



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2008
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

5

 **LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 1-2008
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

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

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica» al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico

JLIA PASQUALI CERIOLI

1. Premessa: mutamento, e non crisi, della sovranità

Nel dibattito scientifico si discute ormai da tempo della crisi della sovranità¹. Il fenomeno si basa su dati evidenti: il rilievo che lo Stato costituzionale accorda agli ordinamenti delle formazioni sociali in cui gli individui svolgono la propria personalità, il riconoscimento del principio di sussidiarietà² e il progressivo intensificarsi dei sistemi di cooperazione e di integrazione sopranazionale³. Lasciata da parte ogni tentazione enfatica che la forza evocativa del tema potrebbe stimolare, una analisi composta aiuta

¹ Sono molti i contributi sul tema. Mi limito pertanto a segnalare i percorsi evolutivi colti da SABINO CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma - Bari, Laterza, 2002; LUIGI FERRAIOLI, *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello stato nazionale*, Roma - Bari, Laterza, 2004; MASSIMO LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico: diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica, una prospettiva europea*, Torino, Giappichelli, 2004; LUCIO LEVI – ANTONIO MOSCONI, *Globalizzazione e crisi dello Stato sovrano*, Torino, Celid, 2005; MARIO RICCA, *Metamorfosi della sovranità e ordinamenti confessionali. Profili teorici dell'integrazione tra ordinamenti nel diritto ecclesiastico italiano*, Torino, Giappichelli, 1999.

² Sulla questione si veda GIUSEPPE D'ANGELO, *Crisi dello Stato, riforme costituzionali, principio di sussidiarietà*, Roma, Aracne, 2005.

³ Malgrado vengano spesso accostate, le limitazioni al potere sovrano dello Stato derivanti da fattori sovranazionali hanno natura e implicazioni distinte da quelle endogene all'ordinamento interno, in quanto, come osserva MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Sovranità (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 230, «[l]a sovranità dell'ordinamento internazionale è, concettualmente, uguale alla sovranità degli Stati, ossia è un complesso di potestà sovrane». Una visione di insieme dell'incidenza dei fattori richiamati sull'«arretramento» della sovranità è colto da NICOLA COLAIANNI, *La sussidiarietà tra poteri pubblici e formazioni sociali religiose*, in GIOVANNI CIMALO – JOSÉ IGNACIO ALONSO PEREZ (a cura di), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Torino, Giappichelli, 2005, in particolare 335 ss.. Si vedano inoltre, per i profili di diritto internazionale e comunitario, GIUSEPPE PORRO, *Ampliamento della disciplina giuridica della cooperazione internazionale e riflessi sulla sovranità statale*, Torino, Giappichelli, 2000; GIUSEPPE TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

a comprendere che sono sì mutati i tradizionali modelli in cui si è articolato l'esercizio dei pubblici poteri, ma che la linea del cambiamento è contenuta e tracciata all'interno della stessa Carta fondamentale⁴. Più che di una crisi, dunque, si tratta di una trasformazione, che coinvolge, senza indebolire, gli assi portanti del patrimonio costituzionale⁵, la cui solidità tutela il carattere democratico, pluralista e laico dell'ordinamento repubblicano⁶ e la coesione, in chiave solidaristica, della struttura sociale⁷. Non vi può infatti essere crisi della sovranità che comprometta i principi supremi, la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali e l'uguaglianza degli individui⁸; anzi, si segnala con attuale evidenza il dato contrario del richiamo a un loro sicuro presidio da parte dell'autorità statale proprio nel momento in cui essa si spoglia del compito di regolare ogni aspetto della vita dei consociati. Da questo quadro emerge una nuova funzione della potestà sovrana dello Stato, che all'originaria vocazione formalistica di chiusa completezza a difesa della statualità del diritto sostituisce un ruolo propositivo di garanzia delle prerogative irrinunciabili dei singoli e dei gruppi di fronte a discipline poste da altri sistemi (o sottosistemi) giuridici rilevanti nell'ordinamento della Repubblica. Gli esempi toccano vari campi e vanno, per citarne solo alcuni, dal divieto di deroga dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inalienabili della persona da parte del diritto internazionale e del diritto comunitario⁹ al necessario rispetto dei principi supremi per le norme di derivazione

⁴ Come osserva NICOLA COLAIANNI, *La sussidiarietà*, cit., 336, la sovranità rappresenta «il risultato dell'esercizio di poteri sovrani, tali in quanti autorizzati dalla Costituzione, attribuiti alle formazioni sociali». In effetti, secondo l'insegnamento di CARLO ESPOSITO, *La Costituzione*, Padova, Cedam, 1954, 11, «fuori della Costituzione e del diritto non c'è la sovranità, ma l'arbitrio popolare».

⁵ Sul punto si vedano le considerazioni di VALERIO TOZZI, *Società multiculturali, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in *Dir. eccl.*, 2001, 1, 124 ss.

⁶ Sul punto rinvio a GIUSEPPE CASUSCELLI, *Le laicità e le democrazie: la laicità della "Repubblica democratica" secondo la Costituzione italiana*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007/1, 169 ss.

⁷ Secondo GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 11, il pluralismo dei valori e il loro confronto leale sono «le esigenze costituzionali supreme di ogni società pluralista che voglia essere e difendere se stessa. Qui l'intransigenza, e non altro, deve valere e qui le antiche ragioni della sovranità hanno ancora pienamente da essere salvaguardate».

⁸ In tema di limiti alla sovranità, richiamo i rilievi di RENATO MORETTI, *Sovranità popolare*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 5: «intangibili per chiunque poi voglia ad essi attentare sono i diritti fondamentali della persona, sia come singolo che come *socius* (art. 2), nonché il principio di uguaglianza (art. 3), aspetti che del regime democratico costituiscono sostanza ed elemento indefettibile». Sul punto anche ANGELO LICASTRO, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali e le nuove forme di cooperazione giudiziaria europea*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, in particolare 1262 ss.

⁹ Si veda, da ultimo, Corte cost., sent. 22 marzo 2001 n. 73, in *Giur. cost.*, 2001/2, 428 ss., che richiama la propria giurisprudenza sulla questione.

concordataria¹⁰; dalla previsione della competenza esclusiva dello Stato nel garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale¹¹ ai limiti alla rilevanza civile dei diritti religiosi e ai contenuti del diritto negoziato con le confessioni; sino al rispetto dei doveri di neutralità e di non identificazione, di equidistanza e di imparzialità dello Stato di fronte ad ogni credo e ad ogni culto, declinazioni del canone supremo dell'uguaglianza¹².

2. I limiti alla circolazione di valori confessionali

Il vigore della sovranità sui contenuti che costituiscono l'ordine proprio dello Stato¹³, espressivo del carattere «essenziale» della distinzione tra sfera temporale e sfera spirituale alla base del principio supremo di laicità¹⁴, impedisce che il diritto confessionale venga applicato o riconosciuto dall'ordinamento civile secondo le modalità utilizzabili per il diritto secolare¹⁵. Tra gli ordinamenti statuali non sussiste infatti un principio di necessaria alterità quanto agli ambiti di competenza, come vige invece tra lo Stato e le confessioni religiose, dal momento che essi condividono, tutti, gli elementi della «temporalità» e della «territorialità»; in altre parole, le reciproche limitazioni alle sovranità espresse nell'art. 7, primo comma, Cost. hanno presupposti ed effetti differenti rispetto alla compressione della potestà sovrana nazionale ai sensi degli art. 10, 11 e 117, primo comma, Cost.. Questo non significa che i principi

¹⁰ Corte cost., sentt. 24 febbraio 1971 nn. 30, 31, 32, in *Giur. cost.*, 1971, rispettivamente, 150 ss., 154 ss. e 156 ss., tutte richiamate dalla citata sentenza n. 73 del 2001.

¹¹ Art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.

¹² La tematica è stata inquadrata e approfondita in relazione al principio supremo di laicità dello Stato, con costante riferimento alla giurisprudenza costituzionale, da GIUSEPPE CASUSCELLI, *Uguaglianza e fattore religioso*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 428 ss..

¹³ Sul punto GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, II ed., Milano, Giuffrè, 1974, 14 ss.; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974, 181 ss.; da ultimo, rinvio a JLIA PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare 63 ss..

¹⁴ In questi termini Corte cost., sent. 8 ottobre 1996 n. 334, in *Giur. cost.*, 1996, 2919 ss..

¹⁵ Come osservano FRANCO MOSCONI - CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, III ed., Torino, UTET, 2004, 9, nel caso di ordinamenti che riservano la disciplina di alcune materia al diritto confessionale «la “delega” operata esplicitamente o implicitamente dallo Stato vale a imprimere a quel certo diritto religioso il carattere di statualità che è postulato dalle nostre norme di d.i.pr., rendendolo dunque suscettibile di richiamo ad opera delle stesse».

e le regole sui limiti alla rilevanza interna delle norme e dei provvedimenti religiosi diano vita a una disciplina, per così dire, discriminatoria¹⁶ rispetto al regime dei controlli sul diritto sopranazionale o straniero, in quanto è la stessa Carta costituzionale, e il principio supremo di laicità, ad escludere che i termini di un simile giudizio di comparazione siano assimilabili. Il motivo, ancora una volta, è la salvaguardia del carattere democratico e pluralista dell'ordinamento repubblicano, che necessita di non ammettere il ricorso a valori religiosi, orientati secondo una visione specifica, per colmare gli spazi di oscillazione della sovranità nella materia temporale, comune invece a tutti gli ordinamenti statuali.

D'altra parte, il sistema di cooperazione e di integrazione sopranazionale si nutre di una tendenziale convergenza e, a volte, condivisione tra il patrimonio assiologico, le finalità e gli organi dei soggetti coinvolti, mentre la separazione tra ordine civile e ordine confessionale, con il conseguente divieto di ingerenza dell'uno nell'altro, è strumentale alla reciproca libertà e indipendenza sia dello Stato sia delle religioni, e delle rispettive autorità, costituendo il presupposto del loro sistema di rapporti¹⁷. Mi sembrano queste le principali ragioni che rendono poco convincente, nella prospettiva descritta, supporre omogenee la norma confessionale e la norma straniera e che invece permettono di rimarcare, per esempio, l'attualità dello strumento (impropriamente detto)¹⁸ deliberatorio per le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale¹⁹.

¹⁶ In senso contrario MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Cassazione e delibazione matrimoniale: il lungo addio*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, 772-773, per la quale esiste una disparità di trattamento della giurisdizione ecclesiastica rispetto a quelle straniere, che si traduce in una disparità di trattamento «tra il cittadino di fede cattolica e il cittadino *tout court*, superabile attraverso «l'adeguamento della disciplina concordataria al diritto nazionale ed europeo». La stessa A. riconosce, tuttavia, che per inserire il diritto di ispirazione religiosa «tra gli ordinari circuiti normogenetici» non esiste altra via se non la revisione costituzionale (774); la strada, a mio avviso, non è invece percorribile, in quanto ne risulterebbe compressa la laicità dello Stato, che, essendo un principio supremo dell'ordinamento, non può essere soggetta ad alcuna modifica, neppure se attuata con procedimento di revisione costituzionale (Corte cost., sent. 29 dicembre 1988 n. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, 609 ss.).

¹⁷ Ai sensi dell'art. 1 dell'Accordo del 1984 «[I]a Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese». In tema si veda GIUSEPPE CASUSCELLI, *Le laicità*, cit., in particolare 185 ss..

¹⁸ Sul punto rinvio alle osservazioni di GIUSEPPE CASUSCELLI, *Note in tema di giurisdizione ecclesiastica matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 1967, 219 ss., riprese, alla luce delle modificazioni concordatarie del 1984, da NATASCIA MARCHEI, *La giurisdizione sul matrimonio canonico trascritto*, in GIUSEPPE CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di Diritto ecclesiastico*, II ed. Torino, Giappichelli, 2007, 151, per la quale «gli effetti propri della sentenza canonica non si espandono nell'ordinamento dello Stato [...] non essa, ma la pronuncia del giudice civile costituisce il titolo di mutamento di *status* dei coniugi per l'ordinamento civile». In senso contrario PIERLUIGI CONSORTI, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche e limite*

Al di là degli aspetti già sottolineati dalla dottrina²⁰ e dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ormai consolidata²¹, è dunque il principio costituzionale di distinzione degli ordini a non permettere una sorta di «libera e automatica circolazione» di significati e decisioni confessionali nel sistema giuridico dello Stato e che esige di non applicare la legge di riforma del diritto internazionale privato e processuale alle sentenze di nullità matrimoniale²². Infatti, il riconoscimento automatico di un provvedimento di natura prettamente confessionale viola il divieto di reciproca ingerenza laddove modifica in modo diretto uno

dell'ordine pubblico dopo il Nuovo Accordo di Villa Madama, in *Dir. eccl.*, 1986, II, 410 ss., per il quale dopo l'Accordo del 1984 le sentenze ecclesiastiche di nullità sono soggette ad un «vero e proprio procedimento di delibazione». Ma di vera delibazione non si può parlare in quanto le pronunce ecclesiastiche sono espressione di un ordinamento privo di un territorio su cui dispiegare legittimamente i propri poteri sovrani e caratterizzato da fini e fondamenti assiologici differenti rispetto a quelli propri del diritto secolare, tali da condizionare i presupposti e le modalità del loro riconoscimento nel sistema giuridico dello Stato.

¹⁹ In tema, si vedano le osservazioni di SARA DOMIANELLO, *I matrimoni «davanti a ministri di culto»*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di PAOLO ZATTI, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di GLIDA FERRANDO, MARCELLA FORTINO, FRANCESCO RUSCELLO, tomo I, *Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 2002, in particolare 472-473.

²⁰ La bibliografia sul tema è vasta; mi limito pertanto a richiamare i contributi elencati da CONCETTA MARINO, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 2005, 22 ss. (nota 7) e 26 ss. (nota 13), e a segnalare, oltre alla manualistica, i lavori monografici di MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e diritto internazionale privato*, Salerno, Edisud, 1996 (favorevole all'estensione del riconoscimento «automatico» anche alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale) e di ANGELO LICASTRO, *Problemi e prospettive del diritto ecclesiastico internazionale dopo la legge n. 218 del 1995*, Milano, Giuffrè, 1997, in particolare 120 ss. (di orientamento contrario rispetto alla precedente Autrice).

²¹ Si vedano, da ultimo, Cass. civ., sez. I, sent. 10 maggio 2006 n. 10796, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, 5; Cass. civ., sez. I, sent. 30 maggio 2003 n. 8764, in (tra le altre riviste) *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003/3, 942 ss., e in *Giur. it.*, 2004, I, 970 ss., con nota di GIOVANNI CERRETO, *Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: la giurisprudenza si consolida*.

²² In senso contrario ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, X ed., Milano, Giuffrè, 2005, 399-400, il quale considera dettata da formalismo la mancata applicazione della l. n. 218 del 1995 alle sentenze ecclesiastiche: «se le norme concordate devono servire per agevolare il soddisfacimento degli interessi istituzionalizzati dei gruppi confessionali, rispetto alle maggiori difficoltà che comporterebbe per tale soddisfacimento l'utilizzazione del diritto comune, allora è veramente grottesco invocare la loro preminenza quando, per i mutamenti del diritto comune, quelli che in certo momento storico apparivano strumenti agevolativi appaiono ora strumenti penalizzanti». Di rimando, occorre tuttavia sottolineare che sembra fuorviante inquadrare la questione all'interno della dialettica tra fonti unilaterali e fonti pattizie nel promuovere l'appagamento degli interessi religiosi dei cittadini fedeli; piuttosto la tematica coinvolge i principi che guidano il riconoscimento civile delle norme e delle pronunce confessionali, la cui rilevanza non può prescindere da una previa verifica di compatibilità (o, meglio, di non incompatibilità) con l'ordine pubblico. Di parere conforme a quello qui criticato GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, III ed., Torino, Giappichelli, 2007, in particolare 180 ss.. In senso contrario, PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, III ed., Torino, Giappichelli, 2002, 113 ss.

status, come quello coniugale, che, a differenza per esempio delle qualifiche confessionali²³, esprime contenuti propri dell'ordine delle questioni civili, quali gli aspetti personali e patrimoniali nella famiglia²⁴; tanto più che neppure a seguito del giudizio di «delibazione» gli archivi dello stato civile registrano la trascrizione del provvedimento ecclesiastico, riportando solo la trascrizione della sentenza della Corte d'Appello che ne effettua il riconoscimento²⁵.

Anche l'ordinamento europeo, nel quadro dell'incompetenza dell'Unione in materia di rapporti con le confessioni religiose²⁶, sembra dare conferma della necessità che la rilevanza civile del diritto religioso sia subordinata ad una previa opera di «filtraggio» da parte dei singoli Stati. Il regolamento 27 novembre 2003 n. 2201/2003²⁷, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, fa salvi gli effetti degli impegni pattizi conclusi dal Portogallo, dall'Italia e dalla Spagna²⁸, con questo implicando che la circolazione delle

²³ L'art. 23, secondo comma, del Trattato lateranense prevede infatti la piena efficacia giuridica, anche agli effetti civili, delle sentenze e dei provvedimenti ecclesiastici comunicati in maniera ufficiale alle autorità civili «circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari». Anche in questo caso, tuttavia, il Protocollo addizionale all'Accordo del 1984 precisa che «[I]a Santa sede prende occasione dalla modificazione del Concordato lateranense per dichiararsi d'accordo, senza pregiudizio per l'ordinamento canonico, con l'interpretazione che lo Stato italiano dà dell'art. 23 del Trattato lateranense, secondo la quale gli effetti civili delle sentenze e dei provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche, previsti dal tale disposizione, vanno intesi in armonia con i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani» (punto 2, lett. c).

²⁴ Ho espresso la medesima considerazione in *L'indipendenza*, cit., 111 – 112, con richiami alla giurisprudenza costituzionale (nota 109). Dello stesso parere ALESSANDRO CESERANI, *Il dibattito sui nuovi modelli familiari: profili ecclesiasticistici*, in *Dir. eccl.*, 2005, 4, 919 ss., il quale affronta con rigore le attuali tematiche in materia di pluralismo familiare alla luce del principio supremo di laicità.

²⁵ Art. 63, punto 2, lettera b), d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396, regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile.

²⁶ La «dichiarazione sullo *status* delle chiese e delle organizzazioni non confessionali», dopo il Trattato di Lisobona art. 16C del nuovo Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, allegata all'Atto finale del Trattato di Amsterdam sancisce che l'Unione europea «rispetta e non pregiudica lo status previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri» e «rispetta ugualmente lo status delle organizzazioni filosofiche e non confessionali». Sul tema si vedano FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione europea*, in FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, CESARE MIRABELLI, FRANCESCO ONIDA (a cura di), *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, Il Mulino, 2000, 87 ss.; MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, Giappichelli, 2001; da ultimo GIANFRANCO MACRÌ, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'unione europea*, in GIANFRANCO MACRÌ, MARCO PARISI, VALERIO TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma - Bari, Laterza, 2006, in particolare 134 ss. Da ultimo, si veda JLIA PASQUALI CERIOLI, *Il fattore religioso nel diritto dell'Unione europea*, in MATTEO LUGLI, JLIA PASQUALI CERIOLI, INGRID PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo*, Torino, Giappichelli, 2008, 16 ss..

²⁷ Il provvedimento è stato pubblicato in *GUUE* del 23 dicembre 2003.

²⁸ Ai sensi dell'art. 63 del regolamento n. 2201/2003. Per un commento rinvio a NATASCIA MARCHEL, *IL Re-*

decisioni ecclesiastiche negli altri Stati comunitari segua la previa valutazione dei provvedimenti religiosi da parte del diritto degli Stati concordatari²⁹. A conferma vi è poi il pronunciamento della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso «Pellegrini» contro Italia³⁰, alla cui base è presupposta la piena utilità dell'istituto delibatorio³¹. I giudici di Strasburgo, seguendo il principio generale che impone un attento controllo del rispetto dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quando si chieda il riconoscimento di decisioni provenienti da soggetti non contraenti (come la Santa Sede), hanno ammonito il giudice nazionale a verificare con più attenzione, prima di procedere all'*exequatur* della sentenza ecclesiastica, che nel procedimento canonico fosse stato rispettato il diritto delle parti all'equo processo.

3. *L'evoluzione dell'ordine pubblico*

A presidio della sovranità statale è posto l'ordine pubblico, la cui «inderogabile tutela» costituisce un principio supremo, che si colloca ai vertici dell'ordinamento costituzionale³².

golamento (CE) n. 2201/2003 ed i Concordati con la Santa Sede, in atti del convegno «Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei. Da Bruxelles II a Roma III», tenutosi a Milano il 24 febbraio 2006, a cura di STEFANIA BARIATTI e CAROLA RICCI, Padova, Cedam, 2007, 51 ss.

²⁹ La considerazione trova conferma nel paragrafo 4 dell'art. 63 del regolamento, per il quale l'Italia e la Spagna possono sottoporre il riconoscimento delle decisioni ecclesiastiche con effetti civili secondo il Concordato portoghese alle procedure e ai controlli, più penetranti, previsti dalle proprie discipline concordatarie. Sul punto MARCELLA FORTINO, *La «questione» e le ragioni della sua interdisciplinarietà*, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, Milano, Giuffrè, 2006, 28 ss.; PAOLO MONETA, *Matrimonio*, cit., 116.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, «Pellegrini c. Italia», sent. 20 luglio 2001, in (tra le altre riviste) *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001/3, 887 ss.; *Corr. giur.*, 2002, n. 2, 165 ss., con nota di RAFFAELE BOTTA, *La «delibazione» delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*; *Giust. civ.*, 2001, II, 345 ss., con nota di JOAQUÍN LLOBELL, *Il diritto all'equo processo. Note a proposito della sentenza della Cedu*. Si confrontino inoltre i commenti raccolti nei volumi *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, a cura di SANDRO GHERRO, Padova, 2003, AA.VV., *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Milano, 2004, e le osservazioni di EDOARDO DIENI, *L'arrêt Pellegrini contre Italie de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue de droit canonique*, 51, 2001, 51 ss..

³¹ Secondo RAFFAELE BOTTA, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, Torino, Giappichelli, 2002, 240, l'intervento della Corte europea potrebbe essere un segnale che il controllo del giudice della delibazione «ha perduto di efficacia». In tema si vedano anche ADELAIDE MADERA, *La rilevanza civile dei matrimoni religiosi in Italia in una prospettiva comparatistica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), aprile 2007, 29 ss., e NATASCIA MARCHEI, *Il Regolamento*, cit., secondo la quale «sembra che la Corte europea abbia preteso dai giudici italiani in relazione alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale un controllo più rigoroso di quello richiesto dall'art. 22 lett. b) del Regolamento».

³² Secondo Corte cost., sent. 2 febbraio 1982 n. 18, in *Giur. cost.*, 1982, I, 138 ss., «[l]a inderogabile

Il legame tra i due elementi³³ è segnato da relazioni, per così dire, biunivoche: laddove il potere sovrano dello Stato mantiene saldi i propri termini, il ruolo di garanzia dell'ordine pubblico rimane immutato; a propria volta, i principi di ordine pubblico concorrono a esprimere contenuti sui quali non è ammissibile alcun arretramento della sovranità, che non può essere compressa in tale ambito né ad opera del diritto internazionale o comunitario né per mezzo del diritto negoziato con le confessioni religiose.

I mutamenti della sovranità si riflettono allora sul ruolo dell'ordine pubblico, alla cui funzione di preservare l'armonia dell'ordinamento nazionale di fronte ad elementi estranei ritenuti inammissibili si è affiancata quella di fare apprestare «discipline in grado di assicurare l'effettivo godimento da parte dei singoli dei diritti fondamentali»³⁴.

Si sta dunque configurando in concreto un compito “positivo” dell'eccezione di ordine pubblico³⁵, quasi di stimolo evolutivo del sistema normativo se si considerano gli elementi meta-giuridici di cui si compone³⁶, che ne sot-

tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma primo dell'art. 7 della Costituzione. Entrambi questi principi [*la Corte si riferisce anche al diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti*] vanno ascritti nel novero dei “principi supremi dell'ordinamento costituzionale”».

³³ Sul punto richiamo l'insegnamento di ROBERTO AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato. Parte generale*, Milano, 1955, 196 ss.

³⁴ FRANCO MOSCONI – CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto*, cit., 184, richiamano la pronuncia del 17 luglio 2000 con cui il Tribunale di Milano ha ritenuto contrario all'ordine pubblico il diritto nazionale di un transessuale straniero che non disciplinava l'ipotesi del mutamento di sesso e ha applicato il diritto italiano, emettendo l'autorizzazione necessaria al cambiamento di genere.

³⁵ Sul punto SARA DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, Giuffrè 1989, in particolare 45 ss. Il fenomeno si manifesta con una certa evidenza anche nel rapporto tra diritto comunitario e diritti nazionali. Come osserva FRANCESCA ANGELINI, *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. Aggiornamento, Torino, 2005, 506, l'eccezione di ordine pubblico produce un effetto per il quale «la norma nazionale, espressione di un potere normativo esterno, viene recepita dal diritto comunitario», con il risultato della «integrazione del diritto nazionale piuttosto che dell'evizione della norma comunitaria». L'A. sottolinea poi il legame tra ordine pubblico comunitario e garanzia dei diritti inviolabili (di cui si nutre lo sviluppo del concetto più ampio di ordine pubblico «europeo», composto dai principi alla base del diritto comunitario, dai principi espressi nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dai diritti e dalle libertà fondamentali sanciti nella Convenzione e protetti dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo), che esalta il ruolo promozionale e costruttivo del primo nel rendere «agli ordinamenti nazionali un ordine pubblico amalgamato di ideali comuni europei, sulla base del quale è possibile rafforzare la tutela dei diritti fondamentali» (521).

³⁶ Questi elementi sono presenti, pur con sfumature diverse, in tutte le definizioni della clausola, a partire da quella proposta nella citata sent. n. 18 del 1982 della Corte cost.. Secondo GIUSEPPE BARILE, *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in ENRICO VITALI – GIUSEPPE CASUSCELLI, *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli*

tolinea la natura di presidio sostanziale a difesa di interessi che l'ordinamento considera irrinunciabili³⁷.

Occorre dunque cogliere il dato attuale della sicura vitalità della clausola, che non si appiattisce al livello di una verifica formale di compatibilità o, al contrario, di impermeabilità tra valori, norme o istituti propri di ordinamenti diversi, ma raggiunge il piano qualitativo della protezione e della promozione di interessi fondamentali. Questo comporta che essa mantiene saldo il proprio compito di garanzia anche laddove il grado di cooperazione o, addirittura, di integrazione tra due ordinamenti è molto sviluppato³⁸, come dimostrano gli espressi richiami al limite contenuti in recenti norme comunitarie³⁹. In questa specifica prospettiva non vi è dunque alcuna «attenuazione»⁴⁰ dell'ordine pubblico, in quanto il rigore dello strumento non può essere modulato «in relazione al più o meno elevato grado di estraneità delle fattispecie rispetto all'ordinamento italiano»⁴¹. D'altra parte, il rapporto tra ordine pubblico e sovranità dello Stato depone a favore di una idea unitaria del primo, così come

Accordi di Villa Madama, Milano, Giuffrè 1988, 97, il concetto è riassumibile nel complesso dei «principi fondamentali – rilevabili direttamente dall'interprete, senza limiti di forma, da fatti storici, politici, giuridici, economici, ecc. – che, in un determinato momento storico, si presentano dotati di un altissimo grado di imperatività nella coscienza giuridica collettiva di una comunità statale». Per FRANCO MOSCONI – CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto*, cit., 183, l'ordine pubblico è «l'insieme dei principi etici, economici, politici e sociali che, momento per momento, determinano i caratteri essenziali degli istituti del nostro ordinamento giuridico, nei vari campi della convivenza sociale». Sulla caratteristica della variabilità nel tempo della clausola si veda GIORGIO BADIALI, *Ordine pubblico. III) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, in particolare 2 ss.

³⁷ Si riferisce all'ordine pubblico come «clausola “al servizio” dei principi» PIERANGELA FLORIS, *Autonomia professionale, principi - limite fondamentali e ordine pubblico*, Napoli, Jovene, 1992, 15.

³⁸ Secondo PAOLO MENGOSI, *La nozione di ordine pubblico nel diritto comunitario e nel sistema della convenzione di Roma*, Torino, UTET, 1981, 124, è lo stesso diritto comunitario a riconoscere l'insostituibilità del potere sovrano degli Stati nell'affrontare casi in cui sono posti in discussione valori imprescindibili della singole Comunità statali.

³⁹ Mi riferisco, in particolare, al citato regolamento n. 2201/2003, che, all'art. 22 lett. a), stabilisce il mancato riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio se il riconoscimento «è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto».

⁴⁰ La categoria dell'ordine pubblico «attenuato» non descrive il fenomeno, ma interessa in modo più appropriato i settori nei quali la clausola opera, con diversa intensità, di fronte al riconoscimento di alcuni effetti indiretti, spesso a tutela di posizioni deboli, che norme straniere producono nel diritto interno. In materia di matrimoni poligamici, per esempio, la giurisprudenza di legittimità (come precisa NICOLA COLAIANNI, *Poligamia e principi del «diritto europeo»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002/1, 242 ss.) ha riconosciuto ad un soggetto la posizione successoria di coniuge malgrado il suo *status* fosse stato acquistato attraverso un matrimonio islamico (Cass., sez. I, sent. 2 marzo 1999 n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, 1458).

⁴¹ FRANCO MOSCONI – CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto*, cit., 187.

unitaria è la concezione della sovranità fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale⁴².

4. *La «maggiore disponibilità» verso il diritto canonico matrimoniale: le ombre di una formula (in quanto, e non solo) «ellittica»*

Uno dei campi in cui il rapporto di bilateralità tra Stato e Chiesa ha trovato più intenso sviluppo, nei presupposti teorici e nelle soluzioni normative individuate, è la materia matrimoniale.

Il riconoscimento civile del matrimonio canonico trascritto e delle pronunce ecclesiastiche di nullità ha portato la Cassazione ad elaborare un vero e proprio diritto giurisprudenziale⁴³, nell'ambito del quale le Sezioni unite hanno affermato una asserita «maggiore disponibilità» dell'ordinamento statale nei confronti dell'ordinamento canonico, riducendo la barriera dell'ordine pubblico entro un ambito di operatività marginale⁴⁴. L'indirizzo, segnato prima dell'intervento del legislatore pattizio nel ridisegnare il sistema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, aveva cercato, rompendo il rapporto virtuoso tra principio di uguaglianza e nomofilachia⁴⁵, di limitare gli effetti di un possibile impatto dirompente della sentenza n. 18 del 1982 della Corte costituzionale. Il giudice delle leggi, in

⁴² Con la citata sentenza n. 18 del 1982 la Corte si è riferita alla sovranità «afferzata» nel secondo comma dell'art. 1 Cost. e «ribadita» nel primo comma dell'art. 7 Cost.

⁴³ Sul ruolo della giurisprudenza di legittimità nell'ampliare «il potere dell'autorità ecclesiastica» in materia matrimoniale rinvio a ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, V ed., Milano, Giuffrè, 1979, 541 ss..

⁴⁴ Cass. civ., sez. un., sent. 1 ottobre 1982 n. 5026, in *Foro it.*, 1982, I, 2799 ss. (commenti alla pronuncia sono segnalati da SARA DOMIANELLO, *Ordine*, cit., nota 38, 124 – 125), per la quale il riferimento al tradizionale concetto di ordine pubblico internazionale espresso dalla Corte cost. nella sentenza n. 18 del 1982 avrebbe dovuto essere temperato con la singolarità della disciplina pattizia sul riconoscimento civile del matrimonio canonico trascritto, in quanto «la specialità del regime concordatario in materia matrimoniale costituisce una delle “regole fondamentali” in cui l'ordine pubblico si sostanzia». L'indirizzo è stato confermato da Cass. civ., sez. un., sent. 6 dicembre 1985 n. 6128, in *Foro it.*, 1986, I, 396 ss., commentata, tra gli altri, da ENRICO VITALI, *Ordine pubblico e deliberazione di sentenza ecclesiastica*, in *Quadrimestre*, 1986, 159 ss.

⁴⁵ Come osserva CLAUDIO CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, Cedam, 2006, 168, la Cassazione, investita in questo ambito di una finalità costituzionale, contribuisce con la funzione di nomofilachia alla concretizzazione, nel campo dell'attuazione giudiziaria del diritto, del principio di uguaglianza, anche se lo scopo «da molti decenni è sempre più peraltro commisto – e nella pratica soverchiato – con il fine di soddisfare l'interesse dei privati soccombenti ad una migliore decisione della causa».

linea con le considerazioni già compiute da parte della dottrina⁴⁶ e accolte nella sostanza dalla giurisprudenza cd. «innovatrice»⁴⁷, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1 l. n. 810 del 1929, ove dava esecuzione all'art. 34, sesto comma, del Concordato lateranense⁴⁸, e dell'art. 17, secondo comma, l. n. 847 del 1929 (cd. «legge matrimoniale») nella parte in cui non prevedevano che alla Corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico, spettasse accertare, tra l'altro, che la pronuncia canonica non contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano⁴⁹.

L'aver attribuito alla clausola una caratteristica di «inderogabilità» e averne elevato la tutela a principio supremo dell'ordinamento costituzionale avrebbe potuto sconvolgere un meccanismo di rilevanza civile delle pro-

⁴⁶ Hanno criticato il sistema del riconoscimento «automatico» dei provvedimenti ecclesiastici di nullità, tra gli altri, MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, II ed., Padova, Cedam, 1938, 265 ss.; ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da FILIPPO VASSALLI, vol. III, tomo I, fasc. I, Torino, UTET, 1961, 352 ss.; CESARE MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, Cedam, 1948, 175 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, Giuffrè, 1958, 285 ss.; FRANCO CIPRIANI, *Nullità del matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale civile*, in SALVATORE BORDONALI – ANTONIO PALAZZO, *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli, Jovene, 1990, 596 ss.

⁴⁷ Si veda, fra tutte, Cass. civ., sez. I, sent. 29 novembre 1977 n. 5188, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 761 ss., con nota di FRANCESCO FINOCCHIARO, *La giurisprudenza innovatrice della Cassazione in tema di efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale* (1699 ss.). Con questa pronuncia la Suprema Corte, a differenza del giudice delle leggi, aveva però dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale delle norme poi dichiarate non conformi a Costituzione; ma solo in quanto aveva già individuato in capo alle Corti d'appello, sulla scorta dei principi generali in tema di riconoscimento delle sentenze straniere, il compito di accertare che le sentenze ecclesiastiche non contrastassero con l'ordine pubblico italiano.

⁴⁸ La norma recitava: «i provvedimenti e le sentenze relative [al matrimonio canonico trascritto], quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione e alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti. I detti provvedimenti e le sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in camera di consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio. Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile».

⁴⁹ La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle medesime disposizioni anche nella parte in cui non prevedevano che nel processo canonico fosse stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti. Nella stessa pronuncia è stata dichiarata pure l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. n. 810 del 1929, limitatamente all'esecuzione data all'art. 34, commi quarto, quinto e sesto, del Concordato, e dell'art. 17 della legge matrimoniale nella parte in cui le norme prevedevano che la Corte d'appello potesse rendere esecutivo agli effetti civili il provvedimento ecclesiastico col quale era accordata la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, e ordinare l'annotazione nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio. Le motivazioni riguardano la natura amministrativa del procedimento di *dispensa super rato*, nel quale le parti, in mancanza di «un giudice e un giudizio», non si possono avvalere di una adeguata tutela giurisdizionale.

nunce confessionali improntato nella prassi giurisprudenziale ad una sorta di canone di automaticità; di qui l'intervento «mitigatore» della Cassazione. L'orientamento sembra però superato, dal momento che, come si è visto sopra, l'esistenza di un accordo, pur se connotato da un significativo livello di cooperazione, non è sufficiente per giustificare una compressione del ruolo di garanzia dell'ordine pubblico. Per questo non vale obiettare che il diritto concordatario, diversamente dal diritto straniero, è strumentale alla tutela della libertà religiosa dei cittadini fedeli; la libertà va infatti bilanciata con altre prerogative di eguale rilievo costituzionale, che trovano copertura (immediata o mediata) proprio nel limite dell'ordine pubblico.

La regola della «maggiore disponibilità» gode da tempo in giurisprudenza di una costante fortuna. Sebbene la locuzione non sia più richiamata in modo espresso, i giudici, salvo poche voci isolate⁵⁰, si conformano a quel criterio, svuotando di fatto la carica garantista dell'eccezione di ordine pubblico, ritenuto di ostacolo alla delibazione solo in residuali e stereotipati casi⁵¹. Lo sforzo esegetico volto a dare un fondamento alla formula, che le stesse Sezioni unite hanno definito «ellittica»⁵², ha portato la Cassazione a una forzatura interpretativa. Secondo la Suprema Corte con l'espressione «maggiore disponibilità» si intende la necessità di considerare che attraverso lo strumento concordatario

⁵⁰ È interessante la sentenza 6 luglio 2006 n. 15409 (in corso di pubblicazione in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006/3) con cui la prima sezione della Cassazione ha ritenuto che, nel caso di una sentenza ecclesiastica di nullità per vizio del consenso da *vis vel metus*, l'efficacia civile del provvedimento vada subordinata alla verifica da parte della Corte d'appello delle condizioni secondo le quali il timore è riconosciuto quale causa di nullità del matrimonio ai sensi dell'art. 122 c.c., poiché, in caso contrario, il riconoscimento si tradurrebbe «nella previsione di una causa di nullità non ammessa dall'ordinamento italiano». Si veda inoltre Cass. civ., sez. I, ord. 21 agosto 2007, n. 17767, in *Quad. dir. eccl.*, 2007/3, 814.

⁵¹ Sul punto richiamo le osservazioni di GIUSEPPE CASUSCELLI, *La problematica del convegno*, in ENRICO VITALI – GIUSEPPE CASUSCELLI, *La disciplina*, cit., in particolare 44 ss. Oltre al consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude la delibazione nei casi di «riserva mentale» nella *intentio* simulatoria unilaterale (a partire dalla citata sentenza delle sezioni unite n. 5026 del 1982), autorevole dottrina (FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, IX ed., Bologna, Zanichelli, 2003, 481) ha individuato negli impedimenti «tipicamente confessionali» alla validità del matrimonio canonico (disparità di culto, ordine sacro e voto pubblico e perpetuo di castità) ipotesi ostative al riconoscimento civile. Altri Autori si sono però posti il dubbio se «anche le cause di nullità matrimoniali “confessionali” non meritino di aspirare ad un qualche riconoscimento indiretto, sia pure sotto la veste di motivi di nullità, per difetto di causa, dell'opzione *pro* nozze civili confessionalmente assistite, destinati a rilevare, quindi, soltanto nella sede dell'impugnazione (della trascrizione) dell'atto di scelta di un matrimonio del tipo concordatario» (SARA DOMIANELLO – EDOARDO DIENI, *La patologia dei «matrimoni civili confessionalmente assistiti»*, in GIANLUCA SICCHIERO (a cura di), *Separazione, divorzio, annullamento*, Bologna, Zanichelli, 2005, 312. In questo senso anche NICOLA COLAIANNI, *Sulla «specificità» dell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di FRANCO CIPRIANI, Napoli, Jovene, 1992, 79.

⁵² Cass. civ., Sez. un., sent. 20 luglio 1988 n. 4700, in *Giust. civ.*, 1988, 1935.

«lo Stato italiano ha dapprima riconosciuto e poi recepito nell'ordinamento il sistema matrimoniale canonico, comprensivo non solo delle norme che disciplinano la costituzione del vincolo, ma anche di quelle che ne regolano il venir meno»⁵³. Questo «recepimento» costituisce dunque il presupposto, a detta delle Sezioni unite, della particolare apertura nei confronti del diritto canonico matrimoniale.

La posizione, già nel momento in cui è stata espressa, è apparsa legata a schemi superati. Non solo perché la Corte ha riproposto, oltre trent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, un modello di rinvio al diritto religioso giustificabile all'interno del quadro costituzionale confessionista vigente nel 1929; ma anche perché il giudice costituzionale aveva già affrontato la questione, evidenziando che con il Concordato «lo Stato ha assunto unicamente l'impegno di riconoscere al matrimonio contratto secondo il diritto canonico, e regolarmente trascritto, gli stessi effetti del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile»⁵⁴, secondo quanto ora indicato dall'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama. Diversamente, ne risulterebbe violato il principio supremo di laicità e di distinzione tra ordine statale e ordine confessionale, che impedisce (non la rilevanza ma) l'assorbimento di una specifica disciplina religiosa nel tessuto ordinamentale dello Stato.

Di recente però la Cassazione, riconoscendo che «lo Stato italiano, attraverso il Concordato con la Santa Sede, *non* ha inteso recepire la disciplina canonistica del matrimonio»⁵⁵, ha espresso un deciso cambio di indirizzo. La «maggiore disponibilità» si trova dunque ora privata del suo fondamento, con la conseguenza che la clausola, superato il principale argomento utilizzato dalla giurisprudenza a supporto, perde ogni base ermeneutica. Occorre quindi riconsiderare se il principio possa costituire, adesso più che mai, il criterio guida in materia di limiti al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

⁵³ In questi termini la sopra citata sentenza delle sezioni unite. In precedenza il medesimo consesso, nella citata sentenza n. 5026 del 1982, aveva sottolineato «la peculiarità del rapporto corrente, anche con specifico riferimento all'istituto matrimoniale, fra l'ordinamento statale e l'ordinamento canonico».

⁵⁴ Corte cost., sent. 6 dicembre 1973 n. 176, in *Giur. cost.*, 1973, II, 2338 ss. Come precisa SALVATORE BERLINGÒ, *Matrimonio concordatario e giurisdizione ecclesiastica: tra cooperazione e concorso*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 1994/1, 113, la Corte, nelle sentenze nn. 32 e 169 del 1971 e nn. 175 e 176 del 1973, «si giovò di un modulo concettuale diverso dal rinvio formale, e precisamente dello schema del rinvio di presupposizione».

⁵⁵ Cass. civ., sez. I, sent. 16 novembre 2006 n. 24494, leggibile in *www.olir.it*

*La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica»
al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*

5. «Maggiore disponibilità» e salvaguardia della «specificità» dell'ordinamento canonico: due ipotesi distinte

La “maggiore disponibilità” era utilizzata per scongiurare che le diversità di disciplina (sostanziale e processuale) tra cause di nullità matrimoniale canoniche e cause di nullità civili impedissero il riconoscimento nel diritto dello Stato delle sentenze ecclesiastiche⁵⁶. Se il principio era finalizzato al condivisibile intento di evitare che il giudizio di delibazione fosse condizionato in modo eccessivo da una valutazione puntigliosa di difformità tra *capita nullitatis*, esso ha avuto l'effetto, come detto, di comprimere l'ambito di funzionamento dell'ordine pubblico⁵⁷. Al legislatore però, una volta tanto, non si può muovere la critica di avere avallato la disarmonia del quadro⁵⁸. L'art. 8, punto 2, dell'Accordo del 1984 e il punto 4, lettera *b*), del Protocollo addizionale disegnano un nuovo sistema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità, richiamando, al contempo, sia la «specificità» del diritto canonico sia le condizioni per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere, tra cui il rispetto dell'ordine pubblico. Sono stati così centrati due obiettivi: si è allontanata la tentazione di ancorare il riconoscimento a un giudizio di comparazione tra istituti propri di ordinamenti per natura molto distanti; ma si è altresì affermato, in linea con l'ammonimento del 1982 del giudice delle leggi, il ruolo fondamentale dell'ordine pubblico nel presidiare valori e principi fondamentali per il diritto statale.

La giurisprudenza non ha approfondito la portata dell'innovazione legislativa e ha fornito un'interpretazione sbilanciata del testo concordatario, preferendo strutturare le proprie decisioni sul richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico piuttosto che sul giudizio di ordine pubblico; quasi a garanzia di una «continuità» non sgradita alle Parti dell'Accordo, che ancora oggi non hanno provveduto a concordare una disciplina di attuazione che dia sviluppo alle innovazioni della disposizione pattizia, lasciando così in vita la

⁵⁶ Sul punto rinvio a SARA DOMIANELLO, *Ordine*, cit., 124 ss., con ampie note di commento e di richiami.

⁵⁷ Molto critico il commento di FULVIO UCCELLA, *Ordine pubblico italiano e sentenza canonica di nullità matrimoniale (un altro intervento delle Sezioni unite; ma continua l'alienazione giuridica)*, in *Giur. it.*, 1989, I, 81, per il quale «se si vuole dire che in tema di rapporti interordinamentali esso criterio [la maggiore disponibilità] consenta una deroga all'ordine pubblico italiano a rilevanza internazionale si propone solo una petizione di principio, sul versante giuridico, una formula vuota, perché non si adoperi un criterio rigorosamente scientifico».

⁵⁸ Per una critica positiva all'equilibrio del testo pattizio si veda OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Giurisdizione ecclesiastica e Corte costituzionale*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di RAFFAELE BOTTA, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, in particolare 194-195.

vecchia legge matrimoniale del 1929. Lo squilibrio interpretativo ha vanificato il significato composito della disciplina concordataria, determinandone una lettura parziale. L'effetto è stato quello di considerare la sottolineatura legislativa del carattere peculiare del diritto confessionale una declinazione della «maggiore disponibilità»⁵⁹. L'orientamento rischia però di vanificare la *ratio* del mantenimento dell'istituto delibatorio, e del suo progressivo rafforzamento nella vigenza dell'art. 8 dell'Accordo, segnando un curioso paradosso: in dottrina si è infatti sostenuto che la salvaguardia della specificità, intesa come significativa apertura, dell'ordinamento canonico è il motivo per il quale si chiede al contempo il filtro (preventivo) della delibazione, ma altresì «la ragione dell'allargamento del filtro»⁶⁰.

Una lettura costituzionalmente orientata della disciplina concordataria, da interpretarsi anche nel senso che limita meno la sovranità delle parti⁶¹, invita a rimarcare la svolta formalizzata nel Protocollo addizionale. Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale non è guidato da un criterio di «maggiore disponibilità», e quindi “maggiore” apertura nei confronti del diritto canonico rispetto ad altri ordinamenti, ma dal rispetto (strumentale alla garanzia della libertà religiosa dei cittadini fedeli) della singolarità dell'ordinamento religioso nel qualificare, secondo la *ratio legis* sua propria, le cause di nullità del vincolo matrimoniale e nell'aver predisposto un sistema processuale adeguato.

In altre parole, il legislatore pattizio, avendo richiamato «le condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere», si è premurato nello stesso momento di porre in evidenza che il sistema di rilevanza riguarda, in questo campo, provvedimenti confessionali, dotati di una caratteristica di particolarità e non pienamente assimilabili a pronunce straniere⁶² (ed è forse anche per questo motivo che

⁵⁹ Sul punto GIUSEPPE D'ANGELO, *Delibazione e contrasto con l'ordine pubblico italiano*, in *Giur. merito*, 2006, 11, 2368-2369.

⁶⁰ ROMANO VACCARELLA, *La delibazione incidentale delle sentenze ecclesiastiche*, in FRANCO CIPRIANI (a cura di), *Matrimonio*, cit., 219.

⁶¹ Per Corte cost., sent. 8 luglio 1971 n. 169, in *Giur. cost.*, 1971, II, 1784 ss., «in materia di accordi internazionali, vale il criterio della interpretazione restrittiva degli impegni che comportino per uno dei contraenti l'accettazione di limiti alla propria sovranità».

⁶² Si veda Cass. civ., sez. I, sent. 1 dicembre 2004 n. 22514, massimata in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005/3, 952 – 953, per la quale «quando pure si voglia configurare un'assimilazione nel regime di efficacia delle sentenze ecclesiastiche a quelle straniere, è lo stesso protocollo addizionale a segnalare la specificità dell'ordinamento canonico, che lo distingue da ogni altro ordinamento e che è elevata a criterio di interpretazione (art. 4, lett. b) del regime di rilevanza civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale». In tema si vedano le considerazioni di MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2007, in particolare 298 ss.; GINESIO MANTUANO, «Ordine

non convince la tesi dell'applicazione della l. n. 218 del 1995 alle sentenze ecclesiastiche). Ne è dimostrazione l'elenco in calce alla lettera *b*) del punto 4 del Protocollo, che compie una sorta di «adattamento» al diritto canonico dei diversi requisiti di riconoscimento in Italia delle sentenze di Stati esteri⁶³. Il condivisibile fine del richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico è dunque evitare che le maglie della «inderogabile tutela dell'ordine pubblico» si rivelino, specie a una interpretazione formalistica, troppo rigide (e non, si badi, rigorose) per consentire la rilevanza di una sentenza religiosa, espressiva, per forza di cose, dei singolari portati assiologici del proprio sistema giuridico. L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza ha determinato però il risultato opposto: le maglie di un equilibrato giudizio di conformità all'ordine pubblico sono state sostituite da maglie così larghe da condurre a un quasi automatico riconoscimento delle pronunce canoniche, che ha finito «per capovolgere il ragionamento» a suo tempo sviluppato nella sentenza n. 18 del 1982 della Corte costituzionale⁶⁴.

6. Critica al ricorso al concetto di ordine pubblico concordatario

Il sistema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale è strumentale alla promozione della libertà religiosa dei cittadini fedeli⁶⁵; in questa prospettiva, è stato sostenuto che nell'individuare i limiti a detto riconoscimento occorre tenere conto del valore, di rilievo costituzionale, della tutela della specificità confessionale⁶⁶. Il compito non giustifica tuttavia

proprio» della Chiesa e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, in AA.VV., *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milano, Giuffrè, 1985, 370 ss.

⁶³ Sul punto ENRICO VITALI, *La nuova disciplina del matrimonio*, in SILVIO FERRARI (a cura di), *Concordato e Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1985, 86.

⁶⁴ L'osservazione è di PIERANGELA FLORIS, *Autonomia*, cit., 271, che ricorda come il giudice delle leggi avesse stabilito che le sentenze ecclesiastiche potessero essere dichiarate efficaci nel nostro ordinamento *solo quando* fosse stata accertata la loro non contrarietà con i principi di ordine pubblico.

⁶⁵ Osservano SARA DOMIANELLO – EDOARDO DIENI, *La patologia*, cit., 307, che il paradigma internazionalista di ordine pubblico «non si presta a dar conto della circostanza che la domanda di riconoscimento di una sentenza canonica non può paragonarsi *sic et simpliciter* alla domanda di riconoscimento di una sentenza straniera, in quanto la prima risulta complicata e caratterizzata dalla domanda di conferire eccezionale rilevanza civile ad un atto di esercizio della libertà religiosa nell'«uscita» di un matrimonio canonico trascritto, cioè consiste in una domanda di riconoscimento della scelta di avvalersi dell'assistenza della confessione cattolica offerta alle istanze di *démariage* in senso ampio».

⁶⁶ SARA DOMIANELLO, *Ordine*, cit., 130. L'A. precisa che la tutela della specificità confessionale non va intesa come regime privilegiario, ma come specificità dell'ambito di giuridica rilevanza in cui viene ad incidere l'atto di autonomia confessionale soddisfacente delle istanze individuali di libertà religiosa

il ricorso alla vecchia nozione di ordine pubblico in materia concordataria⁶⁷, come invece ipotizzato quale corollario della «maggiore disponibilità»⁶⁸ nonostante il superamento del modello confessionista in materia matrimoniale disegnato dal Concordato del 1929, in cui essa rispondeva con coerenza alla logica del sistema⁶⁹. L'orientamento qui posto in dubbio implica l'utilizzo di un concetto già cristallizzato nei deboli e statici contenuti sino ad ora individuati dalla giurisprudenza, sulla base della considerazione che l'asserita clausola di favore nei confronti dell'ordinamento canonico svolga una funzione limitativa dell'attività dell'ordine pubblico⁷⁰, tale da determinare una «minore resistenza» da parte dell'ordinamento statale nel recepire le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale⁷¹.

Sono solidi gli argomenti che si oppongono a questa ricostruzione e che depongono a favore di una concezione unitaria di ordine pubblico in materia di limiti alla rilevanza di elementi giuridici estranei all'ordinamento civile⁷²,

positiva. La tematica era già stata analizzata da SALVATORE BERLINGÒ, *Spunti per una fenomenologia della rilevanza dell'ordinamento confessionale e dell'ordine pubblico matrimoniale*, in *Raccolta di scritti in onore di P. Fedele*, a cura di GIOVANNI BARBERINI, Perugia, Università, 1984, tomo II, 815 ss.

⁶⁷ Sul punto RAFFAELE COPPOLA, *Ordine pubblico italiano e specialità del diritto ecclesiastico: a proposito della sentenza della Corte di Cassazione, Sez. un., 1° ottobre 1982, n. 5026*, in *Dir. fam.*, 1982, in particolare 1261 ss.; MARIO FERRABOSCHI, *Sentenze canoniche ed ordine pubblico*, in AA.VV., *Dalle decisioni della Corte costituzionale alla revisione del Concordato*, Milano, Giuffrè, 1986, 74 ss..

⁶⁸ GUIDO LAGOMARSINO, *Ordine pubblico concordatario e buona fede - affidamento ostacolano la delibazione delle sentenze di nullità per simulazione?*, in *Dir. eccl.*, 2002, I, in particolare 687 ss.

⁶⁹ Dopo gli interventi del giudice costituzionale a partire dalle ricordate sentenze nn. 30, 31, e 32 del 1971 e in seguito alla riforma introdotta con l'art. 8 dell'Accordo del 1984 sono da considerarsi superati il principio della omogeneità degli *status* matrimoniali canonici e civili e il principio della automaticità del riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche, sui quali si era costruita la specialità del sistema matrimoniale pattizio del 1929, alla base del concetto di ordine pubblico «concordatario».

⁷⁰ Sono di questo parere, invece, SALVATORE BERLINGÒ, *Spunti per una fenomenologia della rilevanza dell'ordinamento confessionale e dell'ordine pubblico matrimoniale*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di P. Fedele*, cit., 818 ss.; RAFFAELE BOTTA, *Matrimonio concordatario*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, agg. 1998, 16, per il quale considerare residuale l'ipotesi in cui l'ordine pubblico osti al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità sembra «coerente con l'unificazione del regime matrimoniale che abbiamo vista perseguita dalla revisione concordataria e dalla stipulazione delle intese».

⁷¹ In questi termini la citata sentenza n. 5026 del 1982 delle Sezioni unite della Cassazione.

⁷² In questo senso, seppur con una prospettiva più generale, NICOLA PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale». Problemi di interpretazione dell'art. 31 prel.*, Padova, Cedam, 1974; GIAMPIERO BALENA, *Le condizioni per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1991, fasc. 4, 965 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto*, cit., 480; SERGIO LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, Padova, Cedam, 1986, 321 ss.; PAOLO MENGOSI, *Sovranità dello Stato, ordine pubblico come limite al riconoscimento di sentenze canoniche di nullità matrimoniale e l'Accordo del 18 febbraio 1984 di modificazione del Concordato lateranense*, in AA.VV., *Nuovi accordi*, cit., 162 ss.; FULVIO UCCELLA, *Ordine*, cit., 81. Di diverso avviso FRANCESCA PREZIOSO, *La nullità del matrimonio*

primo fra tutti il ricordato carattere unitario della sovranità dello Stato⁷³. A questo si aggiunge un dato formale: l'impegno pattizio al rispetto della specificità del diritto canonico non può compromettere l'ambito di operatività del controllo di ordine pubblico, in quanto la sua tutela ricopre, come ricordato, il rango di principio supremo dell'ordinamento costituzionale, al quale si devono conformare anche le norme di derivazione concordataria. Vi è poi l'intrinseca struttura dinamica e mutevole dell'ordine pubblico al fine di rispondere alle esigenze di tutela che sorgono nel tempo, del tutto opposta a un'idea della clausola definita nel limitato quadro dei rapporti concordatari.

È bene chiarire che le norme di esecuzione degli impegni pattizi fanno parte, come le altre, delle fonti legittimate ad esprimere principi di ordine pubblico, ma nell'insieme di un contesto ricco di tutte le articolazioni dell'ordinamento, la cui composizione armoniosa, nel doveroso rispetto della gerarchia delle fonti, guida l'evolversi del limite per adeguarsi alle richieste della società⁷⁴. D'altra parte, sono state le stesse Sezioni unite della Cassazione ad aver riconosciuto che, modificatasi nel tempo la disciplina matrimoniale del 1929, «l'affermata maggiore disponibilità verso l'ordinamento canonico non costituisce – come pure è stato sostenuto in dottrina – enunciazione di un ordine pubblico concordatario», ma dello «stesso ordine pubblico che si configura baluardo generale ad ogni rapporto con gli altri ordinamenti»⁷⁵. Deve condividersi quindi l'opinione di chi, sviluppando il subconcetto di relatività (e non di specialità) dell'ordine pubblico alla base della definizione avanzata dalla giurisprudenza costituzionale, ha sottolineato che il punto di riferimento in materia non è il sistema matrimoniale concordatario né l'autonomia confessionale, ma «i principi, costituzionali e ordinari, che sono

concordatario tra ordine pubblico, buon costume e libertà (positiva e negativa) di matrimonio, in *Giur. cost.*, 2002, fasc. 1, 406-407, per la quale nel rapporto tra ordinamento canonico e ordinamento statale non viene in rilievo la problematica della salvaguardia della sfera della sovranità dello Stato, bensì «la necessità improcrastinabile della protezione dei principi costituzionali più intimamente connessi con il fenomeno religioso», sì che rileva in materia il concetto di ordine pubblico «costituzionale» più che quello di ordine pubblico «internazionale». L'orientamento è nella sostanza conforme a quanto già osservato da AUGUSTO CERRI, *Ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico internazionale nelle recenti sentenze della Corte*, in AA.VV., *Dalle decisioni*, cit., 79 ss.; sul punto anche CORRADO CARDARELLO, *L'ordine pubblico «costituzionale» come limite alla esecutività delle sentenze ecclesiastiche*, in *Dir. eccl.*, 1985, 98 ss.

⁷³ Sul punto rinvio a GIUSEPPE BARILE, *Principi*, cit., in particolare 103 ss.

⁷⁴ Richiamo, di nuovo, la sentenza n. 18 del 1982 della Corte cost., secondo la quale per ordine pubblico si intendono le «regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società».

⁷⁵ In questi termini la citata sentenza n. 4700 del 1988.

propri dell'ordinamento civile in generale, e che caratterizzano in particolare l'istituto matrimoniale»⁷⁶.

7. *La tutela del coniuge più debole come principio di ordine pubblico*

In questa prospettiva, si è avvertito che un «ineludibile principio-cardine del nuovo matrimonio civile riposa nell'effettivo realizzarsi della comunione spirituale e materiale di vita, e nel reciproco, consequenziale affidamento dei coniugi sulla stabilità del rapporto, e sulle connesse responsabilità di ordine patrimoniale»⁷⁷. I rilievi sono ancora attuali, malgrado le Sezioni unite con la sentenza n. 4700 del 1988 abbiano ritenuto che le norme sulla decadenza per la dichiarazione di nullità del matrimonio civile non esprimano principi di ordine pubblico, sì da permettere la delibazione delle nullità canoniche pronunciate anche dopo lunghi periodi dalla celebrazione⁷⁸. L'indirizzo, quasi ventennale, rimane in sé consolidato⁷⁹, ma il trascorrere del tempo e alcune significative prese di posizione della giurisprudenza su questioni collegate richiedono una verifica circa l'attualità dei contenuti di ordine pubblico individuati allora dalla Suprema Corte. L'attenzione va, in particolare, all'esigenza di tutela del coniuge più debole, che una serie di pronunce, anche del giudice

⁷⁶ P. FLORIS, *Autonomia*, cit., 272.

⁷⁷ GIUSEPPE CASUSCELLI, *La problematica*, cit., 47. Secondo LUIGI LACROCE, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e tutela dell'ordine pubblico*, in *Giust. civ.*, 2002, fasc. 9, 2291 ss., è principio di ordine pubblico l'effettività dell'unione coniugale e la permanenza della comunione materiale e spirituale dei coniugi.

⁷⁸ La sentenza non ha trovato il favore di larga parte della dottrina. Si vedano a tal proposito i commenti di CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamento dello Stato. Profili giurisdizionali*, Bologna, 2003, 249, per il quale «la pronuncia del 1988 è francamente inaccettabile» ed è mossa da motivazioni politiche, in quanto la maggior parte delle sentenze ecclesiastiche viene emessa dopo molto tempo dalla celebrazione e limitarne per questo la rilevanza civile significherebbe cancellare, di fatto, le ipotesi di rilevanza civile dei provvedimenti canonici; FULVIO UCCELLA, *Ordine*, cit., 79 ss.. L'argomento è stato affrontato anche da ANDREA BETTETINI, *Convivenza dei coniugi in costanza di matrimonio nullo e declaratoria di efficacia della sentenza di nullità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 1988, I, 246 ss.; FRANCESCO DALL'ONGARO, *Orientamento delle S.U. sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche che annullano il matrimonio quando vi sia stata convivenza tra i coniugi*, in *Dir. fam.*, 1988, 1655; FRANCESCO FINOCCHIARO, *La convivenza coniugale come ostacolo per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1908 ss.; VITTORIO PIETROBON, *Delibazione di sentenza canonica, ordine pubblico matrimoniale e convivenza successiva alla celebrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 301 ss.

⁷⁹ L'indirizzo è stato ribadito da Cass. civ., sez. I, sent. 12 luglio 2002 n. 10143, in *Fam. dir.*, 2003, fasc. 2, 147 ss., con nota di LUCIA GRAZIANO, *La giurisprudenza e il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*.

della legittimità, pone al centro di recenti decisioni⁸⁰. La questione, solo sfiorata⁸¹, non è stata approfondita nella citata sentenza del 1988, costruita invece attorno all'analisi dei limiti alla proponibilità dell'azione di nullità del matrimonio ai sensi dell'art. 123, secondo comma, c.c. per negare che il decorrere di un anno dalla celebrazione, o la convivenza come coniugi dopo di essa, esprimessero principi di struttura dell'istituto matrimoniale.

Il cuore del problema è però a mio avviso un altro. Non rileva tanto la circostanza che l'effettiva instaurazione del matrimonio – rapporto debba considerarsi di per sé ostativa al riconoscimento civile della pronuncia ecclesiastica. Piuttosto, va colta la completa assenza di tutela del coniuge penalizzato dalle conseguenze dell'efficacia civile della pronuncia ecclesiastica di nullità intervenuta oltre i (volutamente ristretti) limiti di decadenza e prescrizione stabiliti dal codice civile. È quindi in ordine ad un principio di responsabilità patrimoniale a carico del soggetto che promuova (a qualunque titolo) la caducazione di una radicata unione matrimoniale che si gioca il nodo dell'ordine pubblico. L'ordinamento civile fornisce una risposta adeguata con la disciplina in materia di separazione e di divorzio, che viene però elusa in modo manifesto con l'applicazione del regime patrimoniale del matrimonio putativo al caso di riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità.

Gli indici che portano a considerare la tutela del coniuge più debole un principio fondamentale in materia matrimoniale, e dunque di ordine pubblico, già colti da un indirizzo lungimirante⁸², si sono irrobustiti nel tempo. Si è an-

⁸⁰ Il punto è stato colto da RAFFAELE BOTTA, *I limiti degli sforzi interpretativi compiuti dalla Cassazione*, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti*, cit., in particolare 43 ss.

⁸¹ La sentenza recita: «[q]ueste Sezioni Unite devono comunque dare atto che l'indirizzo giurisprudenziale disatteso è mosso soprattutto da apprezzabili ragioni di tutela del coniuge più debole, il quale – sulla base dell'attuale normativa – è, dal punto di vista patrimoniale, insufficientemente tutelato a seguito di una pronuncia di nullità (cfr. art. 129 e 129 bis c.c.), rispetto alla più ampia tutela che riceve dalla pronuncia di divorzio (cfr. art. 5 e ss. l. 1 dicembre 1970 n. 898, come modificati dalla l. 6 marzo 1987 n. 74) e ciò, in specie, quando la pronuncia di nullità interviene a distanza di anni dalla celebrazione del matrimonio e si sono consolidate situazioni, anche di comunione di vita, che vengono poste nel nulla dalla pronuncia stessa (cfr., in proposito, Cass. n. 5823-87, la quale, a chiare lettere, enuncia il principio secondo cui, una volta intervenuta la convivenza, non vi è altra strada che quella di ottenere una pronuncia giudiziale di scioglimento o di cessazione degli effetti civili di esso, per caducare il matrimonio).

Ciò però non è addebitabile allo strumento concordatario, una volta dimostrato che l'attuale disciplina non contrasta, sul punto, con l'ordine pubblico italiano, ma al legislatore ordinario, il quale, proprio in considerazione della tutela del coniuge più debole, potrebbe, in piena libertà, predisporre, autonomamente, strumenti legislativi – peraltro auspicati dalla più sensibile dottrina – che assimilano, nei limiti del possibile e tenuto conto della diversità delle situazioni, ai fini della tutela patrimoniale, la posizione del coniuge nei cui confronti è stata pronunciata la nullità del matrimonio, a quella del coniuge divorziato».

⁸² Cass. civ., sez. I, sentt. 18 giugno 1987 n. 5354 e n. 5358, sent. 3 luglio 1987 n. 5823; tutte in

zitutto sviluppata la consapevolezza che tale esigenza di garanzia derivi dalla piena attuazione del principio costituzionale di parità tra i coniugi formulato in modo espresso dall'art. 29, secondo comma, Cost.⁸³. In giurisprudenza possono essere colti significativi segnali in questo senso dall'indirizzo che assicura l'intangibilità del giudicato di divorzio anche a fronte della successiva deliberazione di una sentenza di nullità⁸⁴, interpretato come un'apertura alle istanze di tutela patrimoniale della parte più bisognosa in caso di patologia dell'unione matrimoniale⁸⁵. Con l'importante sentenza n. 348 del 1993⁸⁶ la Cassazione ha inoltre stabilito l'ammissibilità di accordi preventivi di contenuto patrimoniale, purché in *melius* rispetto a quanto stabilito dall'art. 129**bis** c.c., nell'ipotesi di un eventuale annullamento del vincolo matrimoniale, anche se pronunciato dal giudice ecclesiastico. Vi sono poi le tre ordinanze che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 329 del 2001⁸⁷. I remittenti hanno concentrato le

Foro it., 1988, I, 474 ss., con nota di ENRICO QUADRI, *Convivenza coniugale e deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: le nuove prospettive giurisprudenziali*.

⁸³ Sul punto si veda il recente studio di ENRICO AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, Ipsoa, in particolare 16 ss..

⁸⁴ Si veda, da ultimo, Cass. civ., sez. I, Sent. 11 febbraio 2008, n. 3186. in www.olir.it, che richiama Cass. civ., sez. I, sent. 4 marzo 2005 n. 4795, in *Giur. it.*, 2005, 2051 ss.. Sul rapporto tra giudicato di cessazione degli effetti civili del matrimonio e deliberazione della sentenza canonica di nullità si vedano, oltre alla manualistica, i contributi di GIAMPIERO BALENA, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e processo di divorzio*, in *Corr. giur.*, 1997, 1318 ss.; GERARDO BIANCO, *Rapporto tra sentenza di divorzio passata in giudicato e sopravvenuta deliberazione di sentenza di nullità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 2003, II, 41 ss.; VINCENZO CARBONE, *L'annullamento del matrimonio non travolge più il divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1997, 213 ss.; LUIGI DE LUCA, *Cessazione degli effetti civili e successiva deliberazione di sentenza canonica relativa alla invalidità dello stesso matrimonio*, in *Dir. eccl.*, 2001, I, 1203 ss.; GIUSEPPE DE MARZO, *Nullità del matrimonio concordatario e statuizioni economiche della sentenza di divorzio*, in *Corr. giur.*, 2001, 9, 1169 ss.; PAOLO DI MARZIO, *Riconoscibilità degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica che abbia revocato una precedente sentenza dichiarativa della nullità di un matrimonio c.d. concordatario, cui era già stata riconosciuta efficacia civile con pronuncia passata in giudicato*, in *Dir. fam. e pers.*, 1997, I, 147 ss.; GIOVANNI FAVI, *Nullità, inesistenza, inidoneità al giudicato ed "actio nullitatis"*, in *Giur. merito*, 2003, I, 237 ss.; MARIO FINOCCHIARO, *Sentenza di divorzio, deliberazione della pronuncia ecclesiastica di nullità e (inesistenza) di giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1482 ss.; CONCETTA MARINO, *Sul rapporto tra il giudicato di divorzio e la deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2002, 1202 ss.; ENRICA MARTINELLI, *Delibabilità della sentenza canonica di nullità del matrimonio di cui sia già stata pronunciata la sentenza di cessazione degli effetti civili in Italia*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1994, I, 799 ss.; PAOLO MONETA, *Nullità del matrimonio concordatario e rapporti patrimoniali*, in *Justitia*, 2004, I, 203 ss..

⁸⁵ In questo senso, da ultimo, ENRICO AL MUREDEN, *Nuove prospettive*, cit., 92 ss..

⁸⁶ Cass. civ., sez. I, sent. 13 gennaio 1993 n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, 1670 ss.; i commenti della dottrina sono richiamati da RAFFAELE BOTTA, *I limiti*, cit., 52, nota 24.

⁸⁷ Corte cost., sent. 27 settembre 2001 n. 329, in *Giur. cost.*, 2001, 2779 ss., con nota di ANDREA GUAZZAROTTI, *Implicazioni e potenzialità delle sentenze additive di principio. (In margine alla sent.*

proprie argomentazioni sulla insufficienza della tutela economica accordata al coniuge debole a seguito riconoscimento di una sentenza di nullità del matrimonio concordatario rispetto alla più tutelante disciplina dettata nei casi di scioglimento e di cessazione degli effettivi civili del vincolo. Gli stessi giudici della Consulta, nel dichiarare l'infondatezza della questione per la difficoltà di equiparare nei presupposti e negli effetti le fattispecie della nullità e del divorzio, hanno sì censurato le argomentazioni dei giudici *a quibus*, ma senza sconfessare le problematiche sostanziali sollevate. Infatti, la Corte avrebbe auspicato che l'esame di costituzionalità si fosse concentrato sulla «disciplina generale» degli effetti conseguenti alla nullità del matrimonio civile, applicabile anche alle nullità dei matrimoni concordatari, per il caso dell'esistenza di una consolidata comunione di vita, la cui dissoluzione arreca pregiudizio al soggetto economicamente più bisognoso. Rileva la Corte infatti che «l'esigenza di tutela» del coniuge debole può porsi anche in caso di nullità di matrimoni celebrati ai sensi del codice civile⁸⁸ o di un ordinamento straniero e rilevanti secondo le norme di diritto internazionale privato italiano. Il «suggerimento» lascia pensare che se la questione fosse stata prospettata nei termini indicati il giudice delle leggi non si sarebbe limitato, come invece ha fatto, a esortare un intervento perequativo del legislatore, ma avrebbe ammesso il proprio sindacato⁸⁹. La garanzia del coniuge bisognoso è anche al centro della sentenza n. 11467 del 2003⁹⁰, con cui la Cassazione ha sottolineato che il principio di parità tra gli sposi, e la tutela di quello economicamente più debole, impedisce che a seguito del riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale la comunione legale dei coniugi debba considerarsi venuta meno *ex tunc*, insieme all'atto, lasciando spazio al regime più sfavorevole previsto per la comunione ordinaria⁹¹.

n. 329 del 2001 sulle conseguenze della dichiarazione di nullità del matrimonio).

⁸⁸ Giurisprudenza e dottrina maggioritarie (sul punto rinvio a GILDA FERRANDO, *L'invalidità del matrimonio*, in *Trattato*, cit., in particolare 623 ss.) considerano imprescrittibili le azioni di nullità del matrimonio per cause di bigamia, parentela non dispensabile o delitto (previste dagli artt. 86, 87, 88 c.c.), che possono portare dunque alla pronuncia di invalidità del vincolo anche trascorso molto tempo dalla celebrazione.

⁸⁹ In questo senso le osservazioni di CARMELA SALAZAR, *Limiti e rischi del ricorso alla via (traversa) delle «additive di principio»*, in SARA DOMIANELLO, *Gli effetti*, cit., in particolare 66 ss.

⁹⁰ Cass. civ., sez. I, sent. 24 luglio 2003 n. 11467, in *Foro it.*, 2003, I, 2966 ss.; a commento si veda ALBERTO FIGONE, *Nullità del matrimonio e scioglimento della comunione legale*, in *Fam. dir.*, 2004, I, 14 ss.

⁹¹ Le ragioni di unità e solidarietà familiare che ispirano l'istituto della comunione legale sono alla base del divieto per ciascun coniuge di essere ammesso a provare l'eventuale maggior apporto fornito nell'acquisto di beni confluiti nell'asse condiviso per ottenere, allo scioglimento della comunione, una divisione in parti diseguali, come invece accade nel caso di scioglimento della comunione ordinaria.

Laddove dunque si presenti il caso del riconoscimento di una sentenza ecclesiastica che disponga la nullità del matrimonio in presenza di una effettiva comunione di vita si pone il problema di garantire il coniuge debole⁹², e il limite dell'ordine pubblico può assicurare una soluzione adeguata impedendo la dichiarazione di efficacia civile del provvedimento e la conseguente applicazione delle condizioni economiche previste per il matrimonio putativo. La questione non sorge però in ogni caso, poiché c'è la possibilità che l'assetto patrimoniale della coppia sia già stato disciplinato, nei termini indicati dalla legge, da un giudicato di divorzio. In presenza di simile regolamentazione, che presuppone lo scioglimento del rapporto matrimoniale e la garanzia delle esigenze economiche della parte bisognosa, non vi è motivo infatti per negare l'efficacia civile dei provvedimenti confessionali⁹³.

8. *Brevi considerazioni finali*

In dottrina si è evidenziato che i principi, laddove sono creati *ex novo* dal giudice, «servono a legittimare il diritto giurisprudenziale» e che al fine di «mascherare l'arbitrarietà della decisione, il giudice provvederà a introdurre schemi legittimanti, quali appunto i principi invocati»⁹⁴. Bisogna allora chiedersi se l'artificiosa via percorsa nel 1982 dalla Cassazione, frutto di ingegno nomopoietico più che di rigore interpretativo, abbia ancora efficacia legittimante della scelta di esporre il sistema giuridico interno a una

⁹² L'art. 797, n. 7, c.p.c. (come abbiamo visto sopra, ritenuto ancora applicabile dalla giurisprudenza maggioritaria) dispone che ai fini del riconoscimento civile la sentenza ecclesiastica non debba contenere «disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano» (mentre l'art. 64, lettera g, l. n. 218 del 1995 parla di disposizioni che non producano «effetti» contrari all'ordine pubblico), ricorrendo questa circostanza allorché la nullità venga dichiarata «in presenza di una situazione» (in questi termini la più volte richiamata sentenza n. 5026 del 1982 delle Sezioni unite della Cassazione) che l'ordinamento statale considera «protetta» da principi di ordine pubblico.

⁹³ Certo, un intervento del legislatore che estendesse il regime patrimoniale del divorzio alle ipotesi di nullità risolverebbe molte questioni, eliminando alla radice ogni obiezione di ordine pubblico e fugando i rischi connessi ad eventuali oscillazioni giurisprudenziali sul rapporto tra nullità e divorzio. Ma soprattutto, libererebbe le domande di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche dal sospetto di voler aggirare la disciplina economica applicabile ai casi di cessazione degli effetti civili del matrimonio, con l'effetto di riportare la rilevanza delle pronunce canoniche ad essere espressione della libertà religiosa del cittadino fedele in campo matrimoniale. In tema, con una prospettiva più ampia, SARA DOMIANELLO, *Incertezze e ritardi sulla via (trascurata) delle due «riforme mancate» del diritto ecclesiastico italiano: legge matrimoniale e legge sulla libertà religiosa*, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti*, cit., in particolare 111 ss.

⁹⁴ GUIDO ALPA, *Principi generali*, in GIOVANNI IUDICA – PAOLO ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1993, 175.

*La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica»
al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*

«maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico. Credo che la continua e costante evoluzione dei principi di struttura⁹⁵ di un ordinamento laico, pluralista e teso all'eliminazione delle disuguaglianze, anche in materia matrimoniale, esprima un ordine pubblico ormai contrario alla decisione di addossare il costo di una simile «apertura», nella prassi pressoché incondizionata, al soggetto debole della coppia.

⁹⁵ Come sottolinea GIUSEPPE CASUSCELLI, *Dal pluralismo confessionale alla multireligiosità: il diritto ecclesiastico e le sue fonti nel guado del post-confessionismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), aprile 2007, 14, il «filo di Arianna» dell'interprete che «ricerca il senso di un variegato complesso normativo» non è altro che la ricerca e l'affinamento costante dei principi [...], della loro portata e della loro evoluzione, nell'incessante adeguamento ai cambiamenti ed ai bisogni».