pubblico (matrimoniale) italiano diventa così il momento in cui il giudice dello Stato italiano si riappropria di un potere sostanziale di valutazione e di decisione sull'efficacia civile della decisione ecclesiastica.

Agli inizi del 1982, in seguito all'azione combinata della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la procedura per il riconoscimento dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale risulta di fatto già equiparata alla procedura di delibazione delle sentenze straniere.

La riforma del Concordato lateranense del 1984 recepirà le elaborazioni giurisprudenziali compiendo un altro passo decisivo verso il definitivo – sia pure controverso – superamento del principio dell'esclusività della riserva di giurisdizione ecclesiastica.

⁹² Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in «Giur. cost.», 1982, 138, con nota di ROBERTO NANIA, *Il Concordato, i giudici, la Corte*; in «Giust. civ.», 1982, I, 874, con nota di FULVIO UCCELLA, *Prime osservazioni sulle sentenze nn. 16 e 18 del 1982 della Corte Costituzionale in materia di diritto matrimoniale concordatario*; ivi, 1448, con nota di CARLO CARDIA, *Una ridefinizione del matrimonio concordatario*; in «Dir. fam. pers.», 1982, 328, con note di FRANCESCO DALL'ONGARO, *Sulle modifiche introdotte nella legislazione matrimoniale concordataria della Corte costituzionale, con le sentenze n. 16, 17 e 19 del 1982* e GIOVANNI BALDISSEROTTO, *Infradiciottenni, ordine pubblico, matrimonio rato e non consumato*; ivi, 742, con nota di GIOVANNI CASSANDRO, *Dispensa canonica dal matrimonio non consumato e principi costituzionali*; in «Dir. eccl.», 1982, II, 90; in «Vita not.», 1982, 129; in «Foro it.», 1982, I, 934, con nota di SERGIO LARICCIA, *Qualcosa di nuovo, anzi l'antico nella giurisprudenza costituzionale sul matrimonio concordatario*; in «Giust. it.», 1982, I, 1, 965, con nota di FRANCESCO FINOCCHIARO, *I patti lateranensi e i 'principi supremi dell'ordinamento costituzionale'*.

5. *Laicizzazione e favor Ecclesiae*

L'evoluzione impressa al sistema matrimoniale concordatario dagli Accordi di revisione dei Patti lateranensi e indirettamente dalla riforma del diritto internazionale privato L. 218/1995 è ambivalente.

Da un lato, sia le nuove fonti legislative – bilaterali e unilaterali – sia gli sviluppi della giurisprudenza consolidano e poi accelerano il processo di laicizzazione del sistema avviato con la Costituzione repubblicana. Dall'altro lato, è mantenuto l'antico '*favor religionis*'.

Vediamo come e perché a cominciare dalla legislazione.

Le fonti pattizie di Villa Madama dichiarano nuovi riferimenti ideali. È paradigmatico il preambolo della L. 25 marzo 1985, n. 121 di ratifica ed esecuzione dei nuovi Accordi dove sono formulati espressamente richiami al «processo di trasformazione politica e sociale verificatosi in Italia negli ultimi decenni», agli «sviluppi promossi nella Chiesa dal Concilio Vaticano II», ai principi della Costituzione, «alle dichiarazioni del Concilio Ecumenico Vaticano II circa la libertà religiosa e i rapporti fra la Chiesa e la comunità politica», alla «nuova codificazione del diritto canonico».

Lasciandosi alle spalle il principio confessionista, il punto 1 del Protocollo addizionale precisa di considerare «non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano» in relazione al principio di indipendenza e sovranità dello Stato e della Chiesa «ciascuno nel proprio ordine» riaffermato dall'art. 1 del nuovo Accordo. Stato e Chiesa cattolica si riconoscono e si riposizionano in un contesto culturale e politico ormai profondamente mutato.

Il superamento della logica confessionista determina il superamento del precedente sistema matrimoniale concordatario e il nuovo sistema incorpora la giurisprudenza costituzionale e di legittimità progredita in sintonia con un rinnovato quadro di laicità costituzionale.

La disciplina del matrimonio concordatario è delineata dall'art. 8 della L. 25 marzo 1985, n. 121, di ratifica ed esecuzione dei nuovi Accordi⁹³, e dal punto 4 del Protocollo addizionale⁹⁴. Quanto alle disposizioni della pre-

⁹³ L. 25 marzo 1985, n. 121 «Ratifica ed esecuzione dell'Accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra Repubblica italiana e Santa Sede», pubblicata nel Suppl. ord. Gazz. Uff. 10 aprile 1985, n. 85, il cui art. 8 «sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazioni nella casa comunale».

⁹⁴ Per una ricognizione delle posizioni assunte dalla dottrina ecclesiasticistica sugli Accordi di Villa

cedente Legge matrimoniale n. 847/1929, devono ritenersi ancora in vigore soltanto quelle non incompatibili con le modifiche portate dall'Accordo del febbraio 1984⁹⁵.

Dopo Villa Madama, dei due automatismi che reggevano il sistema matrimoniale concordatario del 1929 uno sopravvive e l'altro cade.

Sopravvive la trascrizione, sia pure aggiornata alle censure di incostituzionalità che avevano colpito gli artt. 12 e 16 della legge matrimoniale 847/1929⁹⁶. Cade, invece, il meccanismo dell'art. 34 L. 810/1929 in combinato disposto con l'art. 17 L. 847/1929 che assicurava l'esecutività del giudicato canonico di nullità matrimoniale nell'ordinamento italiano.

Quanto alla trascrizione, gli effetti civili del matrimonio canonico sono la conseguenza dell'*iter* consueto delle pubblicazioni, del rilascio del nulla osta dell'ufficiale di stato civile, della lettura dei diritti e doveri coniugali di diritto civile al termine della celebrazione religiosa effettuata dal ministro

Madama è utile rifarsi, più che alla manualistica o alla produzione monografica, agli atti dei numerosi convegni succedutisi dall'85 a oggi. In ordine cronologico ricordiamo: AA.Vv., *Nuovi Accordi tra Stato e confessioni religiose*, con saggio introduttivo di PIETRO GISMONDI, Giuffrè, Milano 1985; AA.Vv., *Concordato e costituzione. Gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, a cura di SILVIO FERRARI, Atti del Convegno di Parma: *Concordato e costituzione. Gli accordi di Villa Madama e l'intesa valdo-metodista*, 9-10 maggio 1984, il Mulino, Bologna 1985; AA.Vv., *Il 'nuovo' Concordato. Studi.*, a cura di LUIGI MISTÒ, ElleDiCi, Torino 1986; AA.Vv., *Atti del Convegno nazionale di studio su il Nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, a cura di RAFFAELE COPPOLA, Giuffrè, Milano 1987; AA.Vv., *Educazione e matrimonio nell'Accordo di revisione del Concordato*, Atti del Convegno promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università Cattolica (19-21 novembre 1987), V&P, Milano 1989; AA.Vv., *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, a cura di ENRICO VITALI e GIUSEPPE CASUSCELLI, Atti del convegno di Studi di Milano, Giuffrè, Milano 1988 (in proposito si veda anche GIOVANNI BATTISTA VARNIER-ALBERTO MARIA GHISALBERTI, *Matrimonio concordatario e dottrine generali del diritto ecclesiastico negli atti di due recenti convegni*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 1988, 341-355); AA.Vv., *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali e ordine pubblico*, Atti della Tavola Rotonda, Roma 28 aprile 1988, a cura di LORENZO SPINELLI e GIUSEPPE DALLA TORRE, Cedam, Padova 1989; AA.Vv., *Il matrimonio concordatario oggi*, Studi, a cura di SIMONA BORDONALI e ANTONIO PALAZZO, Jovene, Napoli 1990; A.A.V.V., *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di FRANCO CIPRIANI, ESI, Napoli 1992; AA.Vv., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, a cura di JOAN CARRERAS, Giuffrè, Milano 1998; AA.Vv., *Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana*, Atti del Congresso nazionale di Martina Franca, a cura di RAFFAELE COPPOLA, Stampasud, Mottola 2003; AA.Vv., *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Roma LUMSA 13 aprile 2002, a cura di SANDRO GHERRO, Cedam, Padova 2003.

⁹⁵ Cfr. Corte cost., 5 gennaio 1977, n. 1, in SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 352-364, con riferimenti bibliografici a note, commenti e studi di: RENATO BACCARI, ERMINIA CAMASSA AUREA, PASQUALE COLELLA, ANTONIO D'ATENA, OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, GAETANO LO CASTRO, CESARE MIRABELLI, ROBERTO NANIA, ANTONIO TRABUCCHI, PAOLO BARILE, PIERO BELLINI, CARLO CARDIA, GIUSEPPE CASUSCELLI, PIETRO AGOSTINO D'AVACK, FRANCESCO FINOCCHIARO, SERGIO LARICCIA, FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO.

⁹⁶ Cfr. Corte cost., 1 marzo 1971, n. 32, cit., e Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 16, in SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 453-477, qui con riferimenti bibliografici a ANDREA FINOCCHIARO, GIANDOMENICO MILAN e LORENZO SPINELLI.

del culto cattolico, della redazione del doppio atto originale di matrimonio, infine della trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile da parte dell'ufficiale di stato civile. In seguito agli interventi della Corte costituzionale, risultano però ampliate le ipotesi di intrascrivibilità: a) difetto dei requisiti di legge circa l'età per la celebrazione (Corte cost., 16/1982⁹⁷; art. 84 c.c.); b) un impedimento inderogabile ai sensi della legge civile, cioè, secondo il punto 4, lett. a), nn. 1-3 Prot. add.: c) precedente matrimonio valido agli effetti civili tra le stesse parti (*cf.* l'abrogato art. 12, n. 2, L. 847/1929; art. 86 c.c.); d) precedente matrimonio valido agli effetti civili tra una (o entrambe) le parti e un terzo (*cf.* l'abrogato art. 12, n. 1 L. 847/1929; art. 86 c.c.); e) delitto (art. 88 c.c.); f) affinità in linea retta (art. 87, n. 4 c.c.); g) interdizione per infermità di mente (*cf.* l'abrogato art. 12, n. 3, L. 847/1929; art. 85 c.c.). Poi, sia pure non specificati dal protocollo addizionale devono intendersi impedimenti alla trascrizione del matrimonio concordatario: h) l'incapacità naturale (Corte Cost. 32/1971)⁹⁸; i) la consanguineità (in linea retta e nel secondo grado della linea collaterale, art. 87 c.c.), adozione (art. 26, L. 184/1983 e art. 87, nn. 6,7,8,9 c.c.), e affiliazione (art. 87 c.c.).

Confermata così l'automaticità (o quasi) degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto, viene meno, invece, il meccanismo che garantiva l'automaticità (o quasi) dell'esecutività delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale nel diritto italiano.

Anzitutto crolla il presupposto giuridico del meccanismo, cioè la riserva assoluta di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici. Il principio della riserva dell'art. 34 dei Patti del 1929 scompare dal testo dei nuovi Accordi con la mancata riproposizione del principio confessionista della religione di Stato che, a sua volta, ne costituiva il fondamento.

E poiché l'art. 13 dell'Accordo di Villa Madama stabilisce che «sono abrogate» tutte le disposizioni del Concordato del 1929 non espressamente riprodotte nel nuovo testo concordatario la riserva esclusiva deve ritenersi abrogata. Questa, almeno, è l'opinione consolidata della Suprema Corte di Cassazione a cui si allinea la giurisprudenza civile.

Coerentemente, il procedimento di riconoscimento dell'efficacia civile delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale viene sottoposto alla stessa procedura di delibazione prevista per le sentenze straniere in virtù del combinato disposto dell'art. 8 L. 121/1985, dove sono richiamate «le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di effica-

⁹⁷ *Cfr.* nt. precedente.

⁹⁸ *Cfr. supra*, nt. 87.

cia delle sentenze straniere», e del punto 4 Prot. add., lett. *b*) che rinvia alla disciplina della delibazione di cui agli artt. 796 e 797 c.p.c.

Infine il provvedimento con cui la Corte d'appello dichiara esecutiva nel diritto italiano la decisione ecclesiastica non è più l'ordinanza, ma la sentenza.

Nei vent'anni trascorsi dalla legge di ratifica ed esecuzione degli Accordi di Villa Madama alla riforma del diritto internazionale privato della Legge, 31 marzo 1995, n. 218, l'efficacia civile delle sentenze canoniche e delle sentenze straniere è condizionata all'accertamento dei medesimi requisiti. E poiché si tratta dei requisiti previsti per il particolare procedimento disciplinato dagli artt. 796-797 c.p.c. si parla di delibazione, come per tutte le altre sentenze straniere, anche per le sentenze ecclesiastiche.

Tuttavia, proprio la Legge 218/1995, conduce l'evoluzione giuridica del riconoscimento civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ad un nuovo punto di svolta.

La riforma del diritto internazionale privato ripristina la differenza tra sentenze straniere e nullità canoniche. Questa volta però, il sistema penalizza le sentenze ecclesiastiche e favorisce le sentenze straniere. L'automaticità degli effetti civili, che il sistema del 1929 prevedeva a favore delle sentenze ecclesiastiche e che il sistema dell'84 aveva abbandonato, viene reintrodotta nel 1995 e applicato a vantaggio delle sentenza straniere.

Ai sensi dell'art. 64 della Legge del 1995, le sentenze straniere producono effetti dentro l'ordinamento italiano «senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento». A norma dell'art. 67 il giudizio di conformità della sentenza straniera all'ordine pubblico matrimoniale diventa quindi soltanto *eventuale e successivo* al conseguimento (automatico) degli effetti civili. Coerentemente l'art. 73 della Legge 218 abroga gli artt. 796-797 c.p.c. sottraendo le sentenze straniere alla delibazione. Diversamente, l'efficacia civile delle nullità canoniche resta sottoposta ai controlli *necessari e preventivi* degli artt. 796-797. c.p.c.: l'art. 2 della riforma del diritto internazionale privato fa infatti salva «l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia», quindi degli Accordi di Villa Madama, quindi del Protocollo addizionale che di quegli accordi è parte integrante e quindi, in ultima analisi, anche dell'art. 4 lett. *b*) del Prot. add. il cui rinvio agli articoli 796 e 797 c.p.c. ne determina l'ultrattività in rapporto alle pronunce canoniche di nullità matrimoniale.

Non c'è dubbio che sotto il profilo processuale della delibazione delle sentenze provenienti da giurisdizioni extraterritoriali l'evoluzione del diritto matrimoniale concordatario si caratterizzi per un *trend* di progressiva laicizzazione del sistema.

In tre fasi, dal Concordato del 1929, alla novella concordataria del 1984 fino al nuovo diritto internazionale privato del 1995, si passa da un regime giuridico che penalizza le sentenze straniere rispetto alle sentenze ecclesiastiche ad un regime giuridico che penalizza le sentenze ecclesiastiche rispetto alle sentenze straniere.

Una prima fase (1929-1984) dove le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale sono privilegiate rispetto alle altre sentenze straniere: le prime diventano automaticamente efficaci nell'ordinamento interno, le altre sono sottoposte alle verifiche del giudice della delibazione a norma degli artt. 796-797 c.p.c.

Una seconda fase (1984-1995) in cui sentenze ecclesiastiche e straniere soggiacciono alle stesse condizioni di efficacia civile: dunque il giudice della delibazione è tenuto ad operare, a norma degli artt. 796 e 797 c.p.c. il c.d. 'controllo sul processo' (art. 797, 2-3 c.p.c.) e anche quello 'sulla sentenza' ecclesiastica⁹⁹.

Una terza fase, avviata nel 1995 dalla riforma del diritto internazionale privato e tuttora in corso in cui l'automaticità del riconoscimento degli effetti civili assiste le sentenze straniere ed esclude le sentenze ecclesiastiche.

Non stupisce che la situazione sia potuta apparire «paradossale»: «sono infatti efficaci in modo automatico le sentenze di Paesi sconosciuti anche privi di specifico collegamento con l'Italia (anzi, soprattutto di essi, poiché con i Paesi più conosciuti l'Italia ha pattuito convenzioni bilaterali o aderito a convenzioni multilaterali, che derogano alla legge 218/1995, in virtù del già ricordato art. 2, c. 1) ed ispirati a principi del tutto diversi dai nostri (si pensi in materia matrimoniale, al diritto islamico); le sentenze ecclesiastiche, invece, benché appartenenti ad un ordinamento ben noto e dal quale il nostro diritto ha spesso mutuato principi fondamentali (ad. es. in alcuni profili della riforma del diritto di famiglia nel 1975), continuano ad essere soggette» ai «controlli più penetranti» del procedimento di delibazione¹⁰⁰.

Va ricordato tuttavia che, in Italia, proprio grazie all'applicazione delle stesse «convenzioni internazionali» dell'art. 2, L. 218/1995, le pronunce di nullità matrimoniale canonica continuano a godere, dal punto di vista sostanziale, di un regime di generale *favor Ecclesiae*.

Infatti se da un lato, l'art. 4, lett. b), Prot. add. subordina l'efficacia civile delle nullità canoniche ai «controlli più penetranti» della delibazione, dall'altro lato impegna il giudice italiano a rispettare la «specificità dell'or-

⁹⁹ Cfr. RAFFAELE BOTTA, *Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, il Mulino, Bologna 1993, 15 e 22.

¹⁰⁰ Cfr. OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Società civile e società religiosa*, cit., 10.

dinamento canonico», a «tenere conto che i richiami fatti dalla legge italiana alla legge del luogo in cui si è svolto il giudizio si intendono fatti al diritto canonico» e ad astenersi dal «riesame del merito». Garanzie che invece non si riconoscono alle altre sentenze straniere. Il principio del *favor* ha poi ricevuto ulteriori specificazioni in sede giurisprudenziale. Anche recentemente la Cassazione ha stabilito che soltanto una *assoluta* incompatibilità della nullità canonica con l'ordine pubblico (matrimoniale) interno osta agli effetti civili della pronuncia ecclesiastica. Quando invece l'incompatibilità deve considerarsi soltanto *relativa* la sentenza ecclesiastica è delibabile.

Diversamente, per tutte le altre sentenze straniere, qualunque incompatibilità, non importa se assoluta o relativa, accertata dal giudice italiano nel corso di un controllo (eventuale e successivo), ne pregiudica l'attribuzione degli effetti civili.

6. *Tribunalizzazione*

Dopo Villa Madama, in mancanza di nuovi interventi legislativi, l'evoluzione del sistema matrimoniale concordatario è totalmente affidata alla giurisprudenza¹⁰¹. L'azione della giurisprudenza avvia una lunga fase di tribunalizzazione caratterizzata dalla centralità delle decisioni del potere giudiziario rispetto alle scelte politiche del potere legislativo contribuendo alla laicizzazione del sistema matrimoniale concordatario ben più della legislazione. Si è visto quanto profondamente la giurisprudenza avesse inciso sul diritto concordatario già prima di Villa Madama. Ma se i nuovi Accordi sono preparati soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale, nel processo di 'tribunalizzazione' della materia concordataria successiva al 1984, e ancora

¹⁰¹ LUIGI LACROCE-MICHELE MADONNA, *Il matrimonio concordatario nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, nel numero monografico del «Dir. eccl.»: *Il ruolo della Corte Suprema di Cassazione nell'evoluzione del Diritto Ecclesiastico dopo l'Accordo del 1984: aspetti internazionalistici, temi e problemi della libertà religiosa, profili penalistici, ministri di culto, matrimonio, enti e beni, sepolture*, 2012, 3-4, 753-825; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa e intervento dello Stato*, V&P, Milano, 2012; ID., *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa sui matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», settembre 2011, 1-13; NATASCIA MARCHEI, *Matrimoni 'religiosi' ed effetti civili*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», giugno 2010, 1-17 e in VALERIO TOZZI-GIANFRANCO MACRI-MARCO PARISI (a cura di), *Proposta di riflessione*, cit., 336-353; RAFFAELE BOTTA, *Il diritto ecclesiastico 'vivente' nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», marzo 2010, 1-25; ID., I limiti degli sforzi interpretativi compiuti dalla Cassazione, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari: de iure condito e de iure condendo*, (Familia, Quaderni 7), Giuffrè, Milano 2006, 97-116; ID., (a cura di), *Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, Nuova ed. riveduta e ampliata, Il Mulino, Bologna 1993.

in corso, prevale il ruolo-guida della Cassazione civile in particolare nell'ambito della delibazione delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale¹⁰².

Infatti la revisione concordataria lascia pendenti due grandi questioni.

La prima, di diritto processuale, è la questione del superamento o della sopravvivenza della riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale.

La seconda, di diritto sostanziale, è la questione della definizione delle condizioni generali e particolari per il riconoscimento dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche.

La tribunalizzazione del sistema matrimoniale concordatario si sviluppa a partire da queste due problematiche e intorno ad esse.

6.1 *La questione processuale*

Non è facile indicare con esattezza il momento della svolta sul tema della riserva ecclesiastica di giurisdizione in materia matrimoniale, ma, come è stato osservato, il 1984 non è l'anno della svolta «vera e propria»¹⁰³. La problematica ha infatti un'evoluzione principalmente giurisprudenziale di cui la revisione concordataria rappresenta la formalizzazione, un passaggio intermedio e certamente non risolutivo.

In precedenza la questione della riserva ecclesiastica di giurisdizione, cioè la questione del carattere esclusivo o non esclusivo di tale riserva, era stata già aperta e ufficializzata nella giurisprudenza costituzionale (soprattutto) e di legittimità. Posteriormente al 1984, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, si arriva invece ad una soluzione della questione, sia pure non condivisa.

La questione della riserva può considerarsi ufficializzata nel 1982, quando la Corte costituzionale subordina gli effetti civili della nullità canonica alla compatibilità della pronuncia ecclesiastica con l'ordine pubblico (matrimoniale) interno, cioè da quando il giudice italiano è stato chiamato al c.d. 'controllo sulla sentenza' ecclesiastica.

Condizionando la delibabilità della pronuncia ecclesiastica ad una no-

¹⁰² GABRIELE FATTORI, *L'efficacia civile delle nullità matrimoniali canoniche. Il ruolo guida della Cassazione e le dinamiche di delibazione nella nuova giurisprudenza di legittimità*, in «Dir. eccl.», 2010, II, 297-338.

¹⁰³ Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Introduzione*, in SALVATORE BERLINGÒ - VINCENZO SCALISI (a cura di), *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale*, Atti del Convegno di studi organizzato dalle Facoltà di Giurisprudenza delle Università di Messina e di Palermo (Messina, 12-13 novembre 1993), Giuffrè, Milano 1994, 3-16 (10).

zione dinamica - e con larghi margini di indeterminatezza - come quella di ordine pubblico (matrimoniale), il giudice costituzionale del 1982 restituiva al giudice italiano significativi spazi di autonomia rispetto alla decisione canonica. Gli stessi soggetti alle oscillazioni dell'ermeneutica della nozione di ordine pubblico (matrimoniale). La quale, per quanto si possa fare per assicurarla a principi giuridici cogenti, risulta a propria volta fatalmente destinata a mutare in proporzione ai mutamenti della sensibilità culturale e politica e a quelli indotti in ambito giuridico. Quindi, specialmente nel diritto matrimoniale e familiare degli ultimi quaranta anni, molto più e soprattutto più velocemente di quanto si poteva immaginare.

Tanto è vero che, «la vera e propria svolta [...] risale agli inizi degli anni '70» quando «nel contesto di eventi innovativi autentici (quali l'introduzione del divorzio, l'ampliarsi per via giurisprudenziale dei casi di impugnativa della trascrizione e dei poteri di controllo sulle pronunzie canoniche), la Corte costituzionale fu per la prima volta investita della problematica inerente alla rilevanza civile della giurisdizione ecclesiastica»¹⁰⁴. La questione è dunque aperta da «precedenti più appropriati e significativi» della sentenza n. 18 del 1982 come le pronunce della stessa Corte costituzionale n. 32 e 169 del 1971 e 175-176 del 1973¹⁰⁵. Ma, negli anni Settanta, alcuni inequivocabili segnali di cedimento del principio della riserva provengono anche dalla giurisprudenza di Cassazione che richiama il giudice della delibazione ad un più effettivo 'controllo sul processo' canonico¹⁰⁶.

Nel 1984, i nuovi Accordi Stato-Chiesa formalizzano gli apporti giurisprudenziali, ma sulla riserva esclusiva non si pronunciano con l'assertività che forse sarebbe stata necessaria per chiudere la questione una volta per tutte¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Ivi, 8-9.

¹⁰⁵ Ivi, 9-10. Per Corte cost. 32/1971, *cf. supra*, nt. 87; per Corte cost. 169/1971, *cf. supra*, nt. 75; per Corte cost. 176/1973 *cf. supra*, nt. 76.

¹⁰⁶ *Cfr. supra*, ntt. 90 e 91.

¹⁰⁷ *Cfr. infra*, par. successivo. Le ricognizioni più ampie delle posizioni dottrinali sull'abrogazione o sulla permanenza della riserva esclusiva di giurisdizione ecclesiastica nella materia matrimoniale concordataria si devono a MARCO CANONICO, *Il riconoscimento*, cit., ntt. 28-29 e PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, 2 ed., Giappichelli 2006. Più recentemente Marco Canonico ha collocato tra gli studiosi a favore del superamento della riserva GIANPIERO BALENA, VINCENZO CARBONE, CARLO CARDIA, FRANCO CIPRIANI, NICOLA COLAIANNI, MARIA CRISTINA FOLLIERO, SERGIO LARICCIA, FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, PAOLO MONETA, ANDREA PROTO PISANI, VINCENZO STARACE, ROMANO VACCARELLA, GIOVANNI BATTISTA VARNIER. Precedentemente. Paolo Moneta aveva considerato tra questi anche ENRICO QUADRI. Siamo sicuri di poter aggiungere anche ENRICO VITALI (*cf. ENRICO VITALI-ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, Manuale breve di Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano 2013, 213). Nella ricostruzione di Marco Canonico, gli Autori che invece sostengono il permanere della riserva sono RENATO BACCARI, lo stesso MARCO CANONICO, GIUSEPPE CAPUTO, MARIA ELISA-

Non c'è dubbio che la norma dell'art. 13 del nuovo Concordato che abroga le disposizioni concordatarie se non espressamente riprodotte nella nuova normativa pattizia, militi a favore dell'abrogazione del principio della riserva esclusiva che, come si è già avuto modo di dire, è una tra le norme non riproposte nel corpo normativo di Villa Madama.

È questo, infatti, l'argomento della sentenza n. 1824 del 13 febbraio 1993 con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno considerato chiusa la questione della riserva¹⁰⁸:

«nell'Accordo del 1984 non si rinviene una disposizione che sancisca il carattere esclusivo della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale, quale era contenuto nell'art. 34 del Concordato del 1929 [...]. È anche vero che l'art. 4, lett. b, del Protocollo addizionale stabilisce [...] che 'si dovrà tenere conto della specificità dell'ordinamento canonico', e, in particolare, che 'i richiami della legge italiana alla legge del luogo dove si è svolto il giudizio si intendono fatti al diritto canonico'; che 'si considera sentenza passata in giudicato quella che sia divenuta esecutiva secondo il diritto canonico'; e che 'in ogni caso non si procederà al riesame del merito'. Tuttavia, ciò rappresenta il massimo di quanto lo Stato ha

BETTA CASELLATI ALBERTI, RAFFAELE COPPOLA, LUIGI DE LUCA, SANDRO GHERRO, GIUSEPPE LEZIROLI, GAETANO LO CASTRO, GINESIO MANTUANO, ANTONIO PALAZZO, CARMINE PUNZI, ANNA TALAMANCA, MARIO TEDESCHI, CARLO TRICERRI. Paolo Moneta comprende tra i giuristi per la sopravvivenza della riserva OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, LORENZO SPINELLI, FERNANDO SANTOSUOSSO. A questi si deve aggiungere GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni*, cit., 179 dove si rinvia a ID., *Il matrimonio concordatario e la Cassazione*, cit. Marco Canonico individua poi i fautori di una posizione «apparentemente intermedia, che propugna il venir meno della riserva di giurisdizione limitando tuttavia il sindacato del giudice italiano alle sole questioni concernenti la validità della trascrizione del matrimonio, con esclusione di qualsiasi ingerenza in ordine alla validità originaria dl vincolo, che resta in tal modo esclusivo appannaggio dei tribunali ecclesiastici»: FRANCESCO FINOCCHIARO, ancora LUIGI DE LUCA, RAFFAELE BOTTA, VINCENZO SCALISI. Sul tema, dopo Cass. 1824/1993 ma poco prima di Corte cost. 421/1993 SALVATORE BERLINGÒ, *Introduzione*, cit., 8: scriveva «In vero, la fine della giurisdizione esclusiva dei tribunali ecclesiastici non discende dal mero cambio di un elemento testuale, ma è frutto di un lungo processo di modifica, di cui la mancata riproduzione del testo dell'art. 34 del concordato del 1929 rappresenta la conclusiva e formale sanzione».

¹⁰⁸ Cass., Sez. un., 13 febbraio 1993, n. 1824, in «*Foro it.*», 1993, I, 722, con note di FRANCO CIPRIANI, «*Requiem*» per la riserva di giurisdizione, NICOLA COLAIANNI, *Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale: la riserva che non c'è* e SERGIO LARICCIA, *Dalla «riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici al concorso delle giurisdizioni civile e canonica: una giusta (ma tardiva) affermazione della sovranità statale in materia matrimoniale*; ivi, 1994, I, 537 ss., con nota di RENATO ORIANI, *Rapporti tra giudice italiano e giudice ecclesiastico nelle cause matrimoniali: è ammissibile il regolamento di giurisdizione?*; in «*Dir. fam. pers.*», 1993, 109; ivi, 512, con note di GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il matrimonio concordatario e la Cassazione: le deduzioni dei nipotini di Calamandrei*; PAOLO MONETA, *La giurisdizione civile sui matrimoni concordatari* (526); MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione alla prova. Prospettazioni teleologiche e realtà ontologica* (538); in «*Giust. civ.*», 1993, I, 329; ivi, 1477, con nota di FULVIO UCCELLA, *Note minime sulla «tendenza» della Cassazione in tema di giurisdizione dello stato sulla nullità del matrimonio canonico trascritto*; in «*Riv. dir. int.*», 1993, 814.

ritenuto di poter sacrificare della sua sovranità, che per ogni altro verso viene, invece, riaffermata [...]. In questa nuova logica risulta chiaro il significato da attribuire all'art. 13 dell'Accordo, nella parte in cui stabilisce che le disposizioni del Concordato (del 1929), non riprodotte nel nuovo testo, sono abrogate [...]. La norma vuol dire che il massimo sacrificio delle proprie prerogative, consentito da ciascuna parte, è quello che risulta espressamente dall'Accordo, oltre al quale non è possibile ammetterne altri [...]. Pertanto, poiché l'art. 8, n. 2, dell'Accordo di revisione riproduce, sia pure con rilevanti modificazioni, le disposizioni dell'art. 34 relative alla delibazione, ma non anche quella contenente la riserva di giurisdizione ai tribunali ecclesiastici delle cause concernenti la nullità di matrimonio, quest'ultima disposizione è rimasta abrogata ai sensi dell'art. 13 [...] tanto che non è stato più necessario che la Santa Sede consentisse ai tribunali civili il giudizio sulle cause civili di separazione personale [...].»

In luogo della riserva assoluta, la Cassazione ha affermato una concorrenza di giurisdizioni (civile ed ecclesiastica) sul matrimonio concordatario. Sarebbe quindi indifferente adire l'una o l'altra. Secondo questo indirizzo giurisprudenziale anche il giudice civile potrebbe dichiarare la nullità del matrimonio c.d. concordatario.

Ma l'argomento offerto dall'art. 13 del nuovo Concordato non è l'unico argomento a sostegno del superamento della riserva di giurisdizione, e la tesi del superamento della riserva di giurisdizione non è l'unica tesi.

Ad esempio, uno tra gli argomenti più incisivi a supporto dell'abrogazione della riserva è offerto dai nn. 5 e 6 dell'art 797 c.p.c. dai quali è stato dedotto, «che vi è effettivamente la possibilità che vi sia da parte del giudice italiano un giudizio ed una sentenza sulla medesima controversia, avente cioè ad oggetto la validità o nullità di quel matrimonio concordatario già sottoposta alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici»¹⁰⁹.

Restano tuttavia molteplici gli argomenti a sostegno dell'opposta tesi della sopravvivenza della riserva di giurisdizione¹¹⁰.

¹⁰⁹ PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, 2 ed., Giappichelli, Torino 1996, 97.

¹¹⁰ Per una ricognizione delle tesi che avvalorano la permanenza della riserva esclusiva di giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale si vedano GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni*, cit., 179-184 e OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti*, cit., 112-122: 1) l'accordo di Villa Madama non è un nuovo Concordato, ma un accordo «che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929»: come 'accordo di modifica' il nuovo Accordo non sconfessa i principi teorici basilari dell'Accordo precedente, tra cui il principio della riserva; 2) il principio di della unicità e inderogabilità della giurisdizione statale dell'art. 24 Cost. it. è superato dal principio della pluralità degli ordinamenti giuridici inteso come implicazione del principio di laicità e derogato e derogato dalla norma positiva dell'art. 7, comma 1 Cost. it.; 3) l'elemento letterale dell'art. 8, comma 2 del Concordato che si riferisce al giudice ecclesiastico come «il giudice competente», nostro il corsivo,

Non per caso, quindi, nel 1993, si è determinato uno scisma ermeneutico tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza di legittimità.

Soltanto dieci mesi dopo la menzionata sentenza n. 1824 con cui la Suprema Corte aveva decretato la fine della riserva ecclesiastica esclusiva, la Corte costituzionale, con sentenza del 1 dicembre, n. 421¹¹¹ si pronuncia in senso diametralmente opposto invocando il principio di laicità dello Stato. La Corte costituzionale dimostra di considerare ancora vigente la riserva di giurisdizione sul presupposto che il matrimonio canonico, il cui momento genetico resta disciplinato dal diritto della Chiesa cattolica, costituisce un atto sul quale «è riconosciuta la competenza del giudice ecclesiastico» in quanto «posto in essere nell'ordinamento canonico». Richiamando la laicità dello Stato, che gli stessi giudici costituzionali hanno concepito come 'principio supremo dell'ordinamento' nella sentenza n. 203 del 12 aprile 1989¹¹²,

n.d.Aa.; 4) i cann. 1671 e 1401, n. 1 CIC 1983 pongono la riserva esclusiva di giurisdizione tra tre le 'specificità dell'ordinamento canonico' che il giudice della delibazione è tenuto a rispettare; 5) la norma del punto 4, lett. b), n. 3 che vieta «in ogni caso» di procedere «al riesame del merito» della causa ecclesiastica.

¹¹¹ Corte cost., 1 dicembre 1993, n. 421, in «Dir. fam. pers.», 1993, 960; ivi, 1994, 475, con note di PASQUALE LILLO, *Corte costituzionale e riserva di giurisdizione in materia matrimoniale*, MARCO CANONICO, *Brevi note sulla riserva di giurisdizione dei Tribunali ecclesiastici dopo la sent. n. 421/1993 della Corte Costituzionale*, PAOLO MONETA, *La corte costituzionale e la riserva di giurisdizione ecclesiastica* e SANDRO GHERRO, *Requiem per un'interpretazione distruttiva del matrimonio concordatario*; ivi, 827, con nota di MARISA MELI, *Sulla nullità dei matrimoni concordatari hanno ancora giurisdizione esclusiva i Tribunali canonici*; in «Giust. civ.», 1994, I, 601, con commento di MARIO FINOCCHIARO e nota di FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il concorso di giurisdizioni sul matrimonio c.d. concordatario secondo la Corte Costituzionale*; in «Giur. it.», 1994, I, 223, con nota di PASQUALE COLELLA, *In tema di giurisdizione civile sui matrimoni concordatari*; in *Vita not.*, 1993, 1337, con nota di ALFIO FINOCCHIARO, *La motivazione della sentenza di inammissibilità n. 421 del 1993 della Corte Costituzionale*; in «Giust. it.», 1994, I, 434, con nota di ANDREA PERRONE, *Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale: la riserva ritrovata*; in «Giur. cost.», 1993, 3469, con nota di GAETANO LO CASTRO, *La giurisdizione sui matrimoni canonici trascritti*; ivi, 1994, con nota di CESARE MONTALI, *Corte Costituzionale e Corte di Cassazione: una questione ancora aperta in tema di giurisdizione sulle cause riguardanti la nullità del matrimonio concordatario*; in «Corr. giur.», 1994, 117, con nota di SILVIO FERRARI, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla riserva di giurisdizione ecclesiastica*; in «Foro it.», 1994, I, 14, con note di SERGIO LARICCIA, *Dopo Corte cost. 421/93 è urgente la riforma del sistema matrimoniale concordatario* e di FRANCO CIPRIANI, *Alla ricerca della riserva perduta*; in *Consiglio di Stato*, 1993, 2029; in «Fam. dir.», 1994, 7, con nota di PIERO SCHLESINGER.

¹¹² La sentenza della Corte costituzionale, 10 aprile 1989, n. 203 [cfr. Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, in «Dir. eccl.», 1989, II, 293; in «Dir. fam. pers.», 1989, 444, con nota di SALVATORE BORDONALI, *Sulla «laicità» dell'ora di religione cattolica*; in «Giur. cost.», 1989, I, 890, con commento di ALBINO SACCOMANNO e nota di LUCIANO MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e insegnamento della libertà religiosa*. A commento di questa decisione v., poi GIUSEPPE G. FLORIDIA - STEFANO SICARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*] ha ribadito: «Questa Corte ha statuito, e costantemente osservato, che i principi supremi dell'ordinamento costituzionale hanno «una valenza superiore alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare copertura co-

la Corte costituzionale afferma che:

«coerentemente con il principio di laicità dello Stato (sentenza n. 203 del 1989), in presenza di un matrimonio che ha avuto origine nell'ordinamento

stituzionale fornita dall'art. 7, secondo comma, della Costituzione, non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale (v. sentenze n. 30 del 1971, n. 12 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977 e n. 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della C.E.E. può essere assoggettata al sindacato di questa Corte in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana (v. sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984) (cfr. sentenza n. 1146 del 1988) [...]. I valori richiamati [i valori di cui agli artt. 2, 3, 19 Cost., n.d.a.] concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica». La Corte costituzionale ha poi aggiunto: «Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19, e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale». Sul trattamento del principio di laicità da parte della Corte costituzionale italiana si vedano anche le sentt. Corte cost., 25 maggio 1990, n. 259, in «Giur. it.», 1991, I, 1, 249; in «Foro it.», 1991, I, 3028; in «Riv. corte conti», 1990, fasc. 3, 174; Corte cost., 14 gennaio 1991, n. 13, in «Dir. fam. pers.», 1991, 865, con nota di LUIGI BARBIERI, *Dal diritto al principio supremo di libertà religiosa*; in «Dir. eccl.», 1991, II, 283, con memorie difensive di udienza a firma di PAOLO BARILE - STEFANO GRASSI - CORRADO MAUCERI - CARLO MEZZANOTTE, *L'insegnamento della religione cattolica ancora di fronte alla Corte Costituzionale: «memoria» per Letizia Sommani ed altri*; ANTONIO PALATIello, *L'insegnamento della religione cattolica ancora di fronte alla Corte Costituzionale: «memoria» per il Presidente del Consiglio dei Ministri*; Corte cost., 27 aprile 1993, n. 195, in «Foro it.», 1994, I, 2986 ss.; con nota di NICOLA COLAIANNI, *Sul concetto di confessione religiosa*; ivi, 1995, I, 3114, con nota di CARLO CARDIA, *Edilizia di culto e l. 222/85*; in «Giur. it.», 1994, I, 97, con nota di PASQUALE COLELLA, *Un «passo avanti» a garanzia dell'uguale libertà delle confessioni religiose*; in «Foro it.», 1994, I, 2986; in «Regioni», 1994, 276; Corte cost., 1 dicembre 1993, n. 421, cit.; Corte cost., 5 maggio 1995, n. 149, in «Giust. civ.», 1995, I, 1740; in «Dir. eccl.», 1995, II, 293; in «Dir. fam. pers.», 1995, 1315, con nota di MARCO CANONICO, *Giuramento dei testimoni e Corte Costituzionale: l'ultima tappa di un cammino con epilogo a sorpresa*; in «Giur. cost.», 1995, 1241, con osservazioni di PIETRO SPIRITO, *Il giuramento assertorio davanti alla Corte costituzione e GIOVANNI DI COSIMO, Alla lunga la libertà di coscienza l'ebbe vinta sul giuramento*; in «Cons. Stato», 1995, II, 835; in «Foro it.», 1995, I, 2042, con nota di FILIPPO DONATI, *Giuramento e libertà di coscienza*; in «Giur. it.», 1995, I, 372, 629; in «Riv. giur. scuola», 1996, 709; Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 440, in «Iure praesentia», 1995, 173; in «Dir. eccl.», 1996, II, 281, con nota di NICOLA RECCHIA, *Spunti problematici in tema di bestemmia e reati contro la religione*; in «Foro amm.», 1996, 2189; in «Cass. pen.», 1996, 42; in «Dir. eccl.», 1996, II, 13; in «Dir. fam. pers.», 1996, 46; ivi, 1290, con note di LUIGI BARBIERI, *Nullum crimen sine iniuria: principio di laicità e tutela penale dei culti* e di MARCO CANONICO, *L'incriminatione della bestemmia e l'insospettata interpretazione escogitata dalla Corte Costituzionale*; in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1996, 819, con nota OMBRETTA DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*; in «Dir. pen. proc.», 1996, 27, ivi, 452, con commento di PAOLO PITTARO; in «Foro it.», 1996, I, 30, con nota di NICOLA COLAIANNI, *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*; in «Giur. it.», 1996, I, 178; in «Giust. pen.», 1996, I, 1; in «Riv. giur. scuola», 1996, 717; Corte cost., 31 maggio 1996, n. 178, in «Giur. cost.», 1996, 1635, con nota di ANDREA GUAZZAROTTI, *L'«inammissibile» eguaglianza. Diritto ecclesiastico e tecniche legislative di privilegio*; in «Foro it.», 1998, I, 3503; in «Dir. eccl.», 1997, II, 118; Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 334, in «Giur. it.», 1997, I, 1; in «Dir. eccl.», 1997, II, 101, con nota di LUIGI LA GROCE, *Libertà religiosa, giuramento e giurisprudenza costituzionale*; in «Dir. fam. pers.», 1997, 451, con nota di MARCO CANONICO, *Il giuramento nel processo civile: la Corte Costituzionale torna sui suoi*

canonico e che resta disciplinato da quel diritto, il giudice civile non esprime la propria giurisdizione sull'atto di matrimonio, caratterizzato da una disciplina conformata nella sua sostanza all'elemento religioso, in ordine al quale opera la competenza del giudice ecclesiastico. Il giudice dello Stato esprime la propria giurisdizione sull'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimonio, attraverso lo speciale procedimento di delibazione regolato dalle

passi?; in «Giust. civ.», 1996, I, 28; in «Foro it.», 1997, I, 25, con nota di GIOVANNI VERDE, *Il giuramento della parte e la Consulta (motivazione e pseudo motivazione?)*; in «Giur. cost.», 1996, 2919; in «Cons. Stato», 1996, II, 1641; Corte cost., 15 luglio 1997, n. 235, in *Dir. eccl.*, 1997, II, 285 ss.; *ivi*, 1999, II, 89, con nota di CLAUDIO GALLOTTI, *INVIM periodica e immobili delle confessioni religiose*; in «Giur. it.», 1998, 599 ss.; in «Foro it.», 1998, I, 3503; in «Giust. cost.», 1997, 2228, con commento di ANDREA GUAZZAROTTI, *L'esenzione dall'INVIM decennale in favore degli Istituti per il sostentamento del clero: un privilegio in cerca di giustificazione*; in «Giust. civ.», 1997, I, 2668; «Cons. Stato», 1997, II, 1085; in «Fisco», 1997, 9710; Corte cost., 14 novembre 1997, n. 329, in «Dir. giust.», 2005, n. 20, 54; in «Cass. pen.», 1998, 390, *ivi*, 1575, con nota di ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione*; in «Dir. eccl.», 1998, II, 3, con nota di VALERIA PALOMBO, *Cenni sulla tutela penale del sentimento religioso alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 329/1997: problemi e prospettive*; in «Dir. fam. pers.», 1998, 849, con nota di MARCO CANONICO, *Tutela penale delle religioni e discriminazione: la fine di un'era?*; in «Giust. civ.», 1998, I, 17; in «Foro it.», 1998, I, 26, con nota di GIOVANNI FIAN-DACA, *Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione?*; in «Giur. it.», 1998, 987, con nota di GIANPAOLO FONTANA, *Il principio supremo di laicità nello Stato democratico pluralista e tutela penale del sentimento religioso*, note difensive di udienza dei difensori ANDREA BICCHEDDU e PAOLO RAMAZZOTTI, *L'art. 513 c.p.p. dinnanzi alle Sezioni unite: la tesi difensiva e requisitoria del Procuratore generale UMBERTO TOSCANI, L'art. 513 c.p.p. dinnanzi alle Sezioni unite: la requisitoria del procuratore generale*; in «Giust. pen.», 1998, I, 216 ss.; in «Riv. giur. polizia», 1998, 73; in «Riv. pen.», 1998, 27; in «Cons. Stato», 1997, I, 1725; in «Dir. pen. proc.», 1997, 1449; Corte cost., 20 novembre 2000, n. 508, in «Cass. pen.», 2001, 802; in «Dir. eccl.», 2001, II, 45, con nota di MARIA CRISTINA IVALDI, *Ancora un intervento della Corte Costituzionale sulla discussa normativa codicistica in tema di tutela penale del sentimento religioso*; in «Dir. fam. pers.», 2001, 489, con nota di MARCO CANONICO, *Vilipendio alla religione cattolica ed illegittimità costituzionale: mezzo secolo d'inerzia, non solo legislativa*; in «Corr. giur.», 2001, 335, con commento di PASQUALE COLELLA; in «Riv. giur. polizia», 2001, 464; in «Leg. pen.», 2001, 600; in «Giur. it.», 2001, 2228, con nota di FABIO ALBO, *Il principio supremo di laicità dello Stato nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di reati «di religione»*; in «Foro it.», 2002, I, 985; in «Giur. cost.», 2000, 6; in «Dir. pen. proc.», 2000, 1588; Corte cost., 9 luglio 2002, n. 327, in «Dir. fam. pers.», 2003, 904, con nota di MARCO CANONICO, *Turbamento di funzioni religiose e trattamento sanzionatorio al vaglio della Corte costituzionale: un'illegittimità preannunciata*; in «Dir. eccl.», 2002, II, 179; in «Giur. it.», 2003, 218; in «Giur. cost.», 2002, 2522; in «Cass. pen.», 2002, 3351; in «Foro it.», 2002, I, 2941; Corte cost., 15 dicembre 2004, n. 389, in «Dir. giust.», 2005, n. 3, 85, con nota di ANDREA PUGIOTTO, *Verdetto pilatesco sul crocifisso in aula. Dopo l'ordinanza si naviga a vista. Nel silenzio della consulta, c'è l'ipotesi di scelta ai singoli istituti*; in «Giur. it.», 2005, 1798; in «Foro it.», 2005, I, 1; in «Giust. civ.», 2005, 324; in «Giust. cost.», 2004, 4280, con note di SERGIO LARICCIA, *A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*, GLADIO GEMMA, *esposizione del crocifisso nella aule scolastiche: una corretta ordinanza di inammissibilità*, FRANCESCO RIMOLI, *La Corte, la laicità e il crocifisso, ovvero di un appuntamento rinviato*, ALESSANDRO ODDI, *La Corte costituzionale, il crocifisso e il gioco del cerino acceso* e di ALESSANDRO GIGLI e STEFANO GATTAMELATA, *Il crocifisso: valore universale di un arredo scolastico*; Corte cost., 29 aprile 2005, n. 168, in «Giust. cost.», 2005, 1379, con nota redazionale di ALESSANDRO ODDI; in «Cass. Pen.», 2005, 2531.

stesse norme dell'Accordo in modo ben più penetrante che nella disciplina del Concordato. Permane inoltre pienamente, secondo i principi già fissati dalla Corte, la giurisdizione dello Stato sugli effetti civili».

Su queste premesse è stato sviluppato il paradosso del diritto applicabile che, ad oggi, appare il più efficace contro-argomento alla tesi dell'abrogazione della riserva.

Conformemente alla tesi di Cassazione della doppia giurisdizione concorrente canonica e civile, potrebbe essere adito per la nullità del matrimonio concordatario anche il giudice italiano. In tal caso, come è stato osservato

«se il giudice italiano dovesse giudicare in base alla legge canonica, saremmo di fronte ad un'evidente violazione del principio supremo di laicità dello Stato, nella misura in cui l'autorità statale verrebbe in concreto a pronunciarsi sull'esistenza o meno di un sacramento [...]. Se invece il giudice italiano dovesse giudicare secondo il diritto civile, saremmo di fronte ad una palese violazione del Concordato, giacché da questo [...] si evince chiaramente che il matrimonio è disciplinato interamente dal diritto canonico; che cioè è il matrimonio canonico, una volta realizzatosi, a conseguire effetti civili»¹¹³.

Tuttavia, la Corte di Cassazione non ha tenuto conto dell'indirizzo contrario della Corte costituzionale. Negli anni l'azione riformatrice della giurisprudenza di legittimità nella materia matrimoniale concordataria è continuata - e in modo alquanto incisivo - sul presupposto della concorrenza delle giurisdizioni civile ed ecclesiastica¹¹⁴ ed escludendo l'eventualità di interferenze tra giudizio canonico e causa civile di separazione o divorzio per l'irrelevanza dell'attività giurisdizionale ecclesiastica di formazione della sentenza di nullità canonica rispetto all'ordinamento italiano. In altre parole la causa di divorzio non è preclusa dall'eventuale preventiva causa di nullità azionata davanti ai tribunali ecclesiastici¹¹⁵. Non si verificano interferenze neppure tra causa canonica di nullità matrimoniale e causa di separazione personale tra gli stessi coniugi in ragione del fatto che i due procedimenti divergono

¹¹³ GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni*, cit., 184.

¹¹⁴ Sono tuttavia assai rari i casi in cui il giudice italiano del merito è stato chiamato a decidere sulla validità del matrimonio canonico trascritto, cfr. MARCO CANONICO, *Il riconoscimento*, cit., nt. 31. In questi rari casi il giudice italiano ha applicato il diritto civile, cfr. ENRICO VITALI - ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *Manuale*, 2012, cit., 201.

¹¹⁵ Cass., 23 gennaio 2009, n. 1731, in «Foro it.», 2009, I, 651; Cass., 29 novembre 2007, n. 24950.

per *petitum*, *causa petendi* e rispettive finalità e conseguenze giuridiche¹¹⁶. La delibazione di una nullità matrimoniale canonica non è quindi preclusa dalla

¹¹⁶ Cass., 15 gennaio 2009, n. 814, in «Dir. fam. pers.», 2009, 629, con nota di ANDREA GALANTI, *Nullità canonica del matrimonio per esclusione del bonum prolis per concorde decisione dei coniugi a causa di malattia sessualmente trasmissibile anche alla prole ed ordine pubblico italiano sostanziale*; in «Giust. civ.», 2010, I, 1239; in «Foro it.», 2009, I, 702; Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, in «Dir. eccl.», 2004, II, 159, con nota di PAOLO DI MARZIO, *Diritto giurisprudenziale e deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*; ivi, 495; in «Giust. civ.», 2003, I, 638; in «Studium iuris», 2003, 984; in «Dir. fam. pers.», 2003, 653. Ciascuna di queste sentenze ha segnato un passaggio importante dell'evoluzione giurisprudenziale in materia. Cass. 3345/1997 (Cass., 14 aprile 1997, n. 3345, in «Dir. eccl.», 1997, II, 294, con nota di VALERIA PALOMBO, *Riflessioni sul rapporto tra la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio e il giudicato civile sul divorzio alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 3345 del 1997*; in «Dir. fam. pers.», 1997, 911; in «Giust. civ.», 1997, I, 1173, con nota di GIOVANNI GIACALONE, *Rapporto tra giudizio civile di divorzio e sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio: verso un nuovo assetto?*; in «Fam. dir.», 1997, 213; in «Foro it.», 1997, I, 2962) ha affermato che, in virtù della carattere concorrenziale delle giurisdizioni ecclesiastica e civile in materia matrimoniale (Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1993, n. 1824, cit.), le parti potrebbero chiedere l'accertamento della validità del vincolo nel giudizio di divorzio: in tal caso la sentenza di divorzio conterrebbe una implicita valutazione sulla validità del matrimonio, sia pure nei limiti di un accertamento incidentale e ai soli fini del decidere. Secondo la Corte questo accertamento non impedirebbe la delibazione, ma per il principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, esso rende inattuabili le statuizioni, anche patrimoniali, contenute nella sentenza di divorzio. Invece, con successiva Cass. 4202/2001 (Cass. 23 marzo 2001, n. 4202, in «Giust. civ.», 2001, I, 1479, con nota di MARIO FINOCCHIARO, *Sentenza di divorzio, delibazione della pronunzia ecclesiastica di nullità di quei matrimoni e [inesistenza di] giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico*; in «Corr. giur.», 2001, 1169, con nota di GIUSEPPE DE MARZO, *Nullità del matrimonio concordatario e statuizioni economiche della sentenza di divorzio*; in «Fam. dir.», 2001, 594, con commento di LUCIA GRAZIANO; in «Nuova giur. civ. comm.», 2002, I, 494, con nota di GILDA FERRANDO, *Divorzio, delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità e diritto all'assegno*; in «Dir. eccl.», 2002, II, 16, con nota di VALENTINA DE MICHELI, *Assegno di divorzio, sopravvenuta delibazione della sentenza canonica di nullità ed esigenza di riforma della legge matrimoniale concordataria*; ivi, 2003, II, 41, con nota di GIORGIO BIANCO, *Rapporto tra sentenza di divorzio passata in giudicato e sopravvenuta delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*; in «Foro it.», 2002, I, 188), la Suprema Corte supera questa posizione: viene infatti negato che la sentenza di divorzio possa implicitamente esprimere un giudicato sulla validità del matrimonio perché ciò richiederebbe lo svolgimento di un procedimento autonomo ai sensi dell'art. 34 c.p.c. Tuttavia le statuizioni economiche del divorzio che riconoscono il diritto di un coniuge all'assegno di divorzio restano inattuabili a condizione che su di esse si sia formato il giudicato [in virtù di principi di diritto sostanziale (art. 2909 c.c.) e di diritto processuale (art. 324 c.p.c.)]: in tal caso, infatti, il giudicato potrebbe essere impugnato solo nelle tassative ed eccezionali ipotesi di cui all'art. 395 c.p.c. Su questa stessa linea Cass. 4795/2005 (Cass., 4 marzo 2005, n. 4795, in «Giur. it.», 2005, 2051, con nota redazionale di VALENTINA PALAZZETTI), che ha ancor più efficacemente precisato che gli impegni che lo Stato italiano si è assunto con l'Accordo del 1984 riguardano esclusivamente il riconoscimento dell'efficacia civile delle nullità ecclesiastiche e non i rapporti matrimoniali tra coniugi, la cui competenza invece resta dello Stato italiano: pertanto la delibazione di una nullità canonica incide soltanto sullo *status* del soggetto già divorziato senza però incidere sul diritto a percepire l'assegno divorzile non ostando la sopravvenuta delibazione all'operatività degli artt. 2909 c.c. e 395 c.p.c. Infine Cass. 27082/2007 (Cass., 21 dicembre 2007, n. 27082, in «Giust. civ. mass.», 2007, 12), oltre a confermare che la sopravvenuta delibazione della nullità canonica non travolge il riconosciuto diritto all'assegno, ha escluso che la stessa possa costituire un 'giustificato motivo' di revisione dell'assegno ai sensi dell'art. 9 della Legge 898/1970.

preventiva instaurazione davanti al giudice italiano di una causa di separazione personale tra gli stessi coniugi.

Le interferenze tra giurisdizione ecclesiastica e civile possono dunque verificarsi solo a partire dal momento della delibazione della nullità canonica, cioè dal momento in cui, chiuso il procedimento canonico, la sentenza ecclesiastica, tramite il procedimento di delibazione, diventa rilevante, perché esecutiva, anche internamente al diritto italiano¹¹⁷.

Potrebbero quindi porsi problemi di interferenza e/o giudicato con un eventuale procedimento e/o giudicato civile di separazione e/o divorzio.

Infatti, ancora per molti anni dopo gli Accordi di revisione del Concordato Lateranense, una pronuncia ecclesiastica di nullità matrimoniale, civilmente riconosciuta, passata in giudicato e intervenuta successivamente al giudicato civile di separazione o divorzio vanificava (travolgeva) gli effetti patrimoniali intraconiugali della sentenza di separazione o divorzio. Cadevano, cioè, anche le tutele economiche disposte in sede di separazione o di divorzio a difesa del coniuge economicamente debole. Non era quindi infrequente il ricorso strumentale alla giustizia ecclesiastica da parte del coniuge economicamente forte.

Attraverso il riconoscimento civile della nullità canonica si offriva a quest'ultimo la possibilità di eludere i provvedimenti economici a tutela del coniuge debole emessi dal giudice italiano in sede di separazione o divorzio.

Con una sentenza storica la Cassazione ha stabilito che la nullità ecclesiastica non travolge più la sentenza di divorzio e quindi neppure le disposizioni economiche intraconiugali a tutela del coniuge debole¹¹⁸.

Ancora oggi il quadro generale appare in evoluzione. Tuttavia, allo stato attuale della giurisprudenza, possiamo dare per buoni i seguenti principi: 1) il riconoscimento degli effetti civili della nullità canonica non travolge (più) le disposizioni economiche intraconiugali del divorzio se il giudicato di delibazione è *successivo* al giudicato civile del divorzio¹¹⁹; 2) invece, quando il giudicato di delibazione della nullità ecclesiastica *precede* il giudicato civile di divorzio, la causa di divorzio si estingue per sopravvenuta cessazione della materia del contendere¹²⁰, fatta salva l'eventualità di una c.d. 'sentenza

¹¹⁷ Cass., 25 giugno 2003, n. 10055, in «Giust. civ.», 2004, I, 3057; in «Dir. e giust.», 2003, n. 29, 100; in «Fam. dir.», 2004, 82; in «Arch. civ.», 2004, 39; «Dir. eccl.», 2004, II, 492.

¹¹⁸ Cass., 14 aprile 1997, n. 3345, cit.

¹¹⁹ Cass., 21 dicembre 2007, n. 27082, cit.; Cass. 23 marzo 2001, n. 4202, cit.; Cass., 14 aprile 1997, n. 3345, cit.

¹²⁰ Cass., 25 giugno 2003, n. 10055, cit., e molte altre successive.

parziale di divorzio' a tutela di statuizioni economiche da definire¹²¹. Diversamente accade per la separazione poiché 3) il giudicato di delibazione della nullità canonica travolge (ancora) gli effetti della separazione fermo restando che 4) anche la causa di separazione va dichiarata estinta per sopravvenuta cessazione della materia del contendere quando il giudicato sugli effetti civili della nullità ecclesiastica scende *prima* del giudicato di separazione.

Ne sembra al momento possibile ipotizzare un diverso indirizzo che equipari gli effetti della delibazione della pronuncia ecclesiastica sulle statuizioni economiche della separazione a quelli sulle statuizioni economiche del divorzio. Ciò in ragione della natura stessa della separazione concepita, già dal codice civile del 1942, come «situazione ontologicamente transitoria, nella prospettiva di una difesa ad oltranza della famiglia ed in vista di una ricomposizione dell'unione coniugale»¹²².

6.2 *La questione sostanziale*

Si è già visto come la 'tribunalizzazione' del sistema matrimoniale concordatario risulti particolarmente efficace nel campo della delibazione delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale.

Sulla scia della giurisprudenza costituzionale preconcordataria¹²³, la Corte di Cassazione ha poi successivamente definito i principi generali e le condizioni sostanziali di delibabilità delle nullità canoniche matrimoniali.

La 'non contrarietà all'ordine pubblico (matrimoniale) interno processuale e sostanziale' a cui la Corte costituzionale aveva subordinato l'efficacia civile delle nullità canoniche, si dimostra un principio aperto alle interpretazioni evolutive dei giudici di merito e di legittimità della delibazione. I quali, di volta in volta, devono prima chiedersi se la sentenza ecclesiastica sollevi un problema di ordine pubblico e, dopo, in caso di risposta affermativa, stabilire se la specifica nullità canonica in esame sia conforme o difforme allo stesso ordine pubblico.

Sulle basi poste dalla Corte costituzionale, la Corte di Cassazione ha definito cinque principi generali e cinque condizioni essenziali per il riconoscimento civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale¹²⁴.

¹²¹ *Cfr. infra*, par. 7.

¹²² ROBERTO GIOVAGNOLI, *Separazione e divorzio. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2009, 52.

¹²³ Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit.

¹²⁴ *Cfr.* ANTONIO FUCCILLO, *Giustizia e religione, L'agire religioso nella giurisprudenza civile*, Giappichelli, Torino 2009, in particolare 167-228.

I CINQUE PRINCIPI GENERALI DI EFFICACIA CIVILE DELLE NULLITÀ MATRIMONIALI CANONICHE

1) il principio della non contrarietà della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico (matrimoniale) sostanziale e processuale interno che Cass. 5026/1982 ha definito come l'insieme dei «*principi cogenti non derogabili con private pattuizioni*» distinguendolo dall'ordine pubblico internazionale costituito dagli «*imperativi ispirati a somme esigenze di civiltà giuridica la cui inosservanza è ostativa alla delibazione delle sentenze straniere*». Inteso come soglia-limite per l'efficacia civile della nullità canonica matrimoniale¹²⁵, l'ordine pubblico è rappresentato dai principi fondamentali, essenziali, caratterizzanti posti dalla Costituzione e dalle leggi alla base dell'istituto matrimoniale italiano¹²⁶. Il principio è stato ulteriormente determinato da Cass.,

¹²⁵ Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, in «Dir. fam. pers.», 2010, 18, con nota di ENRICO GIARNIERI, *Sulla delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio per errore indotto da dolo*; ivi, 1874, con nota di MARCO CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle sezioni unite*; ivi, 2009, 540, con nota di PAOLO DI MARZIO - NICOLA BARTONE, *Delibazione di sentenze canoniche ed ordine pubblico matrimoniale italiano*; in «Dir. e rel.», 2009, n. 7, 696, con nota di STEFANO BARTONE, *Il diverso trattamento del matrimonio religioso e delle religioni nella sentenza sull'ordine pubblico delle Sezioni unite civili n. 19809/08*; in «Fam. dir.», 2009, 13, con nota di STEFANIA LA ROSA, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulla qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*; ivi, 542, con nota di PAOLO DI MARZIO, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*; ivi, 855, con nota di TIZIANA BERTOLI - LUCA CHRISTIAN NATALI, *La delibazione della sentenza di nullità del matrimonio concordatario: presupposti e limiti operativi*; ivi, 2010, 21, con nota di ENRICO GIARNIERI, *Sulla delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimonio per errore indotto da dolo*; in «Dir. eccl.», 2008, II, 307, con nota di FRANCESCO ALICINO, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e limiti di ordine pubblico interno: le ultime indicazioni delle Sezioni Unite (A proposito di Cassazione, Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809)*; in «Foro it.», 2008, I, 3130; in «Guida al diritto», 2008, n. 39, 66, con nota di ANNA MARIA DE TULLIO, *Non delibabile la sentenza di annullamento se l'infedeltà è precedente al matrimonio*; in «Giust. civ.», 2009, I, 1354; in «Riv. dir. civ.», 2009, 617, con nota di FABIO FRANCESCHI, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, errore, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte*. Hanno poi commentato la sentenza: GABRIELE FATTORI, *L'efficacia civile delle nullità matrimoniali canoniche*, cit.; ID., *Diritto applicato e diritto applicabile alla delibazione delle nullità matrimoniali ecclesiastiche: incertezza normative, supplenze della giudice e paradossi della giurisprudenza*, in «Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche, ed economiche», 2009, 60, 2, 287-318; FRANCESCO ALICINO, *L'altra 'faccia' della specificità del matrimonio concordatario (a proposito di Cassazione, Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809)*, in «Stato, Chiesta e pluralismo confessionale», marzo, 2009, 1-24; NICOLA BARTONE, *Pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili*, in «Stato, Chiesta e pluralismo confessionale», ottobre, 1008, 1-11. Si vedano poi le riflessioni di OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti*, cit., 92-96.

¹²⁶ Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit.; Cass., 14 febbraio 2008, n. 3709, in «Dir. fam. pers.», 2009, 27; Cass., 10 maggio 2006, n. 10796, in «Giust. civ. mass.», 2006, 1252; Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, cit.; Cass., 20 luglio 2002, n. 10143, in «Fam. dir.», 2003, 147, con nota di LUCIA GRAZIANO, *La convivenza e il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*; Cass., 8 gennaio 2001, n. 198, in «Fam. dir.», 2001, 329; Cass., 27 novembre 1991, n. 12671, in «Dir. eccl.», 1991, II,

18 luglio 2008, n. 19809: non contrastano con l'ordine pubblico interno le nullità canoniche pronunciate per fatti analoghi e rilevanti «per gli stessi fini» o per circostanze non del tutto irrilevanti in relazione alla disciplina del consenso o ai fini dell'annullamento del matrimonio¹²⁷.

2) il principio del *favor* riservato alle sentenze ecclesiastiche (*cf.* art. 4 lett. *b* Prot. add.) in sede di delibazione¹²⁸. Cioè il margine di maggiore disponibilità concesso dall'ordinamento statale ai fini del riconoscimento degli effetti civili delle pronunce provenienti dall'ordinamento canonico rispetto alle sentenze provenienti da tutti gli altri ordinamenti stranieri¹²⁹. Nel tempo anche questo principio ha ricevuto altre importanti specificazioni. Cass., 9 dicembre 1993, n. 12144 precisa che una diversa disciplina giuridica tra ordinamento canonico e civile è un presupposto necessario ma non sufficiente dell'incompatibilità della pronuncia canonica con l'ordine pubblico italiano¹³⁰. E ai fini dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche, Cass., 18

131; in «Giust. civ.», 1992, I, 961, con nota di ALESSANDRA QUATTRINI, *Il procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio: diritto di agire e resistere in giudizio e la tutela del principio dell'ordine pubblico*; in «Dir. fam. pers.», 1992, 571; in «Giust. it.», 1992, I, 1, 1970, con nota redazionale di MATILDE FITTANTE; Cass., 12 maggio 1990, n. 4100, in «Giust. civ.», 1990, I, 1195; Cass., Sez. un., 6 dicembre 1985, nn. 6128 e 6129, cit.; Cass., Sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, in «Foro it.», 1982, I, 2799, con nota di SERGIO LARICCIA, *Esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale e ordine pubblico italiano*; in «Giust. civ.», 1983, I, 170, con nota di CARLO CARDIA, *Sul sindacato civile delle sentenze di nullità matrimoniale*; in «Giur. it.», 1983, I, 230, con note di PASQUALE COLELLA, *Orientamenti della Cassazione in tema di rilevanza della giurisdizione ecclesiastica matrimoniale dopo le sentenze n. 16 e 18 della Corte costituzionale* e GIACINTO R. GIACOMAZZO, *Il sistema matrimoniale concordatario tra Corte costituzionale e Cassazione*; ivi, 1983, I, 1294, con note di DOMENICO CONSERVA, *Nullità di matrimonio concordatario per riserva mentale e disciplina della simulazione nell'ordinamento matrimoniale italiano* e LORENZO CILIENTO, *Il limite dell'ordine pubblico nel sistema delle nullità matrimoniali*; in «Dir. fam. pers.», 1982, 858; ivi, 1239; ivi, 1983, 11, con nota di GIOVANNI BALDISSEROTTO, *Il principio dell'affidamento quale nuovo limite alla esecutorietà delle pronunce ecclesiastiche in materia matrimoniale*.

¹²⁷ Cass., 18 luglio 2008, n. 19809, cit.: «La specialità o specificità delle cause di invalidità del matrimonio nel sistema interno, tutte e ciascuna analiticamente individuate da norme di diritto in circostanze oggettive ed esterne, è principio cogente del diritto italiano. La differenza di disciplina di tali fattispecie con quelle dell'ordinamento canonico da sola non osta alla delibazione, anche in rapporto ai vizi del volere, purché la dichiarata invalidità del matrimonio religioso da parte dei giudici ecclesiastici sia ancorata a fatto oggettivi analoghi a quelli rilevanti per gli stessi fini nell'ordinamento interno, ovvero a circostanze non assolutamente irrilevanti per esso, in rapporto alla formazione del consenso matrimoniale e all'annullamento del matrimonio».

¹²⁸ Cass., Sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, cit.

¹²⁹ *Cfr.* JLIA PASQUALI CERIOLI, *La 'maggiore disponibilità' nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula 'ellittica' al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*, in «Diritto e religioni», 5, 2008/1, 344 ss.

¹³⁰ Cass., 7 aprile, 2000, n. 4387, in «Fam. dir.», 2000, 568, con commento di ELISA DE FEIS; e in «Dir. fam. pers.», 2000, 1054; in «Giust. civ.», 2000, I, 1641, con nota di FRANCESCO FINOCCHIARO; in «Nuova giur. civ. comm.», 2000, I, 670, con nota di UMBERTO ROMA, *Nullità del matrimonio concor-*

luglio 2008, n. 19809 distingue le incompatibilità in assolute (dirimenti) e relative (non dirimenti). La sentenza ecclesiastica non può avere effetti civili quando radicalmente incompatibile con l'ordine pubblico italiano, cioè in caso di incompatibilità assoluta. Invece, una incompatibilità soltanto relativa non pregiudica il riconoscimento dell'efficacia civile della nullità canonica¹³¹.

Diversamente, l'efficacia civile delle sentenze straniere è esclusa indipendentemente dal grado di incompatibilità, assoluta o soltanto relativa;

3) il principio del rispetto del diritto di difesa/al contraddittorio nel procedimento canonico¹³². Principio la cui più emblematica applicazione risale al caso Pellegrini giunto fino al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo¹³³;

4) il principio della tutela dell'affidamento/buona fede del coniuge incolpevole¹³⁴. Con le nuove norme del diritto di famiglia lo stato soggettivo della buona fede ha ricevuto una sua specifica rilevanza in materia matrimoniale

datario per incapacità assumendi onera matrimonii; Cass., 9 dicembre 1993, n. 12144, in «Foro it.», 1995, I, 279, con nota di GIANPIERO BALENA, *Sui problemi derivanti dal «concorso» tra la giurisdizione ecclesiastica e la giurisdizione civile in materia di nullità del matrimonio*; in «Dir. fam. pers.», 1995, 928, con nota di MARCO CANONICO, *La prevalenza della pronuncia di nullità del matrimonio canonico trascritto rispetto al giudicato di cessazione degli effetti civili*; in «Nuova giur. civ. comm.», 1994, I, 796, con nota di ENRICA MARTINELLI, «Delibabilità della sentenza canonica di nullità del matrimonio di cui sia stata pronunciata la sentenza di cessazione degli effetti civili in Italia»; in «Dir. eccl.», 1994, II, 81; in «Fam. dir.», 1994, 153; Cass., 26 maggio 1987, n. 4707, in «Dir. eccl.», 1988, II, 278; in «Giust. civ.», 1988, I, 2687; Cass., 8 dicembre 1985, n. 6134, in «Dir. eccl.», 1985, II, 512; Cass., 26 maggio 1987, n. 4707, in «Dir. eccl.», 1988, II, 278.

¹³¹ Cass., 18 luglio 2008, n. 19809, cit.: «la incompatibilità con l'ordine pubblico interno delle sentenze di altri ordinamenti è 'assoluta', allorché i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui è chiesta la esecutività e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla causa pretendi della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero aver rilievo o effetti analoghi in Italia. L'incompatibilità con l'ordine pubblico interno va qualificata invece 'relativa', quando le statuizioni della sentenza ecclesiastica, eventualmente con la integrazione o il concorso di fatti emergenti dal riesame di essa ad opera del giudice della delibazione, pure se si tratti di circostanza ritenute irrilevanti per la decisione canonica, possono fare individuare una fattispecie almeno assimilabili a quelle interne con effetti simili».

¹³² Cass., 31 maggio 2012, n. 8772, in «Dir. giust. on line», 2012, 31 maggio; Cass., 5 marzo 2012, n. 3378, in «Giust. civ.», 2013, I, 2582; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3186, in «Giust. civ.», 2008, I, 1695; Cass., 23 novembre 2007, n. 24412, in «Giust. civ.», 2008, I, 2195; in «Guida al diritto», 2008, n. 7, 40; Cass., 10 novembre 2006, n. 10796, in «Giust. civ. mass.», 2006, 5; Cass., 6 luglio 2006, n. 15409, in «Giust. civ. mass.», 2006, 7-8.

¹³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Pellegrini contro Italia, 20 luglio 2001.

¹³⁴ Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit.; Cass., 2 agosto 2007, n. 16999, in «Giust. civ.», 2008, I, 1747; Cass., 29 aprile 2004, n. 8205, in «Dir. eccl.», 2004, II, 457, con nota di ANTONELA LOSANNO, *Sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale e impossibilità di delibazione: la riserva mentale e il contrasto con l'ordine pubblico interno*, in «Foro it.», 2004, I, 3425; in «Dir. e form.», 2004, 833; in «Dir. e giust.», 2004, n. 22, 36.

(artt. 129 e 129 bis c.c.). Il correlato principio risulta determinante in relazione a tutte le condizioni sostanziali di efficacia civile delle nullità matrimoniali canoniche e particolarmente per la fattispecie della riserva mentale;

5) il principio della «prolungata convivenza». È il principio secondo cui il protrarsi della convivenza *more uxorio* sana il consenso invalidamente prestato dai coniugi¹³⁵: devono esser considerate inefficaci nell'ordinamento italiano, quindi non delibabili, le nullità canoniche intervenute dopo una «prolungata convivenza». Tuttavia sul principio, la dottrina non è ancora unanime e la giurisprudenza sembra aver trovato soltanto adesso una posizione definitiva¹³⁶.

LE CINQUE CONDIZIONI SOSTANZIALI DI EFFICACIA CIVILE DELLE NULLITÀ CANONICHE

1) le nullità canoniche per vizi del consenso possono ricevere efficacia

¹³⁵ Cass., 15 giugno 2012, n. 9844, in «Giust. civ.», 2013, I, 1856; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1780, in «Dir. fam. pers.», 2012, 687; in «Foro it.», 2012, I, 1035; in «Riv. not.», 2012, 711; Cass., 15 gennaio 2012, in «Giust. civ.», 2013, I, 1856; Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343, in «Dir. fam. pers.», 2011, 711, con note di MARCO CANONICO, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale* e PAOLO DI MARZIO, *A volte ritornano: la Cassazione ripropone la tesi che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non può essere delibata dopo anni di convivenza dei coniugi*; ivi., 1643, con nota di GIUSEPPE DALLA TORRE, *La C.S.C., 20 gennaio 2011, n. 1343, nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza*; in «Giust. civ.», 2011, I, 46; in «Foro it.», 2012, I, 1035; in «Guida al diritto», 2012, n. 26, 51; in «Vita not.», 2011, 980. Indirettamente si veda anche, Cass., Sez. un., 6 luglio 2011, n. 14839, in «Dir. fam. pers.», 2011, 1678, con nota di MARCO CANONICO, *Il difetto di giurisdizione statale per i danni arrecati dal giudice ecclesiastico*; in «Giust. civ.», 2012, I, 745; in «Guida al diritto», 2011, n. 31, 51, con nota di MARIA GIOVANNA RUO, *L'attività svolta dagli organi del Vaticano presta interna al processo canonico di nullità*; Cass., sez. un., 8 luglio 2008, n. 19809, cit.; Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, cit.; Cass., 18 luglio 1987, nn. 5354 e 5358, in «Foro it.», 1988, I, 474, con nota di ENRICO QUADRI, *Convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: le nuove prospettive giurisprudenziali*; in «Giur. it.», 1988, I, 209, con nota di RAFFAELE BOTTA, *L'inutile concordato*; in «Dir. fam. pers.», 1988, 161, con nota di MARIO FERRABOSCHI, *Una sentenza anomala o una svolta della Cassazione?*; in «Dir. eccl.», 1988, II, 246, con nota di ANDREA BETTETINI, *Convivenza dei coniugi in costanza di matrimonio nullo e declaratoria di efficacia della sentenza di nullità matrimoniale*; in «Giust. civ.», 1987, I, 1990; Cass., 3 luglio 1987, n. 5823, in «Dir. fam. pers.», 1988, 198.

¹³⁶ Cfr. nt. 196. Cass., 4 giugno 2012, n. 8926, in «Dir. fam. pers.», 2012, 1556, con nota di MARCO CANONICO, *Convivenza coniugale ed efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: il cerchio finalmente si chiude*; in «Foro it.», 2012, I, 2676; in «Guida al diritto», 2012, n. 26, 45, con nota di MARCELLA FIORINI, *Il mancato rispetto dei precedenti a sezioni Unite indebolisce la funzione nomofilattica della Corte*; Cass., 10 maggio 2006 n. 10796, cit.; Cass., 7 aprile 2000, n. 4387, cit.; Cass., 7 aprile 1997, n. 3002, in «Giust. civ. mass.», 1997, 549; Cass., 17 giugno 1990, n. 6552; Cass., 17 ottobre 1989, n. 4166, in «Nuova giur. civ. comm.», 1990, I, 477, con commento di ENRICA MARTINELLI. Poi anche GIUSEPPE DALLA TORRE, *La C.S.C., 20 gennaio 2011, n. 1343*, cit. e OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti*, cit., 96-102. Per la sua particolare complessità giuridica e non soltanto giuridica, la questione è stata recentemente rimessa alle Sezioni Unite: ordinanza interlocutoria Cass., 14 gennaio 2013, n. 712, in «Dir. fam. pers.», 2013, 523. Poi anche Cass., 22 febbraio 2013, 4647.

civile nell'ordinamento italiano a condizione che tali vizi ricadano su circostanze oggettive ed esterne. Restano conseguentemente del tutto irrilevanti i vizi consensuali derivanti da cause soggettive e/o interne¹³⁷;

2) l'efficacia civile delle nullità canoniche per «insufficiente uso di ragione» (can. 1095 CIC 1983), può sussistere per analogia con l'incapacità di intendere e di volere dell'art. 120 c.c. e l'efficacia civile della nullità canonica per «grave difetto di discrezione di giudizio» (can. 1095, 2 CIC 1983) e per «incapacità di assumere gli oneri matrimoniale» (can. 1095, 3 CIC 1983) per analogia con le fattispecie di «grave inettitudine ad intendere i doveri del matrimonio» di cui agli artt. 120-122 c.c.¹³⁸.

3) la nullità canonica per errore può avere efficacia civile a condizione che l'errore sia «essenziale» e «determinante», cioè a condizione che riguardi qualità a carattere stabile e permanente dell'altro nubendo¹³⁹ in analogia a quanto stabilito dall'art. 1429 c.c., qualità «significative [...] in base ai valori usuali e secondo la coscienza sociale comune che abbiano determinato al matrimonio chi è caduto in errore», riguardanti fatti riconducibili alle circostanze oggettive e tipiche dell'art. 122 c.c. sia pure «anche diversi da quelli di cui all'art. 122 c.c.». Non rilevano ai fini della delibazione errori su qualità e/o comportamenti temporanei e/o occasionali¹⁴⁰.

4) perché la nullità canonica per dolo (errore indotto da artifici e raggiri, *cf.* artt. 1426, 1427, 1439 c.c.) possa essere riconosciuta civilmente «non basta

¹³⁷ Cass., 14 febbraio 2008, n. 3709, in «Dir. fam. pers.», 2009, 27; Cass., 10 maggio 2006, n. 10796, cit.; Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, cit.; Cass., 12 luglio 2002, n. 10143, in «Fam. dir.», 2003, 147, con nota di LUCIA GRAZIANO, *La convivenza e il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*; Cass., 27 novembre 1991, n. 12671, in «Dir. eccl.», 1992, II, 131; in «Giust. civ.», 1992, I, 961, con nota di ALESSANDRA QUATTRINI, *Il procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio: diritto di agire e resistere in giudizio e la tutela del principio dell'ordine pubblico*; in «Dir. fam.», 1992, 571; in «Dir. e giur.», 1991, 812; in «Giur. it.», 1992, I, 1970, con nota di MATILDE FITTANTE; Cass., Sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, cit.; Cass., Sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, cit.

¹³⁸ Cass., 23 novembre 2007, n. 24412, cit.; Cass., 31 maggio 2012, n. 8772, cit.

¹³⁹ Cass., 5 maggio 1998, n. 4500, in «Giur. it.», 1999, I, 498, con nota di ROSANNA DE MEO, *L'indissolubilità del matrimonio, uscita dalla porta della legge, rientra dalla finestra della giurisprudenza*; in «Fam. dir.», 1998, 565; in «Dir. eccl.», 1998, II, 511; Cass., 9 dicembre 1993, n. 12144, cit.

¹⁴⁰ È (anche) in applicazione di questo principio che Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, cit., ha negato efficacia civile alla nullità canonica pronunciata per infedeltà pre-matrimoniale. È con lo stesso principio che Cass. n. 4387/2000 (cass., 7 aprile 2000, n. 4387, cit.) ha invece riconosciuto gli effetti civili della nullità canonica per omosessualità o transessualismo del coniuge e Cass. n. 4707/1987 (Cass., 26 maggio 1987, n. 4707, cit.) alla nullità canonica per l'errore circa il possesso del titolo di laurea del coniuge. Vedi anche Cass., 16 novembre 2005, n. 23073 in «Foro it.», 2007, I, 282.

accertare che l'errante non avrebbe prestato il suo consenso senza tale indotta falsa rappresentazione della realtà di fatto», ma è necessario, anche in questo caso, che l'errore «riguardi casi comparabili con quelli oggettivi, permanenti e tassativi» di cui all'art. 122 cc «qualificanti la persona dell'altro nubendo»¹⁴¹.

5) le nullità canoniche per simulazione parziale (riserva mentale) o per apposizione di una condizione al vincolo matrimoniale possono essere delibate a condizione che la riserva o la condizione siano state determinanti del consenso, conosciute, oggettivamente conoscibili, colpevolmente ignorate dall'altro nubendo¹⁴². La conoscenza/conoscibilità può essere accertata solo in relazione alle risultanze della sentenza ecclesiastica poiché il divieto di riesame nel merito di cui al punto 4 lett. b), n. 3 Prot. add. impedisce integrazioni istruttorie in sede di delibazione¹⁴³. Ciò tuttavia non impedisce al giudice della delibazione di operare un'autonoma valutazione delle prove e di discostarsi dalla valutazione dei fatti effettuata dal giudice ecclesiastico¹⁴⁴. La nullità canonica per simulazione totale è delibabile per analogia con la simulazione bilaterale dell'art. 123 c.c.

Nei trent'anni che ci separano dagli accordi di Villa Madama la giurisprudenza di legittimità nella 'materia mista' del matrimonio concordatario ha acquisito un'efficacia prescrittiva, per non dire normativa. È ormai chiaro che l'azione dei giudici di Cassazione in questo campo viene spinta ben oltre la funzione ad essi riconosciuta dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario di garanzia dell'«esatta osservanza» e dell'«uniforme interpretazione della legge», dell'«unità del diritto oggettivo nazionale» e del «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» (c.d. nomofilachia).

¹⁴¹ Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, cit.

¹⁴² Cass., 5 marzo 2012, n. 3378, in «Giust. civ.», 2013, I, 2582; Cass., 19 marzo 2010, n. 6686, in «Dir. fam. pers.», 2010, 1645; Cass., 25 giugno 2009, n. 14906, in «Giust. civ.», 2010, I, 1736; in «Foro it.», I, 2982, in «Vita not.», con nota di PIETRO BERETTA ANGUSSOLA, *Giudizio di delibazione e nullità relativa?*; Cass., 19 ottobre 2007, n. 22011, in «Giust. civ. mass.», 2007, 10; Cass., 7 dicembre 2005, n. 27078, in «Giust. civ. mass.», 2006, 1; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1822, in «Giust. civ. mass.», 2005, 1; Cass., 28 marzo 2001, n. 4487; Cass., 16 maggio, 2000, n. 6308, in «Fam. dir.», 2001, 329; in «Giust. civ.», 2000, I, 1933; Cass., Sez. un., 6 dicembre 1985, n. 6128, cit. Per la condizione: Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, cit.

¹⁴³ Cass., 1 febbraio 2008, n. 2467, in «Dir. fam. pers.», 2009, 21; in «Foro it.», 2008, I, 22, 12.

¹⁴⁴ Cass., 1 febbraio 2008, n. 2467, cit.; Cass., 14 febbraio 2008, n. 3709, in «Dir. fam. pers.», 2009, 27; in «Giust. civ. mass.», 2008, II, 228; Cass., 19 ottobre 2007, n. 22011, cit.; Cass., 1 marzo 2012, n. 3227, in «Dir. giust. on line», 2012, 1 marzo. Si veda NATASCIA MARCHEI, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche ed i poteri istruttori della Corte d'Appello*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», luglio 2007, 1-12.

Alla luce del sole, la Corte di Cassazione esprime da tempo e di fatto un ruolo di vera e propria supplenza legislativa¹⁴⁵ (c.d. nomopoiesi).

Il potenziamento del ruolo-guida della Cassazione nella materia matrimoniale concordataria si deve a più ordini di ragioni. Bisogna ricordare anzitutto le ragioni per cui il ruolo di supplenza legislativa della giurisprudenza di legittimità è stato possibile: da un lato, in generale, le riforme della Cassazione civile (2006) e del processo civile (2009) e dall'altro, in particolare, gli ampi margini di indeterminatezza della normativa pattizia in questo campo.

Altre ragioni portano a pensare che questo ruolo può essere stato addirittura opportuno, se non necessario. Non solo e non tanto per aver supplito all'inerzia del Legislatore nazionale, quanto perché l'azione della Corte di Cassazione sembra talvolta essere stata la sola a consentire l'aggiornamento del sistema matrimoniale scongiurando una più profonda frattura tra comune sentire e sentire giuridico.

7. *Implosione o nuova modernità del sistema matrimoniale concordatario?*

Il funzionamento del sistema matrimoniale concordatario non dipende soltanto dall'efficienza della normativa pattizia. Ugualmente, l'efficienza della normativa pattizia non è soltanto un problema di drafting legislativo¹⁴⁶.

Invece è soprattutto la compatibilità dei modelli di matrimonio canonico e civile nelle loro rispettive evoluzioni a condizionare la tenuta complessiva del sistema matrimoniale concordatario.

Da un lato, infatti, il matrimonio canonico con effetti civili resta un atto di diritto canonico tanto quanto l'eventuale pronuncia canonica di nullità matrimoniale, poi esecutiva nell'ordinamento italiano, costituisce l'esito di un procedimento totalmente interno alla giurisdizione ecclesiastica. Dall'altro, come ricordava Jemolo, gli effetti civili del matrimonio canonico sono esattamente gli effetti del matrimonio civile¹⁴⁷. Quindi, sia nel momento iniziale della tra-

¹⁴⁵ L'espressione applicata all'ambito della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale è mutuata da FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il procedimento per l'esecuzione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale; inerzia del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in «Giust. civ.», 1988, I, 1157-1160, nota a Cass, 1 marzo 1988, n. 2164, ivi, 1141.

¹⁴⁶ Con 'sistema matrimoniale concordatario' intendiamo riferirci al complesso delle fonti da cui dipende la dinamica e il funzionamento dei rapporti tra ordinamento canonico e civile in relazione alla materia mista del matrimonio concordatario. Quindi non soltanto la normativa concordataria in senso stretto e proprio, ma anche la legge matrimoniale di attuazione e naturalmente, vista la loro incidenza in materia, anche le fonti giurisprudenziali.

¹⁴⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, in FILIPPO VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, 4ª ed., UTET, Torino 1961.

scrizione come in quello finale della delibazione, il matrimonio concordatario è concepito come istituto di raccordo tra due ordinamenti, uno religioso e uno secolare. Guarda caso, la crisi del sistema matrimoniale concordatario italiano risale agli anni Settanta, al divorzio e alla prima vera sostanziale divaricazione dei due matrimoni – quello civile, divenuto dissolubile, e canonico, rimasto indissolubile – che il diritto pattizio era chiamato a coordinare.

L'involuzione del sistema matrimoniale di diritto positivo appare poi particolarmente profonda come è riscontrabile nella lunga fase di tribunalizzazione, ovvero di centralità delle decisioni del potere giudiziario rispetto alle scelte politiche del potere legislativo, che da Villa Madama in poi ne ha determinato una sostanziale riscrittura ad opera del diritto giurisprudenziale. Una dinamica giuridica che tradisce le tensioni tra potere legislativo e potere giudiziario e che la dottrina americana sintetizza nella nozione di '*dilemma contro-maggioritario*'¹⁴⁸.

Si tratta, tuttavia, di un'involuzione complessa, poiché nelle stesse trasformazioni sociali che rivelano tutta l'arretratezza del sistema matrimoniale concordatario e che sembrano condurlo oltre il punto di non ritorno si possono rintracciare (o supporre) anche alcuni nuovi elementi di modernità.

7.1 *Il sistema matrimoniale civilistico: privatizzazione e degiuridicizzazione*

'Privatizzazione' e 'degiuridicizzazione'. Secondo storici, giuristi e sociologi, l'evoluzione del diritto civile di famiglia segue, nel Novecento europeo come in quello italiano, la rotta di questi due movimenti simultanei e omogenei¹⁴⁹.

Il termine 'privatizzazione' indica anzitutto una svolta nella percezione psicologia del matrimonio.

¹⁴⁸ Cfr. CESARE PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, disponibile su: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>, 1. Le tensioni fra potere legislativo e potere giudiziario sono particolarmente accentuate nei casi che coinvolgono tematiche etiche o religiose. Le corti, spesso al fine di tutelare le minoranze, sono chiamate ad interventi che rovesciano l'esito del procedimento politico così, quando mediante una pronuncia di incostituzionalità, il potere giudiziario dichiara l'incompatibilità costituzionale di decisioni dei rappresentanti democraticamente eletti è evidente il conflitto che viene a crearsi con la volontà della maggioranza così come espressa dal potere legislativo. La dottrina, soprattutto quella americana, sintetizza questa problematica nella nozione di '*dilemma contro-maggioritario*'. Come ha sottolineato Pinelli, nel contesto americano: «La questione della legittimazione della Corte Suprema veniva formulata nei termini di una '*countermajoritarian difficulty*' consistente nello scarto fra il potere esercitato e l'assenza di un meccanismo di responsabilità per tale esercizio, in ragione del carattere non elettivo dell'organo».

¹⁴⁹ 'Privatizzazione' e 'degiuridicizzazione' sono gli stessi termini utilizzati da ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, cit., 72 in riferimento al matrimonio civile.

Storici e sociologi osservano come soltanto nel XX secolo sembrano finalmente maturare le condizioni per realizzare il sogno di un matrimonio d'amore. Per un'insieme di concause - che vanno dall'illuminismo al Sessantotto, dall'emancipazione femminile all'efficienza delle tecniche contraccettive, da uno stato di benessere diffuso al moltiplicarsi delle opportunità di relazione - l'amore romantico tra la donna e l'uomo appare l'unica ragione attualmente sopravvissuta tra le altre (molto meno romantiche secondo alcuni, molto più realistiche secondo altri) che hanno per secoli motivato le coppie al matrimonio: l'alleanza tra famiglie, la scalata o la riabilitazione sociale, l'emancipazione dalla famiglia d'origine, l'alternativa alla vita religiosa, il controllo della sessualità, la difesa dell'onore e la procreazione, la funzione socio-educativa, l'unità produttiva, la soluzione economica.

Rispetto ad un dichiarato ideale di amore romantico le ragioni e gli equilibri posti a garanzia dell'unità e della stabilità della famiglia tradizionale sono oggi avvertiti in antitesi rispetto all'autenticità affettiva della relazione coniugale¹⁵⁰.

Mutata la percezione psicologica del matrimonio, muta anche la sua considerazione culturale e sociale: il matrimonio è visto soprattutto come un fatto privato, rilevante come relazione interpersonale, per i suoi profili personalistici e endoconiugali. Le proiezioni esterne della famiglia, la sua funzione e le sue responsabilità sociali, diventano secondarie¹⁵¹.

Sulla scia della privatizzazione dell'etica matrimoniale e familiare, della morale e del costume sessuale, le riforme legislative e le elaborazioni giurisprudenziali hanno promosso una corrispondente privatizzazione nella concezione giuridica di matrimonio¹⁵².

¹⁵⁰ Su questo *cf.* anche Presser: «It is likely that the moral and religious basis on which marriage had rested for millennia also disappeared. By making marriage nothing more than a personal choice about 'attributes of personhood' and by removing the notion that a marriage involved obligation incurred to God, the state, the culture, or one's fellows, surely the importance of the relationship became diminished, and, just as surely, the fragility of marriage as a social institution was underscored», *cf.* STEPHEN B. PRESSER, *Marriage and the Law. Time for a Divorce?*, in JOEL A. NICHOLS, *ibid.*, 87.

¹⁵¹ Sul punto *cf.* JOHN WITTE JR. e JOEL A. NICHOLS: «Modern Western democracies have not (to date) abolished marriage as a legal category, but they have dramatically privatized it, thinned out many of its traditional elements, and tried to make any regulation of it the sole province of the state», *cf.* JOHN WITTE JR.-JOEL A. NICHOLS, *The Frontiers of Marital Pluralism. An Afterword*, in JOEL A. NICHOLS, *ibid.*, 362.

¹⁵² *Cfr.* ANDREA BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 1996 e PIERO ANTONIO BONNET, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale canonico in un occidente cristianizzato*, Giuffrè, Milano 2006. Per una riflessione teorica e relativa anche ad altri ordinamenti si veda JOEL A. NICHOLS (a cura di), *Marriage and Divorce in a Multi-cultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Quanto al metodo delle riforme, le analisi della dottrina registrano senza eccezioni il ridimensionamento del valore giuspubblicistico dell'istituto matrimoniale e, corrispondentemente, la valorizzazione della sua dimensione giusprivatistica. Nel nuovo paradigma giuridico familiare è posta «in risalto l'autonomia negoziale», si ottiene la «debilitazione del principio consensualistico», la «revocabilità anche unilaterale della volontà matrimoniale», la «sopravalutazione del momento meramente affettivo su quello oggettivo del diritto»¹⁵³.

Non potrebbero invece essere più contrastanti le valutazioni sul merito delle riforme in materia familiare, sulla coerenza della direzione impressa al sistema matrimoniale civilistico rispetto ai principi dell'ordine pubblico matrimoniale interno, a partire da quelli costituzionali.

Le divisioni che percorrono il dibattito giuridico sottendono giudizi di valore radicalmente differenti. Ad alto tasso etico, tematiche come quelle su matrimonio e famiglia rispecchiano inevitabilmente sensibilità, convinzioni e strategie pregiuridiche sempre più chiuse nel proprio vittimismo di minoranza e ancora troppo distanti per essere ricomposte attraverso il diritto.

Tra quanti ritengono che la famiglia debba corrispondere ad un principio metagiuridico, la compressione dei suoi profili pubblicistici viene percepita impropria sotto il profilo costituzionale, sintomatica dell'accondiscendenza o della debolezza del sistema rispetto alle pressioni sociali, emblematica della «logica in cui il diritto diventa la formalizzazione delle pretese soggettive»¹⁵⁴.

Per quanti invece pensano che la famiglia debba rispondere ad un'istanza sociologica, la mortificazione degli aspetti affettivi e psicologici della relazione coniugale in nome di valori metaindividuali rimuove o contraddice un principio di realtà e costituisce uno dei più preoccupanti indici di arretratezza del nostro ordinamento rispetto all'occidente europeo¹⁵⁵.

¹⁵³ ANDREA BETTETINI, *La secolarizzazione*, cit., 232-233.

¹⁵⁴ L'espressione è tratta da BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007, in *AAS* 99 (2007), 88.

¹⁵⁵ È di questi giorni la notizia che «Il giudice ordina al Comune di registrare le nozze gay», *cf. Corriere della Sera*, giovedì 10 aprile 2014, 25: «Ribaltando il parere del pubblico ministero, il giudice di Grosseto non ha avuto dubbi: la trascrizione dell'atto di matrimonio fra persone dello stesso sesso non è contraria all'ordine pubblico. Dunque è possibile». Il provvedimento giudiziale riguarda il matrimonio contratto a New York nel dicembre 2012 da Stefano Bucci, giornalista del *Corriere della Sera*, e Giuseppe Ghigiotti, architetto. L'ordinanza di Paolo Cesare Ottati, Presidente del Tribunale di Grosseto, fa riferimento: a) al «diritto al matrimonio» enunciato senza connotazioni di genere dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU); b) all'art. 18 del DPR n. 396 del 2000 «secondo cui gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico»; c) all'art. 115 c.c. «secondo cui il cittadino italiano è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione I del capo III del titolo VI del libro primo anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le norme ivi stabilite»; d) all'art. 27 L. 218/1995

Nell'ordinamento civile, la privatizzazione del matrimonio ne ha provocato

dove è disposto che «la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio»; e) all'art. 28 L. 218/1995, per cui «il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento»; f) all'art. 65 L. 218/1995 che stabilisce che «hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dall'autorità dello stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano rispettati i diritti essenziali della difesa». Delineato il quadro normativo, nell'ordinanza del 3-9 aprile 2014 si legge che «il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è contrario all'ordine pubblico» (argomento che l'ordinanza ritiene enunciato «sia pure non esplicitamente» nella seconda parte di Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit. laddove è citata l'opinione della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 CEDU non deve più «essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto»); che «nelle norme di cui agli articoli dall'84 all'88 del codice civile non è individuabile alcun riferimento al sesso in relazione alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio»; e che «il matrimonio celebrato all'estero è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo della celebrazione». Dunque «non essendo previsto, nel nostro ordinamento, alcun ulteriore e diverso impedimento derivante da disposizioni di legge alla trascrizione di un atto di matrimonio celebrato all'estero secondo le forme previste dalla legge straniera e che, quindi, spieghi effetti civili nell'ordinamento dello Stato dove è stato celebrato, non avendo tale trascrizione natura costitutiva ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé sulla base del principio *'tempus regit actum'* (Cass. n. 17620/2013; Cass. n. 10351/1998), P.T.M. ordina all'Ufficiale di Stato civile del Comune di Grosseto di trascrivere nei registri di stato civile il matrimonio contratto in data 6.12.2012 in New York (USA) con rito civile [...]». Dal *'Corriere della Sera'* del giorno dopo, 11 aprile 2014, p. 23, si apprende che Francesco Verusio, pubblico ministero di Grosseto «non ha esitato: impugnerà l'ordinanza» dichiarando «non capisco come il Tribunale abbia potuto interpretare a suo modo una sentenza della Cassazione che è invece molto chiara e vieta in Italia la trascrizione di matrimoni dello stesso sesso». In effetti, appare del tutto velleitario il tentativo di affermare la trascrivibilità in Italia del matrimonio gay celebrato all'estero. Al riguardo, la sentenza a cui il Pubblico Ministero fa riferimento è stata infatti molto netta statuendo l'intrascrivibilità dei matrimoni omosessuali contratti all'estero poiché «quali atti di matrimonio» inidonei «a produrre [...] qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano». In quel caso, il matrimonio omosessuale era stato celebrato all'Aja (Regno dei Paesi Bassi) il 1° giugno 2002. I contraenti ne avevano richiesto la trascrizione a Sindaco del Comune di Latina, il quale aveva respinto la richiesta in quanto matrimonio «contrario all'ordine pubblico». Nel 2012, alla fine di un lungo contenzioso, i giudici di Piazza Cavour hanno respinto il ricorso in ultima istanza. Sui presupposti di una precedente sentenza della Corte costituzionale del 2010, la Corte di Cassazione ha stabilito che l'intrascrivibilità del matrimonio omosessuale celebrato all'estero non si giustifica per la sua contrarietà all'ordine pubblico, ma per la «previa e più radicale ragione [...] della sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano». Ciò in virtù dell'art. 29 della Costituzione che «riconosce i diritti della famiglia [...] fondata sul matrimonio», per le disposizioni del Codice civile italiano, i cui molteplici riferimenti al 'marito' e alla 'moglie' di cui agli artt. 107, 108, 148 e 148 *bis* dimostrano come la norma costituzionale menzionata intese riferirsi al matrimonio nel suo significato tradizionale di unione a carattere eterosessuale e monogamica, e per l'art. 3, primo comma della Costituzione in base al quale il diverso trattamento delle unioni matrimoniali rispetto alle unioni omosessuali non può considerarsi discriminatorio perché «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee rispetto la matrimoni» [cfr. Cass., 15 marzo 2012 n. 4184, cit.]. Tuttavia, l'ordinanza del Presidente del Tribunale di Grosseto non è rimasta senza effetti. Il 30 maggio 2014, il Sindaco di Fano, Stefano Aguzzi, ha preso una decisione

la graduale degiuridicizzazione ovvero il «progressivo ritrarsi del diritto dal-

che, ancor più del provvedimento del giudice Paolo Cesare Ottati, sfida l'orientamento della giurisprudenza della Cassazione. Vediamo i fatti. Il *Resto del Carlino* pubblica la notizia dell'imminente richiesta di trascrizione di matrimonio nei registri dello Stato civile del Comune di Fano da parte di una coppia omosessuale regolarmente sposata a Shiedan (Olanda) secondo la legge olandese dal 16 agosto 2008. In questo caso, inoltre, la coppia risulta aver adottato ('di fatto') un ragazzo che oggi ha 22 anni. Il 16 maggio, il Sig. Fausto Schermi, ex dirigente comunale del Comune di Fano e il Sig. Elwin Anthony Van Dijk, depositano al Comune di Fano domanda di trascrizione del loro matrimonio olandese. Il 18 maggio, il Sindaco Stefano Aguzzi rende nota la sua decisione di accogliere la richiesta e trascrivere personalmente il matrimonio omosessuale dei coniugi olandesi (cfr. ANNA MARCHETTI, *Stefano Aguzzi apre le porte agli sposi gay*, in «il Resto del Carlino», edizione di Pesaro, domenica 18 maggio 2014, cronaca di Fano, 15). Sulle basi del parere elaborato dai giuristi del proprio ufficio di gabinetto, il Primo cittadino dichiara di ritenere «che l'atto di matrimonio possa essere trascritto nei registri dello Stato civile del Comune di Fano, non essendo ravvisabile alcun impedimento». Il parere del Comune di Fano recepisce in toto le argomentazioni dell'ordinanza del Tribunale di Grosseto integrandole con un richiamo al «diritto si sposarsi e di costituire una famiglia» enunciato senza connotazioni di genere dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (Carta di Nizza) e al principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost. it. senza distinzioni «di sesso». Il sindaco Stefano Aguzzi mantiene la promessa: il giorno 30 maggio, davanti a «un muro di fotografi, telecamere e cronisti», si svolge la cerimonia di trascrizione del same sex marriage dei Sig.ri Schermi e Van Dijk. Con grande attenzione, Anna Marchetti, giornalista de 'il Resto del Carlino' parla di «atto unico in Italia» osservando come nell'«unico precedente» di Grosseto, la trascrizione sia stata imposta dalla decisione di un giudice (ANNA MARCHETTI, *Il Sindaco firma e trascrive le nozze gay*, in «il Resto del Carlino», edizione di Pesaro, sabato 31 maggio, Cronaca di Fano, 17). Non c'è dubbio infatti che la decisione del Primo cittadino di Fano sia senza precedenti nella storia repubblicana e costituzionale d'Italia, e tuttavia, per le ragioni espresse sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Cassazione, il provvedimento sembra destinato a restare inefficace nell'ordinamento italiano almeno fino a quando non vi sarà o una nuova e più evolutiva interpretazione dell'articolo 29 della Costituzione da parte della giurisprudenza, oppure addirittura una modifica dello stesso ad opera del legislatore nazionale. C'è però da registrare che, sull'esempio del sindaco di Fano, anche il sindaco di Napoli, Luigi De Magistris, si è dichiarato disponibile alla trascrizione di nozze gay celebrate all'estero.

È potenzialmente dirompente la portata dell'ultima decisione dell'11 giugno 2014 della Corte Costituzionale relativa ad un caso di rettificazione di sesso che ha di fatto trasformato una coppia etero in una coppia omosessuale lesbica. Il matrimonio tra Alessandro Bernaroli (bancario) e sua moglie era stato celebrato nel 2005. Nel 2009, in seguito ad un intervento di rettificazione dei caratteri sessuali eseguito in Thailandia, Alessandro è diventato una donna assumendo il nome di Alessandra. Tuttavia nessuno dei due coniugi ha chiesto lo scioglimento dimostrando la volontà di difendere la loro unione coniugale. Ma, in seguito alla rettificazione giudiziale di attribuzione di sesso da 'maschile' a 'femminile' l'ufficiale di stato civile del comune di Bologna ha applicato il c.d. 'divorzio imposto' dichiarando automaticamente cessati gli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso ai sensi dell'art. 4 L. 164/1982 «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso» nella formulazione anteriore all'abrogazione intervenuta per effetto dell'articolo 36 del d.lgs. n. 150/2011 «Disposizione complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69». La coppia ha impugnato il provvedimento. La Corte di Cassazione – adita in sede di impugnazione avverso il decreto con cui la Corte di Appello di Bologna riformando la statuizione di primo grado aveva respinto la domanda dei ricorrenti – ha sollevato questione di legittimità costituzionale. La Corte Costituzionale, richiamando la sua precedente pronuncia 138/2010, ha accolto la questione dichiarando costituzionalmente illegittimo il 'divorzio imposto' introdotto dalla normativa censurata di cui all'art. 4 e connesso art. 2 L. 164/1982 con riferimento all'art. 2 Cost. it. nella parte in cui la normativa non prevede «che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di

la regolamentazione sia del matrimonio, al momento tanto della formazione quanto dello scioglimento, sia delle relazioni interpersonali nelle famiglie»¹⁵⁶.

Tuttavia il passaggio che collega la fase di privatizzazione alla fase di degiuridicizzazione è solo apparentemente automatico. In sostanza, la pri-

sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima». In altre parole – nel caso di specie della rettificazione di sesso di soggetto validamente coniugato e per il parametro dell'eterosessualità contenuto nell'art. 29 della Costituzione – il 'divorzio imposto' è costituzionalmente illegittimo non perché vieta ai coniugi omosessuali di difendere il loro vincolo matrimoniale, ma in quanto non offre loro un'alternativa giuridica all'istituto matrimoniale in quanto ne determina «il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminazione giuridica». *Cfr.* nt. 3.

Tra le fattispecie che a pieno titolo si inseriscono in questa ricostruzione, la più recente è il primo caso italiano di una bambina che una sentenza del 30 giugno scorso della Presidente del Tribunale dei Minori di Roma, Melita Cavallo, contro l'opinione del PM, ha reso ufficialmente la prima figlia italiana di una coppia omosessuale italiana. La bambina, concepita in Spagna tramite fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, è stata chiesta in adozione dalla madre 'sociale', cioè dalla convivente della madre biologica, la quale, insieme a quest'ultima, sposata all'estero, ha di fatto svolto anch'essa il ruolo di madre della bambina durante i dieci anni di convivenza. Accogliendo il ricorso, il Tribunale ha concesso l'adozione interpretando estensivamente il disposto dell'art. 44 della L. 4 maggio 1983, n. 184 recante norme per la "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori" dove è contenuta la tipizzazione dei casi particolari in cui l'adozione dei minori è ammessa anche in assenza delle condizioni abitualmente richieste ai sensi dell'art. 7, primo comma, della medesima legge. Tra questi casi la norma menzionata contempla l'adozione anche di persone non coniugate quando «unite al minore, orfano di padre e di madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori» oppure «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo». Appellandosi a quest'ultimo caso, le motivazioni della sentenza spiegano conclusivamente che «la legge italiana consente al convivente del genitore di un minore di adottare quest'ultimo a prescindere dall'orientamento sessuale dei conviventi. Una diversa interpretazione della norma sarebbe non solo contraria al dato letterale, alla *ratio legis* e ai principi costituzionali, ma anche ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo». Una decisione che Stefano Rodotà ha ritenuto non soltanto «saggia e rigorosa» ma anche «l'unica percorribile» alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale, sentenza 138/2010 e della Corte di Cassazione, sentenza 4184/2012 (si veda ancora nt. 3), *cfr.* STEFANO RODOTÀ, *Il giudice e i diritti ignorati dalla politica*, in «la Repubblica», 39, 204, sabato 30 agosto 2014, 1 e 35. *Contra cfr.* l'opinione di Cesare Mirabelli ad avviso del quale la motivazione sulla quale si regge la sentenza del Tribunale dei Minori di Roma costituisce «pura invenzione». Secondo Cesare Mirabelli, il caso in questione «si presenta come il classico caso in cui il giudice costruisce una soluzione forzando la legge e stravolgendo l'impostazione del legislatore» tramite «un artificio evidentissimo. Questa 'constatata impossibilità di affidamento preadottivo' – prevista da un articolo 44 tutto dedicato agli svantaggiati – deve essere un'«impossibilità di fatto», legata alla reale condizione del minore, tant'è che il legislatore l'ha inserita tra i casi di abbandono, di morte di padre e di madre, di debolezza psicofisica e sociale del minore. Melita Cavallo, invece, la interpreta col fatto che la bambina in questione ha già una mamma, quindi oggettivamente... impossibile darla in affidamento preadottivo! Ma l'averne già la propria mamma è un impedimento giuridico all'adozione, un divieto. E di un divieto non si può fare un permesso», passaggio tratto dall'intervista di Lucia Bellaspiga, *Bimba con due mamme. Sentenza inventata*, a CESARE MIRABELLI, in «Avvenire» del 1 settembre 2014 disponibile su: <http://www.avvenire.it/Vita/Pagine/mirabelli-intervista-coppia-gay.aspx>.

¹⁵⁶ PAOLA RONFANI, *Il diritto di famiglia in Europa*, in MARZIO BARBAGLI - DAVID KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia*, cit., 179-229 (204-205).

vatizzazione del matrimonio non è che la rilevanza giuridica attribuita alla dimensione non giuridica (o meno giuridica) della relazione coniugale. È un processo che trasforma l'idea giuridica di matrimonio da più istituzionale a più personale. È la condizione, necessaria ma non ancora sufficiente, per una sua degiuridicizzazione. Quello della degiuridicizzazione è un processo più ampio che trasforma la disciplina giuridica della relazione coniugale e della realtà familiare. È la fase successiva in cui il matrimonio, riformulato in modo da potersi sottrarre alla regola giuridica, ricade nella sfera di auto-determinazione dei coniugi. Tuttavia, perché ciò accada, è necessario che ai coniugi sia riconosciuta la possibilità effettiva di decidere il corso della propria vita coniugale. Nel diritto civile, questa possibilità si è avuta con l'introduzione del matrimonio civile.

Così si è passati dal modello matrimoniale ereditato dal diritto canonico, indisponibile ai coniugi perché dominato dal principio di indissolubilità, ad un modello civilistico autonomo in cui per volontà dei coniugi e con il venir meno della 'comunione materiale e spirituale' tra loro si può determinare lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Pertanto, nella misura in cui, ora come allora, «per amore ci si sposa, per mancanza di amore ci si separa»¹⁵⁷, il fondamento giuridico della vita matrimoniale contemporanea non si presenta poi così diverso dall'*affectio maritalis* della tradizione romana confluita nella legislazione giustiniana¹⁵⁸.

¹⁵⁷ DANIELA LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit., 12.

¹⁵⁸ PIETRO BONFANTE, EMILIO ALBERTARIO, RICCARDO RICCARDO ORESTANO, JEAN GAUDEMET, EDOARDO VOLTERRA, OLIS ROBLEDA, la dottrina dominante insegna che nel diritto romano il matrimonio non ha mai conosciuto particolari forme di celebrazione in quanto si presentava come stato di fatto determinato esclusivamente da quella particolare espressione della volontà dei coniugi che è la *maritalis affectio* indirizzata a qualificare la *cohabitatio*. E se l'interruzione della relazione fisica per qualsiasi motivo può impedire (far cessare?) semmai soltanto la *manus* maritale (in particolare UGO BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1999, 139 ss., è proprio quella propensione psicologica ed emotiva che conferisce un particolare significato al vivere insieme: che non sia *concubinatus* o *contubernium*. Così appunto PIETRO BONFANTE, più volte e con sfumature diverse, a cominciare dalla prima edizione delle sue *Istituzioni di diritto romano*, Edizioni G. Barbera, Firenze 1896, dove riprendeva un'intuizione del MANENTI (*Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio*, Tip. all'insegna dell'ancora, Siena 1889, 40 ss.); così EMILIO ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in *RIL* 62, 1929, 808 ss.; così RICCARDO ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, in *BIDR* 47, 1940, 154 ss.; così JEAN GAUDEMET, *Iustum matrimonium*, in *RIDA* 3, 1950, 310 ss., ma anche ID., *La définition romano-canonique du mariage*, in *Speculum iuris et ecclesiarum. Festschrift Plöchl*, Herder, Wien 1976, 107 ss.; così nei suoi molti studi sul matrimonio il Volterra (per tutti le *Lezioni di diritto romano*, Edizioni Ricerche, Roma 1961); così OLIS ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validad, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, *passim*. Ma così ancora CARLO CASTELLO, *La definizione di matrimonio secondo Modestino*, in *AA. Vv., Atti del IV Colloquio canonistico-romanistico lateranense*, Roma 1979, 267 ss.; così RICCARDO ASTOLFI

Si deve precisare, tuttavia, che degiuridicizzazione non vuol dire disattenzione delle istituzioni pubbliche alla realtà familiare. Anzi, in qualche misura l'intervento pubblico in materia è stato accentuato nella forma delle politiche di welfare. Si osserva infatti come sia

«cambiato il tipo di intervento: si è passati da un intervento normativo, teso a dettare le regole su ogni ambito della vita familiare, a un intervento prevalentemente sociale che si realizza attraverso le politiche sociali e l'attività di esperti e operatori a sostegno della famiglia in molteplici situazioni di bisogno e di crisi»¹⁵⁹.

7.2 Il sistema matrimoniale canonistico: personalismo e indissolubilità

Le contrapposizioni dottrinali provocate dalla privatizzazione del matrimonio civile hanno molte ragioni ideali, ma la sua complessità è in gran parte dovuta a motivazioni di carattere giuridico. Da un lato, infatti, il valore giusnaturalistico e il rilievo pubblicistico dell'istituto familiare trovano fondamento nei principi costituzionali laici¹⁶⁰. Questo mette in difficoltà la sensibilità 'progressiste'. Dall'altro, proprio dal magistero cattolico conciliare è giunta una potente affermazione del valore dell'*amor coniugalis*¹⁶¹. Ciò inquieta i 'tradizionalisti'.

(da ultimo in *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2000 e *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli 2012); e PATRIZIA GIUNTI, *Consort vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Giuffrè, Milano 2004, ma anche ID., *Il modus divortii nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, Giuffrè, Milano 2009. Un primo accenno ad una concezione 'contrattualistica' del matrimonio (addirittura comparabile alla compravendita) sembrerebbe ritrovarsi comunque in due operette altomedievali 'di oscura origine e di incerta datazione', le *Exceptiones Petri* ed il *Libellus de verbis legalibus* in cui del contratto si legge *contractus id est ex utraque parte simul consensu tractus, sicut nuptiae et emptio*: cfr. PAOLA OMBRETTA CUNEO BENATTI, *Ricerche sul matrimonio romano in età imperiale (I-V secolo d.C.)*, Aracne, Roma 2013.

¹⁵⁹ DANIELA LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit., 236. Restano tuttavia irrisolte numerose questioni relative alla stessa pluralizzazione dell'istituzione matrimoniale. Il punto è ben sottolineato da Bix: «What is, or should be, the state's role in a more plural and decentralized marital regime? Is it purely administrative (giving benefits where it thinks them most useful)? Is it offering some official (and moral?) imprimatur for certain arrangements (and not for others)? How should the state treat marital arrangements that are legitimate within certain religious traditions but disapproved by conventional majority social values (e.g. polygamy or one-sided divorce norms)? Is there a way to respect various marriage norms and choices while also expressing a preference for one structure over others (e.g. more egalitarian or more helpful for raising children)?», cfr. B.H. BIX, *Pluralism and Decentralization in Marriage Regulation*, in JOEL A. NICHOLS, *Marriage and Divorce in a Multicultural Context*, op. cit., 69.

¹⁶⁰ Cfr., ad esempio, le riflessioni di ALBERTO DONATI, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, Padova 2004.

¹⁶¹ Cfr. GABRIELE FATTORI, *Scienza e diritto nella giustizia della Chiesa. Le scienze umane moderne nella giurisprudenza rotale postconciliare*, V&P, Milano 2011, in particolare la nota redazionale, 85-89.

Non c'è dubbio che il Concilio Vaticano II rappresenti un passaggio decisivo sulla strada dell'aggiornamento della concezione canonistica del matrimonio. Il matrimonio viene riconsiderato in una nuova prospettiva antropologica che prende il nome di personalismo conciliare. Il personalismo esprime un umanesimo «integrale»¹⁶² che cerca di coniugare tradizione teologica e modernità scientifica. L'apporto specifico delle scienze umane alla materia matrimoniale sottolinea l'importanza della dimensione psicologica, affettiva ed erotica del rapporto coniugale. Così la *Gaudium et spes* riconosce la famiglia come «intima comunità di vita e amore coniugale», il matrimonio come «*foedus*», l'amore coniugale come il suo fondamento¹⁶³.

Nel 1983, il nuovo Codice canonico, «l'ultimo documento conciliare»¹⁶⁴, incorpora i principi del Vaticano II¹⁶⁵. Nei canoni del 1983 si parla ancora di matrimonio-contratto¹⁶⁶, ma soprattutto di matrimonio-patto¹⁶⁷. La famiglia, che il Codice canonico del 1917 definiva «*società coniugale*»¹⁶⁸ ora è «*totius vitae consortium*», cioè 'unione' o 'comunità' o 'comunione' di tutta la vita¹⁶⁹. Viene abbandonata la gerarchia dei fini, al cui vertice era la «*procreatio atque educatio prolis*»¹⁷⁰, e si parla di *bonum coniugum*¹⁷¹.

D'altra parte «non c'è autore, non c'è sentenza recente che non dica come dalla riforma del *Codex*, per impulso di ben note affermazioni del Concilio Vaticano II si sia e si stia affermando una visione più personalistica e meno istituzionale del matrimonio»¹⁷².

¹⁶² GIAN PIERO MILANO, v. *Vaticano II*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano 1993, 270.

¹⁶³ CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo *Gaudium et spes*, in *AAS* 58 (1066), EDB, Bologna 1993, 1025-1115, nn. 48 e 49.

¹⁶⁴ GIOVANNI PAOLO II, Discorso ai partecipanti al corso sul nuovo Codice di Diritto Canonico, 21 novembre 1983, in «L'Osservatore romano», 21-22 novembre 1983, 4.

¹⁶⁵ In generale, per una rilettura del *Codex* del 1917 alla luce del magistero conciliare cfr. PIETRO GISMONDI, *Il diritto della Chiesa dopo il Concilio*, Giuffrè, Milano 1973; in particolare sul rapporto tra magistero conciliare e riforma codiciale EUGENIO CORECCO - LIBERO GEROSA, *Il diritto della Chiesa*, Jaka Book, Milano 1995.

¹⁶⁶ Cfr. can. 1055 §2 CIC 1983.

¹⁶⁷ Tra i tanti, cfr. can. 1055 §1 CIC 1983.

¹⁶⁸ Cfr. can. 1982 §1 CIC 1917.

¹⁶⁹ Cfr. can. 1055 §1 CIC 1983.

¹⁷⁰ Cfr. can. 1013 §1 CIC 1917.

¹⁷¹ Cfr. can. 1055 §1 CIC 1983. Si veda RINALDO BERTOLINO, *Matrimonio canonico e bonum coniugum. Per una lettura personalistica del matrimonio cristiano*, Giappichelli, Torino 1995; AA.VV., *Il 'bonum coniugum' nel matrimonio canonico*, Lev, Città del Vaticano 1996; GIACOMO BERTOLINI, *La simulazione del 'bonum coniugum' alla luce della giurisprudenza rotale*, Cedam, Padova 2012. MICHELE RIONDINO, *Bonum coniugum e giuridicità nel matrimonio canonico*, in «Dir. fam. pers.», 2009, 4, 2048-2091.

¹⁷² GAETANO LO CASTRO, *Famiglia e matrimonio nella temperie della modernità*, in ID., *Matrimonio, diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano 2003, 37. Per una ricostruzione analitica degli effetti delle

In qualche misura, quindi, privatizzazione e personalismo matrimoniale implicano, nei rispettivi ordinamenti, la riscoperta del matrimonio come relazione interpersonale. Ma la misura è molto diversa. Infatti, questa comune intuizione di fondo – non a caso riconducibile allo stesso momento storico e allo stesso clima culturale – produce nell’ordinamento canonico una traiettoria giuridica opposta a quella che ha attraversato il diritto civile.

Nell’ordinamento canonico l’antropologia conciliare personalista deve realizzarsi in un sistema canonistico che ribadisce i suoi tradizionali riferimenti teologici alla sacramentalità, giuridici all’indissolubilità e simbolici all’unione tra Cristo e la Chiesa. Nel diritto civile, invece, la privatizzazione dell’idea giuridica di matrimonio porta a formulare un principio di autoterminazione dei coniugi che si esprime nel divorzio.

Così, quando il diritto civile rimette alla volontà dei coniugi la soluzione della crisi familiare, nel diritto canonico il principio dell’indissolubilità sottrae il sacramento alla decisione individuale. Per questo, e benché un tempo non siano mancate le divisioni dottrinali¹⁷³,

«pur ‘aprendo’ il sistema matrimoniale ad una concezione dove le motivazioni soggettive acquistano via via più rilevanza, nell’ordinamento canonico mai viene meno l’idea per la quale il matrimonio è e rimane una istituzione garantita e protetta nella sfera del diritto pubblico della Chiesa»¹⁷⁴.

Mentre il divorzio costituisce l’esito naturale di una fase di privatizzazione e il presupposto della degiuridicizzazione della materia matrimoniale, diversamente, nel diritto canonico del post-Concilio il personalismo conciliare non trova sbocchi in un principio di autoterminazione dei coniugi, ma determina l’ampliamento delle fattispecie delle nullità. Si apre così una fase di giuridicizzazione del matrimonio canonico che tenta di conciliare istanza personalista e indissolubilità¹⁷⁵.

innovazioni conciliari a carattere personalistico sul diritto canonico matrimoniale si veda OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Innovazioni conciliari e matrimonio canonico*, in ID., *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Giuffrè, Milano 1978, 1-96.

¹⁷³ Cfr. la prospettiva ‘privatistica’ di PIETRO AGOSTINO D’AVACK, *Corso di diritto canonico*, cit., ma nella stessa prospettiva va considerato anche il precedente ID., *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, I, nuova ed., Carlo Cya, Firenze 1952, con la prospettiva pubblicistica di PIO FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Cedam, Padova 1961.

¹⁷⁴ ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico*, cit., la citazione è a p. 73, si vedano anche 201-205.

¹⁷⁵ MARCO VENTURA, *Sullo squilibrio tra ideali e pratiche nel diritto matrimoniale canonico di fine millennio*, in PEDRO JUAN VILADRICH; JAVIER ESCRIVÁ-IVARS; JUAN IGNACIO BÀNARES; JORGE MIRAS (a cura di), *El matrimonio y su expresión canonica ante el III milenio*, X congreso internacional de derecho canónico, EUNSA, Pamplona 2000, 821-831.

Il *Codex* del 1983 introduce la tripartizione delle nullità a causa psicologica¹⁷⁶; elabora il dolo come autonomo capo di nullità¹⁷⁷; l'errore sulla persona è esteso alle qualità psicologiche e morali, cioè alla personalità del coniuge¹⁷⁸.

La giuridicizzazione della materia matrimoniale canonica avviata dalla riforma codiciale è proseguita fino ad oggi ad opera della giurisprudenza, soprattutto rotale, con l'elaborazione e la sistematizzazione di una casistica sconfinata¹⁷⁹. Dalla giurisprudenza post-conciliare agli anni Duemila l'allarme destato dalla crescita esponenziale delle nullità matrimoniali ha portato a dubitare, all'interno della Chiesa cattolica più che all'esterno, della compatibilità della riformulazione personalista del sistema delle nullità con il principio dell'indissolubilità.

Spesso infatti le nullità canoniche sono apparse, all'esterno della Chiesa più che all'interno, come dei veri e propri «divorzi canonici»¹⁸⁰.

Per riassumere: 'privatizzazione' e 'personalismo' matrimoniale non sono la stessa cosa.

Soprattutto se si guarda ai loro effetti nei rispettivi ordinamenti, i processi che attraversano il diritto italiano e il diritto cattolico presentano, insieme a qualche punto di contatto, molti elementi di discontinuità.

A partire da un'idea di matrimonio-relazione interpersonale l'ordinamento italiano introduce il divorzio. Questo consente di mantenere una rigida tipizzazione delle nullità e delle fattispecie di annullamento matrimoniale.

A partire da un concetto di relazione sacramentale, l'ordinamento canonico difende invece il principio di indissolubilità. L'istanza personalista porta quindi ad ampliare lo spettro delle fattispecie di nullità matrimoniale canonica.

In quanto espressione dell'autodeterminazione dei coniugi, l'efficienza dell'istituto divorzile come soluzione al fallimento della relazione matrimoniale sembra fuori discussione, come testimoniano sia il numero dei divorzi, in aumento da quarant'anni¹⁸¹, sia la priorità che il c.d. "divorzio breve"

¹⁷⁶ Cfr. can. 1095 CIC 1983.

¹⁷⁷ Cfr. can. 1098 CIC 1983.

¹⁷⁸ Cfr. can. 1097 CIC 1983. Cfr. MARCO VENTURA, *Errore e dolo. Oggettività e soggettività nell'evoluzione del diritto matrimoniale canonico*, in RAFFAELE COPPOLA (a cura di), *Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana*, cit., 189-197.

¹⁷⁹ Cfr. ENRICO VITALI - SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, 3° ed., Giuffrè, Milano 2007, in particolare 57-114. OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, V&P, Milano 2008.

¹⁸⁰ RAFFAELE PASCALI, *'Divorzi' canonici e Stato laico*, Giappichelli, Torino 2009.

¹⁸¹ Secondo le più recenti statistiche fornite dall'ISTAT si assiste ad un continuo aumento dei tassi di separazione e divorzio. Se nel 1995 per ogni 1000 matrimoni si registravano 158 separazioni ed 80 divorzi nel 2011 si registrano su 1000 matrimoni 311 separazioni e 182 divorzi. Cfr. ISTAT, *Se-*

sembra aver acquisito nell'attuale agenda politica¹⁸².

Invece, rispetto ad un principio di indissolubilità, la riforma personalista del sistema delle nullità canoniche sembra essersi prestata troppo spesso ad interpretazioni da parte della giustizia ecclesiastica che hanno rappresentato, secondo le parole di Giovanni Paolo II, lo «scandalo di vedere in pratica distrutto il valore del matrimonio cristiano»¹⁸³.

Così la degiuridicizzazione del matrimonio civile è stata la più naturale conseguenza della prospettiva privatistica del diritto statale. Al contrario, la sensibilità personalistica dell'ordinamento ecclesiastico ha condotto alla giuridicizzazione del matrimonio canonico.

Nell'uno e nell'altro caso si tratta di tendenze tuttora in atto. Processi sociali e giuridici non ancora arrivati ad un esito definitivo.

7.3 *Il sistema matrimoniale concordatario: implosione o nuova modernità?*

Le analogie tra l'evoluzione privatistica del matrimonio civile contemporaneo e l'evoluzione personalistica del matrimonio religioso post-conciliare non vanno oltre una sintonia antropologica di superficie. In realtà, le dinamiche giuridiche più profonde hanno allontanato i due istituti.

Allo stato attuale, questa disarmonia risulta tra i principali fattori di inefficienza del sistema matrimoniale concordatario.

Il sistema matrimoniale concordatario sembra infatti implodere in due modi. Anzitutto, nel sistema nel suo complesso, per l'arretratezza di un Concordato

parazioni e divorzi in Italia, disponibile su: <http://www.istat.it/it/archivio/91133>. Si vedano anche le riflessioni di MARZIO BARBAGLI, *Provando e riprovando. Matrimonio, famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali*, il Mulino, Bologna 1990 che riconduce il vertiginoso aumento delle separazioni e dei divorzi non soltanto al cambiamento giuridico rappresentato dall'introduzione dell'istituto del divorzio, ma anche a trasformazioni più profonde, di carattere psichico-antropologico.

¹⁸² Un'ANSA delle 18:03 dell'8 aprile 2014 ripresa dal Corriere della Sera/Flash News 24 rende noto il «via libera della commissione Giustizia della Camera al testo base sul divorzio breve. Lo annuncia la correlatrice Alessandra Moretti (Pd) che esprime 'soddisfazione per questo primo, importante passo nell'iter del divorzio breve'. Il testo ha avuto 'l'ok di tutte le parti politiche in Commissione'. 'Se andiamo di questo passo sono fiduciosa che il testo possa approdare in aula entro maggio'. In Commissione giustizia il testo di legge è passato con il voto favorevole di PD, M5S, SEL e del corelatore di Forza Italia, Luca d'Alessandro. Assenti gli altri esponenti di FI, Scelta Civica, Popolari e Lega. Contrario NCD. Il 29 maggio 2014 la Camera ha approvato il Ddl sul divorzio breve con 381 voti favorevoli, 30 contrari e 14 astenuti». In proposito si veda l'editoriale di CARLO CARDIA, *I veri diritti della famiglia*, in «Avvenire», 30 maggio 2014, 1-2.

¹⁸³ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, in AAS 79 (1987), 1458, n. 9. In proposito GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Unicità dell'ordinamento giuridico della Chiesa di Roma: tradizione e rinnovamento*, in VITTORIO PARLATO, (a cura di), *Cattolicesimo e ortodossia alla prova*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, 9-27 ha parlato di «disinvolta applicazione delle norme canoniche soffocando la certezza del diritto in nome della pastorale» (26).

minato dal conflitto tra la clausola dell'ordine pubblico e quella della specificità dell'ordinamento canonico. In secondo luogo, da un punto di vista tecnico, per la portata dirompente della questione della 'prolungata convivenza'.

L'arretratezza del Concordato non è genetica, ma accumulata nel tempo. Oggi costituisce un punto di implosione sistemico il cui sintomo più evidente è la trasformazione del sistema matrimoniale concordatario in un sistema di diritto giurisprudenziale che di fatto supera il Concordato¹⁸⁴.

Anche per questo è ormai inevitabile constatare come la giurisprudenza abbia «*modificato sensibilmente l'assetto originario dell'Accordo in materia di nullità matrimoniali, e l'ha fatto in modo tale da porre un problema di sopravvivenza della normativa del 1984*»¹⁸⁵.

Tuttavia la tribunalizzazione del sistema matrimoniale concordatario sembra progredire non in violazione, bensì a causa della normativa del 1984. Dove infatti appare ormai sempre più difficile operare una mediazione plausibile tra il principio della non contrarietà della nullità canonica all'ordine pubblico italiano¹⁸⁶, da un lato, e il principio della difesa della specificità dell'ordinamento canonico¹⁸⁷ (e il divieto di riesame nel merito della sentenza ecclesiastica¹⁸⁸), dall'altro. È vero che ciò accade per le interpretazioni evolutive della nozione di ordine pubblico elaborate dalla giurisprudenza di legittimità degli ultimi tre decenni. Tuttavia l'ermeneutica dell'ordine pubblico matrimoniale appare coerente con la privatizzazione dell'istituto matrimoniale civilistico e rispondente alle istanze maturate nel corso di questo processo nello stesso momento in cui il matrimonio canonico confermava una sua specificità pubblicistica simboleggiata dall'indissolubilità.

L'attuale sistema matrimoniale concordatario sembra così giunto al paradosso per cui la decisione del giudice della delibazione potrà essere considerata, a seconda delle sensibilità, legittima in relazione all'ordine pubblico matrimoniale italiano o legittima rispetto alla specificità del diritto canonico, ma sempre più spesso non in rapporto all'uno e anche all'altra; oppure, al contrario, illegittima perché lesiva o della specificità del matrimonio canoni-

¹⁸⁴ Se non interpretiamo male il pensiero dell'Autore, a noi sembra proprio questo il senso delle recenti riflessioni di GIUSEPPE CASUSCELLI, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo 'che apporta modificazioni al Concordato lateranense'*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», settembre 2014, 1-26. Ha utilizzato l'espressione 'diritto giurisprudenziale' con riguardo all'ambito della delibazione delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale PAOLO DI MARZIO, *Diritto giurisprudenziale e delibazione*, cit.

¹⁸⁵ CARLO CARDIA, *Matrimonio concordatario. Nuovo equilibrio tra ordinamenti*, in GIUSEPPE DALLA TORRE - CARLO GULLO - GERALDINA BONI (a cura di), *Veritas non auctoritas facit legem*, cit., 181.

¹⁸⁶ Cfr. art. 797, comma I, n. 7 c.p.c.

¹⁸⁷ Cfr. Prot. add., n. 4, lett. b).

¹⁸⁸ Cfr. Prot. add., n. 4, lett. b), 3.

co o dell'ordine pubblico matrimoniale italiano, ma non di entrambi.

Corrispondentemente, il giudice della delibazione si troverà sempre più spesso censurato per non aver tenuto nella giusta considerazione la specificità dell'ordinamento canonico dopo aver delibato conformemente alla più aggiornata ermeneutica di ordine pubblico matrimoniale e in senso sfavorevole alla delibazione; oppure verrà criticato per aver delibato nel rispetto della specificità dell'ordinamento canonico ma contro l'ordine pubblico matrimoniale italiano. D'altra parte entrambe le opzioni trovano una copertura concordataria specifica, direttamente o indirettamente tramite il rinvio al. n. 7, art. 707 c.p.c.¹⁸⁹ del punto 4 lett. b) Prot. add.

Ciò accade, come nella questione della riserva esclusiva della giurisdizione, perché nel Concordato «si cambia e non si cambia; si dice e non si dice», dove risulta vano, come dimostrano le irrisolte dispute dottrinali, lo sforzo di trovare l'argomento decisivo a favore o contro l'una o l'altra tesi, dove si «confida in norme aperte, talvolta ambigue, sulla cui interpretazione il più forte vincerà»¹⁹⁰.

In ultima analisi, le disfunzioni del sistema matrimoniale concordatario sembrano riconducibili in parte ad alcune formulazioni del nuovo Accordo, sulle quali si dovrebbe procedere con correzioni e precisazioni definitive, e principalmente, come è stato detto per la questione specifica della «prolungata convivenza», «dall'inadempienza del legislatore italiano, che non ha mai posto seriamente mano ad una moderna legge matrimoniale»¹⁹¹.

La «prolungata convivenza» si delinea infatti come l'altro punto di implosione del sistema matrimoniale concordatario.

Se confermata tra i principi ostativi alla delibabilità della nullità matrimoniale canonica, la «prolungata convivenza» dovrà anzitutto essere quantificata. Come? La questione del se e del quanto è attualmente al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione e a breve se ne attende la pronuncia¹⁹². La

¹⁸⁹ In proposito si deve tenere conto che in relazione alla norma dell'art. 797, n. 7 c.p.c. è pendente l'ulteriore questione se la delibabilità/indelibabilità della sentenza ecclesiastica per conformità/difficoltà della stessa rispetto all'ordine pubblico matrimoniale interno, debba valutarsi secondo la lettera della norma menzionata, cioè in rapporto alle *disposizioni* della pronuncia canonica, o invece, *per relationem*, secondo la lett. g), dell'art. 64 L. 218/1995, in considerazione degli *effetti* della sentenza nell'ordinamento italiano.

¹⁹⁰ MARCO VENTURA, *Creduli e credenti*, cit., 19.

¹⁹¹ GIUSEPPE DALLA TORRE, 'Specificità dell'ordinamento canonico' e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2013, 1-15.

¹⁹² Cass. civ. sez. I, ordinanze interlocutorie n. 4647 e 0712 decise il 6 dicembre 2012 e depositate rispettivamente il 22 febbraio e il 14 gennaio 2013.

In tema di «prolungata convivenza» e con una riflessione circoscritta all'ermeneutica proposta da Cass., 20 gennaio 2011, 1343 Giuseppe dalla Torre avverte il cortocircuito del sistema: «La sentenza [...] appare in singolare contrasto con tutta la precedente giurisprudenza della stessa Corte, che aveva stabilito il principio secondo cui 'non riguarda l'ordine pubblico la scelta tra regime di nullità

determinazione di quanto è prolungata la convivenza che sana il matrimonio invalidamente contratto si gioca ancora una volta tra ordinamento canonico e civile. È noto che l'*actio nullitatis* è imprescrittibile in entrambi. Ma nel diritto civile il parametro temporale della convivenza convalidante esiste comunque in rapporto all'azione (non di nullità ma) di annullamento ed è stabilito in un anno di convivenza *more uxorio*¹⁹³. Il termine decorre o dal momento della celebrazione del matrimonio o dal momento della cessazione della causa di invalidità. Si tratta evidentemente di un termine incompatibile con il principio canonistico dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità matrimoniale¹⁹⁴ e il correlato istituto della *nova causae propositio*¹⁹⁵. Se la durata della «prolungata convivenza» dovesse essere questa, o se non questa, una simile, la «prolungata convivenza» identificherebbe il punto tecnico di implosione del sistema matrimoniale concordatario¹⁹⁶.

deducibile senza limitazioni, neppure temporali, e regime di annullabilità', precisando ulteriormente che 'per quanto riguarda le peculiari caratteristiche di tale nullità, e delle condizioni per dichiararla nel diritto canonico, la giurisprudenza di questa Corte ha sempre ritenuto che le divergenze esistenti rispetto all'ordinamento civile non sollevano questioni di contrarietà all'ordine pubblico' (Cfr. Cass., Sezioni unite, 6 dicembre 1985, nn. 6128 e 6129). *Questo più recente orientamento giurisprudenziale appare giuridicamente non fondato e, comunque, talmente restrittivo della delibabilità di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, da svuotare sostanzialmente di contenuto le disposizioni concordatarie sopra richiamate* [nostro il corsivo, n.d.Aa.], GIUSEPPE DALLA TORRE, *La C.S.C.*, 20 gennaio 2011 n. 1343, cit., 1645.

¹⁹³ Cfr. art. 117-123 c.c.

¹⁹⁴ Cfr. can. 1643 CIC 1983. Principio che FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 10 ed., cit., 503, ha indicato tra le specificità dell'ordinamento della Chiesa.

¹⁹⁵ Cfr. can. 1644 CIC 1983.

¹⁹⁶ Tra le prime e le seconde bozze di stampa di questo contributo, i giudici della Suprema Corte di Cassazione hanno finalmente sciolto la riserva sulla questione della 'prolungata convivenza'. Con le sentenze nn. 16379 e 16380 depositate il 17 luglio 2014, le Sezioni unite hanno enunciato due principi di diritto. Con il primo, la 'prolungata convivenza' è stata confermata tra i principi generali di delibabilità delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale (cfr. *supra*, par. 6). Ma soprattutto, la durata della convivenza sufficientemente prolungata da impedire, a prescindere dal capo di nullità invocato, il riconoscimento della nullità canonica nell'ordinamento italiano è stata fissata in almeno tre anni. Il termine è stato tratto dalla materia delle adozioni e in analogia a quello di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184 («Diritto del minore ad una famiglia»), nel testo sostituito dall'art. 6, comma 1, della legge 28 marzo 2001, n. 149 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile) dove è stabilito: «1. L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tra anni separazione personale neppure di fatto. [...] 4. Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto» (cfr. anche l'art. 29-bis, comma 1, della stessa legge n. 184 del 1983 che, per l'adozione internazionale, richiede che gli adottanti rispondano ai medesimi requisiti). Nella formulazione del secondo principio di diritto i giudici di Piazza Cavour hanno poi precisato che l'eccezione della 'prolungata convivenza' non può considerarsi opponibile d'ufficio, ma soltanto ad istanza della parte interessata.

Con buona pace della «specificità del diritto canonico»¹⁹⁷. 'Specificità'

Ulteriori specificazioni e determinazioni hanno riguardato i profili istruttori/probatori della 'prolungata convivenza'. Sembra quindi utile trascrivere integralmente il testo dei due principi di diritto sia, in particolare, per l'esautiva e articolata formulazione che ne è stata data sia, in generale, per la portata innovativa e le potenzialità applicative delle due pronunce in esame: 1) «La convivenza 'come coniugi' deve intendersi – secondo la Costituzione (artt. 2, 3, 29, 30 e 31), le Carte europee dei diritti (art. 8, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ed il Codice civile – quale elemento essenziale del «matrimonio-rapporto», che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari. In tal modo intesa, la convivenza 'come coniugi', protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio 'concordatario' regolarmente trascritto, connotando nell'essenziale l'istituto del matrimonio nell'ordinamento italiano, è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali e ordinarie, di 'ordine pubblico italiano' e, pertanto, anche in applicazione dell'art. 7, primo comma, Cost. e del principio supremo di laicità dello Stato, è ostativa – ai sensi dell'Accordo, con Protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, reso esecutivo dalla legge 25 marzo 1985, n. 121 (in particolare, dell'art. 8, numero 2, lettera c, dell'Accordo e del punto 4, lettera b, del Protocollo addizionale), e dell'art. 797, primo comma, n. 7, cod. proc. civ. – alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'«ordine canonico» nonostante la sussistenza di detta convivenza coniugale. 2) «La convivenza 'come coniugi' – intesa nei sensi di cui al su enunciato principio di diritto –, come situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, ed in quanto connotata da una 'complessità fattuale' strettamente connessa all'esercizio di diritti, all'adempimento di doveri ed all'assunzione di responsabilità personalissimi di ciascuno dei coniugi, deve qualificarsi siccome eccezione in senso stretto (*exceptio juris*) opponibile da un coniuge alla domanda di delibazione proposta dall'altro coniuge e, pertanto, non può essere eccepita dal pubblico ministero interveniente nel giudizio di delibazione né rilevata d'ufficio dal giudice della delibazione o dal giudice di legittimità – dinanzi al quale, peraltro, non può neppure essere eccepita per la prima volta –, potendo invece essere eccepita esclusivamente, a pena di decadenza nella comparsa di risposta, dal coniuge convenuto in tale giudizio interessato a farla valere, il quale ha inoltre l'onere sia di allegare fatti e comportamenti dei coniugi specifici e rilevanti, idonei ad integrare detta situazione giuridica d'ordine pubblico, sia di dimostrarne la sussistenza in caso di contestazione mediante la deduzione di pertinenti mezzi di prova anche presuntiva. Ne consegue che il giudice della delibazione può disporre un'apposita istruzione probatoria, tenendo conto sia della complessità dei relativi accertamenti di fatto, sia del coinvolgimento di diritti, doveri e responsabilità personalissimi dei coniugi, sia del dovere di osservare in ogni caso il divieto di «riesame del merito» della sentenza canonica, espressamente imposta al giudice della delibazione dal punto 4, lettera b, n. 3, del Protocollo addizionale all'Accordo, fermo restando comunque il controllo del giudice della legittimità secondo le speciali disposizioni dell'Accordo e del Protocollo addizionale, i normali parametri previsti dal codice di procedura civile ed i principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia». Cfr. NICOLA COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», luglio 2014, 1-69. Cfr. anche JULIA PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», settembre 2014, 1-23.

¹⁹⁷ Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, X ed., Zanichelli, Bologna 2009, 503.

che a sua volta richiama più ampie questioni, come ad esempio quella della pluralità degli ordinamenti giuridici e della tutela dei diritti religiosi nelle attuali prospettive di «nuovo multiculturalismo»¹⁹⁸.

Eppure, anche se il sistema matrimoniale concordatario sembra inclinare irreversibilmente verso un punto di non ritorno, potrebbe essere ancora troppo presto per considerarlo al capolinea.

Il sistema matrimoniale concordatario esprime infatti due elementi di modernità, anche in questo caso, uno sistemico e uno tecnico.

Nella 'tribunalizzazione' del sistema potrebbe essere rintracciato, anziché l'impropria o indebita ingerenza del potere giudiziario in campo legislativo¹⁹⁹, il segnale della trasformazione del sistema matrimoniale concordatario in un sistema di *common law*. Si sarebbe così elaborato un approccio ben più duttile e reattivo rispetto ad un ormai patologico «immobilismo parlamentare»²⁰⁰ di fronte ai dinamismi sociali e ai mutamenti culturali e quindi un primo elemento di modernità.

Non c'è dubbio che la giurisdizione creativa della Corte di Cassazione è stata in molti casi la sola a consentire che il sistema matrimoniale concordatario rimanesse agganciato all'evoluzione dei tempi e dei costumi in cui mutava la coscienza sociale. In tal senso, ad esempio, è indubbiamente un merito della giurisprudenza di legittimità l'aver impedito che la sopravvenuta delibazione della nullità canonica ponesse nel nulla le statuizioni economiche intraconiugali della pronuncia di divorzio. È stata così interrotta (o contenuta) una prassi che esponeva il coniuge debole prima al danno affettivo e poi anche alla beffa economica. Grazie alla giurisprudenza questa garanzia si è anche ampliata. La c.d. sentenza parziale di divorzio offre ai coniugi la possibilità di vedere tutelati i propri diritti economici anche dopo il giudicato di delibazione. La sentenza parziale di divorzio consente infatti di anticipare la decisione sull'*an* del vincolo rispetto all'eventuale delibazione. La precedente decisione sull'*an* copre così la determinazione del *quantum*, posticipata – per l'esperimento delle opportune indagini istruttorie patrimoniali – ad un momento

¹⁹⁸ PASQUALE ANNICCHINO - GABRIELE FATTORI, *Diritto ecclesiastico e canonico tra 'vecchio' e 'nuovo' multiculturalismo*, in GIANFRANCO MACRÌ - MARCO PARISI - VALERIO TOZZI, *Diritto e religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Plectica, Salerno 2012, 347-367.

¹⁹⁹ RAN HIRSCHL, *The Judicialization of Politics*, in KATE WHITTINGTON (a cura di), *Oxford handbook of Law and Politics*, Oxford 2008, 119-141; ID., *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, in *Annual Review of Political Science*, 11 (2008), 93-118; ID., *The New Constitutionalism and the Judicialization of Politics Worldwide*, in «Fordham Law review», 75 (2006), 721-754; ROBERT BORK, *The judge's role in law and culture*, in «Ave Maria Law Review», 1, (2003), 19-29.

²⁰⁰ L'espressione è di GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Strade maestre e sentieri dimenticati*, cit., 364.

che potrà essere anche successivo all'eventuale giudicato di delibazione.

Il secondo elemento di modernità del sistema matrimoniale concordatario potrebbe provenire dalle categorie dall'ordinamento canonico.

Le categorie canonistiche sembrano infatti adattarsi meglio di quelle civilistiche al fenomeno, tra i più significativi dell'esperienza matrimoniale contemporanea, dei matrimoni di breve o brevissima durata. Più che matrimoni queste unioni sempre più spesso si delineano come 'matrimoni *more uxorio*' dove, a dispetto della forma coniugale esteriore, si rivela l'inconsapevolezza dei coniugi rispetto alla realtà giuridica posta in essere e la loro inadeguatezza ad una relazione di tipo matrimoniale. La percezione della specificità del matrimonio, sia giuridica sia relazionale, rispetto a tutte le altre relazioni paramatrimoniali appare scomparsa o fortemente attenuata. Non a caso il fallimento è in genere attribuito a incompatibilità caratteriali indeterminate ed inaspettatamente emerse nel corso della vita matrimoniale. La crisi, a torto o a ragione, è percepita irreversibile.

Predomina in modo evidente l'urgenza di uscire al più presto da un rapporto per iniziare un nuovo rapporto, una nuova vita, per riprendere quella di prima esattamente dal punto in cui era stata lasciata²⁰¹. Inoltre, nell'attuale fase economica non è inconsueto che il quadro patrimoniale delle unioni giunte così rapidamente all'epilogo si presenti o molto povero o elementare o entrambe le cose.

In queste crisi, il grado di conflittualità è minimo, facilmente gestibile per l'oggettiva convenienza di entrambi i coniugi a risolvere un rapporto a cui neppure loro saprebbero più trovare una spiegazione.

In questi casi, sempre più frequenti, la soluzione offerta dal diritto civile è lo scioglimento. L'ordinamento canonico può invece più opportunamente ricorrere alla categoria della nullità, riconducendo questa casistica all'ampia categoria giurisprudenziale dell'"immaturità affettiva". Al diritto canonico non manca la sensibilità per risalire al vizio genetico del matrimonio tutte le volte che il consenso, come nell'ampia casistica dei matrimoni *more uxorio*, esprime chiaramente una volontà diretta alla celebrazione dell'atto matrimoniale, ma non una reale coscienza del rapporto costituito e dell'impegno assunto.

Del resto, la soluzione canonistica della nullità dovrebbe poter trovare facile accoglimento presso la giurisprudenza civile per lo stesso principio per cui la convivenza, quando invece è «prolungata» è considerata ostativa alla delibazione.

Pertanto, quando il fallimento matrimoniale è di questa natura, la strada

²⁰¹ MARZIO BARBAGLI, *Provando e riprovando*, cit., 25 ss.

della nullità canonica e successiva delibazione potrebbe risultare più conveniente della procedura di separazione e divorzio sia in un prospettiva di libertà matrimoniale (resta impregiudicata la possibilità di contrarre nuovamente matrimonio religioso ad effetti civili), sia dal punto di vista economico e dei tempi di soluzione (ipotizzando, per casi come questi, una doppia conforme per ratifica dell'affermativa del primo grado a seguito di *processus brevior* in appello)²⁰².

Al momento, tuttavia, le potenzialità dell'istituto matrimoniale concordatario non sono niente più che ipotesi. In attesa di ulteriori approfondimenti e verifiche, sembra dunque ancora consigliabile non fare eccessivo affidamento su tali inesprese potenzialità.

C'è soprattutto il rischio che queste si rivelino illusorie dimostrandosi troppo deboli per arrestare e invertire l'attuale involuzione del sistema matrimoniale concordatario.

Del resto, criticabile o apprezzabile, anche lo sforzo interpretativo della giurisprudenza sta avendo conseguenze a prima vista contrastanti, benché profondamente coerenti. Da un lato, una prima conseguenza è l'allineamento del sistema matrimoniale concordatario all'evoluzione privatistica dell'ordine pubblico matrimoniale - a suo tempo parzialmente accettata²⁰³ e ormai largamente 'praticata' anche dalla popolazione cattolica²⁰⁴ - tramite la clausola dell'ordine pubblico, sia pure quest'ultimo da non confondere con il concetto di coscienza sociale²⁰⁵. Ma, dall'altro, una seconda conseguenza è l'accelerazione della crisi del sistema, di fatto risospinto o declinante, per

²⁰² Ovviamente dovremmo riconsiderare le nostre valutazioni o quando il c.d. 'divorzio breve' dovesse diventare legge anche in Italia (ma in funzione della propria libertà religiosa anche in tal caso la nullità resterebbe preferibile allo scioglimento), o quando il Legislatore dovesse intervenire sulla disciplina delle nullità per ampliarne o ripensarne le fattispecie. Si tenga presente infatti che, nella sua attuale e non ancora definitiva formulazione, il divorzio breve prevede 12 mesi di separazione giudiziale o 6 mesi di separazione consensuale indipendentemente dalla presenza dei figli. I termini decorrono dalla notifica del ricorso e non dal deposito com'era in una prima versione del testo. Quanto ai costi, l'avvocato Anna Maria Bernardini de Pace ritiene che «le spese legali potrebbero diminuire drasticamente». Si prevedono tariffe dimezzate, *cf.* l'intervista di MARIA NOVELLA DE LUCA ad Anna Maria Bernardini de Pace in «La Repubblica», venerdì 30 maggio 2014, 12-13.

²⁰³ Pensiamo al referendum abrogativo della L. 898/1970 del 12-13 maggio 1974, più noto come referendum sul divorzio. La percentuale dei voti contrari all'abrogazione, cioè favorevoli al divorzio, sfiorò il 60% (59,30%) su una affluenza altissima dell'87,70% dell'elettorato attivo.

²⁰⁴ Questo, tra l'altro, sembra risolvere il problema dei cattolici *nomine tantum*. *Cfr.* GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Cattolici 'nomine tantum' e matrimonio canonico*, in «Monitor ecclesiasticus», 106 (1981), 111-118. Per una prospettiva sociologica sul tema, *cf.* GRACE DAVIE, *Religion in Britain since 1945. Beliving without Belonging*, Blackwell, London 1994, Id., *Religion in modern Europe. A Memory Mutates*, Oxford University Press, Oxford 2000.

²⁰⁵ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti*, cit., 95; GABRIELE FATTORI, *Diritto applicato e diritto applicabile*, cit., in particolare le 312-318.

eterogenesi dei fini della legislazione concordataria, verso un doppio regime di sapore preconcordatario.

Quanto alle opportunità provenienti dal sistema canonico delle nullità matrimoniali, esse appaiono tuttora più teoriche che reali per la crescente impermeabilità del sistema civilistico all'esperienza interdisciplinare del sistema canonico delle nullità. Rispetto alla quale l'impotenza dei codici di comunicazione offerti dal sistema concordatario sembra oggi riconducibile principalmente al fatto che «matrimonio civile e matrimonio canonico appaiono ormai talmente distanti e fondati su parametri così diversi da rendere incomprensibile perfino un linguaggio che pretendesse di interpretarli entrambi»²⁰⁶.

Riteniamo, tuttavia, che alle origini dell'arretratezza di un Concordato nato come «concordato 'quadro'»²⁰⁷, non ci sia – almeno non principalmente – un problema di giurisprudenza controconcordataria, e neanche un problema di indeterminazione della legislazione concordataria, bensì, soprattutto, una sempre più marcata indipendenza delle traiettorie del matrimonio civile e del matrimonio canonico e, corrispondentemente, dell'ermeneutica secolare e di quella cattolica. È vero che nel Concordato «si cambia e non si cambia; si dice e non si dice»²⁰⁸. È vero che non si sarebbe potuto cambiare e dire di più per le stesse ragioni, per le quali, forse, non sarebbe possibile oggi. Sembra diventare sempre più complesso, quindi, difendere una coerenza dove ora il Concordato non ce l'ha più, come tra i principi ormai rivali dell' 'ordine pubblico matrimoniale' e della 'specificità dell'ordinamento canonico', o dove il Concordato non l'ha mai avuta, come sulla questione della 'riserva esclusiva'.

Il sistema matrimoniale concordatario e, a quanto pare, non soltanto quello concordatario, continua infatti a sfaldarsi²⁰⁹ soprattutto per l'azione del tempo²¹⁰ e per «lo smarrimento del diritto ecclesiastico di fronte all'imporsi di un *habitat* giuridico rinnovato»²¹¹ talvolta, come per il matrimonio,

²⁰⁶ ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, cit., 72.

²⁰⁷ FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Un concordato «quadro»*, in *Corriere della Sera*, 5 novembre 1974 e adesso in LAURA DE GREGORIO (a cura di), *Il cammino della laicità*, il Mulino, Bologna 2011, 204.

²⁰⁸ *Cfr. supra*, nt. 190.

²⁰⁹ SARA DOMIANELLO, *Notazioni critiche sui miseri resti del matrimonio concordatario*, in AA. Vv., *Studi in onore di F. Finocchiaro*, Cedam, Padova 2000, 717-782.

²¹⁰ In riferimento all' 'azione del tempo' sull'istituzione matrimoniale si vedano in chiave comparatistica i saggi raccolti nel volume di JOEL A. NICHOLS, *Marriage and Divorce in Multicultural context*, op. cit.

²¹¹ MARCO VENTURA, *Diritto ecclesiastico*, in ALBERTO MELLONI (a cura di), *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento*, I, il Mulino, Bologna 2010, 718-739 (734).

molto profondamente²¹². Anche per questo, in attesa che maturino le condizioni per intervenire almeno sugli enunciati concordatari più ambivalenti, sarebbe opportuno che nel frattempo il Legislatore, dopo quasi un secolo, mettesse mano se non altro alla disciplina superstita della legge matrimoniale, in alcune sue norme ormai «assolutamente inadeguata»²¹³ per l'attuale civiltà giuridica della famiglia.

²¹² Per una concettualizzazione del nuovo paradigma giuridico dell'istituto matrimoniale rinviamo ancora a ANDREA BETTETINI, *La secolarizzazione*, cit.

²¹³ GIUSEPPE DALLA TORRE, *'Specificità dell'ordinamento canonico'*, cit., 14.