



diritto & religioni

Semestrale
Anno VI - n. 2-2011
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

12



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno VI - n. 2-2011
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, F. Facchini
A. Bettetini, G. Lo Castro
P. Colella, A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro
F. De Gregorio
S. Testa Bappenheim
G. Schiano
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Volontà dei nubendi e trascrizione post mortem del matrimonio canonico con effetti civili

FABIO BALSAMO

1. *Trascrizione e principio della volontarietà degli effetti civili del matrimonio religioso*

L'introduzione, ad opera dell'art. 34 del Concordato Lateranense, della trascrizione come strumento necessario a conferire al matrimonio religioso effetti civili, come «momento di collegamento»¹ tra due istituti, quello del matrimonio canonico e del matrimonio civile, profondamente diversi e difficilmente assimilabili tra loro per natura ed essenza², richiese l'emanazione di una legge specifica. Non è un caso che la legge n. 847 del 1929, meglio nota come legge matrimoniale, dedicatesse buona parte dei suoi articoli alla regolamentazione del procedimento di trascrizione, nel tentativo di rendere il meno macchinoso possibile il raccordo tra effetti civili e celebrazione religiosa delle nozze. Così, accanto alla trascrizione tempestiva (art. 8) ed alla trascrizione cd. tempestiva ritardata (art. 13), trovava spazio una *tertia species* di trascrizione, quella tardiva (art. 14), suscettibile di assumere, in caso di morte di uno o entrambi i coniugi, le fattezze di una trascrizione *post mortem*³. Difatti la formulazione letterale dell'art. 14 della legge matrimoniale, consentendo che la richiesta di trascrizione potesse essere proposta «in ogni tempo da chiunque» ne avesse interesse, permetteva

¹ MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 296.

² MARIO TEDESCHI, *ivi*, pp. 297, 325-334.

³ Tuttavia, sulla base di una interpretazione rigorosamente letterale dell'art. 13 della legge matrimoniale, era possibile ammettere una trascrizione *post mortem*, non solo nel caso di trascrizione tardiva, ma anche nell'ipotesi di una trascrizione cd. tempestiva ritardata, dato che nel testo dell'articolo menzionato non si faceva alcun riferimento né al termine entro cui la richiesta avrebbe dovuto essere inoltrata, né al ministro di culto come soggetto incaricato alla presentazione della stessa, come avviene nel caso di trascrizione tempestiva. Sul punto si ritornerà con maggiore precisione nel paragrafo 4.

che il matrimonio religioso acquisisse gli effetti civili, a partire dal giorno della celebrazione, quand'anche tale richiesta fosse presentata dal coniuge superstite o da altra persona interessata, dopo la morte di uno o di ambo gli sposi. Di frequente la richiesta di trascrizione *post mortem* era presentata dai figli naturali – anche per ottenere lo *status* di figli legittimi prima del 1975 – o dagli eredi degli sposi, spesso dai loro creditori che avevano un interesse economico concreto a vedere riconosciuto il vincolo coniugale. Non meno inusitati erano i casi in cui promotrice della domanda di trascrizione era la stessa autorità ecclesiastica, che si muoveva ignorando la diversa volontà dei contraenti o addirittura in aperto contrasto con essa⁴. Di conseguenza, sebbene al matrimonio si attribuisse valore di negozio avente natura squisitamente personale⁵, la titolarità del diritto di disporre degli effetti non rimaneva circoscritta ai soli coniugi, poiché, sulla base di un interesse semplice, si consentiva ai terzi, anche estranei a vincoli parentali, di richiedere l'attribuzione degli effetti civili alla celebrazione religiosa *praeter voluntatem et contra voluntatem* degli sposi. La compressione della sfera privata che ne derivava appariva davvero intollerabile. La stessa libertà matrimoniale⁶ ne usciva fortemente mutilata poiché la libera scelta degli sposi di realizzare un matrimonio solo religioso – non facendo trascrivere l'atto di matrimonio nei registri dello stato civile – poteva essere facilmente sovvertita attraverso la richiesta proveniente da terzi di attribuire alle nozze efficacia civile: di conseguenza gli sposi erano vincolati ad un tipo di matrimonio, quello concordatario, diverso dalla tipologia matrimoniale prescelta.

Tuttavia sarebbe stato difficile ipotizzare un diverso approdo per la legge matrimoniale. Infatti il Concordato veniva concluso dallo stesso Stato che nel primo articolo del Trattato, rifacendosi all'art. 1 dello Statuto Albertino, definiva la religione cattolica come la sola religione dello Stato. Nello stesso Concordato in cui si riconosceva la giurisdizione esclusiva dell'autorità ecclesiastica sulle cause matrimoniali, la legge matrimoniale non poteva discostarsi dall'idea che la Santa Sede voleva imporre allo Stato fascista: ossia la volontà di creare un sistema in cui la celebrazione del matrimonio canonico avrebbe dovuto produrre anche tutti gli effetti civili poiché tutti i matrimoni validi per la Chiesa dovevano necessariamente essere considerati validi anche dallo Stato⁷. In altre parole si codificava

⁴ PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, CEDAM, Padova, 2008, p. 70.

⁵ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 306.

⁶ Per una definizione di libertà matrimoniale si veda MARIO TEDESCHI, *La volontà degli effetti civili nel regime della trascrizione del matrimonio canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1972, II, p. 36.

⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Profili problematici del riconoscimento civile del matrimonio canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1999, p. 29 ss.

un incondizionato principio di *favor matrimonii* (*rectius: favor transcriptionis*⁸) non inteso nel comune senso canonistico⁹, ma riferito all'obbligo per lo Stato di garantire in ogni modo ed in ogni tempo che un matrimonio religioso, regolarmente celebrato *in facie Ecclesiae* e quindi valido per la Chiesa, avesse efficacia civile. Da qui la necessità di una legge matrimoniale con cui introdurre la trascrizione tempestiva ritardata, in grado di sanare la mancanza delle preventive pubblicazioni in spregio del disposto dello stesso art. 6 della legge matrimoniale, e soprattutto la trascrizione *post mortem* che attribuiva anche ai terzi il potere di richiedere la trascrizione senza incontrare ostacolo né nella diversa volontà degli sposi, né nella morte di uno di essi o di entrambi. Lo Stato confessionale, predisponendo questi diversi tipi di trascrizione, sicuramente offriva una gamma ampissima di strumenti idonei a far riconoscere l'efficacia civile ad ogni matrimonio religioso effettivamente celebrato, rendendo trascrivibili anche quei matrimoni non ancora trascritti che, a causa della morte del coniuge, avrebbero dovuto essere considerati sciolti per il diritto canonico (can. 1141).

Inevitabilmente la Costituzione del '48, la legge n. 898 del 1970 sul divorzio, la riforma del diritto di famiglia del 1975, produssero un'insanabile frattura tra il tipo matrimoniale civile e canonico rendendo ancor più farraginoso ed anacronistico il procedimento di trascrizione delineato nel 1929. Il rilievo accordato al singolo ed alla sua personalità nella nostra Costituzione favorì l'affermazione del principio della volontarietà degli effetti civili del matrimonio religioso, ossia la necessità che solamente i coniugi fossero titolari del diritto di disporre degli effetti della celebrazione del matrimonio¹⁰. È evidente che tale principio mal si conciliava con un meccanismo di trascrizione che prescindeva, nel caso della trascrizione tardiva, dall'effettiva volontà dei contraenti il negozio matrimoniale¹¹. Una modifica (o anche un'invocata abrogazione) dell'impianto normativo diveniva così un'esigenza avvertita con crescente urgenza ma fu soddisfatta soltanto molti anni dopo, precisamente nel 1985.

Infatti, la legge n. 121 del 1985 di esecuzione degli Accordi di Villa Ma-

⁸ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 56.

⁹ Secondo il principio del *favor matrimonii*, nel diritto canonico, ogni matrimonio celebrato nelle forme previste si considera valido fino a prova contraria, dando quindi vita ad una presunzione di validità *iuris tantum*.

¹⁰ Per maggiori riferimenti al principio della volontarietà degli effetti civili si veda RAFFAELE SANTORO, *La trascrizione tardiva del matrimonio canonico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 119 ss.

¹¹ GAETANO LO CASTRO, *La trascrizione del matrimonio canonico su sentenza del giudice italiano in luogo dell'atto di matrimonio non trasmesso*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, II, p. 302 ss; LUCIANO GUERZONI, *La volontà degli sposi e la trascrizione civile del matrimonio canonico negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, 1966, p. 173 ss.

dama di modifica del Concordato del '29, tuttora vigente, ha modificato il regime della trascrizione all'art. 8, punto 1), 4°, 5° e 6° comma. Dall'analisi dei commi emerge, in primo luogo, che non è riprodotta alcuna disposizione in ordine alla trascrizione tempestiva ritardata. Al contrario, il 4° comma prevede la fattispecie della trascrizione tempestiva, invariata rispetto alla legge matrimoniale del 1929. Il 6° comma dedicato invece alla trascrizione tardiva, sostituisce l'art. 14 della legge matrimoniale con il seguente testo: «la trascrizione può essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro...». Nella formula attualmente vigente non vengono quindi riprodotte le espressioni «in ogni tempo», anche *post mortem*, e «da chiunque vi abbia interesse» contenute nella legge del 1929, con la conseguenza che la richiesta di trascrizione tardiva non è più proponibile da chiunque, essendo la presentazione della domanda riservata alla sola volontà dei coniugi, in ossequio al principio della volontarietà degli effetti civili.

Per quanto concerne la trascrizione tempestiva ritardata non vi sono dubbi che essa sia stata espunta dal sistema in quanto abrogata per mancata riproduzione nell'art. 8 della l. 121/1985¹², così come stabilito dall'art. 13, punto 1) della legge di esecuzione degli Accordi dell'84.

Per addivenire alla medesima conclusione in ordine alla sorte della trascrizione *post mortem* occorre, stanti i dubbi che permangono in dottrina circa la sua sopravvivenza, effettuare un'analisi dettagliata e rigorosa delle fonti attuali della materia matrimoniale: la “vecchia ma ancor viva”¹³ legge matrimoniale del 1929 così come emendata dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 del 1971 e nn. 16 e 18 del 1982 e nelle parti in cui non è stata abrogata dall'art. 8 della legge 121/1985¹⁴.

Infine, considerando che con la novella del 1985 non è venuto meno l'obbligo delle preventive pubblicazioni - al contrario, la mancanza delle pubblicazioni oggi impedisce la trascrivibilità del matrimonio in seguito al venir meno del tipo della trascrizione tempestiva ritardata - diventa indispensabile attingere anche alle norme del codice civile, non sempre tenute nella debita considerazione¹⁵.

¹² MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 304-305.

¹³ Nello stesso senso si veda PAOLO DI MARZIO, *op. cit.*, p. 12 ss.

¹⁴ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 40.

¹⁵ Difatti è il solo Cardia a far riferimento al termine previsto dall'art. 99, 2° comma c.c. in CARLO CARDIA, *Ordinamento religiosi e ordinamenti dello Stato. Profili giurisdizionali*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 216.

Tuttavia, prima di procedere ad argomentare approfonditamente la tesi, qui condivisa, dell'inammissibilità della trascrizione *post mortem* nel vigente ordinamento, appare doveroso dedicare brevi cenni alla natura giuridica della trascrizione e dell'atto di matrimonio. Un corretto inquadramento di tali problematiche infatti si mostrerà di grande utilità per il prosieguo della trattazione.

2. La natura giuridica della trascrizione e dell'atto di matrimonio

Sulla base della definizione di procedimento amministrativo inteso come una serie di attività «tanto di un agente quanto di una pluralità di agenti, coordinate e preordinate per il raggiungimento di un effetto giuridico di una data fattispecie¹⁶», la migliore dottrina ecclesiasticistica, a partire dall'intuizione del Magni, ha inquadrato il procedimento di trascrizione nell'ambito del procedimento amministrativo, con la conseguenza di dover necessariamente distinguere *l'iter* procedimentale dall'atto finale¹⁷ avente la natura di provvedimento amministrativo. La trascrizione intesa come «*l'iter* procedimentale tipico del matrimonio concordatario¹⁸», viene quindi costruita come un procedimento caratterizzato da una prima fase preparatoria (che ha inizio con le pubblicazioni¹⁹ e si conclude con il rilascio del nulla osta alla celebrazione religiosa) e da due fasi successive, quella della celebrazione (dinanzi al ministro del culto cattolico) e quella della trascrizione nei registri dello stato civile (a cura dell'ufficiale di stato civile)²⁰. Dalla costruzione della trascrizione come procedimento amministrativo ne derivava che ogni invalidità dei singoli atti del procedimento si sarebbe riverberata sulla validità dell'atto finale²¹. Questa conclusione, d'altronde, trovava conferma negli effetti delle sentenze di nullità matrimoniale emesse dai tribunali ecclesiastici, in grado di travolgere anche gli effetti del provvedimento di trascrizione per la sopravvenuta declaratoria di invalidità del presupposto della trascrizione stessa, costituito dalla valida

¹⁶ ALDO MARIA SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 36.

¹⁷ CESARE MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, CEDAM, Padova, 1965, p. 24.

¹⁸ CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 448. Chi scrive preferisce all'espressione "matrimonio concordatario" l'utilizzo della locuzione "matrimonio canonico civilmente riconosciuto", su cui si ritornerà nel paragrafo 4 della presente trattazione. Allo stesso modo RAFFAELE SANTORO, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 306.

²⁰ CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 23 ss.

²¹ LORENZO SPINELLI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 165 ss.

celebrazione del matrimonio religioso. Ciò premesso, si può definire il procedimento di trascrizione come quel procedimento amministrativo che si snoda attraverso la successione logica nel tempo di tutti gli atti tipici previsti dalla legge (le pubblicazioni, il rilascio del nulla osta, la celebrazione del matrimonio, la richiesta di trascrizione da parte del parroco o dei coniugi, ed infine l'atto finale di trascrizione) che ha la finalità di accertare, attraverso l'intervento di diversi soggetti agenti (l'ufficiale di stato civile per le pubblicazioni, il sacerdote per la celebrazione e nuovamente l'ufficiale di stato civile per la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile), l'esistenza di tutte le condizioni necessarie affinché il matrimonio, valido nell'ordinamento canonico, possa avere piena validità anche nell'ordine dello Stato²².

La trascrizione come atto conclusivo dell'omonimo procedimento invece si configura come un negozio giuridico autonomo e volontario²³ che, lungi dal fungere da conseguenza automatica della celebrazione o da condizione sospensiva dell'atto di matrimonio, da un lato accerta una serie di presupposti e requisiti che qualificano un matrimonio canonico trascrivibile e, dall'altro, costituisce il vincolo coniugale, attribuendo pubblica fede al documento che attesta la celebrazione del matrimonio trascrivibile²⁴. Se ne deduce che sarebbe incompleto attribuire al provvedimento di trascrizione natura solamente costitutiva, così come sarebbe errato attribuirgli natura esclusivamente dichiarativa. La natura dell'atto di trascrizione non è dichiarativa non solo perché la trascrizione produce i suoi effetti retroagendo al momento della celebrazione del matrimonio, ma soprattutto perché costituisce, non limitandosi ad una mera declaratoria di esistenza, il vincolo coniugale civile, fino a quel momento inesistente nell'ordinamento dello Stato. In modo analogo non si può ritenere esaustivo qualificare l'atto di trascrizione come atto avente carattere esclusivamente costitutivo, poiché in tal modo verrebbero estromessi dal contenuto del provvedimento finale tutti i risultati di quell'attività, profusa dall'ufficiale dello stato civile, volta ad accertare l'avvenuta celebrazione del matrimonio religioso. È tale accertamento, di volta in volta compiuto, che impedisce di configurare la trascrizione come conseguenza automatica²⁵, seppur avente efficacia costitutiva, della celebrazione del matrimonio. Ancora una volta appare a chi scrive da condividere la tesi del Magni che non esitava a configurare l'atto di

²² In questo senso CARLO CARDIA, *op. ult. cit.*, p. 448.

²³ In questi termini MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 304.

²⁴ Così CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 23 ss.

²⁵ Come invece avrebbe voluto la dottrina di stampo curialista assistita dalla giurisprudenza di fine degli anni '50.

trascrizione come un atto di accertamento costitutivo²⁶. In tal modo si riesce a mettere in risalto la “compenetrazione della funzione costitutiva nella funzione di accertamento del negozio di trascrizione”, in quanto gli effetti costitutivi retroagiscono al momento della fattispecie accertata: la costituzione del vincolo civile è ancorata al momento della celebrazione del matrimonio, oggetto di specifico accertamento nell’ambito del procedimento di trascrizione.

Accolte tali premesse in ordine alla natura del procedimento e dell’atto di trascrizione, diventa particolarmente arduo conferire natura di atto pubblico all’atto di matrimonio ancor prima della trascrizione, come pur autorevole dottrina sosteneva²⁷. Altra dottrina²⁸, infatti, attribuiva all’atto di matrimonio una natura diversa, e tale orientamento avrebbe conservato una sua coerenza sistematica anche quando, in seguito alla riforma del diritto di famiglia, la possibilità di inserire nell’atto di matrimonio le dichiarazioni relative al regime patrimoniale dei coniugi sembrava porre tale atto sullo stesso livello dell’atto notarile, facendo apparire il ministro di culto celebrante alla stregua di un pubblico ufficiale.

Al riguardo occorre sgombrare il campo da argomenti fuorvianti. È indubbio che in base alla riforma del ’75 nell’atto di matrimonio sia possibile inserire le dichiarazioni accessorie di cui agli artt. 162 e 254 c.c. con la conseguenza che possa apparire verosimile equiparare la figura del sacerdote a quella del pubblico ufficiale: sembrerebbe così plausibile la tesi di chi all’atto di matrimonio attribuisce valore di atto pubblico. Tuttavia appare preferibile ritenere che la scelta del legislatore del 1975, lungi dal significare un’implicita affermazione della natura di atto pubblico da assegnare all’atto di matrimonio, sembri maggiormente orientata a realizzare «una semplificazione delle forme richieste» per tali dichiarazioni²⁹. In altri termini, per le dichiarazioni in esame «il legislatore non avrebbe ritenuto inderogabili le forme dell’atto pubblico in senso stretto, considerando sufficiente l’inclusione³⁰» delle stesse nell’atto di matrimonio. A conferma di questo orientamento vi è la difficoltà di assoggettare la disciplina dell’atto di matrimonio a quella dell’atto pubblico, così

²⁶ CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 6.

²⁷ Tra tutti si ricorda ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, Utet, Torino, 1961, p. 389 ss.

²⁸ CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 99 ss.; LORENZO SPINELLI, *op. cit.*, p. 77 ss.

²⁹ MARIO FERRANTE, *Considerazioni sulla natura giuridica dell’atto di matrimonio redatto dal Ministro di culto cattolico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Catalano*, Tomo II, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998, p. 619 ss.

³⁰ SALVATORE BORDONALI, *La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia e l’atto di matrimonio redatto dal sacerdote celebrante*, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 977 ss.

come regolata dalla legge notarile 16 febbraio 1913, n. 89, considerata dalla dottrina maggioritaria non solo come la «legge generale per gli atti notarili, ma» piuttosto come la «legge generale per gli atti pubblici in genere³¹». La stessa giurisprudenza ha sottratto l'atto di matrimonio dall'assoggettamento alla disciplina dettata dalla legge notarile nel caso di assenza di testimoni o di mancata menzione di essi nell'atto di matrimonio da trascrivere. Difatti, mentre l'applicazione della legge notarile avrebbe comportato come sanzione per l'assenza dei testimoni la nullità dell'atto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere, al contrario, che tale mancanza non impedisca la trascrivibilità del matrimonio, perché «tali difetti non modificano l'identità giuridica dell'atto»³².

Sembra dunque preferibile, sulla base di questi argomenti, considerare l'atto di matrimonio non un atto pubblico, ma una certificazione amministrativa in grado di diventare atto pubblico con la trascrizione³³. Soltanto con la trascrizione l'atto di matrimonio, pur essendo già atto pubblico per il diritto canonico, produce gli effetti propri dell'atto pubblico nell'ordinamento civile. La trascrizione diventa quindi «una forma *ad substantiam* senza la quale il negozio tra le parti rimane civilmente inefficace³⁴». Ebbene, sembrerebbe quantomeno bizzarro, se non del tutto irragionevole, attribuire all'atto di matrimonio valore di atto pubblico per poi negargli una propria autonomia effettuale. A conferma di quanto detto c'è la circostanza che la richiesta di trascrizione, in mancanza di uno dei due originali dell'atto di matrimonio, possa essere accompagnata da un certificato sostitutivo prodotto dal sacerdote. In definitiva l'atto di matrimonio, prima della trascrizione, costituisce atto pubblico solo per l'ordinamento canonico, assumendo invece per l'ordinamento civile esclusivamente il valore di una certificazione amministrativa cui si attribuisce il valore di piena prova, di fronte all'ufficiale civile, di quanto in esso contenuto, fino a querela di falso. Si tratta quindi di un atto, che pur non avendo natura di atto pubblico, produce, seppure sul solo piano probatorio, effetti ad esso simili. Tuttavia sarà solo con la trascrizione che l'atto di matrimonio produrrà tutti gli effetti propri dell'atto pubblico. Di conseguenza al celebrante si deve attribuire la qualifica di incaricato di pubblico servizio piuttosto che quella di pubblico ufficiale.

³¹ GIOVANNI CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 347 ss.

³² Così Cassazione 17 luglio 1969, n. 2634, in *Giurisprudenza civile*, 1969, I, p. 1600 ss. Altri casi sono segnalati da MARIO FERRANTE, *op. cit.*, p. 629.

³³ CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 99 ss.

³⁴ CESARE MAGNI, *ivi*, p. 5.

In sintesi, l'inquadramento del procedimento di trascrizione nell'ambito del procedimento amministrativo appare coerente con il carattere di negozio autonomo riconosciuto all'atto di trascrizione. La non automaticità dell'atto di trascrizione rispetto alla celebrazione del matrimonio, allo stesso modo, è coerente con la costruzione dell'atto di matrimonio come certificato amministrativo suscettibile di diventare atto pubblico soltanto con la trascrizione stessa.

È da tali premesse, in virtù della loro coerenza, che si procederà all'analisi della trascrizione *post mortem*, senza prima aver dedicato brevi cenni alle recenti pronunce giurisprudenziali in materia.

3. *L'inammissibilità della trascrizione post mortem nella dottrina e nella giurisprudenza: l'interpretazione del requisito della "conoscenza e della non opposizione" alla richiesta di trascrizione presentata da un solo coniuge.*

L'art. 8, punto 1), comma 6, della l. 121 del 1985, nel regolare l'ipotesi della trascrizione tardiva, prevede che la trascrizione possa «essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, sempre che entrambi abbiano conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, e senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi». Sulla base della formulazione normativa si è innestata una giurisprudenza che, chiamata in via diretta – ma soprattutto incidentale – a pronunciarsi sull'ammissibilità o meno della trascrizione *post mortem* nel nostro ordinamento, è stata costantemente impegnata a concentrare lo sforzo ermeneutico sull'interpretazione dell'inciso «con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro».

Infatti, la restante parte della disposizione, dando piena applicazione al principio della volontarietà degli effetti civili del matrimonio, non lascia alcun dubbio in ordine alla titolarità degli stessi, rimessi all'esclusivo apprezzamento degli sposi, i soli a poter validamente proporre richiesta di trascrizione tardiva congiuntamente o separatamente. Tuttavia, nel caso di richiesta proveniente soltanto da uno degli sposi, il legislatore pattizio impone il rispetto della condizione della «conoscenza» e della non opposizione dell'altro contraente. Pertanto ai fini della trascrizione tardiva, decorso il termine di cinque giorni dalla celebrazione del matrimonio canonico – entro cui trascrivere tempestivamente il matrimonio su richiesta del ministro di culto –, il legislatore, per assicurarsi che permanga ancora la volontà delle parti di riconoscere civilmente il matrimonio religioso, richiede in via alternativa o che la domanda

sia proposta all'ufficiale di stato civile congiuntamente dai due contraenti, o che venga inoltrata da uno solo degli sposi con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro. Ebbene, appare evidente che in caso di premorienza di un coniuge, la richiesta di trascrizione proposta successivamente dal coniuge superstite difficilmente possa rispettare le condizioni imposte congiuntamente dal legislatore. In tal caso, la condizione della conoscenza, da parte del coniuge defunto, dell'inoltro dell'istanza volta ad ottenere la trascrizione, non si configura per evidenti motivi: è impossibile per un defunto la conoscenza di un fatto avvenuto dopo la sua morte! Per quanto concerne il requisito della non opposizione alla richiesta di trascrizione, è evidente che il coniuge premorto non possa opporsi a tale atto in quanto non più in vita. Tale ipotesi formalmente configura una non opposizione, ma non certo per aderenza ad una scelta che il defunto non può più fare, bensì per la mancanza di vita che gli impedisce ogni forma di manifestazione della propria volontà. Una non opposizione così intesa non può integrare una forma di consenso esplicito³⁵, come invece sembra richiedere la legislazione bilateralmente contrattata. Oltretutto è da sottolineare che i due requisiti sono imposti congiuntamente, e ciò trova spiegazione nel fatto che la non opposizione debba necessariamente qualificarsi come una non opposizione cosciente, tale da presupporre la conoscenza della presentazione dell'istanza, condizione chiaramente irrealizzabile per un defunto.

Ancor prima della novella legislativa del 1985, quando la giurisprudenza e la dottrina erano concordi nel ritenere ammissibile la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico, non mancava in dottrina chi si opponeva a questa ricostruzione rilevando l'illogicità di un sistema che se da un lato escludeva la possibilità di trascrivere tardivamente le nozze in cui uno dei contraenti fosse una persona dichiarata interdetta per infermità mentale dopo la celebrazione, dall'altro lato acconsentiva alla trascrizione anche quando, dopo la morte di uno dei contraenti, lo sposo cessava di esistere come soggetto di diritto³⁶».

Cambiata la disciplina, si ebbe un mutamento anche nella giurisprudenza. Il nuovo filone giurisprudenziale, in ossequio al modificato testo normativo, esigeva, per accertare i requisiti della «conoscenza e della non opposizione», una nuova manifestazione di volontà degli sposi, espressa ed attuale, insuscettibile di essere integrata dalla dichiarazione resa dagli stessi al momento

³⁵ FRANCESCO GAZZONI, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e volontà degli effetti*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, I, p. 511.

³⁶ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA, Bologna-Roma, 1971, p. 599.

della celebrazione³⁷. Di conseguenza la morte di uno degli sposi impediva una nuova manifestazione di volontà, ritenuta dal legislatore invece necessaria per verificare in capo ai contraenti il patto nuziale la permanenza della volontà di trascrivere il matrimonio religioso; una simile manifestazione di consenso non si sarebbe potuta presumere «qualora nelle more uno dei coniugi» fosse «decaduto³⁸». In altre parole non sembrava potersi attribuire valore giuridico alla dichiarazione manifestata in vita dal coniuge premorto, in quanto un consenso alla trascrizione così espresso avrebbe difettato del requisito dell'attualità³⁹. L'ammissibilità della trascrizione *post mortem* veniva parimenti esclusa dalla sentenze della Cassazione, Sezioni Unite, del 4 giugno 1992, n. 6845⁴⁰ e del 6 febbraio 1997, n. 1112⁴¹. Al di là del fatto che nelle sentenze richiamate si utilizzasse in modo quasi beffardo il termine “coniuge” per indicare quegli sposi ai quali la stessa Corte, negando l'ammissibilità della trascrizione *post mortem*, precludeva gli effetti civili propri del vincolo coniugale, le sentenze vanno a comporre un consolidato quadro giurisprudenziale, privo di sbavature: la richiesta di trascrizione tardiva, presentata posteriormente alla morte di uno degli sposi, confliggeva con la necessità della certezza di un consenso attuale e di una non opposizione. Tutto ciò perché la morte del coniuge impedisce di acquisire certezza in ordine alla sussistenza dei due requisiti richiesti dal legislatore.

Parte della dottrina ha cercato di erodere il consolidato orientamento giurisprudenziale attraverso la formulazione di ipotesi, tratte a dir il vero anche da casi osservati nella realtà, ritenute in grado di soddisfare il requisito del consenso e della non opposizione nel caso di premorienza di uno degli sposi. Si tratta di ipotesi tutte riconducibili alla tesi dell'ammissibilità della trascrizione *post mortem* effettuata a iniziativa del coniuge premorto⁴². Secondo questa

³⁷ Così Corte di Cassazione, sentenza del 24 marzo 1994, n. 2893, in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 1857. Per una sintetica ma esauriente rassegna della giurisprudenza della Corte di Cassazione si veda MARCELLA FIORINI, *Commento alla sentenza della Corte di Cassazione – Sezione II civile del 4 maggio 2010, 10734 in Guida al diritto*, 40, Il Sole 24 ore, ottobre 2010, p. 62.

³⁸ Così Corte di Cassazione, sentenza del 12 luglio 2002, n. 10141, in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 2888.

³⁹ STEFANO CHERTI, *Sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, in *Famiglia, Persona e Successioni*, Anno VII, aprile 2011, p. 280.

⁴⁰ Corte di Cassazione, sentenza del 4 giugno 1992, n. 6845, in *Giustizia civile*, 1992, I, p. 1702.

⁴¹ Corte di Cassazione, sentenza del 6 febbraio 1997, n. 1112, in *Giustizia civile Massimario*, 1997, p. 192.

⁴² In tal senso si veda la nota di FELICE CENTINEO CAVARRETTA alla sentenza della Corte di Cassazione del 1° dicembre 2000, n. 15397, pubblicata in *Il Diritto ecclesiastico*, 2002, I, p. 3 ss. nonché DANIELA BIANCHINI, *Brevi riflessioni critiche sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio*

teoria si ritiene assecondato il requisito imposto dall'ultimo comma dell'art. 8 della l. 121/1985 ogni volta che il "coniuge" compia, quando è ancora in vita, un atto dal quale emerga in modo inequivocabile la volontà di procedere alla trascrizione del matrimonio canonico. Al riguardo si evidenzia che mentre non si può procedere alla trascrizione quando la richiesta è inoltrata successivamente alla morte del coniuge «senza che questi abbia manifestato la sua volontà in tal senso, poiché manca in questo caso la certezza in ordine alla conoscenza e alla non opposizione», al contrario, nell'ipotesi di «dichiarazione manifestata in vita dal coniuge premorto sorgono fondati dubbi circa il valore giuridico e l'ammissibilità di un accordo che si forma e perfeziona in un periodo successivo, per adesione del coniuge superstite⁴³». Per cui, ancora oggi sussiste in dottrina un vivace dibattito circa l'ammissibilità della trascrizione *post mortem* in presenza di una donazione o di un testamento⁴⁴ contenenti l'esplicita volontà del *de cuius* di procedere, in futuro, alla trascrizione del matrimonio.

Chiamata a *ius dicere* in riferimento al caso di una donazione la cui efficacia veniva subordinata dal donante all'esperimento, da parte della donataria, della richiesta di trascrizione del matrimonio canonico che li legava, richiesta inoltrata però solo dopo la morte dello sposo-donante, la Corte di Cassazione, sezione II, con sentenza del 4 maggio 2010, n. 10734⁴⁵, a conferma del consolidato orientamento giurisprudenziale poc'anzi ricordato, ha riaffermato l'inammissibilità della trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico sulla base dell'impossibilità di verificare con certezza la sussistenza, in capo al coniuge non richiedente, di un consenso attuale alla domanda di trascrizione. Nella stessa decisione la Corte sottolinea che la cristallizzazione della volontà degli sposi che si ha nei cinque giorni successivi alla celebrazione delle nozze non può protrarsi indefinitamente, «per cui trascorsi i cinque giorni senza la richiesta di trascrizione, il matrimonio non è più suscettibile di immediato e sicuro riconoscimento, ma occorrerà una più specifica valutazione sulla sua effettiva idoneità ad acquisire efficacia civile, soprattutto con riguardo all'esistenza della volontà delle parti in ordine a tale efficacia». Accogliendo la tesi della natura negoziale dell'atto di trascrizione e della sua non automaticità

canonico, in *Diritto di famiglia*, 2007, p. 1956 ss. e GUIDO LAGOMARSINO, *Sulla trascrizione post mortem del matrimonio canonico-concordatario*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 2, p. 418 ss.

⁴³ MARCELLA FIORINI, *op. cit.*, p. 66 che si esprime in questi termini per sintetizzare la tesi di BIANCHINI, *op. cit.*, p. 1957.

⁴⁴ Da ultimo RAFFAELE SANTORO, *op. cit.*, p. 165 ss.

⁴⁵ Il testo integrale della sentenza è consultabile in *Famiglia, Persona e Successioni*, Anno VII, aprile 2011, pp. 272-277.

rispetto alla celebrazione del matrimonio, la Corte opportunamente afferma la necessità di tenere separata e distinta la volontà di celebrare il matrimonio canonico dalla volontà di farne derivare gli effetti civili con la trascrizione, anche se tale volontà sembrerebbe confermata dagli adempimenti concordatari che accompagnano la celebrazione del rito religioso. Ebbene, il legislatore presume la sussistenza di questa volontà, implicitamente desumibile dal comportamento degli sposi, ma soltanto per un lasso di tempo limitato: cinque giorni. Decorso tale termine occorre un impulso della parti, alle condizioni previste dall'art. 8, 6° comma della legge 121/1985, affinché la celebrazione religiosa produca anche gli effetti civili. Senza le condizioni imposte dalla novella del 1985 ciò non può avvenire e certamente questo accade, come detto, nel caso di un'istanza di trascrizione inoltrata successivamente alla morte di uno degli sposi. Non manca, nella sentenza in esame, anche un accenno alle problematiche di carattere pratico-burocratico connesse all'attribuzione dello stato civile di coniugato ad un soggetto che con la morte perde la capacità giuridica. Infine, nell'ultima parte della motivazione la Corte applica in modo rigoroso gli artt. 782 c.c., 2° comma e 1329 c.c., 2° comma. Al fine del perfezionamento del contratto di donazione si richiede che vi sia una coesistenza tra la volontà del donante e la notifica dell'accettazione del donatario poiché l'art. 782 c.c., 2° comma, prevede che la donazione non è perfetta «se non dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante»: di conseguenza la volontà del donante deve perdurare fino al momento in cui avviene la notifica dell'accettazione. È chiaro che la morte del donatario (in questo caso lo sposo che sottoponeva l'efficacia della donazione alla presentazione della richiesta di trascrizione) impedisce il perfezionamento della donazione stessa, in quanto l'accettazione della proposta donativa sarà in questa ipotesi *post mortem*. Il mancato perfezionamento del contratto di donazione travolge anche la condizione inserita nello stesso, ossia la richiesta di trascrivere il matrimonio canonico. Inoltre, così come per i contratti in generale, salvo quelli dell'imprenditore, anche per la donazione vale la regola secondo cui ogni proposta cade con la morte del proponente. La regola trova eccezione soltanto nei casi di proposta irrevocabile ex art. 1329, 2° comma c.c. per i quali la morte non toglie efficacia alla proposta. Tuttavia l'eccezione di cui all'art. 1329, 2° comma c.c. non può applicarsi alla donazione giacché la clausola dell'irrevocabilità da un lato «contrasta con la natura della donazione come atto a carattere strettamente personale» e, dall'altro, non tiene conto del disposto di cui all'art. 782, 3° comma, il quale, stabilendo che «prima che la donazione sia perfetta sia il donante che il donatario possono revocare la loro dichiarazione», conferisce tanto alla proposta che all'accettazione della stessa un carattere di «cronica precarietà» manifestamente incompatibile, in

caso di morte, con quel consenso attuale e con quella non opposizione alla richiesta di trascrizione del coniuge superstite costituenti i requisiti previsti dall'art. 8, 6° comma della legge 121/1985⁴⁶.

Nel caso in esame la presentazione della richiesta di trascrizione, integrante una condizione sospensiva meramente potestativa, è senz'altro configurabile come accettazione implicita della proposta donativa. Tuttavia tale richiesta è fatta dopo la morte dello sposo-donante con la conseguenza che la proposta non può ritenersi ancora sussistente al momento dell'accettazione. Di conseguenza il contratto di donazione non si perfeziona e ciò travolge ogni manifestazione di volontà contenuta nello stesso. Oltretutto la morte del coniuge non richiedente impedisce ogni possibilità di accertare un consenso attuale ed esplicito o una non opposizione alla richiesta. Al contrario, qualora l'accettazione fosse stata manifestata attraverso l'esperimento di una domanda di trascrizione, inoltrata all'ufficiale di stato civile e notificata al donante ancora in vita, non ci sarebbero stati dubbi in ordine all'ammissibilità di richiedere una siffatta trascrizione, salvo revoche intervenute *ex art. 782, 3° comma*, prima del momento perfezionativo del contratto di donazione.

In estrema sintesi, la donazione può rappresentare uno strumento efficace solamente nell'ambito della trascrizione tardiva, potendo produrre i suoi effetti esclusivamente *inter vivos*. All'opposto, la sua efficacia deve assolutamente negarsi con riferimento all'ipotesi di una trascrizione *post mortem*.

4. *Altri argomenti a sostegno dell'inammissibilità della trascrizione post mortem*

La possibilità di trascrivere tardivamente il matrimonio canonico è subordinata all'ininterrotta conservazione, da parte di «entrambi» i nubendi, dello «stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione» (art. 8, ultimo comma, l. 121/1985). In base al testo normativo, ai fini dell'ammissibilità di una trascrizione presentata *post mortem*, bisognerebbe ipotizzare l'esistenza di una *fictio iuris*, sostenendo:

– che la vita dello sposo deceduto prima della richiesta di trascrizione venga fatta protrarre, attraverso una finzione giuridica, fino al giorno della presentazione della stessa. In tal modo soltanto troverebbe soddisfazione la condizione della conservazione dello stato libero da parte di «entrambi» i contraenti;

⁴⁶ L'unico rilievo negativo che è possibile muovere alla sentenza 10734/2010 concerne la decisione di compensare le spese di giustizia tra le parti. Al riguardo si veda STEFANO CHERTI, *op. cit.*, p. 277.

– che nonostante il decesso, al nubente deceduto debba riconoscersi la persistenza dello stato libero anche dopo la sua morte;

– che all’evento morte si debba negare ogni efficacia interruttiva in ordine allo stato civile del defunto, il quale, al contrario, dovrebbe ritenersi «libero» senza soluzione di continuità, almeno – si badi bene – fino alla data di presentazione della richiesta di trascrizione.

L’inaccettabilità di tali conclusioni, utilizzate da chi scrive soltanto per costruire una *reductio ad absurdum*, confermano l’inammissibilità di una richiesta di trascrizione presentata *post mortem*.

Anche i requisiti della conoscenza e della non opposizione di cui all’art. 8, 6° comma della legge 121/1985 divengono un ostacolo invalicabile alla configurabilità di una trascrizione *post mortem* nell’ordinamento vigente, alla luce dell’interpretazione operata dalla dottrina prevalente. In primo luogo, sebbene non si richieda una manifestazione esplicita di consenso alla trascrizione tardiva da parte di entrambi i coniugi, si ritiene però necessario che uno degli sposi proponga l’istanza e l’altro non si opponga «manifestando la propria volontà in forma implicita⁴⁷». Di conseguenza il requisito della non opposizione, avente in origine natura negativa in quanto consistente semplicemente in un *non facere*, viene caricato di un carattere positivo in quanto, richiedendo la manifestazione di una volontà in forma quantomeno implicita, sembrerebbe soddisfatto soltanto con l’esecuzione di un *facere*, con la realizzazione di un fatto concludente. È chiaro che la realizzazione di un comportamento significativo non possa essere pretesa da un defunto, ormai privo di vita. Inevitabilmente questa interpretazione, collegando la non opposizione alla necessità di realizzare un comportamento in qualunque modo, implicitamente o esplicitamente, compatibile – o meglio non incompatibile – con la volontà di ottenere il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio, demolisce ogni possibilità di considerare ammissibile nel nostro ordinamento una trascrizione *post mortem*. Dall’inattività di chi è privo di vita non è possibile isolare alcun atto che possa assumere il senso di un’azione volontaria e significativa.

Una tale lettura sembra trovare conferma anche nella circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 26 febbraio 1986 recante “Istruzioni agli ufficiali dello stato civile per l’applicazione, allo stato, dell’art. 8, n. 1, dell’accordo fra la Repubblica Italiana e la Santa Sede⁴⁸”. Con riferimento alle attività

⁴⁷ Cfr. PAOLO DI MARZIO, *op. cit.*, p. 71 nonché PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 83.

⁴⁸ Il testo integrale della circolare nei suoi quindici punti è consultabile sul sito dell’Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose www.olir.it.

istruttorie dell'ufficiale dello stato civile, il paragrafo XIII delle Istruzioni impone al pubblico ufficiale di acquisire «l'assoluta certezza che l'istanza sia portata a conoscenza dell'altro coniuge». La dottrina, chiamata sul punto a chiarire le modalità con cui ritenere soddisfatta questa esigenza, ha ritenuto sufficiente l'applicazione degli artt. 139 e 140 c.p.c. in tema di notifica degli atti giudiziari. Tuttavia, secondo altra dottrina, lo scopo potrebbe ritenersi raggiunto soltanto con una notifica effettuata nelle mani del coniuge non richiedente⁴⁹. Una tale ricostruzione offre un ulteriore argomento a sostegno dell'inammissibilità di una trascrizione *post mortem*. È infatti evidente che le citate formalità, non potendo essere esperite nel caso di premorienza del coniuge destinatario della richiesta di trascrizione, impediscono il soddisfacimento del requisito della “conoscenza” richiesto dalla legge 121/1985.

Autorevole dottrina, inoltre, sostiene che la manifestazione della volontà di opporsi alla richiesta di trascrizione tardiva del matrimonio canonico sia sempre revocabile⁵⁰. Il limite di una tale ricostruzione è dato soltanto dall'impossibilità di fissare un termine decorso il quale l'opposizione diventi definitiva. Tuttavia, tale tesi sembra trovare conferma nel testo dei disegni di legge che avrebbero dovuto portare all'emanazione di una nuova legge matrimoniale, in luogo dell'ancora vigente legge 847/1929. Il disegno di legge n. 1831/1987, mai approvato, all'art. 12, 2° comma prevedeva un termine di quaranta giorni entro cui il coniuge non richiedente era tenuto a far pervenire la sua opposizione. Spirato tale termine avrebbe funzionato il meccanismo del silenzio-assenso⁵¹; al contrario, nel termine dei quaranta giorni sarebbe stato possibile l'esercizio di uno *ius poenitendi* nei confronti di una precedente opposizione eventualmente già depositata. Sulla base di quanto emerso dall'analisi del disegno di legge, la tesi sopra riportata sembra da condividere. In tal senso attribuire al contenuto della non opposizione, come corollario, anche il diritto di revocare – in termini non definiti, ma sicuramente strettissimi a mio avviso – la precedente opposizione, è un ulteriore motivo di inammissibilità della trascrizione *post mortem*, perché allontana il requisito della non opposizione dai caratteri propri di una inerte attesa, avvicinandolo ad un comportamento “attivo anche quando implicito perché consistente in un fatto concludente, sicuramente meditato al punto da ammettere, seppur in termini stretti, ripensamenti e correzioni”. Così costruito il requisito della

⁴⁹ FRANCESCO GAZZONI, *op. cit.*, p. 532.

⁵⁰ FRANCESCO GAZZONI, *ibidem*, p. 532.

⁵¹ Il testo del disegno di legge n. 1831/1987 è consultabile sul sito dell'Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, www.olir.it.

non opposizione da un lato sembra maggiormente espressivo del principio di volontarietà degli effetti civili. Dall'altro diviene del tutto incompatibile con l'evento morte, espungendo dal sistema le ipotesi di trascrizione *post mortem*.

Siffatte conclusioni precludono l'ammissibilità della richiesta di trascrizione *post mortem* anche nell'altra ipotesi di trascrizione effettuata su iniziativa del "coniuge" premorto. Si tratta precisamente del caso in cui la richiesta di trascrizione venga effettuata dal "coniuge" superstite in aderenza a quanto dichiarato dal *de cuius* in un atto testamentario, alla presenza di un notaio e di due testimoni⁵². Senza dubbio il testamento, per la sua natura di atto di ultima volontà, rivolge la sua efficacia al tempo in cui il testatore «avrà cessato di vivere» ed, in tal senso, sembrerebbe idoneo a rappresentare una volontà ancora sussistente al momento dell'apertura della successione. Tuttavia il rigore della novella del 1985 e l'interpretazione altrettanto rigorosa che viene data dalla dottrina ai requisiti della conoscenza e della non opposizione - necessariamente da contestualizzare al momento della presentazione dell'istanza, in quanto non presumibili da atti o comportamenti antecedenti alla richiesta per una precisa scelta del legislatore pattizio - impediscono di ammettere una richiesta di trascrizione posteriore alla morte di uno degli sposi. Ove si accettasse una tale ipotesi verrebbe svilita di significato la disciplina relativa alla trascrizione tardiva, ben potendosi, a quel punto, ricavare la non opposizione da un qualunque atto antecedente alla morte dal quale risulti una volontà conforme al riconoscimento civile delle nozze religiose. Allora non troverebbero più necessità di esser posti i requisiti *ex art. 8, 6° comma l. 121/1985*, potendosi dedurre la non opposizione anche dalla stessa richiesta di pubblicazioni o addirittura dalla mera celebrazione del matrimonio canonico. Anzi, tali atti garantirebbero anche una maggiore stabilità rispetto all'atto testamentario, per sua natura revocabile. La non automaticità dell'atto di trascrizione rispetto agli antecedenti adempimenti concordatari – comprese le nozze come detto *supra*⁵³ –, non consente tali presunzioni, ma richiede, decorso il termine fissato per la tempestiva trascrizione del rito religioso, una nuova manifestazione di volontà, anche di un solo coniuge, a cui segua la non opposizione dell'altro da manifestarsi esplicitamente o anche implicitamente. Tutto ciò, come detto,

⁵² ANTONIO FUCCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, in *Diritto e religioni*, 1-2, 2006, p. 279, secondo il quale l'impiego di un regolare testamento può ritenersi un'ipotesi «assolutamente plausibile, in quanto un consenso manifestato attraverso un veicolo giuridico idoneo, è forse sufficiente a suffragare l'ipotesi della non opposizione».

⁵³ Vedi paragrafo 2.

non è realizzabile nel caso di premorienza di uno degli sposi, quand'anche una siffatta volontà emerga dal testamento. Contro tale osservazione non è efficace aggrapparsi alla particolare natura e forza dell'atto testamentario redatto nella forma del testamento pubblico, suscettibile di produrre i suoi effetti dopo la morte del testatore e come tale in grado di rappresentare una volontà ferma e perdurante nel tempo. Infatti l'art. 587, 1° comma c.c., per prima cosa si preoccupa di definire il testamento come atto revocabile. Anzi, il testamento è l'atto revocabile per eccellenza tanto che in presenza di più testamenti prevale quello posteriore. Il criterio cronologico travolge ogni rilevanza del requisito della forma: tra un testamento redatto nella forma dell'atto pubblico alla presenza di due testimoni ed un successivo testamento olografo scritto di proprio pugno dal *de cuius* su un qualsiasi foglio prevale quest'ultimo. In questo senso perde anche di importanza che la dichiarazione di volontà in ordine alla trascrizione sia contenuta in un testamento pubblico o in quello olografo, essendo i due tipi equipollenti dal punto di vista della loro efficacia rispetto allo scopo, senza dimenticare chiaramente la diversa efficacia probatoria del testamento pubblico *ex art. 2700 c.c.*. Che il testamento sia uno strumento davvero poco adatto a consentire di postulare l'ammissibilità della trascrizione *post mortem* lo si comprende dallo stesso art. 587, 1° comma, che lo definisce come l'atto «revocabile, con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse». Da tale nozione emerge il carattere normalmente patrimoniale dell'atto testamentario, sicuramente adatto a consentire di disporre dei propri beni, meno duttile, invece, a veicolare dichiarazioni di volontà aventi carattere personale come quella relativa alla trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico. Il 2° comma dell'art. 587 c.c. conferma quanto detto: infatti la possibilità di inserire efficacemente dichiarazioni di carattere non patrimoniale nell'ambito del testamento è ammessa soltanto quando «la legge consente che siano contenute in un testamento». Si tratta quindi di ipotesi tassativamente previste dal legislatore, per le quali si richiede un'espressa possibilità di essere destinate a produrre effetti nell'ambito del testamento⁵⁴. Davvero illuminante, al riguardo, è la lettura del combinato disposto degli artt. 254, 1° comma e 256 c.c.. Mentre l'art. 254 espressamente consente che il riconoscimento del figlio naturale sia fatto in un testamento, qualunque sia la forma di questo (ad

⁵⁴ È questo il caso delle dichiarazioni di cui agli artt. 254 e 256 (riconoscimento del figlio naturale), 285 (legittimazione del figlio naturale), 348 e 355 (designazione del tutore e del protutore), 466 (riabilitazione dell'indegno), 629 (disposizioni in favore dell'anima) che comunque richiedono ai fini della loro efficacia la predeterminazione della somma di denaro o dei beni da impegnare, 700 (nomina di esecutori testamentari), 2735 (confessione stragiudiziale).

ulteriore conferma dell'indifferenza della forma rispetto agli effetti), l'art. 256 c.c. sancisce, con una norma di carattere chiaramente eccezionale, e quindi non suscettibile di applicazione analogica, che «il riconoscimento è irrevocabile», avendo effetto dal giorno della morte del testatore anche quando il testamento sia stato revocato. Per cui si può agevolmente sostenere che il testamento sia un atto *mortis causa* di carattere patrimoniale che può ammettere, in caso di ipotesi tipiche aventi carattere eccezionale e come tali espressamente previste dal legislatore, anche disposizioni di carattere non patrimoniale. È evidente che se il legislatore avesse voluto consentire nel testamento l'inserimento di quella manifestazione di volontà diretta a richiedere la trascrizione *post mortem* del matrimonio religioso, lo avrebbe fatto prevedendo un'apposita disposizione di carattere eccezionale⁵⁵. Ciò non è avvenuto e quanto detto esclude alla radice la possibilità di configurare una trascrizione *post mortem* nel nostro ordinamento anche in presenza di volontà testamentarie dirette a richiederla. Tali dichiarazioni infatti sarebbero prive di efficacia.

La volontà del legislatore del 1985 di espungere dall'ordinamento giuridico ogni forma di trascrizione *post mortem* trova una indiretta ma chiara conferma anche dalla abrogazione, per mancata riproduzione, dell'art. 13 della legge 847 del 1929. Nel delineare quel tipo di trascrizione che la dottrina⁵⁶, in modo riduttivo secondo chi scrive, aveva indicato come trascrizione tempestiva ritardata, l'art. 13 prevedeva che «se la celebrazione del matrimonio non» fosse «stata preceduta dalle pubblicazioni o dalla dispensa, la trascrizione» poteva «aver luogo soltanto dopo l'accertamento» dell'inesistenza degli impedimenti indicati all'art. 12. Nel testo della disposizione riportata non si faceva menzione né di un termine entro cui presentare la richiesta, né della circostanza che tale richiesta dovesse provenire dal ministro celebrante il rito religioso, come invece si richiedeva ai fini della trascrizione tempestiva. Sulla base del suo tenore letterale, quindi, l'art. 13 della legge matrimoniale avrebbe ammesso, in assenza delle preventive pubblicazioni, anche una richiesta di trascrizione non tempestiva,

⁵⁵ In tal senso potrebbe trovare ragion d'essere l'inerzia del legislatore in ordine all'emanazione di una nuova legge matrimoniale. Probabilmente, anche si tratta di una semplice riflessione di chi scrive, la discussione e l'approvazione dei disegni di legge avrebbe fatto sorgere dilanti contrapposizioni la cui difficile composizione avrebbe suggerito al legislatore di ritornare sui propri passi. È evidente che la mancata emanazione di una nuova legge matrimoniale costituisce un ulteriore argomento a sostegno della volontà del legislatore di non ammettere la trascrizione dopo la morte di uno degli sposi. Al riguardo, è significativo riportare le parole del Finocchiaro che con riferimento a tali disegni di legge afferma che la loro «perdita nel limbo delle proposte legislative mai approvate non suscita rimpianti» in FRANCESCO FINOCCHIARO, *Profili problematici del riconoscimento civile del matrimonio canonico*, cit., p. 39.

⁵⁶ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 567 ss.

presentata successivamente al termine dei cinque giorni dalla celebrazione delle nozze religiose. In tal modo sarebbe stato possibile presentare una richiesta di trascrizione tardiva o addirittura *post mortem* a prescindere dalle pubblicazioni. In altri termini, un'interpretazione letterale dell'art. 13 non avrebbe impedito di configurare un'ipotesi che potremmo definire di "trascrizione ritardata *post mortem*" allorquando, in assenza delle pubblicazioni, la richiesta di trascrizione fosse stata presentata, dopo la morte di uno o di ambo i coniugi, dal coniuge superstite o da terzi interessati al riconoscimento civile del vincolo coniugale. A fronte di tali richieste, l'ufficiale di stato civile, verificata l'assenza dei casi di intrascrivibilità di cui all'art. 12 e dopo aver provveduto alle pubblicazioni, avrebbe dovuto procedere alla trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile. Per impedire una tale interpretazione, ossia "per evitare di far dire all'art. 13 quanto avrebbe potuto dire", la dottrina impose una lettura, forzatamente restrittiva, dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 8, 2° comma della legge 847 del 1929, sostenendo che si sarebbe potuto far ricorso alla trascrizione ritardata soltanto quando il ministro di culto avesse inoltrato l'atto di matrimonio entro il termine dei cinque giorni dalla celebrazione⁵⁷. Il legislatore, non riproducendo la disposizione di cui all'art. 13, ha eliminato ogni dubbio circa l'inammissibilità di procedere ad una trascrizione *post mortem* in mancanza di pubblicazioni, senza che sia più necessario, a differenza di quanto fatto in passato, elaborare sofisticate operazioni ermeneutiche a sostegno di tale conclusione. L'eliminazione dell'art. 13 ad opera della legge 121 del 1985 può e deve essere letta in quest'ottica. Ben si può ritenere, quindi, che con essa il legislatore pattizio abbia inteso neutralizzare ogni possibilità di procedere alla trascrizione sulla base di una richiesta presentata *post mortem*. Per ragioni di coerenza sistematica, il legislatore del 1985 non avrebbe potuto escludere dall'ordinamento giuridico ogni caso di trascrizione *post mortem* per poi far salva l'ipotesi di una trascrizione "*post mortem* ritardata". In buona sostanza, l'eliminazione dell'art. 14 della legge matrimoniale non poteva non coinvolgere anche l'art. 13. Infatti la sola eliminazione dell'art. 14 sarebbe stata incapace di eliminare ogni forma di trascrizione *post mortem* senza la contestuale espulsione dall'ordinamento di quella disposizione (l'art. 13 appunto) potenzialmente in grado di configurare un'ulteriore ipotesi di trascrizione (ritardata) *post mortem*: in questo senso la congiunta soppressione degli artt. 13 e 14 della legge matrimoniale, oltre a confermare l'inammissibilità delle ipotesi di trascrizione *post mortem* nel nostro ordinamento, costituisce una delle operazioni di maggiore coerenza e lucidità nell'ambito della novella del 1985.

⁵⁷ Cfr. PAOLO DI MARZIO, *op. cit.*, p. 60.

Come già accennato sul finire del primo paragrafo, un ulteriore argomento a sostegno dell'inammissibilità della trascrizione *post mortem* deriva dall'applicazione delle norme dettate dal codice civile in materia di pubblicazioni. L'inquadramento del procedimento di trascrizione nell'ambito della figura generale del procedimento amministrativo, alla luce in particolar modo della legge 241/1990, richiede che lo stesso, lungi dal poter assumere una durata indefinita, debba svolgersi ed esaurirsi in un tempo definito. L'art. 6 della legge matrimoniale n. 847 del 1929, non abrogato dalla legge 121/1985 in virtù del riferimento da essa operato alla necessità delle preventive pubblicazioni nella casa comunale (non si fa più cenno alle pubblicazioni presso la Parrocchia), prevede che le pubblicazioni «debbono essere fatte a norma degli [artt. 93 e seguenti c.c. e degli artt. 50 e seguenti del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396]⁵⁸. Per questo motivo tra gli adempimenti che è necessario promuovere per ottenere il riconoscimento civile del matrimonio canonico permangono le pubblicazioni, così come disciplinate dagli artt. 93 ss del codice civile. Tale assunto trova conferma anche nel Decreto Generale della CEI sul matrimonio canonico del 5 novembre 1990⁵⁹ che pur richiedendo le pubblicazioni canoniche, sebbene non più necessarie a norma dell'art. 8 della legge 121/1985, in quanto rispondenti ad «una esigenza di bene comune» (art. 12 Decreto), ritiene altresì necessarie le pubblicazioni civili. La disciplina del codice civile conferma la bontà dell'assimilazione del procedimento di trascrizione al procedimento amministrativo. Infatti l'art. 99, 2° comma c.c. prevede che se il matrimonio non è celebrato nei centottanta giorni successivi, la pubblicazione si considera come non avvenuta. In altri termini la mancata celebrazione delle nozze nel termine di 180 giorni dalle pubblicazioni, essendo considerata dal legislatore un'intollerabile inerzia, impedisce ai nubendi di dar seguito all'*iter* procedimentale, proprio perché produce come conseguenza il venir meno delle pubblicazioni, l'atto iniziale del procedimento di trascrizione costituente il presupposto per ottenere la trascrizione in senso stretto. Accogliendo il termine dei 180 giorni come termine di validità delle pubblicazioni⁶⁰, se ne può dedurre che per procedere alla trascrizione tempestiva occorra comunque esaurire l'intero procedimento di trascrizione nel termine massimo di 185 giorni (180 giorni per la celebrazione del matrimonio religioso e 5 giorni per l'inoltro della richiesta di trascrizione

⁵⁸ La modifica riportata nelle parentesi quadra è opportunamente inserita da SALVATORE BERLINGÒ – GIUSEPPE CASUSCELLI, *Codice del diritto ecclesiastico*, IV edizione, Giuffrè, Milano, 2003, p. 524.

⁵⁹ Il testo del Decreto è consultabile sul sito www.chiesacattolica.it

⁶⁰ CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato*, cit., p. 216.

all'ufficiale dello stato civile). Venendo meno le pubblicazioni intese come presupposto della trascrizione, la celebrazione delle nozze al di fuori del termine dei 180 giorni non rende possibile che si proceda alla trascrizione del rito religioso e ciò trova conferma anche nell'eliminazione, ad opera della novella del 1985, della trascrizione tempestiva ritardata in grado di sanare la mancanza delle preventive pubblicazioni. Il regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile di cui al d.P.R. 396/2000, pur abrogando numerosi articoli relativi al Libro I, Titolo VI, Sezione II (Delle formalità preliminari del matrimonio), ha lasciato intatta la disciplina esaminata, caratterizzata quindi da una scansione temporale netta entro cui svolgere le varie fasi del procedimento di trascrizione. Se è stata prevista una tale rigidità, ulteriormente rafforzata dalla mancata modifica ad opera del d.P.R. 396/2000, è perché il legislatore ha scelto di conservare l'efficacia degli atti costituenti gli adempimenti concordatari per un periodo di tempo limitato, allo scopo di garantire una certezza delle situazioni giuridiche soggettive nell'interesse dei contraenti e dei terzi. I contraenti devono essere ben consci di tali formalità, perché sono le pubblicazioni ad assicurare alle parti che il matrimonio sarà trascritto⁶¹.

Il legislatore mette a disposizione degli sposi che intendono attribuire al rito religioso gli effetti civili la forma della trascrizione tempestiva e la forma della trascrizione tardiva. Al riguardo occorre segnalare che alla base della scelta di trascrivere tardivamente il matrimonio debba sussistere un accordo tra sposi e ministro di culto in base al quale i nubendi vengono ammessi a celebrare un matrimonio solamente canonico senza che però venga impedita loro la possibilità di chiederne in un secondo momento la trascrizione⁶². Ciò non avverrà in ogni caso, ma solo per fondati motivi «certamente valutati dall'autorità ecclesiastica⁶³». Ebbene, lo Stato detta delle condizioni ben precise affinché il matrimonio canonico possa diventare civilmente riconosciuto. Di conseguenza, la scelta di trascrivere tardivamente le nozze – scelta sempre cosciente per le modalità con cui si realizza – comporterà l'assunzione in capo agli sposi di un onere alquanto rischioso: se vorranno attribuire effetti civili al matrimonio canonico dovranno farlo alle condizioni stabilite dal legislatore, avendo piena consapevolezza del fatto che ove sopravvenga la morte di uno di loro la trascrizione non sarà più realizzabile; ciò perché la scelta di postici-

⁶¹ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 303.

⁶² LUCA IANNACCONE, *Il matrimonio davanti ai ministri di culto cattolico*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da GILDA FERRANDO, volume primo, Zanichelli, 1988, p. 360.

⁶³ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 304.

pare il riconoscimento civile del matrimonio canonico produce «una frattura temporale tra gli atti espressivi della volontà indirizzata agli effetti civili e gli atti conclusivi del procedimento» di trascrizione, con la conseguenza che gli adempimenti già compiuti (pubblicazioni, rilascio del nulla osta, celebrazione religiosa), proprio «perché compiuti a distanza di tempo, non possono essere considerati manifestazioni di una sicura volontà di entrambi» gli sposi di ottenere «gli effetti civili⁶⁴».

Tale conclusione è coerente anche con la natura dell'atto di matrimonio inteso come certificato amministrativo suscettibile di diventare atto pubblico⁶⁵. Pur non avendo la natura di atto pubblico, il legislatore attribuisce all'atto di matrimonio un valore probatorio identico a quello dell'atto pubblico. Tuttavia tale equiparazione in ordine agli effetti non ha durata indefinita, e ciò emerge in modo indiretto dal testo del paragrafo XIII delle Istruzioni agli ufficiali dello stato civile. Infatti, mentre nel caso di trascrizione tempestiva gli ufficiali possono presumere la volontà degli sposi di conferire effetti civili sulla base dell'atto di matrimonio allegato alla richiesta di trascrizione, nel caso di trascrizione tardiva occorre che essi verifichino che quella volontà sia divenuta attuale.

La previsione di un termine entro cui la volontà dei nubendi si presume costante ed attuale, e al di fuori del quale deve essere accertata di volta in volta, è confermata dall'art. 111 c.c. L'art. 111 c.c. sotto la rubrica «celebrazione per procura», pur prevedendo che la procura debba essere fatta per atto pubblico, al 5° comma dispone che il matrimonio non possa essere più celebrato quando siano trascorsi centottanta giorni da quello in cui la procura è stata rilasciata.

In definitiva, l'inserimento del procedimento di trascrizione nell'ambito del procedimento amministrativo, ben giustifica la necessità di termini rigorosi, entro cui presumere la permanenza della volontà desumibile dagli adempimenti concordatari, ed oltre i quali richiedere una nuova manifestazione della stessa volontà in ordine al riconoscimento degli effetti civili al matrimonio canonico. Al di fuori di tali termini, la morte di uno degli sposi si configurerà come un evento idoneo a rendere impossibile l'attribuzione degli effetti civili.

D'altronde, l'adozione stessa della nozione di matrimonio canonico civilmente riconosciuto chiarisce in modo limpido la natura non automatica del provvedimento di trascrizione, chiamato a dare rilevanza civilistica ad una celebrazione religiosa sulla base dell'osservanza di condizioni imposte dal

⁶⁴ Così STEFANO CHERTI, *op. cit.*, p. 280.

⁶⁵ Si veda il paragrafo 2.

legislatore pattizio. In questo senso tale locuzione è da preferirsi a quella di matrimonio concordatario che, al contrario, sembrerebbe apparentemente ridurre ad un'unica entità la celebrazione religiosa e gli effetti civili, *reductio ad unum* non più rinvenibile dopo gli interventi legislativi del 1970 e del 1975.

Infine, appare particolarmente interessante, dedicare una breve riflessione ai motivi che spingono gli sposi a decidere di ritardare la trascrizione del matrimonio canonico per ravvisare eventuali ambiti di meritevolezza. Alla base della scelta di rinviare ad un momento successivo la richiesta di trascrizione del matrimonio possono esserci diverse ragioni. In primo luogo, «l'esigenza di non affrontare immediatamente un contrasto familiare, o più semplicemente di non recare dolore a genitori che non approverebbero il matrimonio, può indurre le parti a sposarsi solo religiosamente dando al matrimonio poca o nessuna pubblicità⁶⁶». In secondo luogo, la scelta di trascrivere il matrimonio tardivamente può derivare dalla necessità di eludere divieti temporanei di matrimonio, come quelli tuttora imposti ai militari impegnati in servizio permanente effettivo. In altri casi il ricorso alla trascrizione tardiva avviene con l'intenzione di non rinunciare a vantaggi economici connessi allo stato libero, come nel caso della pensione di reversibilità⁶⁷. Se nei primi due casi è possibile rinvenire un interesse quantomeno suscettibile di un tiepido apprezzamento, quale quello di non arrecare dolore ai familiari o quello di promettere fedeltà alla persona amata in attesa del superamento del divieto temporaneo di nozze, nell'ultimo esempio di apprezzabile c'è ben poco. In questa circostanza, infatti, l'ipotesi della trascrizione tardiva viene utilizzata strumentalmente con il fine di sottrarsi, finché possibile, agli effetti giuridici conseguenti alla costituzione civile del vincolo coniugale, quali la perdita della pensione di reversibilità o la perdita del diritto di abitazione riconosciuto in determinati casi in capo al coniuge superstite. La presenza di tali situazioni costituisce ancora un ulteriore argomento a sostegno dell'opportunità di escludere l'ammissibilità della trascrizione *post mortem* nel nostro ordinamento. Troppe sarebbero le strumentalizzazioni di tale istituto (si pensi ai possibili devastanti risvolti in tema di pensioni sociali), troppe le distorsioni dell'intera materia matrimoniale. Ed il principio di volontarietà degli effetti civili, anziché a servizio della genuina volontà dei contraenti il patto nuziale, diverrebbe soltanto un indigesto espediente con cui soddisfare interessi di carattere esclusivamente patrimoniale.

⁶⁶ Così CARLO CARDIA, *op. ult. cit.*, p. 213.

⁶⁷ LUCIANO GUERZONI, *op. cit.*, p. 173 ss.

5. *Riflessioni conclusive e prospettive di tutela dei contraenti in caso di impossibilità di procedere alla trascrizione.*

Il paragrafo XIV delle Istruzioni agli ufficiali dello stato civile prevede che «la trascrizione *post mortem* di entrambi i coniugi» sia «possibile, ove sia stata da entrambi richiesta prima del decesso». In realtà quella che la circolare incautamente chiama trascrizione *post mortem*, altro non è che una richiesta di trascrizione tardiva presentata congiuntamente dai due coniugi o da uno solo con la conoscenza e la non opposizione dell'altro, ancora in vita al momento della richiesta. Infatti è possibile che tra la richiesta di trascrizione presentata da uno o da ambo i coniugi⁶⁸ e l'iscrizione nei registri dello stato civile dell'atto di matrimonio trasmesso - da effettuarsi a cura dell'ufficiale dello stato civile nelle successive ventiquattro ore -, uno o entrambi i contraenti possano perdere la vita. In tali casi, pur essendo effettuata l'iscrizione nei registri civili dell'atto di matrimonio dopo la morte di uno o di ambo i coniugi, la trascrizione non potrà considerarsi inammissibile in quanto effettuata *post mortem*. Infatti, elemento costitutivo della trascrizione *post mortem* è che la richiesta di trascrizione delle nozze religiose sia successiva e non anteriore al decesso dei nubendi. Nel caso di cui al paragrafo XIV, in modo del tutto evidente, la richiesta è invece presentata prima della morte, non andando così ad integrare la fattispecie della trascrizione *post mortem*, non ammessa nel nostro ordinamento. Per cui un'istanza presentata dai coniugi in vita, congiuntamente o separatamente, volta a trascrivere tardivamente il rito religioso produce gli effetti propri della trascrizione, anche quando prima del provvedimento di trascrizione in senso stretto uno dei contraenti, o addirittura entrambi, perdano la vita. In tali casi infatti è stato possibile accertare in modo attuale sia il requisito della conoscenza che della non opposizione e non vi sono quindi ostacoli alla costituzione degli effetti civili del matrimonio canonico.

Acclarata nei passi precedenti l'inammissibilità della richiesta di trascrizione presentata successivamente alla morte di un coniuge, occorre interrogarsi in merito ad eventuali vuoti di tutela esistenti nella disciplina vigente.

Per indagare su tale problematica si partirà da un esempio, tanto macabro quanto non del tutto improbabile. Immaginiamo il caso di due sposi che, dopo aver contratto il giorno sabato 18 dicembre 2004, matrimonio canonico in una piccola parrocchia di montagna alla presenza di un anziano prete, partono il giorno successivo per trascorrere dieci giorni di luna di miele in

⁶⁸ In questo caso si utilizza il termine coniuge per evidenziare l'ammissibilità della trascrizione, essendo ambedue i coniugi in vita al momento della richiesta.

una rinomata isola della Thailandia. La sera di domenica 19 dicembre 2004 si spegne improvvisamente il sacerdote senza che abbia inoltrato la richiesta di trascrizione tempestiva, a causa della chiusura domenicale degli uffici comunali. La stessa sorte, davvero avversa, colpisce gli sposi il 26 dicembre 2004 a causa dello tsunami che si abbatte sulle coste dell'isola.

L'esempio, volutamente estremizzato ma non lontano da fatti tragicamente accaduti, realizza un'ipotesi di sopravvenuta impossibilità oggettiva di inoltrare tanto la richiesta di trascrizione tempestiva quanto una successiva richiesta di trascrizione tardiva, impossibilità non imputabile affatto ad alcuno dei contraenti e tantomeno al sacerdote⁶⁹. In questo caso il matrimonio è come se non fosse stato mai celebrato alla luce dell'ordinamento vigente. Tornando all'esempio precedente, alla stessa conclusione si deve pervenire anche nell'ipotesi in cui uno degli sposi riesca a salvarsi dalla furia del mare: la morte di uno degli sposi andrebbe a concretare, nel caso in cui lo sposo superstite decida comunque di richiedere la trascrizione del matrimonio, l'ipotesi di una trascrizione *post mortem*, che in base alla disciplina vigente deve ritenersi inammissibile.

La mancanza di una o più disposizioni, di carattere necessariamente eccezionale, destinate alla tutela di queste situazioni caratterizzate dall'impossibilità oggettiva – non imputabile al comportamento o ad una colpevole inerzia dei contraenti in quanto dovuta a caso fortuito o a forza maggiore – di procedere alla trascrizione sia tempestiva che tardiva, costituisce un vuoto di tutela notevole nell'ambito del nostro ordinamento, sicuramente meritevole di essere colmato da un intervento del legislatore. Ebbene, solo e soltanto in ipotesi analoghe a quella indicata nell'esempio, caratterizzate da una sequenza di eventi idonei a rendere oggettivamente impossibile tanto la trascrizione tempestiva quanto la trascrizione tardiva nonostante la volontà dei contraenti di riconoscere effetti civili alle nozze, potrebbe forse ammettersi una trascrizione *post mortem*.

Tale vuoto di tutela non è presente in Francia, dove è ammesso, a partire dal 1959, l'istituto del *mariage posthume*. La modifica del *code civil* ha preso le mosse dalla tragedia del Fréjus del dicembre del 1959, in cui persero la vita ben 420 persone. Tra le vittime vi fu anche un uomo che a distanza di pochi giorni si sarebbe dovuto sposare. Il legislatore francese, constatando il vuoto normativo che colpì profondamente l'opinione pubblica francese,

⁶⁹ In caso di ritardo colpevole del sacerdote è ammessa l'azione di risarcimento dei danni nei confronti del ministro celebrante.

apportò rilevanti modifiche all'art. 171 c.c.⁷⁰. L'art. 171 del *code civil* nella sua formulazione attuale prevede che il Presidente della Repubblica, ove ricorrano gravi motivi, possa «*autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement*⁷¹». Il provvedimento è rimesso alla discrezionalità del Presidente della Repubblica che è chiamato a valutare l'esistenza di gravi motivi e di comprovate ragioni quali la richiesta delle pubblicazioni o l'esistenza di un progetto di vita in comune. In tal modo il *partner* superstite, pur non acquisendo automaticamente diritti successori, ottiene il diritto di portare il cognome del fidanzato scomparso, di beneficiare di assicurazioni già stipulate e di donazioni o disposizioni testamentarie⁷².

A conclusione dell'intero lavoro, alla luce anche di quanto previsto dal legislatore francese, pur ribadendo l'inammissibilità della trascrizione *post mortem* all'interno del nostro ordinamento ed i rischi di strumentalizzazione che deriverebbero da una sua introduzione nel sistema, non si può non evidenziare un vuoto di tutela in presenza di fattispecie caratterizzate dall'impossibilità di procedere alla trascrizione sia tempestiva che tardiva. Tale lacuna dovrebbe condurre ad un intervento legislativo in grado di far salvi gli effetti civili del matrimonio religioso, una volta che sia stata accertata, nonostante la sussistenza in capo ai contraenti della volontà di procedere alla trascrizione, l'assoluta impossibilità di procedere al riconoscimento civile del matrimonio canonico, come avviene nell'esempio riportato. Soltanto in questa prospettiva *de iure condendo* - lontana dalla realtà attuale - si potrebbe valutare, caso per caso, con un meccanismo analogo a quello del *mariage posthume*, l'ammissibilità di una richiesta di trascrizione *post mortem* proveniente dallo sposo superstite.

⁷⁰ Quanto riportato è rinvenibile in STEFANO CHERTI, *op. cit.*, p. 280.

⁷¹ Ai sensi dell'art. 171 del *code civil* il Presidente della Repubblica francese può autorizzare la celebrazione di un matrimonio se uno dei futuri sposi è deceduto dopo la realizzazione di formalità ufficiali espressive in modo inequivoco del suo consenso.

⁷² STEFANO CHERTI, *op. cit.*, pp. 280-281.