



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2009
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

7



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno III - n. 1-2009
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, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, 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, 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. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, 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
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Direzione:

Cosenza 87100 - Luigi Pellegrini Editore
Via De Rada, 67/c
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80133- Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187
E-mail: martedes@unina.it

Redazione:

Cosenza 87100 - Via De Rada, 67/c
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80134 - Facoltà di Giurisprudenza
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18
E-mail: mariadario@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

- versamento su conto corrente postale n. 11747870
- assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Essi riceveranno n. 2 fascicoli gratuiti della rivista.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili Sentenza 18 luglio 2008, n. 19809

Matrimonio concordatario – errore doloso relativo a infedeltà pre-matrimoniale – sentenza ecclesiastica di nullità – delibazione – erronea applicazione dell’art. 64 della legge 218 del 1995 – normativa applicabile – limiti alla delibazione – contrasto con l’ordine pubblico – irrilevanza dell’errore doloso relativo a comportamenti temporanei ed occasionali

L’abrogazione degli articoli 796 e 797 c.p.c., avvenuta ad opera della legge 218 del 1995, non ha comportato “la loro inapplicabilità nel giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, essendo divenuto il previgente art. 797 c.p.c. parte della convenzione interordinamentale che lo richiama, con l’effetto che, ai sensi dell’art. 2 della l. 218 del 1995, tale accordo prevale, come regola speciale, sul generale criterio di collegamento dell’art. 64 del sistema di diritto internazionale privato (Cass. 10 maggio 2006, n. 10796; 1° dicembre 2004, n. 22514, e la n. 8764/2003 citata in ricorso). Il giudice della delibazione deve valutare il contrasto delle disposizioni contenute nella sentenza ecclesiastica con l’ordine pubblico che, per l’art. 797, n. 7, c.p.c., è solo quello “italiano” e non anche quello “internazionale”, al quale implicitamente si rifà l’art. 64 della l. n. 218 del 1995, che non limita a quello interno il parametro a cui rapportare le pronunce da riconoscere (sull’ordine pubblico internazionale, cfr. Cass. 6 dicembre 2002, n. 17349)”. Pertanto, la declaratoria di esecutività di una sentenza ecclesiastica trova ostacolo nel contrasto con l’ordine pubblico italiano: “Solo se le fattispecie concrete decise in sede canonica superano il raffronto con l’ordine pubblico interno che esprime i valori cogenti del comune sentire, come emergenti dall’insieme delle norme costituzionali e ordinarie e delle loro modifiche nel tempo, le sentenze che le riguardano possono produrre i loro effetti in Italia; in caso di contrasto manifesto con i valori propri del sistema normativo interno, le sentenze degli altri ordinamenti e i loro effetti non possono riconoscersi in Italia”. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno quindi pronunciato il seguente principio di diritto: “può riconoscersi l’efficacia in Italia delle sentenze di altri ordinamenti solo qualora non siano incompatibili con l’ordine pubblico interno e, rispetto a quelle di altri Stati di annullamento del matrimonio, il limite di riconoscibilità è costituito da ogni tipo di incompatibilità, assoluta o relativa., delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, in ragione del favore particolare al loro riconoscimento che lo Stato italiano s’è imposto con il protocollo addizionale del 18 febbraio 1984 modificativo del concordato, è possibile la delibazione anche in caso di incompatibilità relativa, che sussiste allorché la divergenza delle statuizioni contenute nella pronuncia con le norme e i principi inderogabili interni, possa superarsi, attraverso la individuazione di circostanze o fatti, desumibili dal riesame non di merito di tali decisioni, ad opera del giudice della delibazione, che individui elementi di fatto nella sentenza da riconoscere, pure irrilevanti per il diritto canonico,

indispensabili a conformare le deliberazioni della pronuncia da riconoscere ai valori o principi essenziali della coscienza sociale, desunti dalle fonti normative costituzionali e dalle norme inderogabili, anche ordinarie, nella materia matrimoniale”¹.

¹ Precedenti giurisprudenziali: Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza n. 3709 del 14 febbraio 2008: la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale trova un limite nella contrarietà all’ordine pubblico italiano, nel cui ambito è ricompreso il principio della buona fede e dell’affidamento incolpevole: “*Il vincolo rappresentato dal rispetto del principio dell’ordine pubblico trova fondamento nel combinato disposto dell’art. 8, comma 2, lett. e) dell’Accordo del 1984 di modifica del Concordato lateranense del 1929 e della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g). In proposito la L. n. 218 del 1995, fa espressamente salve le convenzioni internazionali in vigore per l’Italia, precisando che la “presente legge” non pregiudica le convenzioni internazionali, con la conseguenza che, ove non incompatibili, sia le disposizioni contenute nella convenzione internazionale sia quelle previste dalla legge processuale nazionale di diritto privato debbono trovare applicazione*”; Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza n. 2467 del 1° febbraio 2008: la declaratoria di esecutività della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale per simulazione unilaterale di consenso richiede che la divergenza tra la dichiarazione e l’interno volere “*sia stata manifestata all’altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, o ancora che non gli sia stata nota soltanto a causa della sua negligenza, atteso che, ove le suindicate situazioni non ricorrano, la delibazione trova ostacolo nella contrarietà con l’ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell’affidamento incolpevole (Cass. nn. 6308/2000, 198/2001, 4457/2001, 10143/2002, 3339/2003, 8205/2004, 27078/2005)*”; Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza n. 12010 dell’8 giugno 2005: per far valere eventuali vizi del giudizio svoltosi innanzi ai Tribunali ecclesiastici, al fine di ostacolare la delibazione della relativa sentenza di nullità matrimoniale, bisogna far riferimento ai “*nn. 2 e 3, del comma 1 dell’articolo 797 Cpc, connotato da ultrattività in subjecta materia (Cassazione, 8764/03), nonostante l’avvenuta abrogazione (articolo 73, legge 218/95), perché espressamente richiamato dall’articolo 4, lett. b) del Protocollo addizionale all’Accordo 18 febbraio 1984 fra la Repubblica Italiana e la Santa sede, ratificato con legge 121/85*”; Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza n. 17595 del 20 novembre 2003: le norme introdotte dalla legge 218/1995 non hanno determinato l’abrogazione del sistema, delineato in modo pattizio e recepito dall’art. 8 comma 2 della legge 121 del 1985, per la dichiarazione di efficacia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale. In tal senso, del resto, l’art. 2 comma 1 della legge 218/1995 prevede che le disposizioni della stessa legge non pregiudicano l’applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l’Italia: “*Alla considerazione del ruolo assorbente che - sulla questione sottoposta - viene svolta dal cit. art. 2 della legge 218/95, non si sono, ad avviso del Collegio, potuti contrapporre argomenti ermeneutici di qualche peso, in particolare non costituendo ostacolo - al permanente vigore del disposto dell’art. 8 c. 2 citato - l’avvenuta abrogazione degli artt. 796 e 797 c.p.c. ad opera dell’art. 73 della legge del 1995 (come sostituito dall’art. 10 D.L. 542/96 conv. in L. 649/96)*”. In sede di giudizio di delibazione, comunque, la Corte d’Appello competente dovrà verificare la ricorrenza delle altre condizioni richieste dalla legge italiana per l’esecutorietà delle sentenze straniere e, quindi, di quelle condizioni “*elencate all’art. 64 della legge 218/95, se pur - giova notarlo - dette condizioni devono essere sottoposte all’adattamento ermeneutico imposto dalla specialità delle regole della giurisdizione ecclesiastica, richiamate in parte qua dal Protocollo Addizionale. È del resto, come è stato esattamente notato, l’esigenza di pervenire ad un coordinamento tra norme speciali sulla cd. delibazione delle sentenze ecclesiastiche e norme del diritto internazionale privato per l’efficacia delle sentenze straniere (coordinamento che esclude in radice l’ipotesi abrogatrice esposta in premessa e che passa attraverso la predetta lettura integrata degli artt. 8 della L. 121/85 e 64 della L. 218/95) non è affatto eversiva del principio dei cui all’art. 2 c. 1 della legge del 1995, posto che detta norma non prevede affatto un rapporto di drastica esclusione ma soltanto inibisce che le nuove norme possano trovare una applicazione che pregiudichi il disposto delle convenzioni internazionali. Orbene, se su tali basi va esclusa la configurabilità di un’efficacia abrogatrice delle nuove norme sull’art. 8 della legge del 1985, resta anche accertato che la conservazione del sistema speciale di “delibazione” - le cui regole iniziali vengono ad essere integrate dalle previsioni del sopravvenuto art. 64 L. 218/95 - non solo non impinge contro precetti costituzionali, ma di essi costituisce specifica quanto razionale applicazione*”;

Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza n. 8764 del 30 maggio 2003: deve essere esclusa l'applicabilità della legge 218/1995 per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, non solo per l'esplicito disposto dell'art. 2 comma 1 della stessa legge di riforma del diritto internazionale privato, che contiene un rinvio generale alle convenzioni internazionali, ma anche perché la materia, e, in particolare, per ciò che attiene alla fattispecie, l'art. 8 dell'Accordo del 18 febbraio 1984 e l'art. 4 del Protocollo Addizionale, risultano coperti dal c.d. "principio concordatario", suggellato dall'art. 7 Cost. il quale "attribuisce alle norme pattizie una rilevanza costituzionale che, sotto il profilo della resistenza all'abrogazione, assimila tali fonti normative alle norme costituzionali, con la conseguenza che esse non possono essere modificate, in mancanza di accordo delle parti contraenti, se non attraverso leggi costituzionali (cfr., in tal senso, Corte costituzionale, sentenza 16/1978, nonché sentenza 421/93; cfr. anche, nel senso della inapplicabilità della Riforma del 1995 con riferimento al suo articolo 2 comma 1, Cassazione 7276 e 12671/99)". Pertanto, "l'abrogazione (anche) degli articoli 796 e 797 c.p.c., sancita dall'articolo 73 della legge 218/95, non è idonea, in ragione della fonte (legge formale ordinaria) da cui è disposta, a spiegare alcuna efficacia sulle disposizioni dell'Accordo e dell'annesso Protocollo addizionale; in secondo luogo, che il giudice italiano, al fine di decidere sulla domanda avente ad oggetto la predetta dichiarazione di efficacia, deve (continuare ad) applicare (anche) gli articoli 796 e 797 del codice di rito civile, i quali, perciò, risultano connotati, relativamente a tale specifica materia ed in forza del richiamato principio concordatario, da una vera e propria «ultrattività»"; Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza n. 3339 del 6 marzo 2003: la possibilità di delibare la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale è condizionata dal non contrasto con l'ordine pubblico italiano. Di esso fa parte il principio dell'affidamento incolpevole, che implica che non si possa delibare una decisione ecclesiastica fondata sull'apposizione di una condizione non conosciuta e non conoscibile dall'altra parte. Pertanto, il giudice della delibazione verificare, "con un accertamento adeguatamente motivato, che il coniuge che intendeva subordinare a condizione il matrimonio, abbia fatto partecipe l'altro coniuge di tale sua volontà in modo espresso, o quanto meno con fatti concludenti dai quali era univocamente desumibile, con l'ordinaria diligenza di tale volontà"; Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza n. 7276 del 10 luglio 1999: L'entrata in vigore della legge 218 del 1995 non ha inciso nella materia concordataria. Pertanto, per le sentenze ecclesiastiche di nullità è necessario seguire lo speciale procedimento previsto dall'art. 8 comma 2 della legge 121 del 1985. I provvedimenti ecclesiastici di dispensa per matrimonio rato e non consumato non sono equiparabili a sentenza, avendo un carattere amministrativo e non giurisdizionale. L'accoglimento della tesi volta a equiparare il provvedimento canonico di dispensa per matrimonio rato e non consumato a una sentenza straniera "comporterebbe, ex se, il dubbio della legittimità costituzionale (denunciato, in via subordinata, dal ricorrente) delle disposizioni degli artt. 64-67 l. 218-95, ove interpretate nel senso che sia consentito di delibare la dispensa ecclesiastica del matrimonio rato e non consumato. Riferimenti dottrinali. In relazione alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche, si rinvia a: RAFFAELE BOTTA, *Materiali di diritto ecclesiastico. Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, Bologna, 1997; PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, Padova, 2008; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2003; PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Torino, 2002; MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 2007. Per i problemi legati all'individuazione della normativa applicabile all'esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, in seguito alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, si veda: MARCO CANONICO, *L'applicabilità della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, I, p. 320 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *La legge n. 218 del 1995 e l'esecuzione delle sentenze straniere ed ecclesiastiche sul matrimonio (Della confusione delle idee e delle lingue)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2000, I, p. 615 ss.; MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Cassazione e delibazione matrimoniale: il lungo addio*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2000, I, p. 73 ss.; ANGELO LICASTRO, *La delibazione matrimoniale dopo la riforma del diritto internazionale privato e processuale. A proposito di una recente monografia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, II, p. 507ss.; GINESIO MANTUANO, "Ordine proprio" della Chiesa e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, in *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milano, 1985, p. 364 ss.; CONCETTA MARINO, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005.

Il diverso trattamento del matrimonio religioso e delle Religioni nella sentenza sull'Ordine Pubblico delle Sezioni Unite Civili n. 19809/08.

Un pericolo alla Scelta Confessionale. Un risvolto di incostruzionalità

STEFANO BARTONE

1. *Il discrimine tra Chiesa Cattolica e Stati, nella esecutorietà civile di sentenze matrimoniali, tra incompatibilità assoluta e incompatibilità relativa con l'ordine pubblico interno*

La sentenza della Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite Civili n. 19809/08, (Presidente Vincenzo Carbone ed estensore Fabrizio Forte), ha voluto definire l'*ordine pubblico italiano interno*, e quindi il contrasto o la *incompatibilità* con l'ordine pubblico interno, quale il filtro alla esecutorietà civile in Italia delle sentenze emesse dal Tribunale Ecclesiastico della Chiesa Cattolica, in materia di nullità matrimoniale.

Le Sezioni Unite hanno statuito, per le sentenze ecclesiastiche, un filtro diverso da quello che possa invece opporsi alla esecutorietà civile di sentenze, aventi sì un argomento matrimoniale, ma emesse da Tribunali stranieri o riguardanti regimi religiosi diversi da quello cattolico.

In una prima lettura appare in tutta evidenza la distinzione che il Supremo Collegio fa tra "*incompatibilità relativa*" e "*incompatibilità assoluta*", escludendo la possibilità di "delibazione" (*rectius*: "*esecutorietà civile*") delle sentenze ecclesiastiche cattoliche (o "*sentenze canoniche*") nei soli casi di *incompatibilità assoluta* del contenuto del pronunciato giudiziario "canonico" con l'*ordine pubblico interno italiano*, mentre le altre sentenze trovano impedimento già se risultano in contrasto "*relativo*" con l'ordine pubblico italiano interno.

In altrettanta prima lettura sembrerebbe che il Supremo Collegio dia maggior spazio di esecutorietà civile alle sentenze degli organi giudiziari della Chiesa Cattolica; riconosce che deve praticarsi un siffatto distinguo in quanto discende normativamente dall'art. 7 della Carta Costituzionale Italiana, che indubbiamente, nell'ottica giuridica pubblica, conferisce alla religione cattolica un posto privilegiato rispetto alle altre confessioni religiose ("sovrana" nel suo "ordine").

Va però subito osservato che nella stessa sentenza delle Sezioni Unite viene limitata, se non addirittura svuotata, la *giurisdizione cattolica*, in quanto viene ribadito il principio di *giurisdizione civile* in concorrenza *alternativa* a quella ecclesiastica (cattolica), principio giurisdizionale che per primo fu enunciato sempre dal Supremo Collegio a Sezioni Unite con la sentenza del 1 marzo 1988 n. 2164.

Non c'era necessità, ma le Sezioni Unite hanno voluto palesemente ribadire la interpretazione di una giurisdizione in materia matrimoniale "*non più esclusiva*", della Chiesa Cattolica. Eppure, dal Concordato del 1929 e anche dopo l'Accordo del

1984, era stata invece riconosciuta prerogativa dei Tribunali della Chiesa Cattolica, esaminare la validità o meno di un matrimonio celebrato da un cittadino di confessione cattolica, e trascritto nei registri di Stato Civile. Invece le Sezioni Unite hanno voluto rimarcare la sovranità del Giudice Civile o almeno la parità giurisdizionale in materia matrimoniale. Questa interpretazione può esporsi ad una valutazione di incostituzionalità o meno ovviamente da parte della Corte Costituzionale, ma siffatta eccezione non è stata finora avanzata da alcun giudice e pertanto la Corte Costituzionale non ne è stata direttamente investita e non ne è investita.

Gli organi diplomatici della Santa Sede o comunque gli organi centrali della Conferenza Episcopale Italiana sembrano aver rinunciato ad eccepire un *vulnus* al sistema concordatario e allo stesso art. 7 della Costituzione Italiana. Ne consegue che si stia maturando una irreversibile scissione nel cittadino italiano di confessione cattolica perché il suo matrimonio oramai può essere giudicato sia dal giudice “canonico” sia dal giudice “laico” cioè dal Tribunale Ecclesiastico o dal Tribunale Ordinario Civile.

La conseguenza di una tale dissonanza o concorrenza procedurale produce sostanzialmente una discrasia in Italia tra cittadino e cattolico.

Se infatti uno dei due coniugi corre prima al Tribunale Civile, adisce cioè il giudice “statuale” esclude la giurisdizione del Tribunale Ecclesiastico e priva l’altro coniuge, semmai cattolico convinto, non solo del giudizio della Chiesa ma del parametro di analisi e valutazione da farsi secondo l’ordinamento della propria confessione religiosa, ordinamento invero già accettato da tutti e due i coniugi nel momento di formulare il consenso nuziale e cioè assumere il vincolo coniugale con tutti i suoi oneri e obblighi.

Chi tra i due coniugi, di fatto separatisi, si rivolga per primo al Tribunale civile impedisce all’altro coniuge di adire il Tribunale Ecclesiastico, *ex criterio preventio-nis!*

Proceduralmente e sostanzialmente chi per primo adisce il Tribunale Civile altresì impedisce la “*delibabilità*” o rectius “*l’esecutorietà civile*” del pronunciato del Tribunale Ecclesiastico. E siccome la giurisdizione ecclesiastica non abdica al suo compito morale e giuridico, potrebbero realizzarsi addirittura due pronunciati totalmente opposti: un matrimonio definito nullo dal giudice civile, avvalendosi del codice canonico, e invece lo stesso matrimonio definito valido dal giudice ecclesiastico, se non ancor più problematico l’inverso.

Resterebbe alla discrezionalità (e... preparazione) del giudice ordinario civile applicare la legge civile italiana o l’ordinamento canonico o altresì interpretare l’ordinamento canonico alla luce dell’ordinamento civile, come in sostanza ha fatto il Supremo Collegio a Sezioni Unite in tema di nullità matrimoniale per “*dolo*”, nell’individuare quale sia l’*errore* o la *qualità* meritevole di tutela e di efficienza inficiante il consenso nuziale, assunto questo dal cittadino cattolico secondo i parametri dell’ordinamento canonico!

2. La complicità della non univoca individuazione di ordine pubblico a seconda dei diversi capi di nullità matrimoniale

Nel dare contenuto all’ “*ordine pubblico italiano*”, allorquando c’è da delibare una sentenza ecclesiastica che ha pronunciato la nullità di un matrimonio per un *vizio del consenso nuziale*, il Supremo Collegio (come per la prima volta ebbe a statuire con sentenza a S.U. n. 5026/1982) pone, quale ingrediente inderogabile ed *obex* insor-

montabile, la rispettata tutela della *buona fede* del coniugante, il quale inconsapevolmente dà pienamente il suo consenso matrimoniale, che invece è dall'altro contraente deliberatamente privato di un elemento essenziale o di una finalità essenziale (quali: l'unione indissolubile, la fedeltà, la procreazione, la comunione di vita, la convivenza, il bene comune), o condizionato, nella sussistenza o sopravvivenza, dalla presenza di una qualità o di una condotta per il contraente prevalente.

Nella esistenza giuridicamente rilevante di un consenso e di un vincolo matrimoniale, il Supremo Collegio insiste nell'inserire un elemento essenziale costitutivo che invece nell'ordinamento originario (nel caso: il canonico) non esiste, o al contrario assume una valenza totalmente opposta, infatti annulla e non sana l'esistenza giuridica del matrimonio. Assume poi una valenza maggiore, sul piano risarcitorio o indennitario, infatti per il coniuge defraudato di una proprietà o finalità matrimoniale potrà, solo dopo realizzatasi la delibazione della sentenza, esercitare il diritto al risarcimento o all'indennizzo in forza della normativa degli *artt. 129 e 129 bis del Codice Civile italiano*. E ancor più l'incongruenza si coglie se si considera che siffatto risarcimento o indennizzo il coniuge defraudato lo può ottenere *solo se la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale viene delibata*, cioè raggiunge l'efficacia esecutoria civile.

Ma il Supremo Collegio va oltre, nel dare contenuto all' "*ordine pubblico italiano*"; inserisce *nella individuazione del matrimonio nullo i vizi del consenso che siano e debbano essere rilevanti* per l'ordinamento italiano. Statuisce cioè *una nomenclatura di vizi o di errori o di qualità*, "qualificata" dallo stesso Collegio, *tassativa e oggettiva* per la mancata formazione del volere e della validità del matrimonio, e quindi dalle Corti di Appello riconoscibili quali delibabili e solo se presenti nella sentenza ecclesiastica.

Gli unici vizi, che sono compatibili con l'ordine pubblico interno italiano e, se sussistenti nella sentenza ecclesiastica la rendono delibabile, sono quelli contenuti nell'*art. 122 del Codice Civile Italiano*, dalla Corte definiti essenziali e oggettivi.

Le Sezioni Unite Civili con la sentenza 19809/08, ai sensi dell'art. 384 co. 1 c.p.c. hanno enunciato il seguente *principio di diritto*, da cui non deve distaccarsi il giudice ordinario: "*può riconoscersi l'efficacia in Italia delle sentenze di altri ordinamenti solo qualora non siano incompatibili con l'ordine pubblico interno e, rispetto a quelle di altri Stati di annullamento del matrimonio, il limite di riconoscibilità è costituito da ogni tipo di incompatibilità, assoluta o relativa. Delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, in ragione del favore particolare al loro riconoscimento che lo Stato italiano s'è imposto con il protocollo addizionale del 18 febbraio 1984 modificativo del concordato, è possibile la delibazione anche in caso di incompatibilità relativa, che sussiste allorché la divergenza delle statuizioni contenute nella pronuncia con le norme e i principi inderogabili interne, possa superarsi, attraverso la individuazione di circostanze o fatti, desumibili dal riesame non di merito di tali decisioni, ad opera del giudice della delibazione, che individui elementi di fatto nella sentenza da riconoscere, pure irrilevanti per il diritto canonico, indispensabili a conformare le deliberazioni della pronuncia da riconoscere ai valori o principi essenziali della coscienza sociale, desunti dalle fonti normative costituzionali e dalle norme inderogabili, anche ordinarie, nella materia matrimoniale*".

Le Sezioni Unite Civili nella stessa sentenza 19809/08, sempre ai sensi dell'art. 384 c.p.c. hanno enunciato il seguente complementare *principio di diritto*: "*Non ogni vizio del consenso accertato nelle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio consente di riconoscerne la efficacia nell'ordinamento interno, dandosi rilievo nel diritto canonico come incidenti sull'iter formativo del volere anche a motivi e al foro interno non significativi in rapporto al nostro ordine pubblico, per il quale solo cause*

esterne e oggettive possono incidere sulla formazione e manifestazione della volontà dei nubendi, viziandola o facendola mancare. L'errore, se indotto da dolo, che rileva nell'ordinamento canonico ma non in quello italiano, se accertato come causa di invalidità in una sentenza ecclesiastica, potrà dar luogo al riconoscimento di questa in Italia, solo se sia consistito in una falsa rappresentazione della realtà, che abbia avuto ad oggetto circostanze oggettive, incidenti su connotati stabili e permanenti, qualificanti la persona dell'altro nubendo".

Da tali principi consegue che il regime giuridico matrimoniale da applicarsi non al momento della formazione del consenso nuziale ma al momento della valutazione della valida formazione di detto consenso nuziale, ai fini di rendere delibabile e quindi eseguibile nello Stato Italiano la sentenza che ne dichiara la nullità, non è più quello contenuto nel codice canonico, e quindi ai vizi del volere che, secondo detto codice, rendono invalido il consenso nuziale in un matrimonio celebrato da un cittadino italiano cattolico e trascritto, ma è il regime contenuto nel codice civile ed è il giudice civile a stabilire quale sia il parametro e il contenuto per definire le invalidità matrimoniali e di conseguenza o delibare la sentenza ecclesiastica o addirittura, nel caso sia stato direttamente adito, definire la nullità del vincolo matrimoniale.

Ma nella sentenza delle Sezioni Unite è lo stesso parametro di ordine pubblico che invero non ha una sua matrice univoca. Ne consegue che la stessa sentenza, nel riportare l'ordine pubblico ai singoli capi di nullità matrimoniale, presenti nell'ordinamento canonico, trova una difficoltà ad indicare un metro costante. Nel cercare strenuamente non l'ordine pubblico ma un ordine pubblico, lo si rapporta ad una comune *oggettività di qualità*, e questa sia costantemente pertinente alla individuazione della persona dell'altro nubendo o dello stesso nubendo, e la oggettiva qualità sia tale da inficiare la stessa convivenza.

Al di là di ogni arzigogolo, c'è un punto fermo nel parafrasare che cosa sia l'ordine pubblico italiano, perché non è l'*atto coniugale* ma è il *rapporto coniugale*. È la preminenza del *rapporto coniugale* sull'*atto coniugale* a valutare se un atto matrimoniale nullo possa essere compatibile con l'ordine pubblico italiano e quindi se una sentenza, che abbia pronunciata la nullità di matrimonio possa essere delibabile.

2.1. La problematica della delibabilità del vizio di nullità derivante da errore sulla qualità della persona e diversità dal dolo

Nell'analisi delle specifiche nullità matrimoniali, esaminando per prima la valenza delibabile di un vizio di nullità derivante da *errore*¹ sulla persona nubenda o melius sulla qualità della persona nubenda, il Supremo Collegio dichiara assolutamente *incompatibile* e quindi contrario con l'ordine pubblico interno, l'*errore soggettivo*. Non incompatibili sono quei vizi nella formazione del consenso costituiti da errori su *circostanze oggettive*, assimilabili a quelle di cui all'art. 122 c.c. e *attinenti a connotati stabili o permanenti della persona*. Nella semplificazione il Supremo Collegio considera quindi compatibili gli errori incorsi su *anomalie psichiche incidenti sulla*

¹ In materia si segnala il volume AA.VV., *Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico*, Collana Studi giuridici, vol. XXXIX, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1995, e Volume LV, 2001, con particolare riguardo a GRZEGORZ ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, pp. 73-101;

vita coniugale ovvero sullo stato libero (in tal senso riporta la sentenza della Cassazione n. 4500/1998).

Compatibile con l'ordine pubblico e quindi correttamente delibata è la sentenza ecclesiastica che abbia pronunciata la nullità del matrimonio derivante da un *errore sulla transessualità o omosessualità* dell'altro nubendo, in quanto trattasi di errore su *connotati stabili e permanenti* del nubendo (così come riconosciuto dalla sentenza n. 4387/2000).

Il Supremo Collegio a S.U., postosi il problema di conciliabilità con il suesposto principio di diritto nel caso di *errore relativo alla qualifica di laureato* considerato delibabile dalla precedente sentenza 4707/87, esprime una valutazione, che invero lascia perplessi, di doversi considerare un siffatto tipo di errore quale *“una falsa rappresentazione della realtà su una circostanza oggettiva (il diploma di laurea) che inerisce a una qualificazione permanente dell'altro coniuge, quella di laureato”*. Il che rende perplessi in quanto sussistono qualità, come ad esempio l'appartenenza o meno ad un gruppo camorristico, seppur limitato al tempo passato, o ad una reità continuata quale il reiterato stupro su minore, seppur limitato al tempo passato, che sul piano della valutazione soggettiva, sono ben più rilevanti di quanto possa essere la mancanza del diploma di laurea. Tant'è che l'ordinamento canonico, o meglio, la giurisprudenza rotale, ha sempre valutato l'entità e la rilevanza della *qualitas* richiesta *subjective graviter proportionata*, anche se oggettivamente non lo sia.

In proposito val bene puntualizzare che il codice canonico del 1983 ha voluto fare un netto distinguo quanto alla *qualitas inficiante il consenso nuziale* tra il *can. 1097 (error)* e *can. 1098 (dolos)*, e soltanto nel canone disciplinante il *dolo* che il legislatore canonico pretende per l'assenza della *qualità dell'altra parte*, su cui sia stato esercitato l'inganno, una specifica *rilevanza/idoneità/attitudine* che cioè *“per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale (quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest)”*. Nel valutare questa idoneità naturale al *perturbamento grave* della comunità di vita coniugale, la giurisprudenza ha teso ad evidenziarne l'*oggettiva idoneità* più che la *soggettiva idoneità* a turbare la comunità coniugale. All'opposto il *can. 1097* ha evidenziato che si ha vizio del consenso allorché quanto tale qualità sia dal soggetto errante stata intesa *direttamente e principalmente* (*“haec qualitas directe et principaliter intendatur”*).

L'*errore*, nella disamina di delibabilità delle Sezioni Unite, viene ad essere esaminato quando possa essere *causa di annullamento del matrimonio*, e il Supremo Collegio entra addirittura nel *matrimonio-consenso* e lo definisce vizio del consenso solo *“se ricade sull'identità o su qualità significative della persona dell'altro nubendo, da intendersi come connotati stabili e permanenti di questo, in analogia a quanto sancito dall'art. 1429 c.c. e sempre che abbia riguardo alle circostanze oggettive o tipiche, che seguono, elencate nell'art. 122 c.c.: malattia fisica o psichica o anomalia o deviazione sessuale che impedisca lo svolgimento della vita coniugale, condanna per delitto non colposo alla reclusione non inferiore a cinque anni prima del matrimonio, dichiarazione di delinquenza abituale o professionale, condanna per delitti concernenti la prostituzione, stato di gravidanza procurato da soggetto diverso da quello caduto in errore (3° comma n. 1-5)”*. Pertanto, la *incompatibilità* di una sentenza dichiarativa di nullità del matrimonio all'ordine pubblico interno va rapportata a quali siano le qualità contenute nell'art. 122 c.c.; è vero che nella stessa sentenza, in un'ottica analogica, si precisa che l'errore può riguardare *“fatti oggettivi, anche diversi da quelli di cui all'art. 122 c.c., purché incidenti su connotati o ‘qualità’ ritenute significative in base ai valori usuali e secondo la coscienza sociale comune, che abbiano determinato al matrimonio chi è caduto in errore (cfr. Cass. 23073/2005)”*.

2.2. La problematica della delibabilità della nullità da incapacità dei nubendi

Il Supremo Collegio, riferendosi alla sentenza n. 10796/2006 che ha delibato una sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità matrimoniale per la sussistenza del capo della *incapacità de nubendi*, precisamente della “*incapacità di assumere gli oneri del matrimonio*”, di cui al can. 1095 co.1 n.3 (“*sunt incapaces matrimonii contrahendi... qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialia assumere non valent*”), considera la compatibilità di detto pronunciato con l’ordine pubblico in quanto nell’ordinamento civile sussiste il caso dell’errore su incapacità del contraendo e pertanto le incapacità possono essere “*qualificate come qualità o connotati permanenti dell’altro coniuge*”. Tuttavia, rileggendo la sentenza 10796/2006, alla quale si riporta la Cassazione a Sezioni Unite, si nota che il Collegio dell’epoca riporta il capo di nullità oggetto della sentenza ad una nullità discendente da “*una grave inettitudine del soggetto ad intendere i doveri del matrimonio*” e di conseguenza non ravvede una incompatibilità con l’ordine pubblico interno in quanto detta ipotesi di nullità “*non si discosta sostanzialmente dalle ipotesi di invalidità contemplate dagli artt. 120 e 122 c.c.*”. Orbene, il giudice civile dimostra di non avere una piena conoscenza dell’ambito della *incapacitas* contenuta nel can. 1095 n. 3, infatti parla di una grave inettitudine del soggetto ad *intendere* i doveri del matrimonio, mentre il codice canonico evidenzia non il momento cognitivo ma il *momento volitivo-pratico*, tant’è che si tratta di una incapacità ad *assumere*, e non a conoscere, gli obblighi essenziali matrimoniali.

Invero, in tema di incapacità di intendere e di volere, va riconosciuto all’art. 120 del codice civile un diverso ambito, nel momento cognitivo-volitivo talvolta più ampio di quello canonico; infatti nell’art. 120 si può avere annullamento del matrimonio allorquando uno dei coniugi provi di essere stato incapace di intendere e di volere *per qualunque causa, anche transitoria*, al momento della celebrazione del matrimonio. C’è però nell’art. 120 co. 2 Codice Civile un limite in quanto non si può proporre azione di annullamento se vi è stata coabitazione per un anno dopo che il coniuge incapace abbia recuperato la pienezza delle facoltà mentali.

Siffatto limite della coabitazione e del tempo trascorso rimane, per il Supremo Collegio, espressione della prevalenza del *matrimonio-rapporto* sul *matrimonio-consenso*, ma, e ciò è invero contraddittorio, non viene dal Supremo Collegio considerato un dato ostativo “assoluto” per la delibazione in quanto tale diversità di trattamento è giustificabile per la *specificità* dell’ordinamento canonico.

Una tale giustificazione di *compatibilità* è però una contraddizione al momento in cui il Supremo Collegio scopre, per l’elemento temporale (che è oltremodo un pilastro del *matrimonio-rapporto*), la *specificità*, mentre la dimentica per l’elemento essenziale formativo del consenso (che non attiene al momento del *rapporto*, ma a quello dell’*atto*).

3. Trattamento discriminato tra Religioni a seconda del distinto contrasto con l’ordine pubblico interno

Ma il lapsus in cui è incorso il Supremo Collegio nella disamina dell’*ordine pubblico interno* è nel distinguo di *incompatibilità*; è l’*aver* cercato di creare un maggior spazio di esecutorietà civile alle Sentenze dei Tribunali della Chiesa Cattolica, non tanto rispetto a quelle dei Tribunali Civili, ad esempio degli Stati dell’Unione Europea, quanto piuttosto quelle emesse dai Tribunali religiosi. Ancor più se siffatte decisioni

di autorità religiosa siano riconosciute vere e proprie sentenze, immediatamente efficaci ed esecutive da taluni Stati di composizione religiosa mista, come il Libano. Siffatto distinguo, nel contrasto/compatibilità con l'ordine pubblico interno crea un problema costituzionale di discriminazione alla luce di un uguale trattamento delle confessioni religiose in Italia, dal momento che oramai da tempo la religione cattolica non ha più natura di religione di Stato.

È doveroso osservare che in materia di disciplina penale, taluni reati, specificamente quelli aventi ad oggetto giuridico proprio la tutela e il rispetto della o meglio di ciascuna religione, hanno subito negli ultimi venti anni profonda radicale mutazione proprio per l'uguale trattamento e uguale tutela dei valori religiosi, e uguale trattamento nella libera espressione e accettazione dal singolo cittadino nelle diverse confessioni religiose. E talune, quale l'islamica, con notevole presenza numerica sul territorio italiano.

Allora è da chiedersi se il percorso operato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite sulla *identificazione dell'ordine pubblico interno italiano* con diverso riguardo di valenza alla disciplina matrimoniale applicabile attraverso il pronunciato giurisdizionale, ma differenziato a seconda della fonte di origine, sia o no meritevole di interesse giuridico storico o invece divenga deflagrante nella realtà e sensibilità religiosa attuale.

L'allarme giuridico si fa ancor più prossimo proprio in quanto le Sezioni Unite Civili hanno parametrato il contenuto e la legittimazione dell'ordine pubblico interno, e della incompatibilità relativa o assoluta con l'ordine pubblico italiano alla *coscienza sociale comune*. Il che ingenera preoccupazione e riflessione costituzionale sul trattamento del matrimonio religioso non solo nella confessione cristiana cattolica ma con riferimento alle diverse confessioni religiose esistenti in Italia e ancor più con riguardo alle sentenze degli ordinamenti religiosi statalizzati. Si pone in tutta la sua drasticità la domanda: qual è la *coscienza sociale comune*?

Nel suo argomentare, il Supremo Collegio costruisce, seppur ai fini della determinazione della delibabilità, un regime matrimoniale canonico che sia analogo a quello dell'ordinamento civile, componendo i requisiti di ogni singolo vizio di nullità. Alla fine se ne esce malconca la Chiesa Cattolica, che eppure era stata ed è riconosciuta "*sovrana*" nel suo ordinamento dall'art. 7 della Carta Costituzionale. Qualsiasi voglia essere il percorso di preferenza, ancor più rischia di essere disparato il trattamento tra tutte le religioni, non tanto e non solo al loro interno, ma anche quando sia, in taluni Stati, riconosciuta piena efficacia giuridica statutale al pronunciato dei Tribunali religiosi o dei "*giudici*" religiosi, seppur non qualificati tali se non nel loro esercizio specifico.

In Italia c'è la presenza di un milione di musulmani, eppure si dimentica che non è solo la religione cristiana ad avere al suo interno notevoli distinzioni confessionali, quali la *cattolica*, l'*ortodossa* e la moltitudine di confessioni qualificate *protestanti* (luterana, calvinista, metodista, ecc), e conseguente diverso regime e valutazione anche della stabilità o meno del vincolo, (basti ad esempio considerare che nella confessione cattolica e ortodossa è fondamentale il requisito della indissolubilità del vincolo), e così pure la religione islamica ha notevoli diversità di regime e contenuto del matrimonio tra *sunniti* e *sciiti*, per i quali ultimi, il matrimonio può essere contratto anche solo a tempo limitato, mentre i sunniti riconoscono valido solo il matrimonio a tempo illimitato.

Il distinguo della indelibabilità o in esecutorietà per incompatibilità "relativa" potrebbe sembrare irrilevante per i fedeli di confessioni diverse dalla cattolica che

siano in Italia, e ancor più cittadini italiani, in quanto la invalidità del matrimonio diventa di competenza del giudice ordinario civile italiano, ma diventa invece relevantissimo allorquando l'invalidità di un matrimonio religioso sia invece contenuto in un pronunciato di un giudice della confessione di appartenenza, che abbia avuto automatica valenza per l'ordinamento dello Stato in cui la decisione confessionale sia stata pronunciata, o anche sia stata inglobata in una sentenza statale.

3.1. Musulmani e Cristiani. Il Libano, Stato delle Religioni con Tribunali propri

Nel Libano le varie etnie religiose esaminano al loro interno e con i propri giudici religiosi la invalidità del matrimonio, ma il pronunciato del Tribunale religioso ha piena e diretta efficacia giuridica all'esterno e in forza di questo diventano vere e proprie sentenze che possono eseguirsi poi negli Stati che hanno rapporti diplomatici con il Libano. È noto che il Libano è considerato il paese classico del *diritto matrimoniale e familiare di tipo strettamente religioso*. Il matrimonio è regolato dallo statuto personale delle singole comunità riconosciute nello Stato; il trattamento matrimoniale si complica quando i nubendi sono di religione diversa. I musulmani sunniti e sciiti applicano nel Libano, come in Israele, la codificazione del diritto della scuola hanafita, che ha prodotto il codice sulla famiglia del 25.10.1917, mentre il matrimonio dei drusi è regolato da altra legge (del 2.7.1959) e per loro non è permessa la poligamia come non è ammesso il ripudio.

3.2. Hindù. Matrimonio civile e matrimonio religioso presso

Nell'India il matrimonio degli Indù, regolato dall'*Hindu Marriage Act* del 1955 successivamente modificato con il *Marriage Laws Act* del 1976 è un'unione stabile dove è ribadito il dovere dei coniugi di sottomettersi alla legge divina dei tre fini: procreazione dei figli, osservanza delle norme religiose e morali, felicità dei coniugi e degli antenati. Per gli Indù la procreazione della prole è una continuazione degli antenati e la donna deve essere più madre che moglie. Il matrimonio degli Indù in India è monogamico mentre è ammessa la poligamia in Bangladesh e nel Pakistan, dove invero prevale la coscienza confessionale islamica; comunque la legge Indù non vige ad esempio nel Kashmir ove il matrimonio è regolato dal solo diritto religioso ed è riconosciuto anche il matrimonio poligamo per le classi inferiori, che hanno bisogno di più braccia lavorative.

Orbene, a seconda della confessione religiosa e/o del rito di celebrazione del matrimonio i casi di nullità e annullabilità non sono gli stessi tra loro e non hanno la stessa rilevanza, anche perché può nascere un distinguo temporale nel caso il vizio del matrimonio produca nullità o invece annullamento, ad esempio l'impotenza produce nullità per lo *Special Marriage Act* (che regola il matrimonio celebrato nella sola forma civile), mentre per l'*Hindu Marriage Act* produce annullamento e pertanto ne consegue un limite per l'azione di invalidità. Nel caso di matrimonio tra musulmani si applica il diritto della scuola Hanafita dei Sunniti, ma in India l'uomo musulmano non può invece sposare una cristiana, pena la nullità del matrimonio, salvo sposarla con il solo rito civile, cioè appellandosi allo *Special Marriage Act*. Ne consegue che con tale rito deve rimanere assolutamente monogamo, diversamente dal caso in cui sposa con il rito musulmano che gli permette di avere fino a quattro

mogli legittime. Tutto questo discorso porta a una riflessione sulla incompatibilità o meno con l'ordine pubblico interno italiano allorquando si presenta una sentenza di un Tribunale Indiano che abbia pronunciato una invalidità di matrimonio a seconda non solo della confessione religiosa o delle confessioni religiose ma anche della normativa applicata nel caso.

3.3. *Shintoismo. La propensione Giapponese al matrimonio cattolico*

Nel sistema giapponese, in cui lo shintoismo è la religione prevalentemente nazionale, che però non si pone in antitesi ad altre religioni, spesso e volentieri i Giapponesi, e soprattutto le donne giapponesi, preferiscono sposare nelle Chiese Cattoliche..., proprio per la maggiore solennità della cerimonia e la ... minore spesa, in questi casi viene espletato dal sacerdote il rito matrimoniale, senza ovviamente la consacrazione dell'ostia. Siffatto matrimonio, come d'altronde il matrimonio shintoista che viene celebrato in albergo assume rilevanza statale solo con la trascrizione civile del matrimonio effettuata a istanza di ambedue gli sposi. La pronuncia di nullità del matrimonio è per lo più frequente in caso di volontà degli sposi viziata per errore sulla persona e per il matrimonio contratto per inganno o per costrizione c'è un limite di decadenza dell'azione di tre mesi.

4. *Trattamento religioso discriminato a seconda della non univoca qualificazione giuridica dei casi di invalidità/cessazione del vincolo matrimoniale. La regolamentazione comunitaria*

I casi di invalidità/cessazione del vincolo matrimoniale non hanno una univoca qualificazione giuridica né presso gli Stati né presso le Confessioni religiose. In vari Stati l'istituto del divorzio non ha una anzianità maggiore di trent'anni e pertanto ancora non sono chiari i rapporti patrimoniali e processuali tra regime di nullità e regime di scioglimento nella regolamentazione e patrimoniale e personale.

La disciplina della *nullità* è stata riformata nel *diritto inglese* con il *Nullity of Marriage Act 1971* e il *Marriage Prohibited Degrees of Relationship Act 1986*, con un conseguente ampliamento dei casi di divorzio e diminuzione di quelli di annullamento o trasmutazione degli uni negli altri. Così pure in *Germania* con la legge entrata in vigore il 1° luglio 1998 (*Eheschliessungsgesetz*). La direzione sempre più prevalente è oramai ricondurre l'invalidità in una causa di divorzio, in Nuova Zelanda dal *Matrimonial Proceedings Act 1968*, e in Europa quanto è avvenuto in *Svezia* nel 1987, la quale ha abolito la disciplina della nullità prevedendo in limitati casi (ad esempio bigamia o incesto) l'azione di divorzio promovibile anche dal pubblico ministero.

Anche con riferimento alla *decorrenza degli effetti*, specie quelli patrimoniali, fra i due istituti di "cessazione" della convivenza matrimoniale, non c'è uniformità di trattamento.

La *Gran Bretagna* (dal 1971) prevede l'efficacia *ex nunc* della nullità, così pure la *Danimarca* (dal 1969) e la *Norvegia* (dal 1973).

Negli Stati Uniti (*Uniform Marriage and Divorce Act 1979*) addirittura la nullità può avere o no effetti retroattivi a seconda di quanto stabilisce il giudice.

La tendenza sempre più diffusa è che in seguito alla pronuncia di nullità *i rapporti patrimoniali* tra i coniugi siano regolati *come in caso di divorzio*. Così in *Inghilterra*

(*Nullity Marriage Act* 1971 e *Family Law Act* 1996), in *Germania* (legge 14.6.1976, legge 1.7.1998), *Norvegia, Danimarca, Svizzera* (art. 134 C.C. riformato con legge federale 5.10.1984 in vigore dal 1.1.1988). In *Spagna* (la legge 7.7.1981) gli effetti della separazione, del divorzio e della nullità sono disciplinati in modo uniforme

La *Convenzione di Bruxelles* del 27 settembre 1998 espressamente pattuisce che la fissazione di norme sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di nullità matrimoniali, separazioni e divorzi, nonché i procedimenti relativi alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune costituiscono *questioni di interesse comune* e rientrano, quindi, tra le misure del settore della cooperazione giudiziaria in materia civile di cui al titolo VI del Trattato di Maastricht del 1992.

Oramai in Europa non è tanto la norma nazionale a indicare la normativa guida in materia matrimoniale, quanto invece il *Regolamento (CE) n.2001/2003 del Consiglio Ue*, del 27 novembre 2003, cd. *Bruxelles II bis* (pubblicato in G.U. n.338 del 23 dicembre 2003)².

Il Regolamento è rilevante in quanto all'art. 2 prevede, tra i criteri di giurisdizione, non più il luogo di celebrazione ma il luogo dove l'attore abbia da almeno 6 mesi la residenza abituale o addirittura il domicilio, e pertanto sbiadisce la legislazione nazionale³.

La nozione di "*decisione*" introdotta dal Regolamento Comunitario è assai ampia, comprendendo qualsiasi pronuncia di divorzio, separazione, annullamento emessa

² Anche il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio dell'Unione europea del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, all'art. 62 fa salve le disposizioni contenute nel "*Concordato lateranense*", dell'11 febbraio 1929, tra l'Italia e la Santa Sede, modificato dall'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984", specificando che è facoltà dell'Italia sottoporre il riconoscimento delle decisioni relative alla validità dei matrimoni alle procedure ed ai controlli previsti da tale normativa concordataria. Previsioni analoghe erano contenute anche all'art. 40 del precedente Regolamento (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000. Nel senso della mancata applicabilità del riconoscimento automatico alle sentenze ecclesiastiche e perdurante necessità del giudizio di delibazione, pur con differenti orientamenti circa la disciplina in concreto utilizzabile: MARCO CANONICO, *sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al concordato dalle sezioni unite*, in *Diritto delle persone*, 2008, e *L'applicabilità della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, 1996; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il nuovo ordinamento dello stato civile, la trascrizione delle sentenze straniere e delle sentenze ecclesiastiche*, in *Dir. eccl.*, 2001; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Rilevanza della giurisdizione ecclesiastica nell'ordinamento italiano. Rapporti con la giurisdizione civile*, in AA.Vv., *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Atti del XXXIX Congresso nazionale di diritto canonico, Lodi 10-13 settembre 2007, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2008, pp. 27-41, in particolare 37-38; LUIGI LACROCE, *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e l'efficacia delle sentenze dei tribunali ecclesiastici*, in *Ius Ecclesiae*, vol. VIII, 1996; SVEVA A. MANCUSO, *La parziale incidenza del nuovo sistema di diritto internazionale privato nella materia concordataria*, in *Dir. eccl.*, 2004.

³ La competenza giurisdizionale stabilita dal Regolamento è applicabile solamente per i procedimenti di separazione e divorzio e di annullamento del matrimonio unicamente per quanto riguarda lo *status* mentre le questioni attinenti all'addebito, alla sussistenza dell'obbligo di mantenimento ed al diritto a percepire l'assegno di divorzio, rimangono di competenza dei giudici italiani secondo le norme ordinarie sulla giurisdizione e la competenza, in base agli articoli 3 e 32 della L. n. 218 del 1995 e all'articolo 4 della legge sul divorzio.

da un giudice di uno Stato membro, indipendentemente, perciò, dal nome (sentenza, decreto, ordinanza) ad essa attribuito (art. 13.1).

Prevale il principio, oramai enunciato nei trattati di Maastricht e di Amsterdam e al Convegno di Tampere, della *circolazione delle decisioni giudiziarie in tutto il territorio degli Stati dell'Ue*. Circa il riconoscimento delle decisioni assunte in un altro Stato Membro dell'Ue l'articolo 14, comma 1, del Regolamento dispone l'efficacia immediata, senza alcuna formalità: "*Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento*", ma la *incompatibilità relativa* può considerarsi un ostacolo alla *circolazione delle decisioni giudiziarie* negli Stati dell'Ue.

4.1. *Il contrasto della Corte di Cassazione S.U. con la Costituzione Italiana e con l'ordine pubblico comunitario*

La barriera dell'*ordine pubblico* può essere innalzata solo in casi davvero eccezionali, destinati a venire ulteriormente limitati grazie all'affermarsi di principi comuni – dei quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea costituisce una prima enunciazione – e, grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia alla quale si deve la progressiva elaborazione di un "*ordine pubblico comunitario*", fattore significativo di integrazione tra i diversi ordinamenti.

Oramai, in forza dell'art. 18 del vigente Regolamento Comunitario: *il riconoscimento di una decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio non può essere negato per il motivo che la legge dello Stato membro richiesto non preveda per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio*.

L'angolazione della limitata delibabilità di una sentenza di Stato Membro dell'Ue assume maggiore valenza nel momento in cui le Sezioni Unite ancor più sottolineano, seppur per solo *incompatibilità assoluta* con l'ordine pubblico italiano, la non delibabilità di una sentenza ecclesiastica. La ratio di una tale dissonanza profuisce dalla scelta di fondo operata dalle Sezioni Unite e cioè l'aver annoverato il *matrimonio-rapporto* e tutti i requisiti essenziali del consenso che assicurino la stabilità del *matrimonio-rapporto* quali elementi integranti dell'ordine pubblico interno italiano e di conseguenza la non esecutorietà e quindi circolazione di una sentenza che non sia esaustiva del *matrimonio-rapporto*.

Succede che le Sezioni Unite, così operando, sono entrate nel disciplinare direttamente il regime matrimoniale di una confessione religiosa, sia o non sia quella cristiana cattolica. Per averne consapevolezza basta osservare che in tale ottica non ha più efficienza che il cittadino cattolico chieda al Tribunale della Chiesa di verificare se l'atto suo di matrimonio sia nullo secondo i *Valori* della Chiesa Cattolica che informano il codice di diritto canonico, in quanto quel che rileva quale cittadino sono i *Valori* che siano in quel momento storico connaturati alla "*coscienza sociale*" e questa va rinvenuta nel codice civile ordinario!... Questo è in sintesi il prodotto di orientamento culturale che opera la Corte Suprema di Cassazione, a Sezioni Unite, nel suo compito normofilattico che si traduce in una normazione a dimensione costituzionale.

È veramente curioso che nella individuazione della "*coscienza sociale*" il Supremo Collegio non abbia tenuto in alcun conto che la maggioranza del popolo italiano è ancora adesso di confessione cattolica e ha anch'essa una "*coscienza sociale*", anzi ancor più è una "*coscienza socialmente e giuridicamente rilevante*", salvo non si voglia

dimenticare la Carta Costituzionale o il sistema concordatario o posporli al codice civile...

Se questo *obex*, statuito a *principio di diritto* dalle Sezioni Unite Civili, colpisce inevitabilmente la consistenza stessa del matrimonio religioso cattolico, penetra in esso e limita o inficia la stessa confessione religiosa cattolica, ancor più l'*obex* lede il regime delle altre confessioni religiose che, a differenza della Cattolica, non hanno nella Carta Costituzionale un riconoscimento di *sovranità dell'ordine*. La sentenza 19809/08 delle Sezioni Unite Civili si autolegittima ponendo a se stessa come pilastro normativo costituzionale del suo argomentare i '*principi supremi del sistema costituzionale*', "*desumibili dagli artt. 2, 3, 7, 24, 25, 29, 31, 101 e 102 della Costituzione*", ma sembra come se gli articoli costituzionali siano tutti puntualmente citati ma tutti altrettanto puntualmente disattesi nell'argomentare del Supremo Collegio.

5. Il vizio di fondo, la tutela patrimoniale del matrimonio-rapporto, che altera il regime confessionale matrimoniale

C'è una stridente dissonanza tra lettura dei *principi fondamentali fondanti l'ordinamento italiano* che effettua la Corte Costituzionale Italiana e quella data dalla Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 421/93, sebbene in maniera non vincolante trattandosi di pronuncia di inammissibilità, ha considerato tuttora vigente ed operante la *riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici*, nonostante la mancata previsione in tal senso da parte dell'*Accordo di Villa Madama del 1985*. Per la Suprema Consulta il matrimonio canonico, che ottiene efficacia civile mediante la trascrizione, rimane regolato quanto al *momento genetico* dal *diritto canonico*. Ne consegue che "*su quell'atto, posto in essere nell'ordinamento canonico e costituente presupposto degli effetti civili, è riconosciuta la competenza del giudice ecclesiastico. Coerentemente con il principio di laicità dello Stato (sentenza n. 203 del 1989), in presenza di un matrimonio che ha avuto origine nell'ordinamento 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 del matrimonio*".

Invero, quel che differenzia le due letture è dato da quale sia il primario principio da tutelare, orbene, per la Corte di Cassazione sembra non tanto o non solo il *matrimonio-rapporto*, quanto invece e soprattutto il regime patrimoniale del "divorzio" che, per la Corte di Cassazione, garantirebbe maggiormente il matrimonio rapporto.

La Corte Costituzionale nella sentenza n. 329/01 ha escluso che la diversità delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla pronuncia di nullità rispetto a quelle che discendono dal divorzio possa essere qualificata come disparità di trattamento, in quanto "*le due fattispecie della nullità del matrimonio e del divorzio presentano elementi di diversità non meramente formali, ma sostanziali. L'una si fonda – tanto nell'ordinamento civile quanto in quello canonico, sia la causa di nullità prevista da entrambi o da uno solo di essi – sulla constatazione giudiziale di un difetto originario dell'atto. L'altro, viceversa, si fonda, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 898 del 1970, sull'accertamento, ad opera del giudice, 'che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previ-*

ste dall'art. 3', e quindi presuppone una crisi dello svolgimento del rapporto coniugale. La diversità strutturale delle due fattispecie vale di per sé ad escludere la violazione dell'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della disparità di trattamento, in quanto, a cagione di essa, non è costituzionalmente necessario che le situazioni di declaratoria della nullità canonica alle quali fanno riferimento i rimettenti debbano ricevere lo stesso trattamento che l'ordinamento assegna alla disciplina delle conseguenze patrimoniali della cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario (o dello scioglimento del matrimonio civile)".

La Corte Costituzionale esprime una posizione così netta, tenendo ben presente il recente indirizzo dottrinale e giurisprudenziale che cerca di interpretare il regime del matrimonio secondo l'*ottica di una comunione di fatto* con tutte le conseguenze patrimoniali, tant'è che la Consulta Costituzionale traccia ben chiari i confini del potere del Supremo Organo Giurisdizionale Ordinario, così precisando: *"Benvero, tanto nella ipotesi della nullità quanto in quella del divorzio è possibile che dal matrimonio sia derivata l'instaurazione tra i coniugi di una consolidata comunione di vita. Ma spetta solo al legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità e salvo il sindacato di costituzionalità – il potere di modificare il sistema vigente nella prospettiva di un accostamento tra la disciplina della nullità del matrimonio concordatario e quella della cessazione degli effetti civili conseguenti alla sua trascrizione, per effetto di divorzio"*.

È da considerarsi in svolgimento, alla luce dei pronunciati della Corte Costituzionale, uno *straripamento e abuso di potere*, in quanto l'autorità giudiziaria si arrogherebbe, come in effetti sembra arrogarsi così operando, un vero e proprio potere legislativo?

Quale armonia può sussistere tra i pronunciati giudiziari che riguardino matrimoni religiosi, non solo quelli cristiano-cattolici, e i pronunciati contenenti differenti qualificazioni dello scioglimento del rapporto matrimoniale? Ancora una volta, la angolazione cd. "giustizialista" di favore nella identificazione di *atto-rapporto* e quindi di *nullità-scioglimento*, almeno agli effetti patrimoniali, cozza ictu oculi con il *differenziato regime sostanziale e patrimoniale* che esiste nel nostro ordinamento *tra nullità civili, e non solo le nullità religiose, e casi di scioglimento* ("divorzio"), cioè *tra regime artt. 129, 129 bis e 139 c.c. e art. 5 L. 898/70*, con inevitabile ricaduta lesiva sull'art. 3 della Carta Costituzionale.

Sempre più si avverte l'urgenza che il legislatore costituzionale affronti tutto il ventaglio della patologia matrimoniale con le sue conseguenze personali, patrimoniali e...processuali, nel pieno rispetto della scelta confessionale che operino i nubendi all'atto del consenso nuziale.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile Sentenza 17 luglio 2008, n. 19734

Minore – Ricongiungimento familiare – Kafalah – Immigrazione – Diritto islamico – Affidamento

Ai fini del ricongiungimento familiare, l'istituto della *Kafalah* islamica è equiparabile all'affidamento nazionale italiano, poiché, similmente, consente al minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia ed assistenza (*badana*) nell'ambito della propria famiglia legittima, di essere accolto da due coniugi o anche da un singolo affidatario (*kafil*), che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l'affidato (*makful*) entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che lo accoglie. Diversamente, si penalizzerebbero i minori di paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono, per i quali la *Kafalah* è l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici per la loro tutela¹.

Fonte: www.stranieriinitalia.it

¹ Precedenti giurisprudenziali: Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile. Sentenza 2 luglio 2008, n. 18174: “Negli ordinamenti musulmani, il dovere di fratellanza e di solidarietà, cui esorta il Corano, è adempiuto, nei confronti dei minori illegittimi, orfani o comunque abbandonati, attraverso uno strumento – di tutela e protezione dell’infanzia – definito *Kafalah*, mediante il quale il minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia ed assistenza (*badana*) nell’ambito della propria famiglia (legittima), può essere accolto da due coniugi od anche da un singolo affidatario (*kafil*), che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l’affidato (*makful*) entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che così lo accoglie. Pertanto, si può rilevare come tra la *Kafalah* islamica e il modello dell’affidamento nazionale italiano prevalgano, sulle differenze, i punti tra loro in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell’adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l’uno che l’altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la *Kafalah*, più dell’affidamento, vicina all’adozione, in quanto, mentre l’affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la *Kafalah* (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età dell’affidato”; Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile. Sentenza 20 marzo 2008, n. 7472: “Negli ordinamenti musulmani - mediante la *Kafalah* - il minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia ed l’assistenza (*badana*) nell’ambito della propria famiglia legittima, può essere accolto da due coniugi od anche da un singolo affidatario (*kafil*), che si impegnino a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l’affidato (*makful*) entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che così lo accoglie. Nei Paesi di area islamica (es. Marocco) la *Kafalah* generalmente è disposta, ai sensi delle rispettive legislazioni, con procedura giudiziaria o previo accordo, tra affidanti e affidatari, autorizzato da un giudice. Pertanto, non può escludersi, agli effetti del ricongiungimento familiare, l’equiparabilità della *Kafalah* islamica all’affidamento, posto che tra quest’ultima e il modello dell’affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti effetti legittimanti e non incidendo, sia l’uno che l’altro, sullo stato civile del minore; essendo anzi la *Kafalah*, più dell’affidamento,

vicina all'adozione in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la Kafalah, ancorché ne sia ammessa la revoca, si prolunga tendenzialmente a fino alla maggiore età dell'affidato"; Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile. Sentenza 4 novembre 2005, n. 21395: *"Ai fini della dichiarazione di adattabilità l'affidamento in Kafalah è equiparabile all'affidamento nazionale italiano. Pertanto, circa la legittimazione all'opposizione avverso tale dichiarazione il kafil risulta portatore non di un proprio interesse in conflitto con l'oggetto del giudizio di adattabilità, ma di un interesse a non vedere pregiudicata la propria aspettativa all'adozione, onde può spiegare solo in intervento adesivo dipendente"*; Tribunale per i minorenni di Trento. Decreto 11 marzo 2002: *"Poiché l'istituto della Kafalah non è equiparabile né all'adozione legittimante, né all'affidamento a questa preordinato, non può essere dichiarato efficace in Italia un provvedimento marocchino che, ai sensi e per gli effetti della Kafalah, abbia disposto l'affidamento ad una coppia di coniugi italiani di un minore marocchino abitante con gli affidatari sul territorio italiano"*. Riferimenti dottrinali: MARIA D'ARIENZO, *Matrimonio e famiglia nell'Islam e in Italia. Problemi giuridici*, in AA.VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, a cura di ANTONIO FUCILLO, Giappichelli, Torino, 2006, p. 117 ss.; REBECCA GELLI, *La kafala di diritto islamico: prospettive di riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Famiglia e diritto*, 2005, pp. 62-71; JOELLE LONG, *Adozione "extraconvenzionale" di minori provenienti da Paesi islamici*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, I, pp. 149-161; JOELLE LONG, *La Kafala: una risorsa sociale per i bambini e per le famiglie di religione islamica in Italia*, in *Minori e Giustizia. Rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia*, 2, 2007, pp. 170-184; MAURIZIO ORLANDI, *La kafalah di diritto islamico ed il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del Tribunale di Biella*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2008, 4, pp. 1810-1862; MAURIZIO ORLANDI, *Le adozioni internazionali in Italia: realtà e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 530 ss.; MAURIZIO ORLANDI, *La Kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2005, I, pp. 635-665; PIERO ZICCARDI, *Ordine pubblico e convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 5-16.