



diritto & religioni

Semestrale
Anno VII - n. 2-2012
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

14



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno VII - n. 2-2012
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
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

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

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

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Comitato dei referees

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

Direzione:

Cosenza 87100 - Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

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

Redazione:

Cosenza 87100 - Via Camposano, 41
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: mariadarienzo@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. Possono ordinare estratti a pagamento.

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

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e Legislazione civile di questo numero della *Rivista* pone in rilievo numerosi e interessanti documenti riportati di seguito.

Il primo documento, riportato integralmente, riguarda la Legge n. 219/2012 recante *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*.

Con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Cassazione vengono evidenziate due sentenze riguardanti la delibazione: il grave difetto di discrezione di giudizio; la prolungata convivenza tra i coniugi ed il limite dell'ordine pubblico con relativo commento di Stefano Bartone. È stata inoltre pubblicata una nota di Raffaella Lo-surdo a commento della sentenza 10657/2010 della Corte di Cassazione inerente il rapporto tra delibazione di una sentenza ecclesiastica e riserva mentale, anch'essa presente in questo numero.

La sezione si arricchisce di altre tre sentenze della Suprema Corte. La prima portata all'attenzione riguarda la famiglia e la fecondazione eterologa; la seconda inerente la problematica dell'affido condiviso e la libertà religiosa; mentre la terza verte sulla problematica dell'adozione internazionale e dell'idoneità dei genitori adottivi. È poi pubblicata una ordinanza della Suprema Corte in materia di livelli ecclesiastici.

Per la giurisprudenza di merito si pone all'attenzione una pronuncia del Tribunale di Salerno riguardante gli edifici di culto con relativo commento di Carmela Elefante.

Legge 10 dicembre 2012, n. 219 - Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Promulga
la seguente legge:

Art. 1

Disposizioni in materia di filiazione

1. L'articolo 74 del codice civile è sostituito dal seguente: «Art. 74. – (Parentela). – La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti».

2. All'articolo 250 del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni: a) il primo comma è sostituito dal seguente:

«Il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'articolo 254, dalla madre e dal padre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Il riconoscimento può avvenire tanto congiuntamente quanto separatamente»;

b) al secondo comma, le parole: «sedici anni» sono sostituite dalle seguenti: «quattordici anni»;

c) al terzo comma, le parole: «sedici anni» sono sostituite dalle seguenti: «quattordici anni»;

d) il quarto comma è sostituito dal seguente:

«Il consenso non può essere rifiutato se risponde all'interesse del figlio. Il genitore che vuole riconoscere il figlio, qualora il consenso dell'altro genitore sia rifiutato, ricorre al giudice competente, che fissa un termine per la notifica del ricorso all'altro genitore. Se non viene proposta opposizione entro trenta giorni dalla notifica, il giudice decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante; se viene proposta opposizione, il giudice, assunta ogni opportuna informazione, dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni, o anche di età inferiore, ove capace di discernimento, e assume eventuali provvedimenti provvisori e urgenti al fine di instaurare la relazione, salvo che l'opposizione non sia palesemente fondata. Con la sentenza che tiene luogo del consenso mancante, il giudice assume i provvedimenti opportuni in relazione all'affidamento e al mantenimento del minore ai sensi dell'articolo 315-bis e al suo cognome ai sensi dell'articolo 262»;

e) al quinto comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, salvo che il giudice li autorizzi, valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio».

3. L'articolo 251 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art. 251. – (Autorizzazione al riconoscimento). – Il figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio. Il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal tribunale per i minorenni».

4. Il primo comma dell'articolo 258 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso».

5. L'articolo 276 del codice civile è sostituito dal seguente: «Art. 276. – (Legittimazione passiva). – La domanda per la dichiarazione di paternità o di maternità naturale deve essere proposta nei confronti del presunto genitore o, in sua mancanza, nei confronti dei suoi eredi. In loro mancanza, la domanda deve essere proposta nei confronti di un curatore nominato dal giudice davanti al quale il giudizio deve essere promosso.

Alla domanda può contraddire chiunque vi abbia interesse».

6. La rubrica del titolo IX del libro primo del codice civile è sostituita dalla seguente: «Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio». 7. L'articolo 315 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art. 315. – (Stato giuridico della filiazione). – Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico».

8. Dopo l'articolo 315 del codice civile, come sostituito dal comma 6 del presente articolo, è inserito il seguente:

«Art. 315-bis. – (Diritti e doveri del figlio). – Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni.

Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.

Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa».

9. Nel titolo XIII del libro primo del codice civile, dopo l'articolo 448 è aggiunto il seguente:

«Art. 448-bis. – (Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla potestà sui figli). – Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla potestà e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, possono escluderlo dalla successione».

10. È abrogata la sezione II del capo II del titolo VII del libro primo del codice civile.

11. Nel codice civile, le parole: «figli legittimi» e «figli naturali», ovunque ricorrono, sono sostituite dalla seguente: «figli».

Art. 2

Delega al Governo per la revisione delle disposizioni
vigenti in materia di filiazione

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'articolo 30 della Costituzione, osservando, oltre ai principi di cui agli articoli 315 e 315-bis del codice civile, come rispettivamente sostituito e introdotto dall'articolo 1 della presente legge, i seguenti principi e criteri direttivi:

a) sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai «figli legittimi» e ai «figli naturali» con riferimenti ai «figli», salvo l'utilizzo delle denominazioni di «figli nati nel matrimonio» o di «figli nati fuori del matrimonio» quando si tratta di disposizioni a essi specificamente relative;

b) modificazione del titolo VII del libro primo del codice civile, in particolare:

1) sostituendo la rubrica del titolo VII con la seguente: «Dello stato di figlio»;

2) sostituendo la rubrica del capo I con la seguente: «Della presunzione di paternità»;

3) trasponendo nel nuovo capo I i contenuti della sezione I del capo I;

4) trasponendo i contenuti della sezione II del capo I in un nuovo capo II, avente la seguente rubrica: «Delle prove della filiazione»;

5) trasponendo i contenuti della sezione III del capo I in un nuovo capo III, avente la seguente rubrica: «Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio»;

6) trasponendo i contenuti del paragrafo 1 della sezione I del capo II in un nuovo capo IV, avente la seguente rubrica: «Del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio»;

7) trasponendo i contenuti del paragrafo 2 della sezione I del capo II in un nuovo capo V, avente la seguente rubrica: «Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità»;

8) abrogando le disposizioni che fanno riferimento alla legittimazione;

c) ridefinizione della disciplina del possesso di stato e della prova della filiazione prevedendo che la filiazione fuori del matrimonio può essere giudizialmente accertata con ogni mezzo idoneo;

d) estensione della presunzione di paternità del marito rispetto ai figli comunque nati o concepiti durante il matrimonio e ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternità, con riferimento in particolare all'articolo 235, primo comma, numeri 1), 2) e 3), del codice civile, nel rispetto dei principi costituzionali;

e) modificazione della disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio con la previsione che:

1) la disciplina attinente all'inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore sia adeguata al principio dell'unificazione dello stato di figlio, demandando esclusivamente al giudice la valutazione di compatibilità di cui all'articolo 30, terzo comma, della Costituzione;

2) il principio dell'inammissibilità del riconoscimento di cui all'articolo 253 del codice civile sia esteso a tutte le ipotesi in cui il riconoscimento medesimo è in contrasto con lo stato di figlio riconosciuto o giudizialmente dichiarato;

f) modificazione degli articoli 244, 264 e 273 del codice civile prevedendo l'ab-

bassamento dell'età del minore dal sedicesimo al quattordicesimo anno di età;

g) modificazione della disciplina dell'impugnazione del riconoscimento con la limitazione dell'imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio e con l'introduzione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati;

h) unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale;

i) disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, precisando che, ove l'ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del tribunale o il giudice delegato;

l) adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio, prevedendo, anche in relazione ai giudizi pendenti, una disciplina che assicuri la produzione degli effetti successori riguardo ai parenti anche per gli aventi causa del figlio naturale premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e conseguentemente l'estensione delle azioni di petizione di cui agli articoli 533 e seguenti del codice civile;

m) adattamento e riordino dei criteri di cui agli articoli 33, 34, 35 e 39 della legge 31 maggio 1995, n. 218, concernenti l'individuazione, nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato, della legge applicabile, anche con la determinazione di eventuali norme di applicazione necessaria in attuazione del principio dell'unificazione dello stato di figlio;

n) specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori, fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia;

o) previsione della segnalazione ai comuni, da parte dei tribunali per i minorenni, delle situazioni di indigenza di nuclei familiari che, ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, richiedano interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia, nonché previsione di controlli che il tribunale per i minorenni effettua sulle situazioni segnalate agli enti locali;

p) previsione della legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori.

2. Il decreto o i decreti legislativi di cui al comma 1 provvedono, altresì, a effettuare, apportando le occorrenti modificazioni e integrazioni normative, il necessario coordinamento con le norme da essi recate delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, e delle altre norme vigenti in materia, in modo da assicurare il rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 1 del presente articolo.

3. Il decreto o i decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro dell'interno, del Ministro della giustizia, del Ministro per le pari opportunità e del Ministro o Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri delegato per le politiche per la famiglia. Sugli schemi approvati dal Consiglio dei ministri esprimono il loro parere le Commissioni parlamentari competenti entro due mesi dalla loro trasmissione alle Camere. Decorso tale termine, i decreti legislativi sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora il termine per l'espressione dei pareri parlamentari, di cui al presente comma, scada

nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto dal comma 1 o successivamente, quest'ultimo termine è prorogato di sei mesi.

4. Entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascun decreto legislativo adottato ai sensi del comma 1, il Governo può adottare decreti integrativi o correttivi, nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 1 e delle disposizioni del comma 2 e con la procedura prevista dal comma 3.

Art. 3

Modifica dell'articolo 38 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni a garanzia dei diritti dei figli alimenti e al mantenimento

1. L'articolo 38 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, è sostituito dal seguente: «Art. 38. – Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario. Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente. Quando il provvedimento è emesso dal tribunale per i minorenni, il reclamo si propone davanti alla sezione di corte di appello per i minorenni».

2. Il giudice, a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole, può imporre al genitore obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi suddetti. Per assicurare che siano conservate o soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui al periodo precedente, il giudice può disporre il sequestro dei beni dell'obbligato secondo quanto previsto dall'articolo 8, settimo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898. Il giudice può ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, di versare le somme dovute direttamente agli aventi diritto, secondo quanto previsto dall'articolo 8, secondo comma e seguenti, della legge 1 dicembre 1970, n. 898. I provvedimenti definitivi costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818 del codice civile.

Art. 4

Disposizioni transitorie

1. Le disposizioni di cui all'articolo 3 si applicano ai giudizi instaurati a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge.

2. Ai processi relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli di genitori non coniugati pendenti davanti al tribunale per i minorenni alla data di entrata in vigore della presente legge si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile e il comma 2 dell'articolo 3 della presente legge.

Art. 5

Modifiche alle norme regolamentari in materia di stato civile

1. Con regolamento emanato, su proposta delle amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 2 della presente legge, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto o dei decreti legislativi di cui al citato articolo 2 della presente legge, sono apportate le necessarie e conseguenti modifiche alla disciplina dettata in materia di ordinamento dello stato civile dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

2. L'articolo 35 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, è sostituito dal seguente:

«Art. 35. – (Nome). 1. Il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso e può essere costituito da un solo nome o da più nomi, anche separati, non superiori a tre. 2. Nel caso siano imposti due o più nomi separati da virgola, negli estratti e nei certificati rilasciati dall'ufficiale dello stato civile e dall'ufficiale di anagrafe deve essere riportato solo il primo dei nomi».

Art. 6

Clausola di invarianza finanziaria

1. Dall'attuazione delle disposizioni di cui alla presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile

Sentenza 11 luglio 2012, n. 11644

Bioetica – Famiglia – Fecondazione eterologa – Consenso preventivo – Azione di disconoscimento della paternità – Libertà religiosa

Il quadro normativo attuale, a seguito dell'introduzione della legge n. 40 del 2004, per come formulata e per come interpretabile alla luce delle sempre più incisive affermazioni del principio del favor veritatis, si è arricchito di una nuova ipotesi, per certi versi tipica, di disconoscimento della paternità, che si aggiunge a quelle previste dall'art. 235 c.c., e che si fonda - stante la non piena assimilabilità dell'inseminazione artificiale alle previsioni di tale norma - sulla esigenza, sempre più avvertita, di affermare la primazia del favor veritatis. In questo senso, in tutte le ipotesi non contemplate dall'art. 9, comma 1 della legge in esame ("qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, comma 1, nn. 1 e 2 c.c., né l'impugnazione di cui all'art. 263 dello stesso codice"), nelle quali difetti l'elemento ostativo alla legittimazione costituito dal consenso preventivo alla fecondazione eterologa, l'azione di disconoscimento deve ritenersi ammissibile. L'integrazione, nei termini sopra indicati, delle ipotesi previste dall'art. 235 c.c., non può infine non raccordarsi, stante l'identità della ratio e, comunque, per evidenti ragioni sistematiche, alle ipotesi di decadenza previste dall'art. 244 c.c. con riferimento al momento in cui si sia acquisita la certezza del ricorso a tale metodo di procreazione (Nel caso di specie, il giudice adito respingeva il ricorso del coniuge per avvenuta decadenza dell'attore dalla proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità per decorso del termine annuale).

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile

Sentenza 15 giugno 2012, n. 9844

Delibazione – Grave difetto di discrezione di giudizio – Nullità del matrimonio canonico

In tema di delibazione della sentenza di un tribunale ecclesiastico dichiarativa della nullità di un matrimonio concordatario, per difetto di consenso, la situazione di vizio psichico (*defectum discretionis iudicii*) da parte di uno dei coniugi, assunta in considerazione dal giudice ecclesiastico siccome comportante inettitudine del soggetto ad intendere i diritti ed i doveri del matrimonio al momento della manifestazione del consenso, non si discosta sostanzialmente dall'ipotesi di invalidità contemplata dall'art. 120 c.c., cosicché è da escludere che il riconoscimento dell'efficacia di una tale sentenza trovi ostacolo nei principi fondamentali dell'ordinamento italiano.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile

Sentenza 12 giugno 2012, n. 9546

Famiglia – Libertà religiosa – Minori – Affidato condiviso – Testimoni di Geova

L'art. 155 c.c., in tema di provvedimenti riguardo ai figli nella separazione personale dei coniugi, consente al giudice di fissare le modalità della loro presenza presso ciascun genitore e di adottare ogni altro provvedimento ad essi relativo, attenendosi al criterio fondamentale rappresentato dal superiore interesse della prole, che assume rilievo sistematico centrale nell'ordinamento dei rapporti di filiazione, fondato sull'art. 30 Cost. L'esercizio in concreto di tale potere, dunque, deve costituire espressione di conveniente protezione (art. 31 Cost., comma 2) del preminente diritto dei figli alla salute e ad una crescita serena ed equilibrata e può assumere anche profili contenitivi dei rubricati diritti e libertà fondamentali individuali (nel caso di specie, il diritto di libertà religiosa), ove le relative esteriorizzazioni determinino conseguenze pregiudizievoli per la prole che vi presenzi, compromettendone la salute psico-fisica e lo sviluppo; tali conseguenze, infatti, oltre a legittimare le previste limitazioni ai richiamati diritti e libertà fondamentali contemplati in testi sovranazionali, implicano in ambito nazionale il non consentito superamento dei limiti di compatibilità con i pari diritti e libertà altrui e con i concorrenti doveri di genitore fissati nell'art. 30 Cost., comma 1, e nell'art. 147 c.c.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile Ordinanza 6 giugno 2012, n. 9135

Livello ecclesiastico – Accertamento – Esclusione della competenza delle sezioni specializzate agrarie

Rientrano nella competenza funzionale *ratione materiae* delle sezioni specializzate agrarie solo le controversie nelle quali, in base alla domanda dell'attore e all'eccezione del convenuto, la decisione della causa implichi un accertamento positivo o negativo di uno dei rapporti soggetti alle speciali norme cogenti in materia di contratti agrari (cfr. Cass. 10.07.2012, n. 10276; Cass. 26.02.2010, n. 4730), salvo che appaia *ictu oculi* infondata la tesi volta a ricondurre il rapporto controverso nell'ambito di quelli contemplati dalla speciale legislazione sui contratti agrari (cfr. Cass. 26.07.2010, n. 17502; Cass. 13.04.2006, n. 13644; Cass. 16.07.2002, n. 10276; Cass. 11.04.2001, n. 5404; Cass. 11.04.2000, n. 4595).

Ne consegue che, vista l'assimilazione - operata dalla Corte - del regime giuridico dei livelli a quello delle enfiteusi (cfr. Cass. 08.01.1997, n. 64; Cass. 22.06.1963, n. 1682; Cass. 12.06.1961, n. 1366), la controversia inerente l'accertamento dell'esistenza del diritto di livello non rientri nelle competenze della sezione specializzata agraria ai sensi dell'art. 9 della l. 14 febbraio 1990, n. 29, non avendo peraltro nessuna delle parti dedotto l'esistenza di un rapporto astrattamente qualificabile come agrario.

Fonte: www.dejure.giuffre.it

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile

Sentenza 4 giugno 2012, n. 8926

Delibazione – Sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale – Prolungata convivenza tra i coniugi – Limite dell’ordine pubblico – Riserva di giurisdizione

La convivenza fra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non è espressiva delle norme fondamentali che disciplinano tale istituto e, pertanto, non è ostativa, sotto il profilo dell’ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico.

Anche dopo l’entrata in vigore della L. 25 marzo 1985, n. 121, che ha dato esecuzione all’accordo di modificazioni ed al protocollo addizionale, del 18 febbraio 1984, tra la Santa Sede e l’Italia, permane integra la riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei tribunali canonici per le cause volte ad accertare la nullità del matrimonio concordatario, vale a dire del matrimonio contratto, per libera, concorde, scelta delle parti, secondo le norme del diritto canonico e da quest’ultimo disciplinato nel suo momento genetico, anche per quanto attiene ai requisiti di validità: logico, irrefutabile corollario di quanto precede è che le controversie relative all’accertamento della nullità del matrimonio concordatario restino esclusivamente riservate “in toto” alla cognizione degli organi giurisdizionali dell’ordinamento canonico, fermo restando che il giudice dello Stato continua ad avere giurisdizione sull’efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità attraverso il procedimento di delibazione, espletato peraltro, in base alla normativa del 1984, in modo ben più penetrante di quanto avvenisse ai sensi della normativa dei Patti Lateranensi del 1929 (Corte Cost., 1 dicembre 1993, n. 421).

Fonte: www.olir.it

La cassazione civile n. 8926/2012 ripristina il diritto, la ragionevolezza, la giurisdizione esclusiva canonica nella delibazione ecclesiastica

STEFANO BARTONE

1. *La sentenza cd. Vittoria n. 1343/11 enuncia la convivenza quale ostacolo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale e struttura il rapporto quale sanatoria dell'atto invalido.*

Il 4 giugno 2012 (ud. 22.2.2012) la Corte Suprema di Cassazione, Prima Sezione Civile, Presidente dott. Corrado Carnevale (il Presidente che fu soprannominato nel penale “ammazzasentenze”) e Relatore dott. Pietro Campanile, con la sentenza n. 8926/12 ha sconfessato totalmente il pronunciato della precedente sentenza della stessa Sezione n. 1343/11 (Presidente dott. Paolo Vittoria) che aveva creato l'ostacolo della convivenza, protrattasi per più di un anno, alla delibazione delle sentenze di nullità dei matrimoni concordatari e aveva sostanzialmente conferito al *rapporto* matrimoniale forza “sanante” l'*atto-consenso* matrimoniale riconosciuto nullo dal giudice, in applicazione dell'ordinamento canonico.

Dopo la “sentenza Vittoria”, i Collegi di merito, di Corte di Appello, si sono pronunciati in maniera tra loro difforme.

In sintonia con la “sentenza Vittoria” si era posta la Corte Civile di Appello di Reggio Calabria, sentenza n.12/2011, che è stata oggetto dello specifico ricorso alla Corte di Cassazione, ed è stato accolto e definito con la sentenza n. 8926/12.

Fino alla sentenza “Carnevale” si erano paralizziate le istanze di delibazione alle Corti di Appello, nella preoccupazione che i giudici seguissero l'inusitato e isolato pronunciato della “sentenza Vittoria”, pur essendo questa una sentenza palesemente “abnorme” rispetto alla imperante, anzi unanime giurisprudenza, e palesemente in contrasto con il dettato concordatario, avente in Italia valenza e tutela costituzionale.

La sentenza reggina impugnata e oggetto del ricorso esaminato dal Collegio della Prima Sezione di Cassazione presieduto dal dott. Carnevale, aveva suscitato scalpore, in quanto aveva rigettato, con la motivazione ostacolante della convivenza, una domanda congiunta di delibazione: non solo, aveva anche esplicitamente riconosciuto che, al di là della convivenza, era assente ogni altro motivo procedurale o sostanziale che fosse di ostacolo alla delibazione (quale ad esempio la tutela della buona fede).

Il principio emesso dalla cd. “sentenza Vittoria”, della convivenza sanante l'atto nullo, statuiva che la coabitazione/convivenza era da considerarsi incompatibile con l'ordine pubblico italiano e quindi costituiva ostacolo alla delibazione, *melius* all'esecutorietà civile della sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità, arrecava un doppio *vulnus*: a) un *vulnus* arrecato al Concordato, perché si faceva prevalere il rapporto matrimoniale sul consenso matrimoniale, e si dava alla convivenza il valore sanante di un atto invalido, con la conseguenza aberrante che il cittadino cattolico si trovava

contemporaneamente ad avere un vincolo matrimoniale nullo per la Chiesa e sano per lo Stato; b) un *vulnus* al principio di *ragionevolezza* e di *uguaglianza*, perché non predeterminava il *tempus* di convivenza, lasciando alla soggettiva discrezionalità di ogni singolo collegio o relatore il *quantum* di tempo di convivenza o coabitazione.

2. *La sentenza cd. Carnevale/Campanile n. 8926/12 cancella l'obex della convivenza coniugale, perché non contrasta l'ordine pubblico e non costituisce impedimento assoluto.*

L'attuale sentenza "Carnevale" (dal nome del Presidente, relatore ne è il cons. Campanile), che ha pienamente accolto i motivi del ricorso, ripristina quanto nel 1982 e nel 1988 (sent. n.4700) era stato già proclamato dalle *Sezioni Unite Civili* della Corte Suprema di Cassazione.

La "sentenza Carnevale" ripristina il Diritto, la Ragionevolezza, riconferma il Concordato alla luce della Costituzione Italiana.

Il pronunciato e la motivazione dell'attuale sentenza assume una essenziale importanza e merita attenzione da parte dei giuristi e dei giudici in quanto riafferma l'unicità sostanziale e formale del *civis fidelis*, del cittadino cattolico, e soprattutto blocca *ab imis* una emergente tendenza giurisprudenziale, soprattutto dei giudici di merito, che vorrebbe far prevalere il rapporto matrimoniale (cioè la *convivenza*) sul consenso-atto matrimoniale, come se la convivenza (qualsiasi sia la sua durata e qualsiasi sia il substrato di volontà libera e capace del nubendo e del coniuge) possa sanare un consenso-sacramento invalido.

La sentenza ha definitivamente sancito che la diversa disciplina normativa e la valutazione del rapporto matrimoniale tra ordinamento canonico e ordinamento civile statale, in riguardo alla durata del tempo di convivenza, *non* costituisce *incompatibilità assoluta* con l'ordine pubblico italiano.

È bene ricordare che il tempo di convivenza, di un anno, assume una diversa rilevanza giuridica anche nel matrimonio celebrato esclusivamente con rito civile e quindi disciplinato dal Codice Civile, in quanto il decorso del tempo non costituisce sanatoria o decadenza processuale per tutti i casi di nullità/annullamento, ma la sua valenza ostativa è, nel diritto civile, esclusivamente ristretta ai soli casi di "simulazione", che invero deve trattarsi di "simulazione totale", quindi non rileva neanche per la "simulazione parziale".

In ottemperanza del principio di diritto enunciato e motivato dalla recente sentenza, ne consegue che la sentenza ecclesiastica pronunciante la nullità di un matrimonio (indifferentemente se la declaratoria di nullità si fondi su un accertato difetto di volontà o di capacità fisica o mentale o di libertà), non trova alcun impedimento, per la delibazione ed esecutorietà civile nello Stato Italiano, nel caso in cui si sia realizzata una successiva convivenza, anche protrattasi nel tempo e qualsiasi ne sia stata la durata; non sussiste alcun ostacolo di ordine pubblico.

3. *La sentenza Vittoria ha disatteso la Corte Costituzionale n. 329/2001 e le Sezioni Unite Civili n. 4700/1988 senza percorrere la procedura stabilita dal DLgs 40/2006 (art. 376 cpc). La lettura della sentenza a Sezioni Unite del 2008 n. 19809 è incompleta ed errata.*

Va ricordato che la posizione che era stata assunta dalla “sentenza Vittoria” e le argomentazioni da essa addotte avevano ricevuto energica disapprovazione da Mario Finocchiaro (*Il Sole 24 Ore - Guida al Diritto*, 12.2.2011 p. 73), il quale, criticando la asserzione fatta dal presidente Vittoria di essersi conformato al pronunciato della sentenza n. 19809/2008 delle Sezioni Unite, aveva evidenziato che «quanto esposto nella sola parte emotiva della sentenza n. 19809/2008 delle Sezioni Unite, senza alcuna rilevanza sulla fattispecie alla sua attenzione e sul principio di diritto che conclude la sentenza stessa, non è in alcun modo idoneo a far ritenere che detta sentenza abbia disatteso (ripetesi senza in alcun modo confutarne le complesse argomentazioni ivi svolte) quanto affermato, in sede di risoluzione di un contrasto, dalle più volte ricordate sentenze nn. 4700, 4701, 4702 e 4703 del 1988 (nella sentenza del 2008 neppure menzionata) e dalla pacifica giurisprudenza delle Sezioni Semplici».

L'attuale sentenza 8926/12 è stata precisa nel chiarire la lettura della sentenza a Sezioni Unite del 2008 n. 19809, lettura che la “sentenza Vittoria” aveva fatto erroneamente e parzialmente, con la conseguenza di creare nel *civis fidelis* una discrasia tra l'essere cittadino e l'essere cattolico.

È interessante notare che in sentenza è stata preliminarmente disattesa l'istanza del ricorrente di porre il contrasto all'esame delle Sezioni Unite, proprio per la constatazione che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione si era ormai stabilizzata sin dal 1989, cioè dopo la specifica e ben argomentata sentenza a Sezioni Unite n. 4700, la “*giurisprudenza attualmente prevalente*” (come riconosciuto dalla S.U. n. 19809/2008 e obliato dalla sentenza Vittoria 1343/2011), «*esclude che tali condotte (cioè i comportamenti di coabitazione o della convivenza dei coniugi), se rilevate, comportino contrasto assoluto con l'ordine pubblico interno*».

La “sentenza Vittoria”, pur di pronunciare il suo indirizzo interpretativo, aveva obliato che la Corte Costituzionale con l'ineludibile pronunciato della sentenza n. 329/2001 (Pres. Ruperto, Est. Bile), aveva esplicitamente richiamato a tutti i Giudici Italiani che:

- 1- *«spetta però solo al legislatore (...) il potere di modificare il sistema vigente»*
- 2- *«la circostanza che nella ipotesi di nullità del matrimonio concordatario possa essere derivata l'instaurazione fra i coniugi di una consolidata comunione di vita non si pone in contrasto con i principi dell'ordinamento italiano».*

Pertanto, il suo pronunciato era incostituzionale e non applicabile dalle Corti di Appello.

Il pronunciamento del Presidente Vittoria lascia perplessi per la procedura da lui seguita in quanto la sentenza “a Sezione Semplice”, la n. 1343/2011, si è posta in contrasto con una sentenza “a Sezione Semplice” dello stesso Presidente, la n. 7253/2010, che in un matrimonio durato trentacinque anni non aveva applicato lo stesso principio di ostatività.

L'aspetto processuale più strano è stato che il Presidente Vittoria, pur intendendo pronunciare un principio di diritto radicalmente difforme da quello enunciato e dettagliatamente argomentato da una sentenza “a Sezioni Unite”, la 4700/1988, e comunque intendendo discostarsi dalla giurisprudenza maggioritaria/unanime riconosciuta dalla sentenza “a Sezioni Unite”, la 19809/2008, non ha neanche percorso

l'iter procedurale statuito dall'art. 376 co. 2 cpc come innovato dal Dlgs 40/2006, che, in garanzia della *funzione nomofilattica* che svolge la Corte Suprema a Sezioni Unite, impone alla Sezione Semplice di rimettere la decisione alle Sezioni Unite!!

4. *La giurisprudenza di Cassazione precedente e successiva alla sentenza Vittoria non ha considerato la convivenza successiva alle nozze un'ipotesi di incompatibilità assoluta.*

Dopo il 1988 non vi erano state sentenze di rifiuto della delibazione fondate sulla convivenza; tra le tante vale ricordare: a) la sentenza n. 6051/2009, emessa l'08.07.2009 dalla Prima Sezione Civile, Pres. Luccioli, Est. Felicetti, che ha ritenuto la legittimità della delibazione, dopo una convivenza dei coniugi di 18 anni; b) la sentenza n. 7253/2010, Pres. Vittoria, Est. Giancola, depositata il 26 marzo 2010, che ha ritenuto legittima la delibazione, pur dopo una convivenza dei coniugi di 31 anni (!); c) la sentenza n. 274/2011, emessa il 07.01.2011 dalla Prima Sezione Civile, Pres. Luccioli, Est. Fioretti, che ha ritenuto legittima la delibazione, pur dopo una convivenza dei coniugi di 9 anni; d) la sentenza della Sesta Sezione Civile n. 1262/2011 del 20.01.2011, Pres. Salmé, Est. Rodorf, che si è conformata conforme alla ormai unanime giurisprudenza della Prima Sezione.

La giurisprudenza di diritto *non* ha inteso qualificare ipotesi di “*incompatibilità assoluta*” la intervenuta successiva convivenza coniugale, il che era stato esplicitamente evidenziato dalla stessa sentenza a Sezioni Unite, la 19809/2008, sentenza citata dalla “sentenza Vittoria” ma impropriamente e parzialmente.

È interessante annotare che dopo il deposito del ricorso nel giugno 2011, accolto e definito nel giugno 2012 dalla “sentenza Carnevale” è intercorso la sentenza, sempre della Prima Sezione, n. 17465/2011, pronunciata il 6 giugno 2011, Pres. Luccioli, Rel. Dogliotti, con la quale è stato rigettato quale inammissibile il motivo di ricorso, fondato sulla “convivenza”, che non era stato presentato in sede di Corte di Appello. Orbene, siffatto pronunciato dimostra inequivocabilmente che anche da questo Collegio la convivenza non costituisce ipotesi di “*incompatibilità assoluta*” altrimenti sarebbe stata ostacolo indisponibile e indefettibile alla delibabilità. Se infatti fosse da considerarsi ipotesi di incompatibilità assoluta, il Collegio giudicante avrebbe dovuto di ufficio riconoscerne l'ostatività, indipendentemente dalle istanze-eccezioni delle parti. Escludendosi la rilevabilità di ufficio dell'asserita “contrarietà all'ordine pubblico” della “lunga convivenza dei coniugi” dopo la celebrazione del matrimonio concordatario, se ne esclude la natura di incompatibilità assoluta con l'ordine pubblico.

5. *La sentenza Carnevale ripristina i principi costituzionali di ragionevolezza e di uguaglianza. L'an e il quantum di convivenza in arbitrio del singolo giudice.*

La sentenza 8926/12 ripristina il doppio principio, di dimensione costituzionale, della *ragionevolezza* e della *uguaglianza* in quanto il principio enunciato dalla precedente sentenza 1343/11 non determinava il tempo occorrente per strutturare l'*obex* alla delibazione e occorrente per *sanare* l'atto matrimoniale invalido.

Infatti, nel caso in cui si analizza una convivenza intervenuta “*dopo un certo tempo*”, sorge inevitabile il quesito di *quale* sia la durata di tempo e come la convivenza debba essere trascorsa. Risulta quindi evidente la obiettiva *indeterminatezza del parametro*

“per un certo tempo”, svincolato altresì da qualsiasi dato normativo e sostanziato caso per caso dal Giudice di merito con una insindacabile discrezionalità che trasfonde in arbitrio e comunque ingenera un diseguale trattamento tra cittadini canonicamente coniugati che abbiano avuto dalla competente Autorità Giudiziaria Ecclesiastica la dichiarazione di nullità del loro vincolo e status coniugale.

L'an (il rapporto ha sanato l'atto costitutivo invalido?) e il *quantum* (quanto deve durare il rapporto per potersi presumere che i coniugi hanno inteso con il comportamento sanare il consenso matrimoniale nullo?) varierebbe a seconda della sensibilità-ideologia del giudice relatore o della maggioranza collegiale, e non sarebbe più neanche rispondente al codice civile, art. 123, per il quale l'obex processuale nell'ordinamento civile per chiedere e ottenere la pronuncia di nullità del consenso matrimoniale (*melius*: l'annullamento) è il decorso di un solo anno di coabitazione/convivenza (!) ma solo limitatamente ai casi di “simulazione bilaterale”.

Il pronunciato “Vittoria” applicava a casi di nullità un *obex*, strettamente civilistico e strettamente investente una ipotesi di annullamento del consenso matrimoniale.

Ne consegue che la sentenza 8926/12 ha ripristinato il principio fondamentale e costituzionale di ragionevolezza e di uguaglianza e di oggettività nel giudicare.

6. Conformità al dettato costituzionale del diverso regime patrimoniale tra le nullità ecclesiastiche e civili e il divorzio (Corte Costituzionale n. 329/2001)

Una particolare attenzione merita la infinita e preliminare discussione sulla individuabilità dell'*ordine pubblico*, prima ancora della dipartizione tra incompatibilità assoluta e incompatibilità relativa. Da tempo il dibattito si incentra su *matrimonio-atto* e *matrimonio-rapporto*, quale dei due informi e fondi la legislazione familiare.

Giuseppe Dalla Torre (*Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. XL, n. 4, pp. 1644 ss.) rileva che il dilemma sorge da una “*questione economica*” e la posizione di scelta deriva da un interesse economico, dato che il problema giuridico non sussiste stanti i vizi matrimoniali in diritto canonico inquadrati nelle nullità (e pertanto insanabili e imprescrittibili) e la maggior parte (non tutti come gli artt. 86, 87 e 88 c.c.) dei vizi matrimoniali in diritto civile inquadrati negli annullamenti (e pertanto sanabili e prescrittibili). Chi intende mantenere una posizione economica del tipo divorzile, vorrebbe rendere caducabile e civilmente inefficiente il riconoscimento di nullità del consenso e del vincolo matrimoniale. Ma questa è un'esigenza che va risolta in sede legislativa e non giudiziaria, e non dal singolo enunciato giudiziario.

Come ebbe a stigmatizzare la Corte Costituzionale nella sentenza n. 329/2001 spetta al legislatore e non al giudice recepire e tradurre in norma precettiva la diversa valutazione economica che viene fatta tra nullità matrimoniali e divorzio, ma la stessa Corte Costituzionale ebbe comunque ad evidenziare che la diversità di trattamento economico nei confronti dei coniugi sussiste anche all'interno dell'ordinamento italiano tra scioglimento matrimoniale (“divorzio”) e nullità civili.

Il legislatore italiano, con le innovazioni apportate dal D.lgs 40/2006, non ha inteso modificare o disapplicare il regime concordatario anzi, pur sensibile alle denunciate differenze patrimoniali tra regime di nullità e regime di divorzio, si è limitato a statuire la *equiparazione delle conseguenze* della dichiarazione di nullità del matrimonio con quelle della pronuncia di divorzio, ma solo limitatamente al *regime giuridico dei figli della coppia*” (art. 4 co 2° Legge 54/2006).

Comunque l'ordinamento civile prevede forme di risarcimento/indennizzo in favo-

re del coniuge in buona fede proprio per i casi di nullità/annullamento matrimoniale con gli artt. 129-129bis Codice Civile, il che presuppone che la nullità matrimoniale pronunciata dalla sentenza ecclesiastica sia stata previamente riconosciuta agli effetti civili, per poter così il coniuge ingannato/defraudato esperire le procedure giudiziali civili a tutela dei propri diritti.

La diversità di regime normativo nella trattazione dei casi di invalidità matrimoniale non costituisce impedimento alcuno alla “delibazione”; la Corte Costituzionale, la n. 18 del 2 febbraio 1982 (che concorse a dar luogo alla modifica del Concordato e al Protocollo Addizionale art.4 lett. b punto 3), ebbe a chiarire che, anche alla luce dell’art.7 della Costituzione, l’esecutività della sentenza ecclesiastica di nullità «non può negarsi solo per la difformità di disciplina dei due ordinamenti, ma va rifiutata soltanto se tale diversità si traduca nella violazione dei “principi supremi del sistema costituzionale”, desumibili dagli artt. 2, 3, 7, 24, 25, 29, 31, 101 e 102 della Costituzione», in tal senso confermando la posizione enunciata dalla sentenza n. 30/1971.

È stato più volte rilevato che, in conformità all’art. 29 della Costituzione, il riconoscimento giuridico della “famiglia” sorge e si fonda sul “matrimonio” e questo solo se è valido; il che vale parimente sia per il “matrimonio” civile sia per quello religioso-concordatario, in forza dell’art.7 co. 2° della Carta Costituzionale.

7. *La sentenza Carnevale conferma la posizione unanime assunta dalla Corte Suprema nel precludere l'applicazione della Legge 218/95 art. 64 (ordinamento internazionale privato) in quanto l'Accordo Stato-Chiesa è norma speciale e preminente. È precluso altresì ogni riesame e ogni istruttoria ed è riconosciuto il ruolo probatorio del testimoniale anche attoreo, contenuto nella sentenza ecclesiastica da delibare.*

Nella parte motiva della sentenza 8926/12 vengono definitivamente inficiate le posizioni/obiezioni “normative” che le parti convenute oppongono. Il riferimento infatti alla normativa della legge 218/95 art. 64, disciplinante l’ordinamento internazionale privato e la procedura di esecuzione delle sentenze estere di divorzio, è palesemente errato, e in proposito si sono chiaramente pronunciate le S.U. 19809/08 (e già prima le sentenze 8764/03 e 10796/08): «l'accordo Repubblica Italiana - Santa Sede (convertito nella legge 121/1985) prevale, come regola speciale, sul generale criterio di collegamento dell'art.64 del sistema di Diritto Internazionale Privato (Legge 218/95)».

La doglianza di essere la Corte Civile di Appello impedita nei poteri istruttori ed essere quindi violati i limiti di prova imposti dall’art. 1417 C.C., oltre ad essere violato il diritto di difesa essendo preclusa alla parte e all’Autorità Giudiziaria accedere agli atti del processo canonico, è stata costantemente rigettata dalla Suprema Corte, sentenze nn. 6308/2000, 198/2001, 3339/2003, 20281/2005, 24047/2006, 2467/2008.

La sentenza n. 10211/2010 ha chiaramente definito che «in sede di delibazione della sentenza di nullità matrimoniale emessa dal giudice ecclesiastico per esclusione dei “bona matrimonii”, il giudice italiano è vincolato ai fatti accertati in quella pronuncia, non essendogli concesso né un riesame nel merito né il rinnovo dell’istruttoria con acquisizione di nuovi materiali probatori».

Il più volte invocato riesame del merito, richiesto dalla parte convenuta, è un pretendere dalla Corte Civile di Appello una condotta processuale di palese violazione dell’art. 4 lettera b) n. 3 del Protocollo Addizionale all’Accordo di revisione del Concordato Lateranense che statuisce perentoriamente che «con riferimento al n. 2, si intende che in ogni caso non si procederà al riesame del merito».

Anche nei casi giudiziari di nullità matrimoniale, fondata su avvenuta esclusione delle proprietà essenziali del consenso nuziale, in cui vada accertato il rispetto della *buona fede/affidamento* del coniuge convenuto, la Suprema Corte (sentenze n. 6308/2000, 198/2001, 3339/2003, 20281/2005, 24047/2006, 2467/2008, 10211/2010) ha più volte ribadito che la indagine sulla “manifestazione” o meglio sulla “conoscibilità” della avvenuta esclusione, da parte del nubendo, di uno dei requisiti fondamentali del consenso matrimoniale (nel caso *de quo* la esclusione del legame indissolubile), deve essere condotta con esclusivo riferimento alla pronuncia da delibare ed agli atti del processo medesimo eventualmente acquisiti, non essendovi luogo in fase di deliberazione ad alcuna integrazione di attività istruttoria.

L'accertamento, che la Corte di Appello in sede deliberatoria può e deve compiere, è limitato alle risultanze della sentenza ecclesiastica (Cass. 24047/2006; 2138/1996), non essendo ammessa una diretta e diversa valutazione e integrazione delle prove (Cass. 20281/2005).

Sul discusso *ruolo probatorio delle testimonianze di parte attrice*, contenute nella decisione ecclesiastica, la Corte Suprema, sentenza n. 3709/08, espressamente dà riconoscimento legittimo al ruolo dei cd. testimoni “*de relato ex parte actoris*” nella formazione della decisione a favore della “delibabilità” di sentenza canonica.

8. *La sentenza 8926/12, con interpretazione costituzionalmente orientata, ripristina la giurisdizione esclusiva dei Tribunali Ecclesiastici nelle cause di nullità del matrimonio concordatario, in conformità al pronunciato della Corte Costituzionale n. 421/1993 e in totale dissenso dalle Sezioni Unite Civili n. 1824/1993.*

La sentenza 8926/12 non solo ripristina il Diritto, la Ragionevolezza, il Concordato alla luce della Costituzione Italiana, ma, seppure *incidenter tantum*, ripristina la *Giurisdizione esclusiva dei Tribunali Ecclesiastici*, richiamandosi alla sentenza della Corte Costituzionale 1 dicembre 1993 n. 421: «Ed invero si è affermato che anche dopo l'entrata in vigore della legge 25 marzo 1985 n. 121, che ha dato esecuzione all'accordo di modificazione e al protocollo addizionale, del 18 febbraio 1984, tra la Santa Sede e l'Italia, permane integra la riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei Tribunali canonici per le cause volte ad accertare la nullità del matrimonio concordatario, vale a dire del matrimonio contratto, per libera, concorde, scelta delle parti, secondo le norme del diritto canonico e da quest'ultimo disciplinato nel suo momento genetico, anche per quanto attiene ai requisiti di validità; logico, irrefutabile corollario di quanto precede e che le controversie relative all'accertamento della nullità del matrimonio concordatario restino esclusivamente riservate “in toto” alla cognizione degli organi giurisdizionali dell'ordinamento canonico fermo restando che il giudice dello Stato continua ad avere giurisdizione sulla efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità attraverso il procedimento di deliberazione... (Corte Costituzionale 1 dicembre 1993, n. 421)».

La sentenza, con interpretazione costituzionalmente orientata, mette fine alla diafrica che era sorta con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite dell'11 febbraio 1993 n. 1824, la quale aveva (con un ragionamento meramente formale) ritenuta abrogata la riserva esclusiva di giurisdizione, in tema di nullità matrimoniali, e costruito una *giurisdizione civile parallela*. Si era così ingenerata una duplice problematica, irrisolta; una problematica procedurale di *litispendenza* (prevalenza della data di notifica o della data di adizione mediante deposito del libello al Tribunale Ecclesiastico?) e la ancor più grave problematica formale e sostanziale della normativa da applicarsi

dall'adito giudice civile, quella canonica o quella civile? Il principio enunciato dalle Sezioni Unite del 1993 realizzava una macroscopica invasione da parte della specifica autorità giudiziaria statale nell'ordinamento canonico cattolico in totale violazione dell'art.7 della Carta Costituzionale e dello stesso Accordo Stato-Chiesa del 1984 e non teneva in alcun conto l'interpretazione favorevole alla riserva esclusiva ecclesiastica di giurisdizione, ribadita dal *Consilium pro publicis Ecclesiae negotiis* del 31 maggio 1985, comunicata al Governo Italiano e da questo non contestata.

Porsi da parte del giudice di merito in posizione difforme da quella sancita dalla Corte Costituzionale integra una sentenza palesemente incostituzionale, la quale va ancor più oggi cassata dalla Corte Suprema di Cassazione dopo l'inequivoco richiamo contenuto nella sentenza 8926/12.

Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile
Sentenza 28 dicembre 2011, n. 29424

**Adozione internazionale – Genitori – Idoneità – Minore straniero –
Preclusioni di ordine etnico-razziale e religiosa**

È da considerarsi legittimo il diniego pronunciato dal Tribunale per i minorenni della domanda di idoneità all'adozione internazionale proposta da una coppia che, in sede di audizione, aveva avanzato una serie di preclusioni di ordine etnico-razziale e religiose nei confronti delle caratteristiche dell'ipotetico minore straniero adottando. Nello specifico, i coniugi avevano espressamente rifiutato l'eventualità dell'adozione di un minore straniero di religione diversa da quella cattolica, ovvero di bambini figli di pazienti psichiatrici, ovvero di bambini di etnia rom, mostrando anche perplessità rispetto a bambini di colore.

Fonte: www.asgi.it

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile

Sentenza 3 maggio 2010, n. 10657

Nullità matrimonio canonico – Simulazione – Riserva mentale – Conoscenza e conoscibilità – Delibazione sentenza ecclesiastica – Esclusione

La declaratoria di esecutività della sentenza del Tribunale ecclesiastico che abbia pronunciato la nullità del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di uno soltanto dei coniugi, dei bona matimonii (cioè per divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazioni) postula che tale divergenza sia stata da questo manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, ovvero che non gli sia stata nota a causa della sua negligenza. Ove tali 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. Peraltro, concretandosi ontologicamente la riserva mentale nel rendere intenzionalmente dichiarazioni diverse dal volere effettivo, che viene tenuto celato, non è ipotizzabile una presunzione di conoscenza della controparte, la quale deve essere positivamente e rigorosamente provata da chi richiede la delibazione, sulla base di circostanze specifiche ed univoche di conoscenza o conoscibilità.

Fonte: www.studiolegalelaw.net

La nullità del matrimonio va negata se l'altro coniuge ignorava la riserva mentale

RAFFAELLA LOSURDO

1. Sentenza n. 10657/2010.

Con la sentenza n. 10657 del 3 maggio 2010, i giudici della Corte di Cassazione hanno respinto il ricorso di un marito che chiedeva la delibazione della sentenza di nullità del matrimonio ecclesiastico, perché egli stesso aveva precedentemente manifestato chiaramente un atteggiamento favorevole nei confronti dell'istituto del divorzio. Irrilevante è stata ritenuta la circostanza che i coniugi in occasione del referendum del '74 sul divorzio avessero brindato per festeggiare il risultato favorevole. Pertanto, la Corte ha escluso che possa essere delibata la sentenza ecclesiastica che dispone l'annullamento di un "lungo" matrimonio concordatario¹, che uno dei coniugi aveva contratto in presenza di una riserva mentale circa l'indissolubilità del vincolo, pur avendo il medesimo esposto tale riserva alla moglie.

Essa ritiene «irrelevante e non decisivo che i coniugi, in occasione del referendum sul divorzio avrebbero entrambi partecipato ad un brindisi per l'esito favorevole al divorzio, trattandosi di un fatto posteriore di quattro anni al matrimonio». Inoltre, la Suprema Corte stabilisce che «la circostanza che la moglie fosse consapevole della posizione del futuro marito favorevole in via di principio al divorzio» è ugualmente ininfluenza «non implicando necessariamente, di per sé, tale astratta posizione ideologica, comune anche a molti cattolici, la riserva mentale in concreto accertata dalla sentenza ecclesiastica». E, dunque, niente delibazione della sentenza ecclesiastica che annulla il matrimonio concordatario per esclusione del *bonum sacramenti*, in quanto uno dei coniugi aveva da sempre manifestato di essere favorevole al divorzio.

L'esclusione del *bonum sacramenti* determina, in sostanza, l'esclusione da parte di uno o di entrambi i coniugi di un elemento essenziale o di una proprietà essenziale del matrimonio e pertanto, in tal caso, si configura un'ipotesi di simulazione parziale, ovvero l'intenzione dei nubenti di rifiutare lo schema matrimoniale predisposto dalla Chiesa. Tale esclusione aveva ad oggetto, a parere della dottrina² e a norma dell'abro-

¹ La Cassazione in una recentissima pronuncia, la n. 1343/2011, non ha convalidato la nullità di un matrimonio concordatario "lungo". Più precisamente, riferita a determinate situazioni invalidanti, la prolungata convivenza è considerata espressiva di una volontà di accettazione, del rapporto che ne è seguito, incompatibile con il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione. Deve pertanto ritenersi ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio (pronunciata in tal caso a motivo del rifiuto della procreazione sottaciuto da un coniuge all'altro), la particolarmente prolungata convivenza oltre il matrimonio. Il testo della sentenza è consultabile all'indirizzo www.olir.it.

² ORIO GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 97.

gato Codice, la *substantia matrimonii*, cioè quelli che si definiscono i *bona matrimonii*; escludendo uno soltanto dei *bona* (*bona fidei*, *bona sacramenti*, *bona prolis*) si esclude la *substantia matrimonii* e di conseguenza il matrimonio risulta invalido.

Il *bonum fidei* ed il *bonum sacramenti* rappresentano la frontiera delle buone relazioni matrimoniali contrapposta ad adulterio e fornicazione, il *bonum prolis* invece segna la barra di divisione tra relazioni coniugali oneste e relazioni disordinate. Tale teoria relativa ai beni del matrimonio sottintende una visione particolare dell'essenza del matrimonio: «se i *bona matrimonii* sono le condizioni che segnalano la bontà del matrimonio, è ovvio che essi sono requisiti dello stesso essere del matrimonio, visto che con essi non si cerca di spiegare una bontà che sopravviene al matrimonio, ma la bontà inerente ad una realtà naturale, opera del Creatore»³. Il matrimonio è stato voluto da Dio e, pertanto, è buono, perché rappresenta l'espressione di unità e di ordine.

Con il nuovo Codice nuovi elementi, sostengono il valore del matrimonio, che diventa ordinato anche al *bonum coniugum*, ricompreso tra gli elementi essenziali. Altro dato innovativo del Codice del 1983 è costituito dall'autonomo rilievo concesso alla dignità sacramentale delle nozze, come disciplinato dal can. 1099, rispetto al quale si può osservare anche l'ipotesi di simulazione parziale.

Da quanto detto emergono cinque ipotesi di simulazione parziale: l'esclusione del *bonum fidei*, *bonum sacramenti*, *bonum prolis* e, come previsto dal nuovo Codice, del *bonum coniugum* e della dignità sacramentale delle nozze.

Il positivo atto di esclusione o di intenzione contraria inficia la volontà della parte nella celebrazione, nel senso che il soggetto desidera la celebrazione, ma contemporaneamente esclude il matrimonio o uno o più elementi essenziali del medesimo, seguendo una sua idea di matrimonio che non coincide con quella prevista dalla Chiesa. Dunque si viene a creare una sorta di divergenza tra la volontà del soggetto e quella dell'ordinamento e ciò potrà determinare la nullità del matrimonio.

La *intentio*, ossia il positivo atto di volontà, si distingue in attuale e virtuale: il primo alberga nell'animo nel nubente nel momento della celebrazione e, quindi, quando viene espresso il consenso; il secondo invece si è formato prima della celebrazione e non è mai del tutto venuto meno, pur non essendo presente nell'animo del nubente all'atto dello scambio del consenso. In entrambi i casi il matrimonio è invalido⁴.

Con il Codice del 1983, come già accennato, il panorama si presenta più ampio rispetto alla precedente disciplina, poiché si ampliano i casi nei quali l'elemento intenzionale inficia il consenso, determinando l'esclusione del *bonum coniugum*.

³ JAVIER HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano, 1973, p. 97.

⁴ Cfr. ENRICO VITALI, SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico* (3), Giuffrè, Milano, 2007, pp. 85-86. *L'intentio* può essere anche *habitualis* – costituisce soltanto un *habitus* mentale, un modo di pensare genericamente riferito all'istituto matrimoniale ed alla sfera intellettuale, senza che però investa direttamente il momento della determinazione della volontà del soggetto – ed in tal caso, non esplicandosi chiaramente nel positivo atto di volontà, non ha efficacia invalidante. Ma vi è di più, anche nel caso in cui l'*habitus* mentale sia talmente radicato da generare una "seconda natura" del soggetto e da permeare ogni atto posto in essere dallo stesso, non sempre ci si trova di fronte ad "una consapevole e quindi positiva disposizione contraria allo schema matrimoniale canonico", potendosi parlare piuttosto di errore di diritto e non di esclusione. La *intentio* interpretativa, anch'essa irrilevante, è quella che appartiene al soggetto che si sarebbe comportato diversamente se avesse potuto prevedere una realtà diversa delle cose.

Inoltre, con il nuovo Codice il consenso matrimoniale piuttosto che essere considerato l'atto di volontà con il quale una parte trasferisce ed accetta lo *ius in corpus*, verrà considerato l'atto di volontà con il quale gli sposi si donano l'uno all'altra nella loro totalità, perché l'amore nei confronti dell'altro non è frazionabile, ma è totale. Al contrario, la volontà di donarsi solo in parte o a certe condizioni non potrebbe produrre l'unione matrimoniale come effetto del consenso, sua causa efficiente⁵. Il matrimonio è, dunque, una relazione assolutamente interpersonale tra due persone (uomo e donna) che contiene la pari dignità personale.

2. *Il bonum coniugum*

Con il Concilio Vaticano II e con la legislazione codiciale, la Chiesa ha mostrato di sapere porsi al passo con i tempi e ha, quindi, effettuato un importante aggiornamento culturale e legislativo nella propria concezione del matrimonio; ha in sostanza "sistemato" l'antica impostazione costruita in funzione di una per sé indefinibile "patologia"⁶. Da una concezione prevalentemente istituzionale si è passati piuttosto ad una concezione personalistica, nella quale rileva non più e non solo la natura dell'istituto in astratto, ma il dato concreto e storico che esso è un «atto tra due esseri umani, posto in essere per il loro bene»⁷. Il matrimonio è fondato, nell'ordinamento della Chiesa, sul patto tra uomo e donna; esso è, per natura propria, ordinato al bene dei coniugi e tale bene è anche elemento essenziale del medesimo. Se così è, appare chiaro che il *bonum coniugum* non può che essere voluto ed anche concettualmente identificato, «nella sua essenzialità, mediante e attraverso l'oggetto su cui si porta il consenso matrimoniale». Il suddetto oggetto, disciplinato dal can. 1057, altro non è che la «relazione (intra e) interpersonale: su di esso si porta (...) l'atto della volontà» con il quale i coniugi si danno e si accettano a vicenda. Tale è l'oggetto materiale del consenso matrimoniale canonico; «indispensabile, ma non sufficiente, se questa relazione interpersonale i coniugi non volessero essere caratterizzata dalla "coniugalità matrimoniale"»⁸.

Rimanendo in tale ambito, tra i documenti del Magistero della Chiesa sono da ricordare particolarmente la *Gaudium et spes* e la *Familiaris consortio*, la prima che definisce la società coniugale come «intima comunità di vita e d'amore» e la seconda che vede la società coniugale e familiare come «comunità di persone, come tale fondata nell'amore per vivere, crescere e perfezionarsi» e che sostiene che i coniugi siano «chiamati a crescere continuamente nella loro comunione attraverso la fedeltà quotidiana alla promessa matrimoniale del reciproco dono totale». L'insegnamento della citata enciclica è che il matrimonio è «l'intima comunità di vita e di amore coniugale fondata dal creatore e strutturata con leggi proprie... stabilita dal patto coniugale».

⁵ Tale discorso è trattato da S. Tommaso nella sua opera più famosa, la *Summa Theologiae*, nella quale ponendo il matrimonio «in genere relations» afferma che «matrimonium non est consensus sed quaedam unio ordinatorum ad unum quam consensus facit».

⁶ Cfr. SALVATORE LENER, *L'oggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, in AA.VV., *L'Amore Coniugale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1971.

⁷ Cfr. LUIGI DE LUCA, *L'esclusione del bonum coniugum*, in *La nuova legislazione matrimoniale canonica. Il consenso: elementi essenziali, difetti e vizi*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1986.

⁸ RINALDO BERTOLINO, *Gli elementi costitutivi del "bonum coniugum"*. *Stato della questione*, in *Monitor ecclesiasticus*, 1995, I-II, pp. 568-569.

che «questo vincolo sacro» è stato istituito «in vista del bene sia dei coniugi e della prole e della società», che l'uomo e la donna «non sono più due, ma una sola carne» apporta davvero un nuova più profonda concezione del matrimonio⁹.

Nella Costituzione *Gaudium et spes* e con il rinnovamento apportato dal Concilio Vaticano II, il concetto di amore utilizzato è inteso in senso personalistico in quanto si tende a concedere maggiore dignità all'elemento personale del vincolo e non tanto alle esigenze intese in senso soggettivo¹⁰.

Il matrimonio ha un duplice fine: il bene degli sposi e la trasmissione della vita, ovvero il *bonum coniugum* ed il *bonum prolis*; essi si pongono sullo stesso piano e costituiscono ciascuno un elemento essenziale del matrimonio. Esso riguarda due persone ordinate *inter se et ad fines: inter se*, con la reciproca posizione di marito e moglie assunta con responsabilità e spontaneamente e *ad fines*, «quali la *procreatio et educatio prolis* ed il reciproco perfezionamento del loro essere specifico reclamato dalla loro complementarietà, la quale, essendo la *ratio* intrinseca dell'unione» rende il reciproco perfezionamento contenuto essenziale del *bonum coniugum*, al quale è ordinato l'unione coniugale¹¹.

Il donarsi reciprocamente dell'uomo e della donna non può non coinvolgere la dimensione sessuale di entrambi, in modo vicendevole ed integrale, nel senso che la vicendevole donazione della sessualità non giustifica alcuna riserva riguardo a ciò che viene donato. Infatti, qualunque tipo di limitazione, comprimendo la sessualità stessa, altro non farebbe che modificarne in qualche direzione la naturale funzione di completamento reciproco, alterando la dinamica sessuale. Ed in effetti «nella profondità dell'incontro, che il dimorfismo sessuale rende possibile, si attua una dimensione personalmente unitiva, che incarna stupendamente la reciproca trascendenza tra uomo e donna»¹²; a tale dimensione si ricollega inevitabilmente quella totale assolutezza che trova la sua principale espressione attraverso l'unità e l'indissolubilità, in quanto proprietà del dialogo sessuale. L'*ordinatio ad prolem*, intesa come apertura virtuale della sessualità verso il futuro, deve necessariamente sussistere nel momento costitutivo del matrimonio durante il quale i nubenti, in quanto esseri sessuati, si donano reciprocamente.

Una conoscenza così tanto intima e profonda comporta poi, come logica conseguenza, che lo stato di vita matrimoniale sia ordinato al *bonum coniugum*, il quale deve quindi essere presente al momento del consenso matrimoniale¹³. Tale *ordinatio*, necessaria nello stato di vita matrimoniale, va tenuta distinta dal *bonum coniugum* (ex can. 1055 CIC) costitutivo di una delle finalità del suddetto stato di vita matrimoniale; la componente essenziale di cui si sta parlando è rappresentata dall'atteggiarsi dello stato di vita matrimoniale finalizzata al mutuo ed integrale perfezionamento psichico, fisico e spirituale dei coniugi, benché la sua concretizzazione, in alcuni casi, possa

⁹ Cfr. RINALDO BERTOLINO, *op. cit.*, p. 564.

¹⁰ Cfr. OMBRETTA FUMAGALLI-CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 1974, p. 205.

¹¹ Cfr. SEBASTIANO VILLEGIANTE, *Il "bonum coniugum" e l'oggetto del consenso matrimoniale in diritto canonico*, in *Apollinaris*, 1997, n. 1-2, p. 146.

¹² PIERO ANTONIO BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano, 1985, p. 22.

¹³ Cfr. in tal senso PIERO ANTONIO BONNET, *Comunione di vita 'ordinatio ad bonum coniugum' e 'honor matrimonii'*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 93/2, 1982, p. 522 ss.

poi non realizzarsi.

Il *bonum coniugum* comprende inoltre anche il diritto-dovere della fedeltà coniugale, che deriva dall'esclusività dell'amore coniugale e dal momento che quest'ultima rappresenta un bene incomparabile per i coniugi e prevista dallo stesso diritto naturale, ne deriva che il diritto-dovere in questione sia compreso nella *naturalis ordinatio* del matrimonio al *bonum coniugum*.

3. L'indissolubilità del matrimonio

Ritornando sulla nominata *Gaudium et spes*, si noterà che in essa viene più volte richiamato il dovere della fedeltà coniugale, non solo perché necessaria per il bene dei figli, ma anche perché esigenza fondamentale del vicendevole dono dei coniugi. Il Codice del 1917 stabiliva esplicitamente che lo «*ius in corpus*» è uno «*ius perpetuum et exclusivum*» (can. 1081, par. 2), dunque il fondamento giuridico del diritto-dovere di fedeltà coniugale è ravvisabile in questa dichiarazione di esclusività, oltre che sulla proprietà dell'*unitas matrimonii*. Il nuovo Codice pur continuando a sostenere l'esclusività del vincolo matrimoniale, al can. 1134, non parla più di *ius in corpus perpetuum et exclusivum*, ma riafferma la proprietà essenziale dell'unità del matrimonio, al can. 1056¹⁴.

Il bene dell'indissolubilità del matrimonio è strettamente connesso alla sacramentalità dello stesso, come disciplinato dal can. 1056 il quale lo annovera fra le proprietà essenziali del matrimonio canonico, ne consegue che il matrimonio sacramentale è indissolubile e l'indissolubilità è una proprietà essenziale che, se esclusa¹⁵, determina la nullità del medesimo. L'esclusione dell'indissolubilità del matrimonio, o *bonum sacramenti* (le due espressioni si equivalgono perché l'indissolubilità del matrimonio è rafforzata dal suo carattere inderogabile), costituisce una delle ipotesi più ricorrenti sulla quale si fonda la nullità. L'indissolubilità, intesa come elemento strettamente connesso al consenso matrimoniale, può dar luogo a situazioni piuttosto complesse ed ambigue (come, ad esempio, il caso di colui che si sposa credendo in buona fede che anche il matrimonio canonico sia dissolubile), nonostante la normalità sia rappresentata dal nubente o dai nubenti che sono perfettamente a conoscenza dell'indissolubilità del matrimonio, ma che a motivo delle loro particolari idee sul matrimonio (di tipo divorzistico, proprio come il caso della sentenza in commento)

¹⁴ Tribunale ecclesiastico regionale pedemontano, 14 luglio 1988, in *La giurisprudenza dei Tribunali ecclesiastici italiani*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1989, pp. 288-289. I Giudici aggiungono che non si può fare riferimento esclusivamente all'*unitas matrimonii*, quale fondamento giuridico della fedeltà coniugale, visto che unità del matrimonio e fedeltà coniugale non sono concetti equivalenti. L'unità del matrimonio si contrappone alla poligamia simultanea e riguarda il medesimo vincolo matrimoniale, diversamente dal diritto-dovere di fedeltà coniugale il quale si contrappone all'adulterio e tocca solamente il rapporto intimo coniugale che deve essere inteso come diritto e dovere reciproco ed esclusivo dei coniugi.

¹⁵ Come si dirà più in avanti, l'esclusione in questione si palesa quando uno dei nubenti contrae rifiutando la proprietà dell'indissolubilità, ovvero quando il soggetto si sposa con l'intenzione di ricorrere –naturalmente in caso di unione infelice- al divorzio o di ottenere con mezzi fraudolentemente precostituiti prima delle nozze, la nullità canonica. È quindi rilevante anche un'esclusione dell'indissolubilità formulata in maniera ipotetica. Cfr. in tal senso ORIO GIACCHI, *op. cit.*, p. 141; E. FIORE, *Conversazione a Palermo*, in *Atti del Tribunale ecclesiastico regionale siculo in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 1992-1993*, Palermo, 1992, p. 23.

o per questioni collegate alla valutazione dell'altro coniuge, non concepiscono il matrimonio quale legame indissolubile e, quindi negano all'indissolubilità un ruolo essenziale nel loro matrimonio.

In merito all'atteggiamento mentale, però, non basta che esso sia in astratto contrario all'indissolubilità, perché «tale contrarietà deve essere calata nel concreto ed applicata al proprio matrimonio»¹⁶; infatti, non può bastare che un soggetto condivida il divorzio come mezzo di risoluzione in caso di fallimento di un matrimonio a causa di motivi che considera estranei al proprio percorso matrimoniale, esattamente come accade nella pronuncia 10657/2010 nella quale i Giudici considerano irrilevante il brindisi dei coniugi in occasione dell'esito favorevole del referendum sul divorzio. Affinché l'*habitus* mentale sia contrario all'indissolubilità è necessario che i coniugi o uno dei due ritenga il divorzio applicabile anche al matrimonio che sta per contrarre, riservandosi pertanto di sciogliere lo stesso in caso di sopraggiunte difficoltà.

Il bene dell'indissolubilità può essere escluso e ciò provoca la nullità del matrimonio sia che esso sia assoluto sia che sia ipotetico, ovvero nel caso in cui il soggetto faccia dipendere lo scioglimento del vincolo da un qualche evento futuro ed incerto. In tema di indissolubilità, di cui si parla nei cann. 1056, 1134 e 1141, necessitano di essere ricordati un paio di passi della Sacra Scrittura ai quali essa si collega, ovvero Mt. 5, 31-32 e Mt. 19, 1-12¹⁷.

Pur appartenendo ad ogni matrimonio che sia conforme al diritto naturale, l'unità e l'indissolubilità acquistano una particolare intensità nel matrimonio canonico e l'indissolubilità è intesa sostanzialmente come unità proiettata nel tempo, ossia nella perpetuità del matrimonio e nel divieto che lo stesso, qualora fosse validamente contratto e consumato, sia sciolto per volontà di uno dei coniugi o da qualunque autorità umana¹⁸. Pertanto si giunge alla conclusione che l'indissolubilità qualifica il rapporto coniugale in senso temporale, rendendolo perpetuo e sottraendolo volontà umana e, dunque, la suddetta si contrappone al divorzio inteso come scioglimento, come risoluzione del vincolo coniugale e rende l'impegno reciproco assunto in sede di celebrazione delle nozze, irrevocabile fino alla morte di uno dei coniugi, indipendentemente dall'andamento della vita matrimoniale. Essendo sorto validamente, il matrimonio celebrato tra due soggetti battezzati nella Chiesa cattolica è unico ed indivisibile a norma del diritto divino e di quello umano.

L'unione tra l'uomo e la donna attraverso il sacro vincolo del matrimonio è indis-

¹⁶ LUCIANO MUSSELLI, *Manuale di diritto canonico e matrimoniale*, Monduzzi, Bologna, 1997, p. 218.

¹⁷ Così scrive Matteo, parlando di divorzio: «È stato detto anche “se qualcuno vorrà rimandare la sua moglie le dia un atto di divorzio”. Ma io vi dico: “Chi manda la propria donna, eccetto nel caso di nozze invalide, la espone a diventare adultera e chiunque sposa una ripudiata commette adulterio”» (5, 31-32). Ed ancora Matteo racconta: «Alcuni farisei andarono a tentarlo con questa domanda: “È lecito ripudiare la propria moglie per qualunque motivo?”. Gesù rispose «Non sapete che il Creatore da principio creò maschio e femmina e disse: “per questo l'uomo lascerà il padre e la madre e si unirà alla sua moglie e saranno i due, una carne sola?”. Non separi, dunque, l'uomo ciò che Dio ha congiunto». Gli replicarono: «Perché allora Mosè ordinò di consegnare un atto di divorzio o di ripudiarla?». Gesù rispose: «Mosè vi ha permesso di ripudiare la moglie per la durezza dei vostri cuori. Ma in principio non fu così. Io pertanto vi dico: Chi rimanda la sua donna, se non è un caso di concubinato, e ne sposa un'altra, è adulterio e chi sposa una ripudiata è adulterio» (19, 3-10).

¹⁸ Cfr. PIERO PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel Codice di diritto canonico latino*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 63.

solubile, perché non rappresenta altro che l'unione tra Cristo e la Chiesa che è per sua natura indissolubile; in tal senso l'unione perpetua dei coniugi nel matrimonio è un dovere assoluto ed una testimonianza di fede di coloro che lo contraggono.

Vi è un inevitabile connessione tra matrimonio perpetuo ed amore coniugale, dal momento che colui che ama realmente desidera sinceramente contrarre un matrimonio indissolubile e spera che l'unione dallo stesso derivante duri per tutta la vita. Vi sono, in dottrina, alcune correnti di pensiero che ritengono che l'amore sia un fine del matrimonio¹⁹. Sostanzialmente si tratta di quanto sostenuto da alcuni autori che, sulla base di alcuni testi del Concilio Vaticano II, ritengono che l'amore coniugale sia da considerare il fine primario del matrimonio o, al limite, il fine co-primario insieme a quello dei figli. A ciò si obietta che l'amore non è, e non potrebbe in qualunque caso essere, fine del matrimonio, indipendentemente dalla rilevanza che al medesimo viene riconosciuta, dunque, né fine primario, né secondario, né altro. Il fine è quello che si intende conseguire, è il punto d'arrivo a cui si vuole giungere benché sia il primo nell'intenzione; per questa ragione ha funzione di causa, causa principale o principio movente a differenza dell'amore che è il punto di partenza, l'avvio del percorso²⁰. Però, a dimostrazione del suddetto legame tra matrimonio perpetuo ed amore coniugale, necessita precisare che, nonostante l'amore non costituisca un fine del matrimonio, i fini di quest'ultimo sono relazionati all'amore coniugale.

Inoltre, sempre relativamente all'amore coniugale, è necessario sottolineare il legame che il medesimo ha con l'amore di Dio e ciò è dimostrato dalle Sacre Scritture, lì dove si stabilisce che chiunque non ami il prossimo, entità visibile, non può amare Dio che invece è invisibile. Le modalità di dimostrazione e di "attuazione" di tale amore sono diverse, a seconda della vocazione di ciascuno, ma tutte vive esclusivamente nell'amore di Dio; parliamo di strade diverse finalizzate in qualunque caso alla realizzazione di un unico amore, diverse ma non disuguali, perché seguendo la propria vocazione adeguatamente e convenientemente si raggiungerà sempre la perfezione della vita cristiana, ovvero la carità, al di fuori della quale non vi è salvezza. Le vie dell'amore sono quelle che costituiscono lo stato di vita che coinvolge, sempre considerando le diverse vocazioni, tutto l'uomo e tra queste un ruolo particolare è ricoperto dall'amore coniugale, che in questo contesto acquista una notevole profondità²¹.

4. *Contratto matrimoniale e sacramento*

Le nozioni che sono state premesse circa i contenuti essenziali del matrimonio canonico e dei suoi principali requisiti di validità, ci consentono di comprendere meglio la sentenza della Cassazione ed il "messaggio" giuridico che vi è contenuto. La sentenza riporta che diversi testimoni, come risulta dalle sentenze ecclesiastiche

¹⁹ Sull'argomento cfr. PEDRO JUAN VILADRICH, *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, in *Ius Canonicum*, XII, 1972, p. 270 ss.

²⁰ JAVIER HERVADA, *op. cit.*, p. 135. L'Autore, inoltre, precisa che l'amore è sempre, in alcuni casi come movimento spontaneo o amore passivo, in altri come semplice scelta riflessiva, previo al matrimonio. Affinché l'amore fosse realmente fine, occorrerebbe che, come i figli, fosse qualcosa di successivo al momento in cui viene contratto il matrimonio, qualcosa che, non esistendo prima di contrarlo, fosse un effetto diretto ed oggettivo del matrimonio.

²¹ PIERO ANTONIO BONNET, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 28.

di primo e secondo grado, avevano affermato che «il ricorrente avrebbe voluto un matrimonio civile; che egli aveva, come la sua famiglia di origine, una mentalità agnostica; che aveva palesato ai testi escussi la sua volontà di divorziare qualora il matrimonio fosse entrato in crisi». A tal proposito sorge la delicata questione della diversa rilevanza della sacramentalità e della validità del matrimonio contratto da colui che non è fedele. Sin dai tempi anteriori all'entrata in vigore del nuovo Codice di diritto canonico si era sostenuto che chi escludeva il carattere sacramentale del proprio matrimonio contraeva invalidamente e tale concezione si accentuò ulteriormente con il Concilio Vaticano II e rafforzata appare nel Codice del 1983. Infatti il can. 1055, par 2, di quest'ultimo *Codex* conferma che tra i cristiani non può sussistere un valido contratto matrimoniale che non sia ugualmente sacramento e che l'indissolubilità (can. 1056) è, come proprietà essenziale, rafforzata dal carattere sacramentale del matrimonio. Ancora il testo normativo dispone che l'errore circa la dignità sacramentale del matrimonio può essere causa invalidante del medesimo, così come l'errore sulla sua unità o indissolubilità. Sostanzialmente si può parlare di contrasto tra la volontà del nubente, propenso ad eliminare dal proprio matrimonio la dignità sacramentale e la volontà di Cristo che eleva il contratto di matrimonio alla dignità di sacramento²².

Nel caso in cui uno dei coniugi o entrambi si sposino “senza fede” e senza la minima intenzione di assumere vincoli con valenze sacramentali si sarà in presenza di un matrimonio invalido. Ma, se diversamente i nubenti adottano un atteggiamento mentale più “vago” (esattamente come nella fattispecie qui presa in considerazione), o meglio pur non essendo o essendo poco credenti, non mostrano una precisa posizione avversa nei confronti del valore sacramentale del matrimonio, la questione diventa più complessa. Appare piuttosto difficile (ma non impossibile) configurare la validità di un matrimonio sacramento dove i nubenti non abbiano “fede” e manifestino tale “mancanza” con atti esterni. Però, va sottolineato che qualora il matrimonio fosse considerato solo come evento materiale e fossero negate tutte o alcune delle caratteristiche essenziali e qualificanti di esso, la nullità del matrimonio celebrato senza fede potrebbe derivare da altri motivi, come l'esclusione di un fine o di una proprietà essenziale. In questi casi la carenza di fede costituisce la *causa simulandi*²³ e rende credibile ai giudici la motivazione dell'esclusione della proprietà.

In questa prospettiva si colloca anche la questione dello stretto legame esistente tra contratto matrimoniale e sacramento: Cristo ha elevato il contratto matrimoniale tra due persone alla dignità di sacramento, così come stabilito dal Concilio di Trento²⁴. I tentativi di separare l'aspetto materiale da quello religioso, avevano uno scopo strumentale di natura politica, nel senso che essi erano fondati sulla necessità di dimostrare la competenza dello Stato sul matrimonio e, di conseguenza, di limitare

²² OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 152. L'Autore illustra una particolare corrente di pensiero secondo la quale è possibile riconoscere autonomia alla volontà di esclusione del sacramento in casi-limite, “nei quali la volontà negoziale sia integra e matura e l'atteggiamento del soggetto non sia tanto di impreparazione dal punto di vista soprannaturale (nel qual caso il matrimonio è comunque valido), ma piuttosto di frontale contrapposizione concettuale riguardo ad esso”.

²³ Sul punto cfr. LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, p. 220.

²⁴ Cfr. REINHOLD SEBOTT, CORRADO MARTUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Dehoniana Napoli, 1985, p. 19.

quella della Chiesa. Contratto e sacramento nel diritto canonico sono talmente uniti da formare un *unicum*, per cui il profilo sacramentale non è un elemento accidentale, non è un'appendice aggiunta al contratto, ma una parte intrinseca alla sostanza del vincolo e non è neppure un elemento essenziale che si aggiunge ad altri, ma una caratterizzazione fondamentale che investe tutto il matrimonio nella sua integrità²⁵; «la sacramentalità è un effetto che si produce necessariamente per volontà dell'ordinamento con la perfezione della fattispecie contrattuale»²⁶.

Per quanto riguarda la prova della simulazione deve essere dimostrata non solo l'avvenuta esclusione, a mezzo di un atto positivo di volontà, di una proprietà essenziale o di un fine, ma sarà utile anche provare i motivi su cui si fonda la simulazione e, cioè, le ragioni che hanno portato la parte a simulare o, in altri termini, la *causa simulandī*; quest'ultima deve prevalere sulla *causa contrahendī*. Nel valutare la prima non bisogna però solo considerare la fondatezza delle motivazioni di colui che simula, per meglio dire il profilo oggettivo, ma anche di quello soggettivo che, naturalmente, dipenderà da ciò che è più o meno importante per il simulante.

La simulazione può essere provata per il tramite di più mezzi, ma primo tra tutti è la dichiarazione della parte simulante, coadiuvata dalle disposizioni dell'altra parte e dei testi, purché gli stessi siano venuti a conoscenza dell'intenzione del simulante prima delle nozze o, almeno, in tempo non sospetto. La confessione della parte (giudiziale o extragiudiziale) sarà valutata dal giudice insieme con le dichiarazioni dell'altra parte e dei testi, con le presunzioni e con gli argomenti di prova che potranno dedursi dal comportamento delle parti sia prima sia dopo il matrimonio. La valutazione del giudice è, quindi, atto complesso finalizzato alla ricerca della verità insieme con la certezza morale del decidere.

5. *Il bonum sacramenti come forma di simulazione del consenso.*

La simulazione, nel diritto canonico, indica una sorta di discordanza tra la manifestazione del consenso e la volontà interna e tale discordanza è giuridicamente rilevante perché porta alla nullità del matrimonio sia che dipenda da una delle parti, in tal caso si parlerà di riserva mentale, sia che dipenda da un accordo simulatorio tra le parti. Il consenso matrimoniale può dirsi strutturato in modo umano in quanto, non diversamente dall'uomo, realtà esterna perfettamente adeguata alla propria verità interiore, costituito da una dichiarazione (struttura esterna), esattamente conforme alla volontà interiore (struttura interna). Quindi, imprescindibile esigenza del consenso è la perfetta congruenza tra dichiarazione e volontà, che solo in questo modo può definirsi effettivamente strutturato in modo umano; e visto che il consenso è atto canonicamente formale, *ex can. 1108, par. 1 CIC*, la sua dichiarazione esterna deve assumere modi giuridicamente prestabiliti dalla legge²⁷.

Il diritto canonico, è utile precisare, non obbliga i nubenti a condividere tutti gli elementi del matrimonio, o meglio non stabilisce che la volontà dei medesimi debba

²⁵ Sul sacramento come elemento essenziale, cfr. PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 1993.

²⁶ ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *op. cit.*, p. 9.

²⁷ Cfr. PIERO ANTONIO BONNET, *Introduzione, op. cit.*, p. 95.

dirigersi direttamente e consapevolmente verso un matrimonio dotato proprio di tutti i suoi elementi essenziali, basterà invece che i contraenti guardino al matrimonio con l'*intentio generalis faciendi id quod facit Ecclesia*. Tale intenzione viene, però, meno nel momento in cui i nubenti inficiano la volontà matrimoniale, escludendo lo stesso matrimonio o una caratteristica essenziale del medesimo, trasformandolo in un matrimonio diverso da quello previsto dalla Chiesa.

La simulazione può essere posta in essere da entrambi i coniugi con un accordo simulatorio (unica forma conosciuta dal diritto civile) o può essere posta in essere da uno solo di essi, con o senza la conoscenza dell'altro (riserva mentale). Affinché, tuttavia, la simulazione porti alla nullità del matrimonio è necessario che essa si manifesti con un atto positivo di volontà.

Come si può dedurre da quanto esposto, l'esclusione del *bonum sacramenti* (così come l'esclusione di ciascuno dei *bona matrimonii*) è una forma di simulazione del consenso specifica, riscontrabile nel momento in cui uno dei due coniugi essendosi chiaramente allontanato dalla fede non creda più che il matrimonio canonico sia un sacramento, oppure più genericamente quando uno od entrambi i coniugi si riservi di riacquisire il proprio stato libero nel caso di fallimento dell'unione. La discordanza tra volontà reale e manifestazione del consenso, in tali casi, non è una semplice riserva mentale, ma una vera e propria deliberazione *contra matrimonium* che quindi nega l'esistenza del «matrimonio sacramento e contratto che deve essere *consortium omnis vitae*»²⁸.

Se per l'ordinamento canonico l'esclusione dei *tria bona matrimonii* può determinare la nullità del vincolo, altrettanta certezza non vi è nell'ordinamento civile, nel senso che tale decisione non può essere resa esecutiva in Italia con il relativo giudizio di delibazione²⁹. Sono, quindi, evidenti le differenze dei due ordinamenti, i quali sono caratterizzati da finalità molto diverse.

Alla luce di queste differenze, non sempre pienamente percepite e sovente non profondamente soppesate, si comprende la coerenza della sentenza 10657/2010³⁰ della Corte di Cassazione. In essa la Corte ribadisce l'ormai consolidato principio giurisprudenziale³¹, secondo il quale la dichiarazione di esecutività della sentenza del tribunale ecclesiastico fondata sull'esclusione di uno «dei *bona matrimonii*» (cioè per divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione) postula che tale divergenza sia stata da questo manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, ovvero che non gli sia stata nota a causa della sua negligenza, atteso che, ove le su indicate 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».

Il giudice della delibazione deve ricavare il proprio convincimento dagli atti del processo canonico³², autonomamente rispetto al giudice ecclesiastico e valutando

²⁸ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Il Mulino, 2003, pp. 83-86.

²⁹ Cfr. PASQUALE COLELLA, *La "non delibabilità" delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, commento a Cassazione civile, 28 gennaio 2005, n. 1821, in *Corriere giuridico*, n. 9, 2005, p. 1226.

³⁰ Il testo della sentenza è reperibile all'indirizzo www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com.

³¹ *Ex multis* cfr. Cassazione, 19 ottobre 2007, n. 22011; Cassazione, 7 dicembre 2005, n. 27078; Cassazione, 16 luglio 2003, n. 11137.

³² L'accertamento, effettuato dal giudice della delibazione, non può costituire il riesame del merito

ancorché diversamente i fatti dallo stesso accertati, escludendosi una integrazione istruttoria ed essendo necessario il riferimento al processo canonico³³. Tale divieto di riesame nel merito imposto al giudice civile è frutto della sussistenza della riserva di giurisdizione, ma non pone limiti alla acquisizione di ulteriori dati dai quali emerge la conoscenza o conoscibilità da parte dell'altro coniuge della riserva mentale.

Nel caso di specie, infatti, la Corte d'appello ha ritenuto che gli atti del processo canonico non offrivano elementi probatori utili a stabilire con certezza «la conoscenza o la conoscibilità» da parte della moglie «della riserva mentale» del marito «in ordine all'esclusione del *bonum sacramenti* (cioè in ordine all'indissolubilità del matrimonio)». Ciò emerge sia dalle dichiarazioni nel processo ecclesiastico della donna sia dai testi indicati dal marito i quali «hanno riferito delle sue convinzioni laiche e divorziste, (...) nonché della sua preferenza per il matrimonio civile piuttosto che per quello religioso, ma nulla hanno riferito in ordine a circostanze da cui poter desumere la consapevolezza da parte» della moglie «delle riserve concepite dal futuro marito, né del suo desiderio di contrarre matrimonio civile». Dagli atti del processo ecclesiastico non si evincono, secondo la Corte d'appello, elementi che indichino chiaramente «che la riserva mentale fosse stata manifestata all'epoca delle nozze» dal marito alla moglie «o fosse stata da quest'ultima conosciuta o conoscibile con la normale diligenza», ma piuttosto emerge la reticenza del marito ad esprimere la propria riserva mentale alla moglie. Né, a parere della Corte d'appello, la circostanza che i coniugi avessero partecipato ad un brindisi per l'esito favorevole del referendum sul divorzio, potesse essere ritenuto irrilevante, perché posteriore di quattro anni al matrimonio e non decisiva anche la circostanza che la moglie fosse consapevole delle idee del futuro marito, favorevole al divorzio. Tale posizione ideologica, infatti, non implica necessariamente la riserva mentale concretamente accertata dalla sentenza ecclesiastica.

Il messaggio che emerge dalla sentenza va nella direzione di tenere distinti gli ordini dei due ordinamenti, che tuttavia non si ignorano, perché il primo valore da salvaguardare è la affermazione del diritto in concreto, come ricerca della verità.

della vicenda matrimoniale in quanto rimane ancorato a quanto risultante in sede ecclesiastica, deve essere in qualunque caso condotto con autonomia di giudizio e correttamente motivato; in mancanza di ciò la conseguente statuizione può essere censurabile per difetto di motivazione, in sede di legittimità. Cfr. TIZIANA BERTOLI, LUCA CHRISTIAN NATALI, *La delibazione della sentenza di nullità del matrimonio canonico: presupposti e limiti operativi*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9, 2009, p. 856.

³³ Cfr. con riferimento a tale principio, Cassazione, 6 marzo 2003, n. 3339; Cassazione, 10 novembre 2006; Cassazione, 19 ottobre, n. 22011.

Tribunale di Salerno
Sezione Terza - Ufficio Esecuzioni Immobiliari
Ordinanza 28 maggio 2010

Edifici destinati al culto – Espropriazione per pubblica utilità – Limiti (art. 5 della L. 121/85) – Espropriazione da parte di soggetti privati – Alienabilità – Ammissibilità (art. 831 c.c.) – Tutela finalistica – Deputatio ad cultum

La inespropriabilità dei beni destinati all'esercizio del culto sancita dall'art. 5 della legge 121/85 non preclude l'assoggettabilità dei beni ecclesiastici all'esecuzione da parte dei soggetti privati.

La norma di derivazione concordataria, è diretta a disciplinare solamente l'espropriazione per pubblica utilità. In ordine all'assoggettabilità all'esecuzione dei beni destinati al culto, da parte dei privati, occorre valutare non l'espropriabilità ma la inalienabilità degli stessi, quest'ultima intesa come carenza di interesse del mercato in relazione a tali beni in considerazione del vincolo di destinazione cui sono sottoposti. La tutela della peculiare caratterizzazione finalistica di detti beni, prevista anche dall'art. 831 c.c., non ne impedisce l'alienabilità ma impone solo obblighi di informativa e pubblicità in sede di vendita e successiva aggiudicazione, al fine di garantire e preservare la destinazione culturale del bene.

Tribunale di Salerno
Sezione Terza - Ufficio Esecuzioni Immobiliari
Ordinanza 28 maggio 2010

(omissis)

Svolgimento e Motivi della decisione

A motivo dell'opposizione all'esecuzione, parte ricorrente adduce la inespropriabilità dei beni caduti sotto il vincolo del pignoramento nella presente procedura, giacché appartenenti ad ente ecclesiastico, così qualificato nell'ordinamento canonico

di riferimento; la norma dell'ordinamento statale nella quale la ricorrente ravvisa il fondamento di tale inespropriabilità è l'art. 5 della Legge 20 maggio 1985 n. 206, recante "Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero in servizio nelle diocesi" (cd. Nuovo Concordato). Viceversa la espropriabilità, da parte di soggetti privati, di beni appartenenti ad enti ecclesiastici è il risultato cui sembra doversi pervenire dalla lettura delle norme ordinamentali disciplinanti la materia, interpretate secondo il criterio letterale e sistematico, per come si dirà appresso. Invero, la materia qui esaminata trova il proprio regime non solo nella norma di cui all'art. 5 sopra richiamato, bensì anche nell'art. 831 del codice civile il quale, al secondo comma, testualmente dispone: "Gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione neppure per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano".

Orbene, appare evidente come la norma codicistica sancisca la indisponibilità degli edifici destinati all'esercizio del culto cattolico non riguardante i beni in sé, bensì il diritto di usufruire dei beni medesimi: qui il diritto di proprietà subisce una compressione in funzione della destinazione al culto pubblico dell'edificio, e ciò che ne risulta compressa è la facoltà di godimento dell'edificio da parte del proprietario.

Con la conseguenza che, in questi casi, il diritto di godimento del proprietario privato risulta essere elastico, in quanto destinato a espandersi ogni qualvolta l'uso dell'edificio non sia più in contrasto con la sua destinazione al culto pubblico, per essere tale vincolo di destinazione cessato, in conformità delle leggi disciplinanti la materia. A tale interpretazione conducono elementi letterali, e sistematici.

Quanto ai primi, è evidente che il legislatore con l'espressione "... non possono essere sottratti alla loro destinazione neppure per effetto di alienazione..." chiaramente ammette tale alienazione. Quanto ai secondi, va rimarcata l'esistenza nell'ordinamento di norme, che testualmente sanciscono la impignorabilità di beni: la quale cosa chiarifica e conferma la diversa *voluntas legis*, e la diversa *ratio*, sottese alla disposizione di cui all'art. 831.

Fra gli altri beni, dei quali è sancita espressamente la impignorabilità si rinvengono le "cose sacre e quelle che servono all'esercizio del culto", a mente dell'art. 514 n. 1) del c.p.c.. Trattasi peraltro, di norma dettata per le cose mobili, come inequivocamente chiariscono sia la rubrica dell'articolo, sia l'inserimento dello stesso nel Capo relativo alla "Espropriazione mobiliare presso il debitore".

E d'altronde, non è ipotizzabile alcuna interpretazione in via estensiva o analogica della norma da ultimo esaminata, trattandosi di disposizione di stretta interpretazione, come tutte quelle che derogano ad un principio generale dell'ordinamento: laddove è evidente che le norme sulla impignorabilità di determinati beni derogano al principio generale- di rango costituzionale (art. 41 Cost.) - della libertà di iniziativa economica, e dei suoi corollari, della libera commerciabilità dei beni, e della connessa garanzia patrimoniale del credito, di cui all'art. 2740 del c.c.

Passando adesso all'esame dell'art. 5 del Concordato sopra citato, il discorso non può che prendere le mosse dall'analisi del testo: "Gli edifici aperti al culto non possono essere requisiti, occupati, espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con la competente autorità ecclesiastica".

Anche qui, l'operazione di esegesi della norma deve utilizzare tanto l'argomento letterale, quanto quello storico, e sistematico.

Quanto al primo, è evidente il riferimento della norma ad istituti, e categorie prettamente pubblicistici: requisizione, occupazione, e demolizione sono istituti

esclusivi dello *jus publicum*, attraverso i quali tipicamente l'autorità pubblica sopprime o comprime, in via provvisoria o definitiva, totale o parziale, facoltà, diritti, o legittime aspettative dei titolari, le cui posizioni soggettive sono destinate a soccombere dinanzi alle esigenze superiori del bene pubblico, perseguite ed espresse attraverso il potere autoritativo.

È ben vero che l'altro termine "espropriazione" è utilizzato dal legislatore, con riferimento non solo alla espropriazione per pubblica utilità (da ultimo disciplinata dal D.P.R. 327/2001), bensì anche in relazione alle azioni esecutive intraprese da soggetti privati: ma non per questo può ritenersi - come sostenuto da parte ricorrente - che la norma precluda la assoggettabilità dei beni ecclesiastici all'esecuzione da parte di soggetti privati, ostando a tale lettura argomenti storici e sistematici, per quanto si dirà appresso.

Occorre partire dal ruolo, e dalla posizione assunta dal Concordato nel nostro sistema ordinamentale.

Ebbene, in tale sistema i Concordati vengono considerati - per fattori storici (il riconoscimento della soggettività internazionale della Chiesa Cattolica) e prassi consolidata - quali strumenti analoghi ai trattati internazionali: tanto che le norme negoziate dallo Stato (attraverso l'organo governativo al suo massimo livello, che conduce le trattative a mezzo di una commissione cui se ne contrappone, di regola, un'altra di formazione confessionale) vengono introdotte nel nostro ordinamento attraverso meccanismi di carattere internazionalistico (Antonio Vitale, "Corso di diritto ecclesiastico", ed. 1996, pagg. 155 e 163).

Allora, la collocazione dei Patti al livello della regolamentazione dei rapporti fra l'Autorità statale e quella ecclesiastica conferma nitidamente l'interpretazione secondo cui, quando si è fatto riferimento alla categoria della "espropriazione" nel testo dell'art. 5 gli Stati contraenti - trattandosi di sede pattizia prescelta per la regolamentazione dei rispettivi ambiti di potere e giurisdizione degli Stati contraenti - s'intendeva disciplinare solo ed esclusivamente la espropriazione cd. per pubblica utilità, e cioè l'espropriazione quale istituto del diritto pubblico, prerogativa esclusiva dello Stato, nei rapporti in cui lo stesso si atteggia quale soggetto pubblico, facendo uso dei relativi poteri autoritativi.

Ciò detto in ordine alla assoggettabilità all'esecuzione ad opera di soggetti privati, dei beni appartenenti ad enti ecclesiastici, si può affrontare il profilo, ontologicamente e giuridicamente diverso, della incommerciabilità di tali beni (e sulla differenza fra le categorie della espropriabilità, e della incommerciabilità di fatto degli immobili in questione, trovasi la sentenza 7 ottobre 1998 della Corte d'Appello di Messina, che disattendeva il primo motivo di appello dell'Ente ecclesiastico esecutato, proprio sul rilievo della assoggettabilità dei beni ecclesiastici alle espropriazioni di diritto privato).

Con la espressione di "incommerciabilità" sopra detta si fa riferimento alla presumibile carenza di interesse del mercato in relazione ai beni di cui si tratta, i quali perderebbero ogni appetibilità nella considerazione di eventuali acquirenti, in quanto soggetti questi ultimi, evidentemente, al divieto di sottrarre gli immobili alla loro destinazione al culto.

E peraltro - e rimanendo ferma la eventualità che tale vincolo di destinazione possa essere rimosso, secondo la procedura a ciò prevista, e comunque col consenso dell'Autorità ecclesiastica, con conseguente espansione del diritto di proprietà nel frattempo acquisito dal privato sul bene, per come sopra detto - l'esistenza di tale vincolo, nell'ambito della procedura esecutiva, comporta soltanto, per l'Ufficio giudiziario che procede, l'obbligo di darne la più ampia e adeguata informativa alla

platea dei potenziali acquirenti nelle fasi a ciò deputate, della predisposizione degli avvisi di vendita, e della successiva pubblicità, sino alla fase dell'aggiudicazione: e ciò valendo, d'altra parte, per qualsiasi vincolo o peso che sugli immobili possa gravare (di tipo pubblicistico, o privatistico, così come per le difformità urbanistico-edilizie, ecc.). Va anche segnalato, in relazione al profilo della indisponibilità, l'indirizzo giurisprudenziale, non recente, ma neppure superato da pronunciamenti successivi (Trib. Padova 12-4-1954, Rep. Giust. Civ. 57, Chiesa 4) secondo cui la destinazione all'esercizio pubblico del culto cattolico - ai fini del connesso vincolo di indisponibilità - va valutata con riferimento all'obiettivo stato di fatto, anche a prescindere dall'atto speciale di destinazione di competenza dell'autorità ecclesiastica (cd. *Dicatio ad cultum*): liddove, nel caso che ci occupa, va rimarcato che all'esito degli accertamenti compiuti dall'esperto nominato per la stima dei beni, solo taluni degli immobili pignorati sono risultati, allo stato e di fatto, attualmente destinati all'esercizio del culto. Fermo tutto quanto osservato, sul piano pratico può presumersi, nel caso specifico, la non facile collocabilità sul mercato dei beni pignorati: tale aspetto tuttavia, per quanto detto, può incidere solo sul profilo della opportunità dell'azione esecutiva, che è però valutazione rimessa in via esclusiva al creditore procedente.

In definitiva, stante la espropriabilità dei beni, e la loro (almeno astratta) vendibilità, non si ravvisano i "gravi motivi" cui il disposto codicistico subordina la concessione del beneficio della sospensione, a termini dell'art. 624 del c.p.c. - gravi motivi che si identificano, secondo l'orientamento giurisprudenziale largamente maggioritario e condiviso da questo giudicante, nei medesimi presupposti dei provvedimenti in materia cautelare, ovvero sia nel *fumus boni juris* e nel *periculum in mora*: di conseguenza, l'istanza di sospensiva articolata dalla ricorrente deve essere disattesa.

Peraltro, alla luce delle conclusioni espresse dall'esperto nella relazione di stima depositata in atti, appare opportuna - ai fini della specificazione delle modalità di vendita dello staggito cui l'Ufficio deve procedere - la previa audizione delle parti, con riferimento specifico alla eventuale necessità di procedere al frazionamento delle p.lle 490 e 457 (e cioè, anche in considerazione della notoria onerosità delle relative operazioni);

P.Q.M.

letti gli artt. 615, 616, 624, 485 del c.p.c.:

rigetta l'istanza di sospensione della presente procedura esecutiva articolata nel ricorso in opposizione proposto nell'interesse del debitore esecutato, Ente Parrocchia "xxx", in persona del legale rappresentante p.t fissando termine alla parte interessata di giorni sessanta dalla comunicazione della presente ordinanza per l'instaurazione della causa di merito, mediante separata idonea iscrizione a ruolo;

(omissis)

Il valore interpretativo della libertà religiosa: destinazione al culto e sottoposizione del bene a procedura esecutiva in una significativa decisione del giudice salernitano

CARMELA ELEFANTE

1. Premessa

La decisione che qui si commenta va ben oltre lo specifico della questione affrontata per coinvolgere temi di portata più ampia ovvero il valore costituzionale ed interpretativo del diritto di libertà religiosa e, per tale via, il particolare significato della specialità di quello specifico settore dell'ordinamento giuridico inteso a porre la disciplina giuridica del fenomeno religioso e tradizionalmente indicato attraverso la locuzione di "diritto ecclesiastico".

Come le più recenti ed accreditate analisi specialistiche evidenziano, quel settore è destinato a porsi sempre più decisamente quale «risultante della relazione tra religione e laicità» e, più specificamente, a considerare il valore di questa quale principio giuridico che riepiloga fondamenti e principi costituzionali di tutela della persona umana e della sua libertà religiosa¹. Si tratta di un indiretto riconoscimento del fatto che esso si caratterizza per sua natura, più di ogni altro, per il concorrere di più interessi costituzionalmente rilevanti e parimenti meritevoli di considerazione.

Ebbene, la decisione che ci occupa finisce proprio con il dimostrare che questo riconoscimento non ha un significato semplicemente teorico ma caratterizza il concreto assetto normativo degli istituti posti a presidio di quella regolamentazione e ne orienta le applicazioni giurisprudenziali.

Le considerazioni che seguono, in commento, intendono approfondire questi profili e costituire un'occasione per una più ampia riflessione sul tema cui quella decisione inerisce e cioè quello dei beni ecclesiastici e, più ampiamente, di interesse religioso, tema che è in effetti da considerare tra quelli centrali del diritto ecclesiastico, intesa anche come disciplina di studio.

2. L'ordinanza 25/05/2010 del Tribunale di Salerno, sez. esecutiva immobiliare. Il caso di specie ed il tenore della decisione

Occorre naturalmente prendere le mosse dal tenore dell'ordinanza in commento, con la quale il giudice del Tribunale di Salerno – sez. esecuzione immobiliare – ha rigettato l'istanza di sospensione della procedura esecutiva presentata da una

¹ MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 1. I Principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 24 ss.

Parrocchia-Ente ecclesiastico, nel ricorso in opposizione all'esecuzione immobiliare cui questa era stata sottoposta.

Il giudice dell'esecuzione della III sezione civile del Tribunale di Salerno – ufficio esecuzioni immobiliari – ha riconosciuto cioè che non ricorressero i presupposti per la sospensione richiesta, assumendo che la normativa richiamata dal debitore esecutato non sia applicabile all'espropriazione forzata attivata da soggetti privati, come nel caso riguardante la Parrocchia esecutata. Decisivo in tal senso il rilievo per cui la procedura esecutiva cui era stato sottoposto l'ente ecclesiastico riguardava un'esecuzione forzata attivata da soggetto privato per il recupero coattivo del credito vantato nei confronti della parrocchia e non di una procedura espropriativa per pubblica utilità.

In effetti, a fondamento della proposta opposizione la Parrocchia esecutata aveva addotto la inespropriabilità degli edifici pignorati ai sensi dell'art. 5 della L. 121/85, trattandosi di beni appartenenti ad ente ecclesiastico ed altresì destinati al culto pubblico.

3. Il difficile inquadramento della fattispecie

Nell'affrontare la questione posta al proprio esame, giungendo alle conclusioni appena ricordate, il giudice salernitano è andato incontro a difficoltà non trascurabili.

In particolare, lo stesso giudice ha dovuto tenere conto della mancanza di una previsione esplicitamente dedicata alla disciplina di quella fattispecie e quindi individuare la soluzione del caso attraverso un iter argomentativo fondato sul potenziamento dei profili di funzionalizzazione del bene alla libertà religiosa come emergenti da una considerazione complessiva della disciplina dedicata ai beni ecclesiastici e di interesse religioso.

Appare quindi opportuno far precedere la valutazione complessiva delle argomentazioni del giudice salernitano da una ricostruzione di quella disciplina e delle finalità di tutela cui è preordinata.

4. Il quadro normativo. La confluenza di più interessi meritevoli di tutela nel caso dei beni di proprietà ecclesiastica e dei beni di interesse religioso e culturale.

In effetti, i beni in questione godono di una disciplina particolare, che si giustifica per più ragioni, di volta in volta rilevanti separatamente o congiuntamente tra loro.

A determinare l'esigenza di una disciplina speciale – relativa in particolare alle modalità di circolazione del bene – può contribuire anzitutto la particolare qualità dei soggetti che ne sono titolari: le confessioni religiose o, meglio, gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che ne costituiscono il necessario tramite nel diritto dello Stato.

Va infatti ricordato, sia pur in estrema sintesi, che, in quanto appartenenti a soggetti la cui autonomia è costituzionalmente garantita, questi beni pretendono di venire assoggettati ad una disciplina posta autonomamente in essere in ambito confessionale, attraverso l'attivazione di poteri ordinamentali, analoghi a quelli attivati, sul piano temporale, dalle istituzioni pubbliche, e che sono intesi a garantirne la funzionalizzazione alle particolari finalità delle stesse confessioni².

Ebbene, l'ordinamento giuridico si mostra ampiamente disponibile rispetto a

² ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico – Ordinamento giuridico e interessi religiosi* –, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 326 e ss.

tale esigenza, in particolare laddove essa riguardi enti e beni della Chiesa Cattolica, conferendo a determinate condizioni rilevanza civile alla regolamentazione confessionale ed alle esigenze di tenuta del patrimonio che ne costituiscono espressione.

Allo stesso tempo, tuttavia, quei beni rappresentano per lo Stato valori patrimoniali³ potenzialmente assoggettabili alla disciplina comunemente posta per beni della stessa natura ed in ogni caso, come avviene normalmente, essi possono costituire punto di emersione di rilevanti interessi pubblici, tali, ad esempio, da legittimare la loro sottoposizione al «potere conformativo che fa capo alla pubblica amministrazione»⁴.

Ma, per quanto qui maggiormente ci interessa, tali beni possono venire in rilievo – tanto da venire assoggettati ad una disciplina speciale – per il fatto che essi costituiscono tramite necessario, da un lato, per l'esercizio dei poteri interni delle confessioni religiose che ne sono proprietarie e, dall'altro, per l'esercizio della libertà religiosa – in particolare di culto – dei fedeli.

In questo caso, si può dire che l'interesse pubblico fa riferimento alla tutela costituzionale della libertà religiosa ma è chiaro che, a vedere le cose in maniera più approfondita, ci si rende conto che, dietro un riferimento apparentemente univoco, si nasconde la realtà di una difficile composizione tra due aspetti di quella libertà che non sono facilmente conciliabili e cioè, quello della libertà individuale (cioè dei singoli fedeli) e quello della libertà istituzionale (cioè delle confessioni religiose).

5. *In particolare, gli edifici di culto tra autonomia confessionale ed esigenze di culto dei fedeli. La c.d. deputatio ad cultum.*

Il confluire di interessi così vari ma accomunati dal loro rispondere a valori di rilievo costituzionale determina rilevanti problematiche applicative le quali conducono inevitabilmente ad un «problema di adeguato bilanciamento si interessi».

È il caso, in particolare, di quella particolare categoria di beni che vanno sotto la dicitura di «edifici di culto» e che, a prescindere dal profilo proprietario, sono caratterizzati dall'essere destinati, appunto, all'esercizio delle funzioni di culto da parte dei fedeli di una determinata confessione religiosa. Si tratta di chiese, sinagoghe, moschee, oratori, ovvero luoghi, la cui esatta denominazione varia a secondo delle confessioni religiose⁵, in cui viene manifestata ed esteriorizzata, in piena autonomia, la fede religiosa⁶. Più ampiamente, sono strutture finalizzate alla cura degli interessi religiosi; strumenti attraverso cui, cioè, viene esercitato il diritto di libertà religiosa,

³ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 236.

⁴ ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 345.

⁵ MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, p. 270.

⁶ Sulla qualificazione giuridica degli edifici di culto e sulla necessità di dare una definizione giuridicamente rilevante al «maggiormente comprensivo luogo di culto» si veda ANDREA BETTETINI, *La condizione giuridica dei luoghi di culto tra autoreferenzialità e principio di effettività*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2010, p. 4 e ss. L'autore evidenzia come la dottrina e la giurisprudenza tradizionalmente hanno fatto riferimento più che al concetto di luogo di culto a quello di edificio, per cui «la specie è divenuta identificativa del genere». L'autore rileva l'inidoneità dell'identificazione tra luogo ed edificio in relazione a quei fenomeni religiosi prima poco diffusi, in cui il culto non è reso in un edificio; oppure è reso in strutture immobiliari in cui si rende anche culto ma che in realtà hanno una funzione polivalente.

non solo nella forma dell'esercizio pubblico del culto, ma attivando le facoltà previste dall'art. 19 della Costituzione – che in effetti non si arresta alla tutela degli atti di estrinsecazione dell'appartenenza religiosa che si traducono in un'azione di culto⁷ – ed ancora elementi di riferimento per l'esercizio dei c.d. poteri ordinamentali del gruppo religioso, mezzi di espressione della loro autonomia (art. 8 Cost.).

Essendo tenuto a garantire la libertà religiosa individuale – nella sua massima estensione possibile – ma anche a tenere conto delle esigenze, non solo organizzative, della confessione religiosa in quanto tale – che non di rado è l'effettivo titolare del bene – l'ordinamento giuridico appresta una specifica regolamentazione, fatta tanto di norme di derivazione unilaterale che di altre che, che per tutelare al meglio gli interessi collegati alle esigenze di culto per come fatte valere dalle rispettive confessioni, sono in qualche modo frutto dell'accordo con l'autorità ecclesiastica.

In un caso e nell'altro, le disposizioni in questione sono suscettibili di venire considerate quali espressione dell'equilibrio tra due interessi, potenzialmente antagonisti, quello legato al profilo proprietario e cioè dell'appartenenza del bene ad enti o istituzioni ecclesiastiche e quello della sua funzionalizzazione all'esercizio del culto.

Quest'ultima – che si traduce nella c.d. *deputatio ad cultum* – è in effetti tale da consigliare una regolamentazione della materia in senso derogatorio rispetto a quanto previsto normalmente in ragione del criterio proprietario.

6. Destinazione al culto e potere dispositivo dei privati: l'art. 831 c.c.

Testimonianza normativa tra le più chiare del rilevato interesse pubblico che ispira la disciplina degli edifici di culto è rappresentata dalla norma codicistica considerata centrale in materia, specificamente l'art. 831 c.c. a tenore del quale «gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione neppure per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano».

Lo speciale vincolo civilistico di destinazione al culto pubblico conferma la funzione sociale ed il rilevante interesse pubblico collegato alla libera disponibilità e fruibilità di tali edifici di culto. Gli interessi religiosi sottesi alla disponibilità di questa tipologia di edifici, ben possono quindi qualificarsi parimenti quali interessi pubblici, e ciò risulterebbe dimostrato sia dal tenore letterale della norma richiamata sia dalla collocazione sistematica della stessa nell'ambito del Libro III, Titolo I, Capo II del codice civile dedicato ai *beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*.

L'interesse pubblico connesso alla c.d. *deputatio ad cultum* ha indotto l'ordinamento giuridico a prevedere per gli edifici di culto delle forme di tutela a garanzia del vincolo di destinazione analoghe a quelle previste per i beni demaniali facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato che, per il fine pubblico perseguito,

⁷ Sul punto ANDREA BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici*, in *Il Codice Civile - Commentario* - Giuffrè, Milano, 2005, p. 152, il quale precisa come « il diritto di professare la propria fede non appare una situazione giuridica-soggettiva che abbia un mero riferimento all'interiorità della persona umana, ma di necessità deve estrinsecarsi in atti, anche in atti di culto, che possono essere realizzati in luoghi a ciò destinati».

non possono essere sottratti alla loro destinazione⁸.

Volendo riportare la disposizione in una linea di continuità con la sopravvenuta Costituzione repubblicana si potrebbe leggere la stessa quale normale prosecuzione e conferma del dettato costituzionale che all'art. 42 sancisce la funzione sociale della proprietà privata.

Gli edifici di culto rappresentano beni strumentali al soddisfacimento di bisogni religiosi dei credenti ed al tempo stesso il conseguimento di tale fine consente la funzionalizzazione sociale della proprietà così come garantita dall'art. 42 Cost.⁹. Sotto tale profilo si potrebbe affermare che per gli edifici destinati al culto la funzione sociale è immanente nella misura in cui la *deputatio ad cultum* rappresenta un vincolo ed un limite intrinseco alla proprietà privata.

L'art. 831 comma 2 c.c. nella misura in cui tutela il vincolo di destinazione degli edifici di culto rappresenta una specificazione del generale limite, costituzionalmente sancito, cui è sottoposta la proprietà privata, poiché tale funzionalizzazione condiziona concretamente l'esercizio della vasta gamma di facoltà riconosciute in capo al soggetto titolare del bene¹⁰.

In particolare il comma 2 dell'art. 831 c.c. predispone un peculiare regime giuridico strettamente correlato alla *deputatio ad cultum*¹¹ che configura una situazione giuridica di carattere reale in virtù della quale viene riconosciuta in capo all'autorità ecclesiastica un diritto reale di godimento sul bene, cui consegue il possesso comune dell'edificio¹².

La disciplina prevista dall'art. 831 comprime il diritto proprietario relativamente alla facoltà di godimento del bene ma naturalmente non prevede né comporta alcun limite alla facoltà di disposizione del proprietario. Oggetto di tutela risulta infatti la destinazione al culto, con la conseguenza che tali beni possono sottoposti a qualsiasi tipo di vicenda traslativa e quindi alienati, pignorati, usucapiti, sottoposti ad esecuzione immobiliare secondo quanto previsto dalla disciplina comune ma non possono essere sottratti dallo scopo di culto pubblico cui sono vincolati¹³.

La disciplina prevista dalla norma codicistica considera la finalità culturale quale un vincolo che conforma il diritto proprietario riconducendolo in uno statuto proprietario speciale e contenendone le facoltà in conformità alla naturale struttura del bene. Sotto tale profilo l'art. 831 comma 2 c.c. potrebbe essere letto quale una limitazione legale della proprietà, volta a soddisfare un determinato interesse pubblico, ovvero quello religioso della collettività. Si tratterebbe di una limitazione derivante direttamente dalla legge che, con una previsione generale ed astratta, incide per intero su di una

⁸ ANDREA BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici*, cit., p. 163.

⁹ ANDREA BETTETINI, *ibidem*.

¹⁰ GIUSEPPE D'ANGELO, *La riconfigurazione normativa dell'Ente Ordine Mauriziano di Torino tra riordino strutturale e riconversione funzionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, p. 158.

¹¹ Per le opportune precisazioni al riguardo si veda CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1999.

¹² ANDREA BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici*, cit., p. 162.

¹³ L'obbligo di mantenimento della destinazione di questa particolare categoria di beni, estinguibile solo per volontà delle autorità ecclesiastiche, è espressione di una sovranità diversa da quella statale, quindi non tenuta a forme di limitazioni nascenti dalla lealtà costituzionale. VALERIO TOZZI, *Gli edifici di culto tra fedele e istituzione religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2010, p. 31.

categoria di beni. Nel caso degli edifici di culto la qualità intrinseca è rappresentata dal «vincolo teleologico che lega tali beni con uno dei valori della società civile, per l'appunto la religione¹⁴». Tuttavia la norma individua la categoria generale di bene da assoggettare ad un determinato regime giuridico, ovvero gli edifici aperti al culto, demandando alla normativa canonica l'individuazione degli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto¹⁵. L'orientamento prevalente in dottrina e meno pacifico in giurisprudenza è quello per cui «il vincolo civilistico non discende dal mero carattere sacro conferito all'edificio in base alle norme confessionali¹⁶ essendo necessaria anche la sua effettiva destinazione al culto pubblico, ossia una concreta e attuale fruizione dello stesso da parte della popolazione e una sua officatura di una qualche visibilità e consistenza»¹⁷.

¹⁴ ANTONIO FUCILLO, *I beni immobili culturali ecclesiastici tra principi costituzionali e neo dirigismo statale*, in www.statotechiese.it.

¹⁵ «Il diritto di proprietà risulta compresso, poiché la *deputatio ad cultum* ne determina una destinazione sulla quale egli non ha alcuna possibilità di intervento, essendo questa di competenza dell'autorità ecclesiastica»... «Per quanto poi concerne le leggi sulla cessazione della destinazione al culto a cui fa riferimento la normativa civilistica, riteniamo che esse siano quelle previste dal diritto canonico...E cioè che non esiste una legge statale che, in modo diretto o indiretto, preveda le modalità di cessazione della destinazione ai fini rituali di un edificio di cui all'art. 831, comma 2 c.c... Non solo questa legge non c'è, ma non può esserci nell'attuale assetto normativo delle relazioni fra Stato e Chiesa. L'attività di culto rientra infatti fra quelle proprie dell'ordine della Chiesa che non ammettono alcun ingerenza da parte dello Stato». ANDREA BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici*, cit., p. 162-163. In senso analogo GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 259.

¹⁶ In tal senso è la sentenza pronunciata dalla Corte di Appello di Roma, sez. I, in data 27.02.2012 secondo cui «la norma dell'art. 831 c.c. va letta alla luce di tale principio di esclusione di una autonomia e generica rilevanza delle norme di diritto canonico, sicché sulla base del dato testuale delle norme può ritenersi operato un richiamo al diritto canonico, al fine della verifica della destinazione del bene all'esercizio del culto, solo con riferimento alla «cessazione» della *dedicatio ad cultum*. Alla luce di tali principi, la Corte, che pure non ignora come la Cassazione ed il Consiglio di Stato si siano talvolta pronunciati in senso difforme ritenendo necessaria la prova della formale *dedicatio* (vedi Cass. 1981/1474, Cons. Stato 10.5.2005 n. 2234 ma si tratta sovente di fattispecie inerenti alla sottrazione alla espropriabilità di manufatti annessi a parrocchie), reputa corretto valutare la destinazione all'esercizio pubblico del culto cattolico con riferimento all'obiettivo stato di fatto». In senso contrario si veda Cass. Civ. n. 1474 del 1981 e Cons. Stato n. 2234 del 10.5.2005 quest'ultima, confermando la sentenza n. 133 del 10 marzo 2004 emessa dal TAR Campania – sez. Salerno, ribadisce che, a mente del canone 1208 del codice di diritto canonico, promulgato il 25 gennaio 1983, la *deputatio ad cultum publicum* – che fa rientrare il bene nella disciplina derogatoria speciale di cui al comma 1 dell'art. 5 del nuovo Concordato lateranense ratificato con la L. 25 marzo 1985 n. 121, in forza della quale gli edifici aperti al culto non possono essere requisiti, occupati espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con la competente autorità ecclesiastica - deve risultare da atto scritto del vescovo o ordinario diocesano, il cui originale è depositato presso la curia e la copia conservata nell'archivio della chiesa interessata ed è una formalità che non ammette equipollenti.

¹⁷ ANTONIO FUCILLO, *Gli edifici di culto nella società multireligiosa*, in *Giustizia e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 76. Si veda altresì ANDREA BETTETINI, cit., p. 167 secondo cui «per l'applicazione della normativa di cui all'art. 831 c.c. riteniamo tuttavia che, per la prevalenza di quel principio di effettività che ormai regola la materia dei corpi morali, le parti interessate non debbano provare innanzi al giudice civile la dedicazione o la benedizione, ma che l'edificio sia *in actu* destinato all'esercizio pubblico del culto. La dedicazione o benedizione sono presupposti della destinazione al culto divino di un luogo, e possono costituire una presunzione della destinazione

7. *Destinazione al culto e potere ablatorio-conformativo della Pubblica Amministrazione: l'art. 5 dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Chiesa Cattolica (legge n. 121/1985).*

La destinazione al culto rappresenta non solo un limite per il diritto di proprietà ma costituisce altresì un limite per il potere conformativo della pubblica amministrazione.

Invero, di fronte ai poteri ablatori esercitati per conseguimento di precise finalità di pubblico interesse da parte della pubblica amministrazione ancora oggi la proprietà ecclesiastica si pone portatrice di un interesse concorrente¹⁸.

Rispetto a tali beni infatti si possono rilevare interessi pubblici sia legati al governo del territorio in quanto la pianificazione urbanistica e l'espropriazione per pubblica utilità rappresentano istituti cardine per l'organizzazione spaziale della comunità e per la realizzazione di finalità di pubblico interesse. Si tratta quindi di riportare la possibilità di porre in essere gli interventi necessari per il perseguimento dell'interesse pubblico alla normativa che tutela e garantisce la funzionalità di luoghi ed edifici destinati al culto. L'interesse ed il potere pubblico si trova quindi a doversi confrontare con un interesse da qualificarsi parimenti quale pubblico ovvero la libera disponibilità di luoghi diretti al soddisfacimento di un'esigenza anche sociale proprio in funzione dell'interesse della collettività all'esercizio pubblico del culto¹⁹.

Qui però, in maniera ancora più chiara di quanto si è visto accadere in relazione alle vicende della *deputatio ad cultum* ed alle loro ricadute sull'estensione della tutela di cui all'art. 831 c.c., occorre tenere conto dell'ulteriore profilo della libertà religiosa, che fa riferimento all'autonomia delle confessioni religiose ed alla conseguente rilevanza dei loro poteri organizzativi, che talora si esercitano proprio sugli edifici di culto.

Tale ultimo profilo rischia comunque di risultare prevalente, al punto da soffocare la libertà religiosa individuale: come parte della dottrina ha bene evidenziato, «la tendenza del nostro ordinamento è sempre stata nel senso di sottrarre questi beni alla disciplina del diritto comune, sostituendola con una disciplina – ancora oggi sostanzialmente ribadita – che risente della logica verticistica in cui muovevano i rapporti tra Stato e Chiesa nel periodo fascista ed appare perciò abbastanza arcaica, in quanto mira soltanto a creare barriere difensive all'esercizio del potere autoritativo della confessione religiosa. La condizione giuridica particolare di tali beni si basa sull'idea implicita che, come esistono categorie di beni deputate al soddisfacimento di interessi statuali, così esistono categorie di beni che appaiono strumentali al soddisfacimento di interessi ordinamentali della confessione religiosa; e siccome questi interessi hanno una particolare considerazione nel nostro ordinamento, si giustifica una disciplina speciale intesa a salvaguardare proprio, nel convergere di svariati interessi su quei beni, il prioritario soddisfacimento degli interessi ordinamentale del gruppo confessionale²⁰».

Tale potenziale distorsione rischia peraltro di venire rafforzata dalla ricorrente considerazione per cui la materia degli edifici di culto rientrerebbe nel concetto di

stessa ma la prova sarà data dall'effettivo esercizio del culto pubblico conseguente ai suddetti atti¹⁹.

¹⁸ ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 346.

¹⁹ GIUSEPPE D'ANGELO, *La riconfigurazione normativa dell'Ente Ordine Mauriziano*, op. cit., p. 159.

²⁰ ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico* op. cit., pp. 348-349.

res mixta, oggetto in quanto tale di una normativa necessariamente contrattata bilateralmente tra Stato e Chiesa²¹.

Per contro, si è correttamente osservato che, in realtà, attraverso la previsione dell'accordo di cui al primo comma dell'art. 5, lo Stato non ha inteso assolutamente rinunciare ai suoi poteri di intervento in materia, che rimangono intatti, incidendo piuttosto, l'eventuale accordo, sul piano attuativo di tali decisioni: la pubblica amministrazione rimane cioè comunque titolare di un potere conformativo della proprietà che trova, ancora una volta, i suoi referenti di ordine costituzionale nella disposizione dell'art. 42, i cui comma 2 e 3 recitano: *La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale*».

Comunque sia, la formulazione dell'art. 5 della Legge 121 del 1985²² rimane espressione dell'ampio *favor* ordinamentale per la caratterizzazione finalistica cui questi beni sono preordinati, e introduce una disciplina derogatoria speciale nella misura in cui sottrae gli edifici di culto pubblico all'ordinario esercizio della potestà ablativa dei pubblici poteri antepoendo l'interesse religioso – per come mediato, però, dall'intervento mediatorio della confessione religiosa – ad ogni altro interesse pubblico²³, con la conseguenza che tali edifici vengono a godere di una sorta di immunità dai pubblici poteri statuali (si veda, in particolare, il secondo comma).

Si può quindi osservare che tale norma conferma ed amplia la tutela prevista dall'art. 831 c.c. comma 2 quando tali beni vengono a confrontarsi con il potere ablativo della pubblica amministrazione; una disposizione che riprendendo il carattere pubblicistico²⁴ che connota l'art. 831 c.c. comma 2, limita e vincola i pubblici poteri.

L'art. 5 della legge 121 del 1985, norma ordinaria rinforzata espressione della

²¹ In tal senso ANTONIO FUCILLO, cit., p. 67. In particolare sulla proprietà ecclesiastica quale *res mixta* si veda MARIA CRISTINA FOLLIERO, GIUSEPPE D'ANGELO, *Il regime dei trasferimenti dei beni ecclesiastici e relativi procedimenti in Italia e negli stati della comunità europea*, in *Trattato Notarile*, nel volume 4, *Diritto comunitario*, Tomo I, a cura di FILIPPO PREITE e ANTONIO GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONA, Utet, Torino, 2011, p. 596.

²² “*Gli edifici aperti al culto non possono essere requisiti, occupati, espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con la competente autorità ecclesiastica. 2. Salvo i casi di urgente necessità, la forza pubblica non potrà entrare, per l'esercizio delle sue funzioni, negli edifici aperti al culto, senza averne dato previo avviso all'autorità ecclesiastica. 3. L'autorità civile terrà conto delle esigenze religiose delle popolazioni, fatte presenti dalla competente autorità ecclesiastica, per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto cattolico e delle pertinenti opere parrocchiali*”.

²³ In tal senso VALERIO TOZZI, *Gli edifici di culto*, op. cit., p. 32 il quale evidenzia che «le limitazioni alla potestà ablativa del potere civile sono sancite in maniera aprioristica e senza alcuna comparazione con la pluralità degli interessi protetti che convergono in ciascuna specifica situazione di vita reale in cui vengono applicate. Perciò si manifestano come palesemente incostituzionali, per l'aprioristica preferenza accordata ad una sola categoria di diritti».

²⁴ A tal proposito la Corte di Appello di Roma, sez. I, con la citata sentenza pronunciata in data 27.02.2012 statuisce che “*Viene in rilievo, infatti, con riferimento all'art. 831 c.c. ossia al regime giuridico cui sono sottoposti gli edifici - appartenenti a privati - destinati all'esercizio pubblico del culto, una precisa connotazione pubblicistica, in quanto il legislatore li considera destinati al soddisfacimento di una esigenza anche sociale come tale riconosciuta e valutata specificamente; ciò a prescindere dalla sacralità dell'edificio, proprio in funzione dell'interesse proprio della collettività all'esercizio pubblico del culto*”.

riconosciuta sovranità dello Stato-Chiesa, costituisce l'ulteriore conferma del fatto che lo Stato reputi la destinazione al culto quale rispondente a un superiore interesse generale, che giustificerebbe i limiti imposti agli atti ablativi reali della Pubblica Amministrazione e che impedirebbe qualsiasi atto di occupazione, demolizione o espropriazione per pubblica utilità. La realizzazione di un interesse pubblico, che legittima la pubblica amministrazione ad incidere sulla proprietà di un bene e porre in essere una serie di atti ablativi ai sensi dell'art. 42 comma 3 della Costituzione risulta pregiudicato dalla destinazione culturale del bene a meno che non sussistano gravi ragioni e l'accordo con l'autorità ecclesiastica che consentono l'intervento pubblico.

Ciò sembra essere coerente con la *ratio* della normativa in quanto i limiti posti alla proprietà privata dall'art. 42 della Costituzione fondano la propria ragione nella funzionalizzazione sociale della stessa, funzione sociale considerata *immanente* negli edifici di culto. L'art. 42 della Cost. legittima una compressione e limitazione del diritto proprietario in presenza di motivi di interesse generale, ma nel caso degli edifici di culto il perseguimento dell'interesse generale viene a confrontarsi con un interesse parimenti pubblico, quello appunto religioso che si pone su di un piano paritario e che richiede pertanto una concertazione con la competente autorità²⁵, espressione dell'indipendenza e sovranità riconosciutagli dall'art. 7 della Costituzione. La tutela prevista dall'art. 5 della legge 121 del 1985, garantisce al pari della normativa civilistica contenuta dall'art. 831 c.c., il vincolo di destinazione del bene, nella misura in cui subordina l'azione della pubblica amministrazione all'assenso dell'autorità ecclesiastica. Nel caso della disposizione di derivazione pattizia, il consenso della competente autorità confessionale rappresenta la forma di garanzia della destinazione culturale del bene in quanto ha lo scopo di impedire la sostituzione dell'interesse pubblico generale, realizzato dalla pubblica amministrazione attraverso l'esplicazione dei poteri ablativi e l'espropriazione dell'edificio di culto, a quello funzionale e finalistico del bene. La finalità della norma, quindi, è quella evitare di sottrarre il bene alla destinazione (culturale) cui era preordinato nel rispetto di quanto statuito anche dall'art. 831 comma 2. In tal senso l'art. 5 della legge 121 del 1985 mira a tutelare la *dedicatio ad cultum* nei confronti dei pubblici poteri, ampliando la portata dell'art. 831 c.c., evidentemente considerato non appropriato e sufficiente sotto il profilo della regolamentazione dei rapporti Stato - Chiesa, a garantire il vincolo di destinazione di tali beni.

Infatti l'esercizio del potere ablativo, diversamente dal potere conformativo²⁶, che incide sulla configurazione del diritto di proprietà vincolando il bene ed assoggettandolo ad un particolare regime giuridico (art. 42 Cost.), svuota il diritto

²⁵ Sulla legittimazione a richiedere l'esercizio dei poteri civili preposti alla soddisfazione del bisogno di luoghi di culto si veda VALERIO TOZZI, *Gli edifici di culto*, op. cit., p. 40, il quale pone come problema prioritario la qualificazione degli interessi collettivi in materia religiosa, evidenziando come «la natura sociale del fenomeno religioso e la destinazione degli edifici di culto alla soddisfazione del bisogno collettivo di religiosità, hanno posto in particolare evidenza le organizzazioni religiose come soggetti qualificati all'interlocuzione con le autorità civili per l'applicazione delle leggi in materia. Poiché l'oggetto della tutela civile degli edifici e dell'edilizia di culto è il diritto inviolabile dell'uomo alla libertà religiosa, alle pratiche di culto, in forma individuale e associata, nasce l'esigenza, per le istituzioni civili, di tutelare in egual misura le esigenze del singolo e quelle del gruppo in cui il singolo appartiene, anche in materia di edilizia di culto».

²⁶ La Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza 5175/1978, ha operato la distinzione tra potere conformativo e potere espropriativo, in tal senso MASSIMILIANO ALESIO, *Pianificazione urbanistica e procedura espropriativa*, in www.diritto.it.

dominicale delle sue facoltà essenziali, con la conseguenza che questa compressione pregiudicherebbe la destinazione culturale del bene. Pertanto l'art. 5 della L. 121 del 1985, sia per la sua formulazione letterale sia per ratio sottesa alla norma, mira non tanto ad ostacolare l'atto ablativo, considerato nella sua essenza, quanto ad impedire ed evitare che lo stesso comprometta la funzionalizzazione e strumentalità del bene.

8. *Ancora sul caso di specie. L'assoggettabilità del bene-edificio di culto a procedura esecutiva quale ipotesi a metà strada tra le ipotesi normative espresse.*

Le disposizioni che si sono appena, per quanto brevemente, analizzate consentono quindi di evidenziare un essenziale profilo di tutela della funzionalizzazione del bene alla libertà di culto del fedele, che in gran parte coerente con l'attuale dettato costituzionale anche se talvolta reso di difficile attuazione in ragione del suo concorrere con il profilo collettivo ed istituzionale della stessa libertà religiosa.

Tale comune caratteristica delle suddette disposizioni aspira a costituire un valido criterio interpretativo per la soluzione di questioni che possono apparire non disciplinate espressamente.

È il caso della fattispecie decisa dall'ordinanza che ci occupa e che, avendo riguardo alla possibilità di sottoporre il bene ecclesiastico-edificio di culto alle normali procedure di esecuzione forzata.

Si tratta, infatti, di una fattispecie che si pone, per così dire, a metà strada tra quella disciplinata dall'art. 831 c.c. e quella disciplinata dall'art. 5 dell'Accordo: si tratta infatti di operare un trasferimento tra privati del bene destinato al culto (ciò che colloca l'ipotesi nell'ambito dell'art. 831 c.c.) ma di farlo attraverso modalità che necessitano dell'intervento – indotto – dei poteri pubblici (analoghi a quelli di cui all'art. 5 dell'Accordo).

Una fattispecie, quindi, che non può dirsi rientrare immediatamente nelle previsioni esplicite delle disposizioni di cui sopra.

9. *Il potenziamento delle finalità di tutela del bene nel rapporto con il profilo proprietario*

Quanto si è osservato sinora torna quindi utile anzitutto a chiarire l'osservazione da cui siamo partiti, relativa alle difficoltà del giudice salernitano ad individuare la disciplina applicabile al caso di specie, ma soprattutto a comprenderne appieno l'iter argomentativo.

La peculiare condizione degli immobili sottoposti ad espropriazione immobiliare, ovvero la qualifica degli stessi come edifici di culto, strumentali al soddisfacimento di un interesse religioso costituzionalmente tutelato e l'interesse di natura "privata" che muove il creditore procedente, induce necessariamente il giudice dell'esecuzione ad individuare la disciplina applicabile ai beni oggetto di esecuzione attraverso un'attività ermeneutica che, partendo dall'analisi delle singole disposizioni che regolano le cose destinate all'esercizio della libertà religiosa e non individuando una norma specifica che regolasse il caso, cerca di colmare una lacuna normativa in materia appunto di espropriabilità di beni destinati al culto (impropriamente il giudice usa la locuzione – troppo ampia e generica ai fini dell'applicazione delle norme richiamate – di beni appartenenti ad enti ecclesiastici) ad opera di soggetti privati.

Il magistrato della sezione immobiliare, infatti, una volta individuate le norme

che disciplinano i beni e/o le cose destinate all'esercizio del culto, ne valuta l'applicabilità al caso specifico attraverso un'interpretazione della normativa supportata sia da argomenti letterali ma anche e soprattutto da elementi storici e sistematici, da cui deduce la specialità del regime cui sono sottoposti i beni e gli edifici di culto; specialità fondata non sul regime di appartenenza del bene ma sulla funzione propria di tali immobili, quella appunto di servire direttamente il culto.

Il magistrato, infatti, si trova a dover valutare se l'espropriazione ad opera del privato in danno di un ente ecclesiastico (titolare del bene destinato al culto) rientri o meno in uno di quei profili di specialità previsti quale deroga alla disciplina civilistica ai sensi dell'art. 831 comma 1.

Il giudice rileva che i luoghi destinati al culto religioso sono stati tradizionalmente oggetto di un particolare regime giuridico di privilegio espressione di una realtà sostanziale caratterizzata dalla finalità culturale e che questo regime di favore è stato in parte ripreso dalla normativa nella misura in cui all'art. 831 si statuisce la sottoposizione dei beni degli enti ecclesiastici al regime di diritto comune ma statuisce altresì la prevalenza delle leggi speciali sugli enti e beni ecclesiastici ed al comma 2 la preminenza del vincolo di destinazione culturale del bene sul diritto proprietario.

Dall'esegesi letterale e sistematica di questa norma il giudice deduce poi l'espropriabilità del bene destinato al culto in quanto la norma in questione ammette espressamente l'alienabilità del bene, derivandone che l'oggetto di tutela non è il profilo proprietario quanto appunto il profilo finalistico ovvero il culto. L'alienazione dunque potrebbe anche conseguire ad una procedura espropriativa di diritto privato.

L'iter logico condotto dal giudice è supportato da un ulteriore elemento argomentativo di natura sistematica relativo appunto alla pignorabilità dei beni destinati al culto²⁷.

Il giudice infatti richiamando l'art. 514 c.p.c comma 1, che sancisce l'impignorabilità delle "cose sacre e quelle che servono all'esercizio del culto"²⁸ e conducendo un'interpretazione meramente tecnico-giuridica, giunge alla conclusione che la disposizione non può essere applicata agli edifici di culto in quanto la stessa è stata introdotta esclusivamente per beni mobili. Né è pensabile, ad avviso del giudice, l'applicabilità della disciplina in via analogica, in quanto tale norma, escludendo la pignorabilità di taluni beni e sottraendoli all'esecuzione forzata, rappresenta una deroga ed una eccezione al principio generale stabilito dall'art. 2740 c.c. secondo cui "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri", pertanto soggetta al principio di tassatività.

²⁷ Solo incidentalmente va ricordato, al riguardo, che il procedimento espropriativo si sviluppa in tre momenti fondamentali: pignoramento; assegnazione o vendita; distribuzione della somma ricavata ai creditori.

²⁸ Secondo il culto cattolico per cose sacre s'intendono quelle destinate al culto divino attraverso la consacrazione o la benedizione (can. 1497, § 2 e 1154 c.i.c.): fra i beni mobili si annoverano gli oggetti di culto (sacre immagini, reliquie, can. 1276 c.i.c.), gli arredi serventi al culto (sacre suppellettili, can. 1296 ss. c.i.c.) e i loro accessori. VIRGILIO ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, 2° ed., Napoli, 1947, p. 94. Il carattere di cosa sacra viene meno quando il bene sia sconscrato o quando si sia verificata una causa naturale di escrazione (can. 1170 e 1187 c.i.c.). ARNALDO BERTOLA, *Cose Sacre*, Noviss. dig. it., IV, Torino, 1959, p.1036. La categoria delle cose che servono all'esercizio del culto è più vasta e comprensiva di quella delle cose sacre, ad essa appartengono tutti quei beni, anche non consacrati o benedetti, destinati in maniera permanente all'effettivo esercizio del culto (c.d. *dicatio ad patriam*) (Cass., 12 febbraio 1953, n. 359, *Foro it.* 1954, I, p. 352).

10. *Il diverso atteggiarsi della destinazione al culto nell'interpretazione del giudice salernitano: impignorabilità, inalienabilità, inespropriabilità, incommerciabilità.*

Per la verità, il giudice omette di considerare espressamente la *ratio* della disposizione richiamata da ultimo.

In effetti, l'impignorabilità della *res sacra* per inalienabilità deriva dal vincolo di destinazione che caratterizza il bene e che non può essere pregiudicato da atti di disposizione. Infatti il pignoramento e la vendita forzata di tali beni farebbero cessare l'uso dei fini spirituali cui tali cose sono state destinate²⁹. In effetti la *ratio legis* della norma in questione avrebbe ulteriormente confermato e supportato la motivazione della decisione del giudice, il quale avrebbe potuto non limitarsi a richiamare l'art. 514 come elemento "negativo", ovvero quale prova dell'inapplicabilità della medesima disciplina (impignorabilità) anche agli edifici di culto, ma l'avrebbe potuto utilizzare quale argomento positivo allorché il fondamento della disposizione del codice di procedura civile coincide con la *ratio* dell'art. 831 c.c.: la tutela della destinazione culturale. Se così non fosse, si potrebbe addirittura leggere la disciplina derivante dall'art. 514 c.p.c. in palese contraddizione con quella derivante dall'art. 831 c.c., poiché la prima esclude la pignorabilità delle cose destinate al culto e la seconda addirittura ne prevede l'alienabilità. Invero l'eventuale incoerenza è solo apparente³⁰ e superata proprio da un'interpretazione logico - sistematica che oltre al senso letterale della norma individua il fondamento della stessa e la precisa intenzione del legislatore, nel caso in specie la tutela del profilo finalistico del bene. Tale *ratio* induce il legislatore a prevedere una espressa forma di garanzia per i beni mobili nella misura in cui l'alienabilità degli stessi potrebbe comprometterne la destinazione. Analoga garanzia non viene prevista per gli edifici di culto in quanto il vincolo di destinazione previsto dall'art. 831 c.c. è di per sé sufficiente a conservarne la destinazione al culto, malgrado il pignoramento e la vendita forzata. Ne consegue che l'edificio di culto può essere pignorato e venduto mentre le cose presenti al suo interno e destinate all'esercizio del culto, sebbene ne siano pertinenze e dovrebbero seguire il regime del bene principale, non sono pignorabili³¹ in virtù dell'art. 514 c.p.c. che rappresenta un'eccezione alla regola generale³². L'esigenza di garantire, dunque, il diritto di libertà religiosa individuale e collettivo, nella sua massima espressione di esercizio pubblico del culto, ispira la normativa vigente che prevede per le cose mobili una impignorabilità assoluta mentre per i beni immobili una pignorabilità "condizionata" dal vincolo di destinazione.

²⁹ VIRGILIO ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., p. 135.

³⁰ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 376.

³¹ In tale senso ANDREA BETTETINI, *Gli enti e beni ecclesiastici*, op. cit., p.168.

³² Secondo parte della dottrina lo stesso regime di impignorabilità vale anche per le immagini sacre esistenti presso i privati, quando assolvono la funzione di simbolo religioso e non quando svolgono una funzione meramente ornamentale o sono considerate per il loro valore artistico. Per comprendere poi quali siano i beni destinati al culto occorre rivolgersi all'ordinamento della Chiesa. Lo Stato cioè presuppone la qualifica di cosa sacra quale elaborata dal diritto della Chiesa, e ad essa in modo autonomo riconnette specifici effetti prescrittivi civilmente rilevanti. In tutti i casi ciò che rileva è l'effettiva ed attuale destinazione al culto. Cessata tale destinazione il bene viene ad essere sottoposto al normale regime dei beni mobili. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 376 e ss., il quale afferma che un calice qualificabile come *res sacra* secondo il diritto canonico, perderebbe tale qualità il giorno in cui fosse posto in commercio.

Diverso è il discorso se la procedura espropriativa viene promossa dalla pubblica amministrazione per il perseguimento di un fine di pubblica utilità. In tal caso la garanzia prestata dall'art. 831 comma 2 non è di per sé sufficiente a tutelare la destinazione al culto, in quanto l'interesse religioso verrebbe a soccombere dinanzi a superiori esigenze di interesse pubblico, attuabili attraverso l'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione. In tal caso la destinazione cultuale trova garanzia nelle leggi speciali cui fa riferimento l'articolo 831 comma 1, ovvero nell'art. 5 dell'Accordo di Villa Madama. La disciplina di derivazione pattizia viene correttamente interpretata dal magistrato, non solo in chiave letterale ma, soprattutto in funzione di una interpretazione fondata su dati di natura storica e sistematica. In effetti la normativa richiamata dalla parrocchia eseguita a sostegno della inespropriabilità dei propri immobili non è ritenuta applicabile in quanto, motiva il giudice, si tratta di una norma che, adottata in sede pattizia, è diretta a disciplinare solamente l'espropriazione per pubblica utilità. La natura negoziale della norma analizzata, infatti, richiama lo strumento ordinario di regolamentazione dei rapporti tra l'autorità statale e la confessione religiosa cattolica.

In particolare il processo di negoziazione che coinvolge i soggetti confessionali e civili da luogo ad una legislazione contrattata in virtù della quale gli "stati" contraenti regolamentano i rispettivi ambiti di potere e giurisdizioni.

L'art. 5 dell'Accordo, sia per collocazione sistematica che per il tenore letterale, rappresenta ed evidenzia l'aspetto contrattualistico proprio della specialità della legislazione di derivazione concordataria. Queste le valutazioni che inducono il magistrato a considerare che la norma sia prevista esclusivamente per disciplinare i rapporti tra Stato e Chiesa e quindi adottata per porre un limite al potere autoritativo dello Stato ma non dei privati.

Su tale premessa, il giudice sostiene che in ordine all'assoggettabilità all'esecuzione dei beni destinati al culto, da parte dei privati, occorre valutare non l'espropriabilità degli stessi bensì un ulteriore profilo, quello della incommerciabilità di tali beni.

Quest'ultima espressione è intesa dal magistrato come *carenza di interesse del mercato in relazione a tali beni* in considerazione del vincolo di destinazione cui sono sottoposti. Vincolo dunque che non impedisce l'alienabilità del bene ma impone solo obblighi di informativa e pubblicità in sede di vendita e successiva aggiudicazione. In realtà il profilo della incommerciabilità è richiamato per supportare la decisione di merito anche se non viene affrontato in modo esaustivo e sistematicamente collegato alla motivazione. Invero il tema dell'inalienabilità è ben più complesso, infatti nel secolo scorso dottrina e giurisprudenza consideravano le cose consacrate a Dio, e quindi anche le chiese, come beni fuori commercio. Tale impostazione veniva mantenuta anche con le leggi codificate per cui chiese e templi erano considerate cosa sacra e inalienabile³³. Naturalmente l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale porta a qualificare le chiese aperte al culto pubblico come beni di uso pubblico, in quanto si pone in rilievo non solo la destinazione al culto di derivazione canonica, ma si dà rilevanza pubblicistica a tali beni nella misura in cui sono destinati ad un effettivo

³³ Secondo la dottrina "tale impostazione trova giustificazione nella concezione romanistica per cui le cose sacre e d'interesse religioso sono qualificabili tra le *res nullius* e, quindi come tali incommerciabili, venendo quasi a costituire un vero demanio ecclesiastico, che svolge la stessa funzione ed ha gli stessi caratteri del demanio dello Stato", MARIA FAUSTA MATERNINI ZOTTA, *Amministrazione pubblica e beni ecclesiastici*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 114.

servizio pubblico. Viene così ad evidenziarsi un uso pubblico delle chiese da parte della popolazione che si consolida in un diritto d'uso pubblico, separato dal concetto di proprietà, che configura una sorta di servitù di uso (pubblico) che costituisce un limite ed un peso per il proprietario ma che, proprio perché concettualmente distinto dalla proprietà, non ne impedisce l'alienazione, il trasferimento e l'espropriazione da parte dei privati (...).

Da ultimo il magistrato rileva che non tutte le parti degli immobili pignorati sono effettivamente destinate al culto, ma ciò rileva, precisa il magistrato, solo ai fini del connesso vincolo di destinazione dei beni da alienare e del conseguenziale onere di pubblicità. Stabilita l'espropriabilità degli edifici destinati al culto, e valutata il vincolo di destinazione cui sono sottoposti, l'alienabilità degli stessi diviene soltanto un problema di opportunità dell'azione esecutiva vista la difficile collocabilità sul mercato dei medesimi, così conclude il giudice rigettando l'istanza di sospensione dell'esecuzione presentata dalla Parrocchia.

11. *Per concludere: il valore interpretativo della destinazione al culto quale riflesso della libertà religiosa individuale*

La decisione in commento si segnala per una opportuna sottolineatura della valenza del profilo funzionale del bene, ovvero della sua destinazione alla soddisfazione della libertà religiosa, sotto forma, in particolare, di libertà di culto.

Più nello specifico, il giudice ha tentato, con successo, di fare ricorso ad un criterio interpretativo che consentisse di addivenire alla definizione di un possibile equilibrio tra le ragioni proprietarie, gli interessi connessi alla *deputatio ad cultum* dei beni pignorati e le ragioni del creditore procedente collegate alle garanzie patrimoniali del credito.

In questo senso, sebbene non emerga sempre con chiarezza dalla motivazione della sentenza, si è trattato di prendere atto del fatto che le norme coinvolte nella decisione del caso di specie hanno una *ratio* comune nella garanzia e nella la preservazione della destinazione culturale del bene in quanto strumentale all'esercizio della libertà religiosa.

A mutare sono piuttosto, a seconda dei casi, le modalità attraverso cui ciò avviene: in particolare, il vincolo di destinazione culturale viene garantito direttamente nei rapporti tra privati mediante l'art. 831 c.c. e l'art. 514 c.p.c. mentre la medesima tutela è indiretta nei rapporti con il potere statale nella misura in cui l'art. 5 dell'Accordo vieta l'espropriazione al fine di impedire al potere ablatorio la sottrazione del bene alla destinazione al culto.