



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 Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

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

DIRETTORI SCIENTIFICI

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

Parte II

SETTORI

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

RESPONSABILI

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

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Trascrizione post mortem del matrimonio canonico e libertà religiosa

RAFFAELE SANTORO

1. La trascrizione post mortem quale strumento di espressione della libertà religiosa

In un “mondo che si va facendo sempre più piccolo”¹, la rinnovata rilevanza assunta dal fattore religioso spinge l’individuo a connotare sempre più frequentemente in chiave religiosa atti che per loro essenza travalicano ciò che in senso *tecnico* può essere definito come *atto di culto*².

Sempre maggiore appare, dunque, l’espansione del diritto di libertà religiosa verso “nuove dimensioni”³, alimentando di fatto la contaminazione tra immanente ed esperienza del sacro, quale “esperienza della soglia, del limite, del confine”⁴.

Tutto ciò sottopone ad un “notevole stress operativo ed interpretativo”⁵ gli istituti giuridici funzionalmente coinvolti nella sua attuazione pratica, dando luogo a sempre maggiori sollecitazioni e flessioni del dato normativo, spinto lungo il crinale della *depatrimonializzazione* dalla ricerca di un nuovo spazio di espressione del “primato dell’identità personale sull’utile”⁶. È il tramonto dell’*homo consumens* – dell’*homo oeconomicus* – progressivamente sostituito dall’*homo religiosus*.

¹ JOSEPH RATZINGER, *Fede, verità, tolleranza. Il Cristianesimo e le religioni del mondo*, Cantagalli, Siena, 2005, p. 7.

² Cfr. SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l’antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 72.

³ LORENZO SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, Utet, Torino, 1976, p. 258.

⁴ GIUSEPPE LIMONE, *Dal giusnaturalismo al giuspersonalismo. Alla frontiera geoculturale della persona come bene comune*, Graf Universitaria, Napoli, 2005, p. 99.

⁵ ANTONIO FUCCILLO, *L’attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2005, p. 11.

⁶ TARCISIO BERTONE, *L’etica del bene comune nella dottrina sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2007, p. 55.

Centro di attenzione della fioritura normativa tende ad essere non più esclusivamente l'individuo-consumatore ed i suoi gusti, ma il soggetto-persona, le sue aspirazioni ed i suoi bisogni interiori che ne compongono la dimensione spirituale.

Diventa, quindi, fondamentale in tale quadro il delicato compito affidato all'interprete – in particolare, giudice e notaio⁷ – di rinvenire, attraverso l'interpretazione autenticamente *laica*⁸ del diritto positivo, un fragile equilibrio tra realizzazione individuale ed ordine generale, oggi più che mai vitale per la costruzione di una piena soggettività compatibile con il *bene comune*⁹.

Ciò consente di rinvenire nella trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico l'emblema di questo nuovo ordine delle cose.

La ricerca di una sua possibile attuazione mediante un'ermeneutica ampia e promozionale della normativa concordataria nel suo complesso, non solo alla luce delle parole ma anche dello spirito che la ordina¹⁰, garantirebbe al cittadino-fedele il soddisfacimento delle proprie istanze religiose¹¹.

In tal caso, infatti, il soggetto sarebbe spinto, per soddisfare le istanze provenienti dalla propria coscienza, nella ricerca di strumenti giuridici concreti mediante i quali formulare "ora per allora" la propria *conoscenza* e la *non opposizione* in merito alla trascrizione del matrimonio, qualora questa per diverse ragioni, sia giuridiche che personali, venga rinviata nel tempo in cui non sarà più in vita.

Diversa, inoltre, appare la natura dei motivi che potrebbero spingere il soggetto a soddisfare i dettami della coscienza mediante la trascrizione *post mortem* del proprio matrimonio religioso.

⁷ Relativamente al ruolo del notaio cfr. ANTONIO FUCILLO, *Diritto ecclesiastico e attività notarile*, Giappichelli, Torino, 2000, p. X.

⁸ In tema cfr. ANTONIO FUCILLO, *Il crocifisso tra valori civili e laicità dello Stato*, in *Diritto e giustizia*, 10, 2006, p. 74; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, "A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". *Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Vita & Pensiero, Milano, 2006; MARIO TOSO, *Per una laicità aperta*, Centro Studi Cammarata – Edizioni Lussografia, Calatanissetta, 2002; ADOLOFO CERETTI, LOREDANA GARLATI, *Laicità e stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; FRANCESCO D'AGOSTINO, *Ripensare la laicità. L'apporto del diritto*, in ID., *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 131 ss.

⁹ JOHN MITCHELL FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 166, definisce il bene comune "un insieme di condizioni che permettono ai membri di una comunità di raggiungere autonomamente obiettivi ragionevoli, o di realizzare ragionevolmente il valore (o i valori) in vista del quale essi hanno ragione di collaborare l'un l'altro (positivamente e/o negativamente) in una comunità".

¹⁰ Cfr. GIANCARLO ANELLO, *Modelli di scrittura normativa e dinamica concordataria*, Cedam, Padova, 2004, p. 122.

¹¹ Cfr. PAOLO BIANCHINI, *Sulla trascrivibilità del matrimonio canonico dopo la morte di uno dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 1990, p. 1319 ss.

Il primo motivo è di ordine canonico-istituzionale trovando la propria genesi nella concessione di licenza di ammissione al matrimonio solo canonico, concessa dall'Ordinario del luogo a favore di persone vedove, qualora anziane e veramente bisognose, ovvero, al di fuori di tale ipotesi, in presenza di gravi ragioni (D.G.M.C., n. 40)¹². Rientra in quest'ultimo caso il matrimonio canonico celebrato tra un cattolico ed una donna musulmana¹³, dove la sua concessione, unitamente alla dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus* (can. 1059), può certamente trovare giustificazione nella tutela della sicurezza personale della donna, stante per lei il divieto di sposare un non musulmano, ancora conservato nella legislazione di alcuni Stati (Algeria, Iraq, Marocco, Siria ed altri)¹⁴, la cui violazione, costituendo atto di apostasia, è penalmente perseguito¹⁵.

In tal caso, l'elemento motivazionale sarà dato dalla volontà di adempiere l'impegno assunto in qualità di *christifidelis* innanzi all'Ordinario a richiedere la trascrizione del matrimonio agli effetti civili non appena siano venute meno le cause che hanno motivato la licenza, avendo i coniugi il dovere, oltre che il diritto, di "assicurare, nei limiti della possibilità, il riconoscimento civile alla loro unione matrimoniale sia nell'interesse legittimo dei figli, sia per riguardo alle esigenze del bene comune della società, di cui la famiglia è la cellula primordiale"¹⁶.

Diverse e più complesse appaiono, invece, le problematiche connesse al matrimonio canonico segreto (cann. 1130-1133)¹⁷.

¹² Per un approfondimento dei profili canonistici del matrimonio solo canonico si rinvia a MAURO RIVELLA, *Il matrimonio solo canonico*, in *Quad. dir. eccl.*, 4, 2004, p. 340-348; GIANNI TREVISAN, *Il matrimonio solo canonico di persone vedove*, in *Quad. dir. eccl.*, 4, 2004, p. 349-362; EUGENIO ZANETTI, *Il matrimonio solo canonico dopo un'altra unione e in attesa di regolarizzazione civile*, in *Quad. dir. eccl.*, 4, 2004, p. 363-394.

¹³ Cfr., CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Indicazioni I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia*, n. 37.

¹⁴ JOSEPH PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, Cedam, Padova, 1986, p. 57, 308, 419, 512.

¹⁵ VINCENZO ABAGNARA, *Il matrimonio nell'Islam*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 33. Per una panoramica delle singole legislazioni si rinvia a ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997.

¹⁶ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Evangelizzazione e sacramento del matrimonio*, n. 100.

¹⁷ In tema di matrimonio canonico segreto si rinvia a LUIGI SABBARESE, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro IV, Parte III, Titolo VII*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2006, p. 353 ss.; ENRICO VITALI, SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 121. LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi, Bologna, 2002, p. 257; JUAN IGNACIO ARRIETA (edizione italiana diretta da), *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari commentato*, Coletti a San Pietro, Roma, 2003, p. 760.

Il secondo motivo, invece, ha carattere personale e patrimoniale, e si esprime nel desiderio del *de cuius* di garantire adeguata tutela alla persona con la quale ha condiviso la propria vita familiare, caratterizzata dalla presenza del solo vincolo religioso¹⁸, il cui *status*, attraverso la trascrizione, traslerebbe in ambito statale da convivente *more uxorio* – trattasi in tal caso di una convivenza c.d. qualificata¹⁹ – a coniuge, con rilevanti riflessi personali e patrimoniali – successori *in primis* – sulla relativa sfera giuridica.

2. La trascrizione post mortem nella riformata normativa concordataria

Allo stato, la disciplina giuridica del matrimonio canonico civilmente riconosciuto si snoda in un complesso di norme di eterogenea natura (bilaterali ed unilaterali, sia statuali che ecclesiali), che si incontrano nell'unità dell'esperienza, essendo i *christifideles* “contemporaneamente sudditi della Chiesa e sudditi dello Stato”²⁰, alla luce delle quali è possibile annoverare la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico nei registri dello stato civile tra i c.d. *nodi concordatari*²¹, rientrando a pieno titolo nelle questioni dottrinali, giurisprudenziali e pratiche che le “incompiute”²² norme di attuazione della rinnovata normativa concordataria rendono ancora aperte²³.

In chiave negativa si esprime gran parte della dottrina, sostenendo che il testo concordatario revisionato, a differenza di quello previgente, non consentirebbe di trascrivere il matrimonio canonico nei registri di stato civile successivamente alla morte di uno dei due coniugi²⁴.

¹⁸ Cfr. ANTONIO FUCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, in *Diritto e religioni*, 1/2, 2006, p. 279.

¹⁹ Cfr. PIERFRANCESCO RINA, *Alcuni profili successori della convivenza e fattore religioso*, in ANTONIO FUCILLO (a cura di), *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 53.

²⁰ VELASIO DE PAOLIS, *Il Libro Primo del Codice: norme generali (cann. 1-203)*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, Lateran University Press, Roma, 1995, p. 304.

²¹ PAOLO URSO, *Alcuni “nodi” concordatari*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Glossa, Milano, 1996, p. 237.

²² In tema cfr. LUIGI DEL GIUDICE, *La trascrizione tardiva del matrimonio canonico nelle (incompiute) norme di attuazione degli Accordi di Villa Madama*, in *Ius Ecclesiae*, 1, 1993, p. 225 ss.

²³ Cfr. SALVATORE BORDONALI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, in SALVATORE BORDONALI, ANTONIO PALAZZO (a cura di), *Concordato e legge matrimoniale*, Jovene, Napoli, 1990, p. 33.

²⁴ In ambito ecclesiasticistico cfr. MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 287; CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 452; CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato. Profili giurisdizionali*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 214; PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli,

Le principali argomentazioni addotte da questo fronte della dottrina possono essere riunite intorno a tre nuclei principali: a) lo stato civile di coniugato non può essere attribuito ad una persona non in vita, perché tale evento – la morte – “estingue la capacità giuridica di tutte le persone fisiche, escludendo così che possano essere soggetti di qualsiasi rapporto giuridico”, e di conseguenza si esclude la “possibilità di costituire uno *status* che presuppone l’esistenza in vita”²⁵; b) l’art. 14 della l. 27 maggio 1929, n. 847, esclude la trascrizione tardiva quando uno dei coniugi, in epoca successiva alle nozze, fosse stato interdetto per infermità di mente, e di conseguenza “sarebbe stato incoerente non ammettere la trascrizione per la semplice menomazione della capacità di agire derivante dall’interdizione ed ammetterla quando il soggetto aveva cessato addirittura di esistere come centro di imputazione di qualsiasi rapporto giuridico”²⁶; c) “la necessità che ambedue le parti manifestino (sia pure in forma implicita di una di esse) una specifica volontà di conseguire il riconoscimento civile del proprio matrimonio”²⁷.

Ha fatto sue tali argomentazioni anche la giurisprudenza di legittimità, dichiarando “illegittima la trascrizione *post mortem* di un matrimonio canonico richiesta dopo l’entrata in vigore della normativa che ha modificato il Concordato lateranense”²⁸. Inoltre, la Suprema Corte ha affermato che l’adesione del coniuge, così come imposta dall’art. 8 dell’Accordo del 1984, non può ritenersi integrata dalla dichiarazione, resa dai coniugi in occasione della celebrazione, di consentire la trascrizione, ovvero in atti destinati ad operare dopo la morte²⁹.

Tale chiusura, in presenza dello stretto legame tra la trascrizione e la volontà dei coniugi, viene considerata “opinabile” qualora “sia possibile ricostruire l’effettiva volontà del morto in ordine alla domanda di trascrizione”³⁰.

Torino, 2002, p. 83; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 453; ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 381 ss. Tra i commentatori del riformato concordato, per tutti, cfr. FRANCESCO GAZZONI, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e tutela del contraente*, SALVATORE BORDONALI, ANTONIO PALAZZO, *Concordato e legge matrimoniale*, cit., p. 235. In ambito civilistico per tutti, cfr. GILDA FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 56.

²⁵ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Libro Primo, Delle persone e della famiglia (art. 79-83), Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, p. 222 ss.

²⁶ PAOLO MONETA, *ult. op. cit.*, p. 83.

²⁷ PAOLO MONETA, *ult. op. cit.*, p. 83 ss.

²⁸ Corte di Cassazione, sentenza 12 luglio 2002, n. 10141.

²⁹ Corte di Cassazione, sentenza 26 marzo 2001, n. 4359.

³⁰ SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 2006, p. 92.

Dal canto suo, la giurisprudenza di merito aderente a tale fronte sostiene che il decesso di uno dei coniugi preclude all'altro la possibilità di ottenere la trascrizione tardiva, non potendosi ipotizzare né conoscenza né mancata opposizione in capo al coniuge defunto³¹. Pertanto, vengono considerate prive della capacità di esprimere il pur tacito assenso, preteso dalla legge vigente, né le manifestazioni di volontà della trascrizione risalenti al momento della celebrazione, né eventuali dichiarazioni - testamentarie e non - di conferma dell'originaria volontà degli effetti civili rilasciate dal *de cuius* precedentemente alla data di presentazione della tardiva richiesta di trascrizione da parte del coniuge superstite³².

3. Argomenti a sostegno

La Circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 26 febbraio 1986, recante *Istruzioni agli ufficiali dello Stato civile per l'applicazione, allo stato, dell'art. 8, n. 1, dell'Accordo fra la Repubblica Italiana e la Santa Sede, ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121*, apre una prima breccia nel fronte dottrinale e giurisprudenziale che sostiene l'impossibilità ad operare la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico, prescrivendo la sua concessione *ove sia stata richiesta da entrambi i coniugi prima del decesso* (n. XIV). Tale disposizione consente di superare le prime due obiezioni, fondate sul presupposto logico secondo il quale l'esistenza in vita dei coniugi rappresenti la condizione essenziale per la trascrizione³³.

³¹ Tribunale di Catania, sentenza 7 ottobre 1989, in *Giurispr. merito*, 1990, p. 543; Tribunale di Verona, sentenza 14 marzo 1996, in *Giurispr. merito*, 1996, p. 995.

³² Tribunale di Milano, sentenza 27 aprile 2005, in www.olir.it. Va sottolineato che nello svolgimento del procedimento – avente ad oggetto una donazione sottoposta alla seguente condizione: “la donataria dovrà provvedere, prima di accettare la presente donazione, alla trascrizione nei registri dello stato civili del matrimonio canonico celebrato...in data...” – il Pubblico ministero ha concluso per il rigetto delle domande attore consistenti nel sentir dichiarare la nullità, l'inefficacia e l'inesistenza della trascrizione postuma del matrimonio. Inoltre, in tal senso si era espresso anche l'incaricato al parere *pro veritate*, per il quale la casistica giurisprudenziale è “incentrata sull'assenza di adeguate forme relativamente alla espressione del consenso all'attribuzione di effetti civili al proprio matrimonio canonico da parte del coniuge poi deceduto”. In tal caso il notaio rogante aveva personalmente raccolto le dichiarazioni del donante in ordine alla necessità della trascrizione *post mortem* del matrimonio, già avvenuto, al fine della validità dell'atto, e aveva conseguentemente inserito nel contratto la formula della condizione quale “veste giuridica appropriata”. La donazione conteneva la seguente condizione (sospensiva): “3) Qualora la trascrizione non avvenga la presente donazione si intenderà come mai avvenuta”. In conclusione, è stata dichiarata la nullità della trascrizione, con consequenziale nullità della donazione e della successiva accettazione effettuata dal coniuge superstite al notaio.

³³ Trib. Roma, 30 luglio 1990, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 1990, p. 684.

Orbene, nessun problema pone la trascrizione tempestiva *post mortem*, avendo entrambi i coniugi manifestato il proprio consenso durante la celebrazione religiosa apponendo la seconda firma sull'atto di matrimonio, ed autorizzando così il parroco ad inoltrare la relativa istanza all'ufficiale dello stato civile. In tal caso sarà possibile procedere alla trascrizione su istanza del parroco anche qualora *medio tempore* tra la celebrazione e la trascrizione si verifichi la morte di uno o di entrambi i coniugi³⁴.

Maggiori riflessioni sono invece necessarie relativamente alla trascrizione tardiva *post mortem*, qualora i coniugi si siano avvalsi della dispensa, concessa dall'Ordinario del luogo, dall'obbligo del riconoscimento agli effetti civili assicurato dal Concordato³⁵, e non abbiano poi provveduto a presentare istanza di trascrizione all'ufficiale dello stato civile quando ancora entrambi in vita.

Nulla quaestio qualora venga formulata istanza congiunta di trascrizione tardiva, dovendo l'ufficiale di stato civile procedere alla trascrizione del relativo atto anche se durante lo svolgimento degli adempimenti si verifichi il decesso di uno o entrambi i coniugi. In senso positivo si pone la dottrina anche nell'ipotesi in cui la richiesta di trascrizione provenga da uno solo dei coniugi in forma esplicita con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, premorto all'atto di trascrizione ma ancora in vita al momento della presentazione dell'istanza stessa all'ufficiale dello stato civile³⁶.

Maggiori difficoltà emergerebbero, invece, quando l'istanza di trascrizione venga formulata da uno solo dei coniugi unitamente ad una dichiarazione di conoscenza e non opposizione dell'altro destinata ad avere efficacia successivamente alla sua morte, non essendo la sola mancata opposizione di per sé sufficiente (Circ. min., XIV). In tale ipotesi, nodo nevralgico da

³⁴ SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *op. cit.*, p. 91, argomentando in tema di trascrizione tardiva, sostengono che il parroco, qualora vi sia stato l'adempimento di tutte le prescrizioni concordatarie, unitamente alla richiesta di trascrizione formula in occasione della celebrazione, "possa (o anzi debba) richiedere la trascrizione qualora abbia omesso di procedere tempestivamente per negligenza o per qualsiasi altro motivo indipendentemente dalla volontà dei coniugi o di uno di essi essendo, probabilmente, in questo caso cura (onere) dell'ufficiale dello stato civile di accertare l'effettiva situazione. Negli altri casi (mancanza originaria o sopravvenuta della volontà ad hoc di ambedue coniugi) la richiesta di trascrizione tardiva del parroco è del tutto inefficace, né costituisce fondamento per una valida trascrizione". Inoltre, GENNARO FRANCIOSI, RAFFAELE PICARO, *Matrimonio e filiazione*, Utet, Torino, 2000, p. 43 sostengono che in caso di ritardo – ossia oltre i cinque giorni previsti – della trasmissione dell'originale dell'atto di matrimonio da parte del parroco per negligenza, questi "risponderà degli eventuali danni nei confronti dei coniugi".

³⁵ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, D.G.M.C., nn. 1, § 2, 40, 41 e 42.

³⁶ SARA DOMIANELLO, *I matrimoni "davanti a ministri di culto"*, in PAOLO ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I/1, Giuffrè, Milano, 2002, p. 445 ss., ritiene però inammissibile la trascrizione tardiva *post mortem* al di fuori di questa ipotesi.

sciogliere consiste nel ricercare gli strumenti operativi concreti mediante i quali il soggetto potrebbe esprimere “ora per allora” la propria *conoscenza e non opposizione* alla trascrizione, veicolando in tal modo il proprio diritto di libertà religiosa mediante un atto che profondamente coinvolge la propria dimensione esistenziale.

Anche in questo caso, in assenza di una legge di attuazione, svolge un ruolo integrativo la succitata Circolare, la quale assegna all’ufficiale dello stato civile l’obbligo di “acquisire piena sicurezza sulla chiara ed esplicita volontà di entrambi i coniugi di conferire effetti civili al loro matrimonio, ricevendo lui stesso le loro istanze, orali o scritte, accertando di queste la provenienza e l’effettivo contenuto e redigendo al riguardo apposito processo verbale; rifuggirà in ogni caso dall’indursi a interpretare in un senso o nell’altro il comportamento dei coniugi, o espressioni, orali o scritte, sia pure da loro provenienti, dubbie ed equivoche” (Circ. min., XIII).

In presenza di tale disposizione, avente il fine di evitare eventuali abusi della normativa concordataria per fini ad essa estranei, pienamente condivisibile appare l’individuazione in un “regolare testamento” dello strumento concreto mediante il quale il coniuge defunto avrebbe potuto esprimere, *ex art. 587, comma 2, del codice civile*, la propria *conoscenza e la non opposizione* alla trascrizione del matrimonio canonico ad opera dell’altro coniuge. Tale ipotesi viene, infatti, ritenuta “assolutamente plausibile, in quanto un consenso manifestato attraverso un veicolo giuridico idoneo, è forse sufficiente a suffragare l’ipotesi della *non opposizione*”³⁷, ed eventualmente anche della *conoscenza* effettiva della volontà dell’altro coniuge a trascrivere il matrimonio canonico nei registri di stato civile qualora non sarà più in vita.

Tale prospettiva ermeneutica salvaguarderebbe la volontà del *de cuius*, ritenuta “bene primario”³⁸, e nella cui interpretazione “si deve avere riguardo alla volontà genuina ed intima del testatore, che è preminente sul significato letterale delle disposizioni scritte e risale al concetto, al quale la manifestazione si deve ritenere ispirata”³⁹.

In ogni caso, la volontà così manifestata, per soddisfare pienamente quanto l’ufficiale di stato civile ha il dovere di verificare, dovrà essere chiara, esplicita e di certa provenienza.

³⁷ ANTONIO FUCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, cit., p. 279. In tal senso anche, FELICE CENTINEO CAVARRETTA, *Sulla trascrizione “post mortem” del matrimonio canonico dopo l’accordo del 1984*, in *Dir. Eccl.*, 2, 2002, p. 12.

³⁸ ANTONIO FUCILLO, *ult. op. cit.*, p. 278.

³⁹ EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1960, p. 336 ss.

Va, dunque, sottolineato che già in altri ambiti coinvolgenti la dimensione esistenziale e la coscienza della persona, il testamento viene indicato quale strumento mediante il quale esprimere efficaci e valide manifestazioni di volontà a contenuto non patrimoniale: riconoscimento del figlio naturale (art. 284 c.c.), legittimazione del figlio naturale (art. 245 c.c.), disposizioni a favore dell'anima (art. 629 c.c.), confessione stragiudiziale (art. 2735 c.c.), cremazione e dispersione delle ceneri (l. 30 marzo 2001, n. 130, art. 3), consenso alla donazione degli organi (l. 1 aprile 1999, n. 91) e *ius eligendi sepulcrum*.

Da ciò che il testamento può certamente diventare “un luogo di espressione della libertà religiosa dell'individuo, nel momento in cui affronta e risolve le questioni giuridiche legate alla propria morte, momento fisiologico al quale il sentimento di religiosità dell'individuo è sempre indissolubilmente legato”⁴⁰.

Non condivisibile appare, quindi, il diniego di conferire al negozio testamentario il ruolo di strumento concreto mediante il quale esprimere la conoscenza e la non opposizione alla trascrizione del matrimonio, operato sostenendo che “una disposizione di tale tipo, contenuta in un testamento, non può essere considerata consentita dalla legge (art. 587, comma 2, c.c.), perché non espressamente prevista”⁴¹. Tali argomentazioni, infatti, non tengono conto che il “primato della coscienza”⁴², unitamente alla centralità dei desideri ultimi della persona, ha sottoposto ad una notevole flessione ermeneutica l'art. 587, comma 2, c.c., ammettendo anche dichiarazioni di volontà non previste dalla legge: il c.d. testamento biologico o *living will*⁴³, oltre a non essere normato, rappresenta il caso emblema del *trend* in base al quale “il contenuto non patrimoniale del testamento ha via via assunto maggior rilievo rispetto al contenuto patrimoniale”⁴⁴.

Va poi ritenuta erronea l'affermazione secondo la quale la trascrizione

⁴⁰ ANTONIO FUCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, cit., p. 115.

⁴¹ Per tutti cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 453.

⁴² In tema si rinvia ampiamente a GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Studium, Roma, 1992. Sempre in tema di coscienza, GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 73, parla anche di “normatività della coscienza”.

⁴³ MASSIMO PRODIGO, *Testamento biologico, famiglia e libertà religiosa*, in ANTONIO FUCILLO (a cura di), *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, cit., p. 136, definisce il testamento biologico “una manifestazione di volontà con la quale un soggetto, sottraendo al medico un suo potere discrezionale, detta disposizioni circa il cosiddetto accanimento terapeutico, nominando un fiduciario che renda edotti i medici di detta volontà”.

⁴⁴ MASSIMO PRODIGO, *op. cit.*, p. 136.

post mortem sia espressamente vietata dalla legge⁴⁵, poiché né la già citata Circolare ministeriale, né l'Accordo di Villa Madama del 1984, né la l. 27 maggio 1929, n. 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 fra la Santa Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio* –, indicano tra gli impedimenti alla trascrizione tardiva la non esistenza in vita dei coniugi.

In merito a tale problematica si è pronunciata anche la Corte d'Appello di Catania adducendo che “la richiesta di trascrizione *post mortem* non è incompatibile con la norma dell'Accordo, neanche nel caso che la conoscenza e la non opposizione non risultino da dichiarazioni acquisite agli atti dall'ufficiale dello stato civile; o se si riferiscono ad una futura richiesta di trascrizione, quando di essa il coniuge abbia manifestato in modo serio ed univoco l'intento”⁴⁶. Parte della dottrina ha fatto sue tali argomentazioni⁴⁷.

L'abrogazione dell'art 14 l. m. nella parte in cui consente a *chiunque vi abbia interesse* di richiedere la trascrizione del matrimonio qualora venga inizialmente omessa, per incompatibilità con il rinnovato assetto concordatario, che riconosce tale potere esclusivamente ai coniugi, non travolgerebbe la disposizione nella parte in cui dispone che ciò possa avvenire *in ogni tempo*, dovendosi distinguere l'elemento soggettivo da quello temporale.

In tale prospettiva verrebbe attribuito alla giurisprudenza il delicato compito di verificare nel singolo caso, di volta in volta, quale sia stata l'effettiva volontà del coniuge defunto eventualmente contenuta in atti di varia natura.

Non manca, poi, chi si è dichiarato propenso “ad interpretare la normativa in modo non eccessivamente rigoroso; nel senso di consentire la prova con qualsiasi mezzo della conoscenza e della non opposizione dell'altro coniuge, e nel senso di ammettere la trascrizione tardiva anche quando la volontà del coniuge sia stata manifestata chiaramente (per es. in un testamento o in altro atto non sospetto) prima della morte o della perdita della sua capacità di intendere e di volere”⁴⁸; ovvero sostiene che “l'Accordo di modificazione ripropone la costruzione del matrimonio concordatario delineata nel 1929,

⁴⁵ Tribunale di Milano, sentenza 27 aprile 2005, in www.olir.it.

⁴⁶ Corte d'Appello di Catania, decreto 16 maggio/31 maggio 1990.

⁴⁷ PAOLO URSO, *op. cit.*, p. 254 ss.

⁴⁸ FERNANDO SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Utet, Torino, 1989, p. 167 ss. In senso favorevole anche SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *op. cit.*, p. 92, i quali esprimono riserve alla chiusura operata dalla Corte di Cassazione (sentenza 12 luglio 2002, n. 10141), la quale dichiara “illegittima la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico richiesto dopo l'entrata in vigore della normativa che ha modificato il Concordato lateranense”.

giacché ripete, nella loro essenza, le regole relative alla trascrizione⁴⁹.

Tale argomentazione, non esente da critiche⁵⁰, ha consentito di individuare, oltre al testamento, ulteriori strumenti mediante i quali la conoscenza e la non opposizione alla trascrizione del matrimonio canonico possano essere manifestate con l'intento di operare *post mortem*: donazione con effetti sospensivamente condizionati alla morte del donante⁵¹ e contratto a favore del terzo (es. il c.d. "vitalizio" ed il contratto di mantenimento), nei quali la trascrizione del matrimonio canonico successivamente alla morte del soggetto – donante o disponente – costituisce ulteriore condizione sospensiva.

Dalla casistica giurisprudenziale si rileva un ulteriore tipologia di atto impiegato con effetto integrativo dell'istanza di trascrizione tardiva *post mortem*: il ricorso da parte del coniuge superstite ad una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, da lui sottoscritta, attestante che l'altro coniuge aveva in vita ripetutamente manifestato l'intenzione di ottenere la trascrizione del matrimonio canonico⁵². In tal caso, però, non appare condivisibile la soluzione adottata, in quanto la non provenienza della dichiarazione dal coniuge deceduto ridurrebbe la relativa istanza di trascrizione ad un mero atto unilaterale⁵³.

In ogni caso i coniugi devono aver conservato ininterrottamente lo *status libertatis* dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, la cui efficacia retroattiva opererebbe entro il limite dei *diritti legittimamente acquisiti dai terzi* (art. 8.1, comma 6, Accordo 1984), al fine di tutelarne la buona fede ed i relativi interessi⁵⁴.

⁴⁹ SANDRO GHERRO, *L'Accordo di modificazione e il matrimonio concordatario*, in GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *La revisione del Concordato*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1985, p. 128.

⁵⁰ ANTONIO VITALE, *op. cit.*, p. 382, sostiene che ciò potrebbe aprire la strada ad ogni sorta di abuso.

⁵¹ In tal caso, il Tribunale di Milano, sentenza 27 aprile 2005, in www.olir.it, si è espresso, però, negativamente in merito alla trascrizione.

⁵² In tal caso, il Tribunale di Macerata, ordinanza 7 novembre 1988, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 1990, p. 678 ss., si è espresso positivamente alla trascrizione.

⁵³ FRANCESCO GAZZONI, *op. cit.*, p. 257 ss., reputa "aberrante" che in caso di matrimonio civile gli effetti possano scaturire solo da un accordo, mentre in caso di matrimonio concordatario essi possono seguire ad una manifestazione unilaterale di volontà collegata ad un mero silenzio.

⁵⁴ Cfr. ANTONIO VITALE, *op. cit.*, p. 382.

4. *Profili comparativi*

Dalla lettura dei Concordati e degli Accordi generali sottoscritti dalla Santa Sede, si rileva la grande attenzione prestata al riconoscimento degli effetti civili al matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico, regolamentando minuziosamente il procedimento di trascrizione – iscrizione o registrazione –, e prevedendone talvolta anche la possibilità di procedervi in un momento successivo alla morte di uno o entrambi i coniugi.

Sulla scia dei Patti lateranensi sottoscritti tra la Santa Sede e l'Italia nel 1929, la trascrizione *post mortem* esordirà in forma esplicita nel Concordato sottoscritto con la Repubblica Portoghese⁵⁵, nel quale viene sancito che “non osta alla trascrizione la morte di uno o di ambedue i coniugi” (art. 23, comma 2). Inoltre, è previsto che qualora la trascrizione non venga effettuata entro 7 giorni dalla celebrazione gli effetti relativamente ai terzi verranno prodotti solo a cominciare dalla data della trascrizione (art. 23, comma 1). Tale impianto normativo sarà riprodotto puntualmente all'art. 14, comma 1 e 2, del Concordato sottoscritto tra le stesse parti il 18 maggio 2004.

Tale riconferma non sarà invece effettuata nel caso della Spagna. Il Concordato del 1953, infatti, nel riconoscere pieni effetti civili al matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico⁵⁶, sanciva che “non sarà ostacolo alla trascrizione la morte di uno o di entrambi i coniugi”⁵⁷, unitamente alla tutela dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi. Tali norme non saranno poi riprodotte nell'Accordo del 1979⁵⁸, il cui art. VI pur riconoscendo gli effetti civili mediante l'iscrizione nel Registro civile, impone quale limite temporale per la sua effettuazione, a carico del Parroco, il termine di cinque giorni, mentre nulla è disposto nel Protocollo finale (circa l'art. VI, 1) in merito alla morte dei coniugi. Pertanto, abrogato l'art. XXIII del Concordato del 1953 ex art. VIII del nuovo Accordo, deve concludersi che l'attuale sistema concordatario spagnolo non consente la trascrizione *post mortem*.

Posizione favorevole è, invece, assunta nel Concordato del 1954 sottoscritto tra la Santa Sede e la Repubblica Domenicana, nel quale, oltre a riconoscere pieni effetti civili a tutti i matrimoni celebrati secondo le norme del diritto

⁵⁵ Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese, firmato il 7 maggio 1940, in AAS, 32, (1940), p. 217-223.

⁵⁶ Concordato tra la Santa Sede e la Spagna, art. XXIII, in AAS, 45, (1953), p. 625-656.

⁵⁷ Concordato tra la Santa Sede e la Spagna, Protocollo finale, Circa l'art. XXIII, in AAS, 45, (1953), p. 625-656.

⁵⁸ Accordo tra la Santa Sede e la Spagna, AAS, 72, (1980), p. 29-62.

canonico (art. XV), si sancisce che “nulla osta alla trascrizione la morte di uno o di entrambi i coniugi”⁵⁹.

In tal senso anche il Concordato con la Repubblica di Colombia, a norma del cui Protocollo finale (circa l’art. VII) “la morte di uno o di entrambi i coniugi non sarà di ostacolo a detta iscrizione”⁶⁰. Tale disposizione non verrà però riprodotta nell’Accordo di modifica al Concordato del 1973, firmato il 20 novembre 1992.

Diversi criteri di ingegneria legislativa risultano invece impiegati nella redazione della Convenzione sugli effetti civili del matrimonio canonico e delle relative decisioni ecclesiastiche, sottoscritto tra la Santa Sede e la Repubblica di Malta⁶¹, ai sensi della quale è dovere del Parroco trasmettere l’atto di matrimonio al Registro Pubblico entro cinque giorni utili dalla celebrazione per la debita trascrizione (art. 2, comma 1), ovvero di effettuarla al più presto possibile (art. 2, comma 2). La possibilità di trascrivere il matrimonio in un momento successivo alla morte di uno dei coniugi è resa possibile mediante una più ampia interpretazione dell’art. 2, comma 2, ai sensi del quale “le parti, anche una di esse, hanno sempre il diritto di chiedere la trasmissione. La trasmissione tardiva non osta alla trascrizione”.

Diverso modello di scrittura normativa si rinviene, invece, nell’Accordo sottoscritto dalla Santa Sede con la Repubblica di Lettonia⁶², nel Concordato con la Repubblica di Polonia⁶³, nell’Accordo la Repubblica di Croazia circa le questioni giuridiche⁶⁴ e nell’Accordo con la Repubblica Slovacca⁶⁵, nei quali, in materia di trascrizione, viene sancito il rinvio al diritto interno.

Dalla loro lettura emerge quale sia in tema l’orientamento *ex parte Ecclesiae*, volto a non relegare l’istituto della trascrizione a ruolo di mero “raccordo tecnico”⁶⁶ tra i due ordinamenti, con funzione di pubblicità nell’ambito statale, evidenziandone l’indissolubile connessione funzionale ai desideri ed

⁵⁹ Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica Domenicana, Protocollo finale (circa l’art. XV), in AAS, 46, (1954), p. 433-457.

⁶⁰ Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Colombia, Protocollo finale (circa l’art. VII), in AAS, 67, (1975), p. 421-434.

⁶¹ Convenzione sugli effetti civili del matrimonio canonico e delle relative decisioni ecclesiastiche, sottoscritto tra la Santa Sede e la Repubblica di Malta, in AAS, 89, (1997), p. 679-694.

⁶² Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Lettonia, sottoscritto l’8 novembre 2000, non ancora ratificato.

⁶³ Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia, in AAS, 90, (1998), p. 310-329.

⁶⁴ Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Croazia, in AAS, 89, (1997), p. 277-302.

⁶⁵ Accordo base tra la Santa Sede e la Repubblica Slovacca, in AAS, 93, (2001), p. 136-155.

⁶⁶ VINCENZO DEL GIUDICE, *Il matrimonio nel diritto canonico e nel diritto concordatario italiano*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 96.

alle esigenze religiose della persona.

Inoltre, l'impiego della lente del comparatista in quest'ambito potrebbe contribuire ad una migliore ermeneutica del singolo impianto normativo concordatario⁶⁷. La comparazione, infatti "consente di conoscere non soltanto le esperienze straniere, ma anche più approfonditamente il proprio ordinamento"⁶⁸, il quale apparirà in una diversa prospettiva, facendo scoprire nuovi aspetti e mitigando, talvolta, dibattiti dottrinali relativi a temi non pacifici, attraverso la delineazione di soluzioni più idonee ed efficaci.

È questo sicuramente il caso dell'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama sottoscritto tra Santa Sede e Repubblica Italiana il 18 febbraio 1984, in prospettiva della sostenibilità della trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico nei registri di stato civile, ed in attesa di una nuova legge matrimoniale⁶⁹, pur non mancando obiezioni alla comparabilità del "caso Italia"⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, PAOLO CAVANA, *Conoscere il diritto ecclesiastico*, Studium, Roma, 2006, p. 185.

⁶⁸ LEOTIN-JEAN COSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, in ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Sistemi Giuridici Comparati*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 261.

⁶⁹ MARIO TEDESCHI, *Attualità e caducità del concordato*, in ID., *Studi di diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 2004, p. 72, sostiene che la nuova legge matrimoniale non sarà più varata.

⁷⁰ TARCISIO BERTONE, *Il rapporto giuridico tra Chiesa e comunità politica*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, III, Lateran University Press, Roma, 2004, p. 672.