

DOTTRINA

GIURISPRUDENZA CREATIVA, SOPRAVVIVENZA E CRISI DEL SISTEMA MATRIMONIALE CONCORDATARIO

GABRIELE FATTORI

ABSTRACT: La disciplina matrimoniale concordataria si sta trasformando in un sistema di diritto giurisprudenziale. Oggi la crisi del sistema matrimoniale concordatario appare irreversibile, tra l'altro a causa dell'efficienza dell'istituto del divorzio. L'efficacia civile delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale è ormai un'ipotesi residuale per la difficoltà di conciliare diritto matrimoniale canonico e diritto matrimoniale italiano. La giurisprudenza, quindi, può essere considerata nello stesso momento l'origine della sopravvivenza e della crisi del sistema matrimoniale concordatario.

PAROLE CHIAVE: matrimonio concordatario, giurisprudenza creativa, laicità, delibazione, divorzio.

ABSTRACT: The regulation of concordatarian marriage has been transformed into a system dominated by the decisions of the judiciary. Today, the crisis of the concordatarian system seems irreversible, given the efficiency of divorce. Today, the civil efficacy of the canonical declaration of invalidity is a marginal hypothesis given the difficulties in reconciling canonical matrimonial law and Italian matrimonial law. To this extent, the role of the judiciary (and its decisions) can be considered the origin of the survival and, at the same time, the crisis of the concordatarian marriage.

KEYWORDS: concordatarian marriage, judicial law, creative jurisprudence, secularism, exequatur, divorce.

SOMMARIO: 1. Premessa. Immobilismo parlamentare, giurisprudenza creativa e dilemma contro-maggioritario. – 2. Cattolicesimo di stato e giurisdizione ecclesiastica esclusiva: l'efficienza del sistema matrimoniale lateranense. – 3. Svolta costituzionale e ruolo delle Corti: l'involuzione del sistema matrimoniale concordatario. – 3.1. Le Corti agiscono dall'esterno: il nuovo 'ordine pubblico matrimoniale italiano' e l'inefficienza della trascrizione. – 3.2. Le Corti agiscono dall'interno: il controllo sul processo e sulla sentenza canonica, le inefficienze della delibazione. – 4. Judicialization of politics. 'Nuovo' concordato, tribunalizzazione e crisi del sistema matrimoniale concordatario. – 5. Delibazione e norme giurisprudenziali. – 5.1. I principi

generali di delibazione. – 5.2. Le condizioni particolari di delibazione. – 6. Cinque fattori di crisi del sistema matrimoniale concordatario. – 7. Responsabilità e virtù delle Corti superiori nella crisi del sistema matrimoniale concordatario. – 8. Conclusioni. L'equità, oggi, del sistema matrimoniale concordatario e una proposta *de iure condendo*.

1. PREMESSA. IMMOBILISMO PARLAMENTARE,
GIURISPRUDENZA CREATIVA E DILEMMA CONTRO-MAGGIORITARIO*

IL ruolo della giurisprudenza nella costruzione della laicità costituzionale italiana si è dimostrato ben più incisivo della funzione nomofilattica ricevuta dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario di assicurare l'«esatta osservanza» e l'«uniforme interpretazione della legge», l'«unità del diritto oggettivo nazionale» e il «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni». Allora gli studiosi parlano di 'nomopoiesi' o 'diritto giurisprudenziale', di giurisprudenza 'creativa' e del giudice 'supplente' del legislatore. Le riforme della Cassazione civile (2006)¹ e del processo civile (2009)² non possono, da sole, spiegare l'attuale centralità delle decisioni del potere giudiziario rispetto alle opzioni politiche che invece, secondo alcuni studiosi, va attribuita all'«inerzia legislativa»³ di un patologico «immobilismo parlamentare». ⁴ Altri invece ritengono patologico il rovesciamento delle scelte del processo democratico-legislativo ad opera del potere giudiziario che la dottrina americana ha

* Il presente articolo sviluppa con integrazioni, approfondimenti e aggiornamenti le riflessioni esposte dall'Autore con la relazione 'Evoluzione del matrimonio civile e criticità del sistema matrimoniale concordatario' nell'ambito del programma dei 'Seminari per Professori' della Pontificia Università della Santa Croce il 7 aprile 2016. Quanto alla titolazione dell'articolo, precisiamo che considerati gli ultimi sviluppi legislativi e giurisprudenziali, 'crisi' del matrimonio concordatario sembra indubitabilmente più appropriato del lemma 'criticità', più sfumato, proposto nella relazione. Sul piano metodologico e secondo il pensiero dell'Autore, l'articolo rappresenta l'evoluzione e poi l'involutione del sistema matrimoniale concordatario come un fenomeno in cui il ruolo della giurisprudenza è stato nettamente prevalente sia rispetto alle decisioni e ai negoziati dei Legislatori, sia rispetto agli orientamenti e all'influenza della dottrina.

¹ D. Lgs., 2 febbraio 2004, n. 40.

² L. 18 giugno 2009, n. 69.

³ L'«inerzia legislativa» come fenomeno distintivo dell'esperienza giuridica nazionale in generale e rispetto ad alcuni settori dell'ordinamento in particolare, è stata rilevata da molti studiosi. *Ex plurimis*, si vedano: G. DALLA TORRE, *Bioetica e ordinamento giuridico italiano*, in IDEM, *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 29-64 e in particolare le pp. 29-32 e S. FERRARI, *Il diritto ecclesiastico e le stagioni della giurisprudenza costituzionale*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», novembre 2007, pp. 1-4, in particolare p. 3.

⁴ L'espressione è di G. B. VARNIER, *Strade maestre e sentieri dimenticati. La Corte costituzionale e il fenomeno religioso in mezzo secolo di esperienza giuridica*, in R. BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2006, pp. 353-366 (l'espressione si trova a p. 364).

sintetizzato nella nozione di *counter-majoritarian difficulty*⁵ e che il costituzionalismo italiano traduce come «dilemma contro-maggioritario».⁶

L'azione normativa della giurisprudenza trova una delle sue più attuali ed emblematiche espressioni dentro il diritto ecclesiastico e rispetto alle condizioni di efficacia delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale in Italia. L'evoluzione del sistema matrimoniale concordatario è stata di fatto delegata alla giurisprudenza Costituzionale nella fase che ha preceduto i nuovi accordi Stato-Chiesa cattolica del 1984, e alla giurisprudenza di legittimità nella fase successiva. Dal 1984 ad oggi, il sistema matrimoniale concordatario si è così sviluppato in un sistema di norme giurisprudenziali nel tentativo di difendere legittimità e coerenza della normativa matrimoniale concordataria e di mantenere comunicanti i modelli matrimoniali ormai indipendenti del diritto civile e del diritto canonico⁷ tramite un sempre più complesso bilanciamento tra i principi del rispetto dell'ordine pubblico italiano e del rispetto della specificità dell'ordinamento canonico.

2. CATTOLICESIMO DI STATO E GIURISDIZIONE ECCLESIASTICA ESCLUSIVA: L'EFFICIENZA DEL SISTEMA MATRIMONIALE LATERANENSE

Il matrimonio cattolico ad effetti civili viene introdotto in Italia nel 1929 con legge n. 810 di ratifica dei Patti lateranensi, accordi internazionali tra Stato italiano e Chiesa cattolica, tra i quali il Concordato, da cui il nome di matrimonio concordatario. Con il matrimonio concordatario lo Stato italiano concede ai cattolici la possibilità di contrarre un matrimonio canonico secondo il diritto e il rito conformi alla propria fede e assicura loro che lo *status* coniugale religiosamente acquisito sia valido anche nell'ordinamento statale. Da un lato, l'istituto risponde ad un principio di economia giuridica poiché risparmia ai cattolici l'obbligo di celebrare un doppio matrimonio: il matrimonio canonico *uti fideles*, e il matrimonio civile *uti cives*. Dall'altro, il matrimonio concordatario converte l'ordinamento italiano in

⁵ Il primo a sollevare il 'dilemma contromaggioritario' è stato A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merril, Indianapolis 1962.

⁶ C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, «Rivista AIC. Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa», Jovene, Napoli 2006. Quello del ruolo contro-maggioritario delle Corti è diventato da tempo un tema centrale anche nella riflessione del costituzionalismo italiano. Per un primo approccio al tema si veda O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014. Per comprendere come il tema incroci anche il rapporto tra diritto nazionale e sovranazionale si veda S. MANCINI, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario*, «Giurisprudenza costituzionale», 2009, pp. 4055-4083.

⁷ A. ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino 2007, p. 72.

un regime di ‘pluralismo matrimoniale’ al cui interno convivono due tipologie matrimoniali alternative, civile e concordatario a cui poi la legge sui culti ammessi n. 1159/1929 affianca i matrimoni religiosi delle confessioni acattoliche.⁸ Il pluralismo matrimoniale archivia definitivamente una precedente esperienza giuridica secolare di ‘monopolio matrimoniale’ dove fino al 1865 veniva ammesso solo il matrimonio religioso cattolico e, dopo il 1865 e fino al 1929, era riconosciuto soltanto il matrimonio civile laico. Per eterogenesi dei fini, la conversione italiana al pluralismo matrimoniale, in origine parte integrante e distintiva del confessionismo fascista, evolverà fino a diventare sia l’espressione del ‘principio pluralista’ incorporato nella svolta repubblicana/costituzionale e poi neoconcordataria sia, al tempo stesso, una conseguenza della riemersione dei diritti religiosi nello spazio pubblico per la «ricomposizione» multiconfessionale «della geografia religiosa» nazionale.⁹

Nel 1929, l’ambivalenza del matrimonio concordatario, canonica e civile, è affidata agli automatismi della trascrizione e della ‘delibazione’, o meglio, del riconoscimento dell’efficacia civile delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale. La trascrizione automatica dell’atto matrimoniale canonico nei registri dello stato civile assicura che il matrimonio religiosamente costituito sia valido anche nell’ordinamento civile italiano. La ‘delibazione’, o meglio, l’efficacia civile, anch’essa automatica, della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale da parte del giudice italiano, assicura che il matrimonio dichiarato nullo dal giudice ecclesiastico sia riconosciuto nullo anche in Italia. In ultima analisi, l’efficienza del sistema matrimoniale concordatario dell’epoca è sintetizzata nel principio per cui il matrimonio valido per la Chiesa è valido anche nello Stato italiano e il matrimonio che per qualche ragione perde validità nell’ordinamento della Chiesa, cessa di avere vigore anche nel diritto italiano.

A propria volta, tuttavia, l’efficienza degli automatismi di trascrizione-‘delibazione’ dipende dalla tenuta dei rispettivi presupposti/fondamenti concordatari e del contesto pregiuridico (politico, sociale e culturale) del Concordato stesso. Da un lato, la trascrizione trova fondamento nel principio della religione cattolica-religione di Stato del Trattato lateranense. In altre

⁸ Cfr. artt. 7-12, L. 1159/1929. La dottrina ha fatto rilevare come inizialmente i matrimoni religiosi acattolici non costituivano autonome tipologie matrimoniali ma, più propriamente, ‘matrimoni civili celebrati in forma speciale’ e però anche che «attualmente questa assimilazione sembra essersi attenuata soprattutto per quel che riguarda la figura e la capacità del ministro di culto, il quale, avendo ora acquisito una piena indipendenza e autonomia, sembra del tutto paragonabile al ministro del culto cattolico», cfr. A. ALBISETTI, *Il matrimonio delle confessioni religiose di minoranza*, Giuffrè, Milano 2013, p. 3 e p. 16.

⁹ S. FERRARI, *Prefazione*, in IDEM, *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, il Mulino, Bologna 2008, pp. 9-21.

parole, il carattere «privilegiario»¹⁰ del matrimonio cattolico trascritto, accessibile soltanto alla popolazione cattolica, si giustifica dentro un più ampio *status* di privilegio istituzionale attribuito alla Chiesa e alla religione cattolica in Italia. Dall'altro lato, la 'delibazione' della nullità matrimoniale canonica, che realizza l'espromissione del giudice italiano dalla materia matrimoniale concordataria, è a sua volta un'implicazione, se non proprio l'applicazione, del principio che riserva la materia matrimoniale concordataria in via esclusiva alla giustizia ecclesiastica (art. 34 Conc. lat.).

Ma prima ancora che ai suoi fondamenti giuridici concordatari, il funzionamento del sistema matrimoniale concordatario del 1929 è riconducibile ad un dato pre-giuridico socio-culturale: la condivisione – da parte di laici e cattolici – di un'unica e indiscussa idea di matrimonio. Per lo Stato italiano di allora, non meno che per la Chiesa cattolica, il matrimonio è eterosessuale, monogamico e indissolubile. Naturalmente per lo Stato il matrimonio non è, come invece è per la teologia cattolica, *sacrae rei signum*, un sacramento. Tuttavia, perfino il diritto laico recupererà nel tempo l'idea di una dimensione e/o finalità etica del matrimonio. Così, nel 1970, la legge sul divorzio n. 898 definisce il matrimonio «comunione materiale e spirituale tra i coniugi» superando la concezione del matrimonio-contratto risalente e strumentale alla contrapposizione tra contratto e sacramento di radice ottocentesca.

Il sistema matrimoniale concordatario, cioè di fatto una delega in bianco all'ordinamento canonico e alla giustizia ecclesiastica, risulta quindi omogeneo ad un contesto, politico, istituzionale e sociale che si autoproclama cattolico e a questo contesto consegna la sua stessa sopravvivenza giuridica. Si comprende dunque perché, mutato nel tempo il contesto e con esso anche il modello matrimoniale di riferimento del diritto civile,¹¹ lo Stato italiano non potrà più garantire l'efficacia civile delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale con la stessa automaticità di prima.

3. SVOLTA COSTITUZIONALE E RUOLO DELLE CORTI:

L'INVOLUZIONE DEL SISTEMA MATRIMONIALE CONCORDATARIO

Caduto il fascismo, la Costituzione repubblicana opera un rinvio alla legislazione bilaterale lateranense ma ne supera sostanzialmente l'impianto logico-giuridico; riformula i fondamenti dell'ordinamento italiano in senso democratico, laico e pluralista; annuncia e induce una svolta culturale; previene e

¹⁰ F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 10 ed., aggiornata a cura di A. Bettetini, G. Lo Castro, Zanichelli, Bologna 2009, p. 459.

¹¹ Sull'evoluzione del modello matrimoniale civilistico sia consentito rinviare a G. FATTORI, *La conjugalité en Italie: entre idéal religieux et évolution juridique*, «Revue de droit canonique», 66 (2016), pp. 293-310. Cfr. *infra*, § 6 II).

disciplina la metamorfosi sociale; riscrive l'ordine pubblico matrimoniale e familiare italiano; prepara la revisione dei Patti lateranensi del 1984.

Nella transizione repubblicana la giurisprudenza, soprattutto costituzionale, è protagonista. L'elaborazione giurisprudenziale erode il contesto giuridico e non soltanto giuridico del sistema matrimoniale concordatario. L'erosione di quel contesto si riflette nelle prime disfunzioni del sistema matrimoniale concordatario e degli automatismi che ne regolano il funzionamento. L'azione della giurisprudenza sul sistema matrimoniale concordatario è duplice: dall'esterno, rispetto alla trascrizione, con la riforma dell'ordine pubblico matrimoniale italiano; e dall'interno, rispetto alla delibazione, a protezione della legittimità costituzionale del matrimonio concordatario e nello sforzo di adattarlo al nuovo ordine costituzionale.

3. 1. *Le Corti agiscono dall'esterno: il nuovo 'ordine pubblico matrimoniale italiano' e l'inefficienza della trascrizione*

L'azione 'dall'esterno' della giurisprudenza sul sistema matrimoniale concordatario prende avvio negli anni Sessanta. Dall'esterno, l'ermeneutica costituzionale degli anni Sessanta, combinandosi poi alle riforme legislative degli anni Settanta, riscrive l'ordine pubblico matrimoniale italiano determinando una prima decisiva frattura tra il modello matrimoniale del diritto civile, che diventa dissolubile, e il modello matrimoniale del diritto canonico, che resta indissolubile. Nel tempo la distanza tra i due modelli matrimoniali diventerà incolmabile e si rivelerà il principale fattore di crisi del sistema matrimoniale concordatario.¹²

Nel decennio 1966-1975, l'ordine pubblico matrimoniale italiano viene ricostruito intorno a tre principi paradigmatici: il principio dell'«uguaglianza morale e giuridica dei coniugi», che mette fine alla *potestas maritalis* e alla *patria potestas* e trasforma la famiglia patriarcale in «famiglia democratica»;¹³ il principio di autodeterminazione coniugale, che sostituisce il divorzio all'indissolubilità; il correlato principio dell'effettività dell'unione coniugale, che determina il passaggio dalla rilevanza della manifestazione esteriore del consenso alla rilevanza dell'autenticità della comunione materiale e spirituale tra coniugi.¹⁴

¹² Cfr. *infra*, § 6, in particolare II) e III).

¹³ P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della 'società coniugale' in Italia*, Giuffrè, Milano 2011, p. 625.

¹⁴ C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1975; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979; F. FINOCCHIARO, *Matrimonio. II. Comm. Dir. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1993; D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio. Dal medioevo ad oggi*, Bologna 2008; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, il Mulino, Bologna 2002.

Si possono ricordare, solo per fare alcuni esempi, nel 1966 la pronuncia costituzionale di illegittimità dell'art. 156 c.c. che in caso di separazione consensuale senza colpa disponeva la quantificazione del dovuto per il sostentamento della moglie indipendentemente dalle sue condizioni economiche;¹⁵ e due anni dopo, nel 1968, le sentenze con cui i giudici costituzionali dichiarano prima l'incostituzionalità dell'art. 559 c.p. che considerava reato l'infedeltà della moglie e non l'infedeltà del marito, e poi l'incostituzionalità dell'art. 151 c.c. che tra le cause di separazione non prevedeva l'adulterio del marito, ma includeva l'adulterio della moglie.¹⁶

Alla spinta riformatrice della giurisprudenza, seguono, negli anni '70, l'approvazione della legge sul divorzio, L. 1 dicembre 1970, n. 898, e la riforma del diritto di famiglia, L. 19 maggio 1975, n. 151, che conferma, una volta accertata giudizialmente l'impossibilità di mantenere o ricostituire «la comunione materiale e spirituale tra i coniugi» la possibilità dello «scioglimento» del matrimonio civile (art. 2, L. n. 898/1970) o della «cessazione degli effetti civili» del matrimonio concordatario (art. 3, L. n. 898/1970). Con il divorzio cade la corrispondenza tra validità canonica ed efficacia civile su cui si fondava il sistema matrimoniale concordatario del 1929: un matrimonio che non produce più effetti nell'ordinamento italiano resta ancora valido ed efficace nell'ordinamento canonico e qui sopravvive «nel vuoto».¹⁷ Viene meno, in altre parole, l'efficienza del primo dei due automatismi del sistema matrimoniale concordatario, la trascrizione, che con il divorzio non è più in grado di garantire gli effetti civili del matrimonio canonico trascritto.

La legge sul divorzio, che contro l'indissolubilità del matrimonio canonico ammette la cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto, sfida la tenuta della copertura costituzionale del matrimonio concordatario in virtù del rinvio recettizio operato dall'art. 7 della Costituzione ai Patti lateranensi. Sottoposto al sindacato di costituzionalità, la legittimità del divorzio viene difesa dalla Corte costituzionale. I giudici delle leggi distinguono tra *matrimonio-atto* (*matrimonium in fieri*) e *matrimonio-rapporto* (*matrimonium in facto esse*); precisano che il divorzio non tocca il *l'atto*; che perciò *l'atto* mantiene la propria validità nell'ordinamento della Chiesa; che dunque il divorzio è legittimo poiché incide esclusivamente sul *rapporto* facendo venir meno solo gli effetti civili del matrimonio, ambito in cui competenza e giurisdizione sono riservate allo Stato italiano.¹⁸

In ultima analisi, le riforme degli anni '70 marcano per la prima volta una distanza netta tra l'etica e le leggi dello Stato, da un lato, e la morale e le

¹⁵ Corte cost., 23 maggio 1966, n. 46, «Foro it.», I, 1996, p. 994.

¹⁶ Corte cost., 19 dicembre 1968, nn. 126, «Giur. cost.», 1968, p. 2175; Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 127, «Giur. cost.», 1968, p. 2208.

¹⁷ M. VENTURA, *Creduli e credenti. Il declino di Stato e Chiesa come questione di fede*, Einaudi, Torino 2014, p. 109.

¹⁸ Corte cost., 8 luglio 1971, n. 169, «Giur. cost.», p. 1784.

norme della Chiesa cattolica, dall'altro. Ciò ricade negativamente sul funzionamento del sistema matrimoniale concordatario che prova a tenere le une insieme con le altre. Le successive elaborazioni giurisprudenziali, applicazioni giudiziali e sviluppi legislativi¹⁹ indurranno ulteriori trasformazioni dell'ordine pubblico matrimoniale civile rendendo sempre più stentata la sopravvivenza del matrimonio concordatario.

3. 2. *Le Corti agiscono dall'interno: il controllo sul processo e sulla sentenza canonica, le inefficienze della delibazione*

L'azione riformatrice della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza di legittimità, ma nella fase che precede Villa Madama in particolare della prima, contribuisce alla crisi del sistema matrimoniale concordatario anche 'dall'interno'. La giurisprudenza riconsidera in particolare il principio dell'esclusività della riserva della giustizia ecclesiastica nella materia matrimoniale (concordataria) alla luce dei principi costituzionali: 1) del diritto di difesa o al contraddittorio (art. 24, secondo comma); 2) della giustizia amministrata «in nome del popolo» (art. 101, primo comma); 3) dell'unicità della giurisdizione italiana e del divieto di istituire giudici speciali (art. 102, rispettivamente primo e secondo comma). In questa prospettiva, la delibazione delle sentenze ecclesiastiche si dimostra ben presto il vero *punctum minoris resistentiae* del sistema matrimoniale concordatario sia nel presupposto, l'assolutezza della riserva di giurisdizione ecclesiastica, sia nell'esito, l'automaticità dell'efficacia civile delle nullità canoniche.

Nel 1971, una storica pronuncia costituzionale²⁰ fa salva la legittimità costituzionale del principio della riserva ecclesiastica esclusiva riconoscendo alla normativa di origine concordataria in generale e alla riserva in particolare, una «capacità di resistenza all'abrogazione e alla modificazione [...] superiore a quella delle norme ordinarie e [...] assimilabile a quella delle norme costituzionali» derivante dal rango costituzionale o paracostituzionale a questa conferito dall'art. 7 Cost. it. Tuttavia la sentenza dichiara le norme pattizie assoggettabili al sindacato di legittimità costituzionale indicando quali parametri di legittimità non le norme costituzionali *tout court*, ma i «principi supremi dell'ordinamento giuridico italiano».

È questa la premessa che prepara un'ampia revisione del sistema matrimoniale concordatario e specificamente della delibazione. In poco più di un decennio (1971-1982) la ricostruzione giurisprudenziale del sistema matrimoniale concordatario estingue l'automaticità del riconoscimento civile delle sentenze ecclesiastiche invocando i principi supremi del rispetto del diritto di

¹⁹ Cfr. *infra*, § 6, in particolare II) e III).

²⁰ Corte cost., 1 marzo 1971, n. 30, «Giur. cost.», 1971, p. 150.

difesa, dell'effettività del contraddittorio, dell'unicità della giurisdizione italiana e dunque dell'inderogabilità del giudice precostituito dalla legge italiana.

Gradualmente, Corte costituzionale e Corte di Cassazione assimilano la procedura per l'attribuzione dell'efficacia civile alle sentenze ecclesiastiche alla procedura di delibazione di tutte le altre sentenze straniere disciplinata agli artt. 796-797 c.p.c. Per gradi, vengono restituiti al giudice italiano margini di giurisdizione rispetto alla decisione del giudice ecclesiastico. Con una serie di pronunce, il giudice italiano della delibazione viene infatti richiamato ad operare sulla nullità canonica delibanda un duplice controllo. In primo luogo, il c.d. 'controllo sul processo' canonico, accertando che nel corso della causa canonica siano stati garantiti la difesa di entrambe le parti e un contraddittorio effettivo.²¹ In secondo luogo, il c.d. 'controllo sulla sentenza', cioè della non contrarietà/compatibilità della nullità canonica con l'ordine pubblico italiano.²²

Così, alla vigilia degli Accordi di Villa Madama, in seguito all'azione combinata della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, la delibazione è di fatto già diventata un procedimento comune a tutte le sentenze straniere, incluse le ecclesiastiche, al fine di dar loro esecuzione anche in Italia. In seguito, la riforma del Concordato lateranense del 1984 recepirà le elaborazioni giurisprudenziali compiendo un altro passo decisivo nella direzione del definitivo superamento del principio dell'esclusività della riserva di giurisdizione ecclesiastica.

4. JUDICIALIZATION OF POLITICS. 'NUOVO' CONCORDATO, TRIBUNALIZZAZIONE E CRISI DEL SISTEMA MATRIMONIALE CONCORDATARIO

Nel 1984, l'«Accordo-quadro»²³ di revisione concordataria, con i suoi ampi margini di indeterminatezza, non risolve le criticità peculiari del sistema matrimoniale concordatario creando, anzi, le premesse per il loro moltiplicarsi. La modifica dei Patti lateranensi lascia pendenti due grandi questioni.

La prima, processuale, resta aperta perché il Concordato, anche se non tace, dice e non dice: è la questione del superamento o della sopravvivenza della riserva assoluta di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale.

La seconda, sostanziale, resta aperta perché il Concordato dice troppo poco: è la questione delle condizioni di delibabilità delle nullità canoniche con-

²¹ Cass., 3 aprile 1973, n. 913, «Foro it.», I, 1973, p. 1007.

²² Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, «Giur. cost.», 1982, p. 138.

²³ F. MARGIOTTA BROGLIO, *Un concordato «quadro»*, «Corriere della Sera», 5 novembre 1974 e adesso in L. DE GREGORIO (a cura di), *Il cammino della laicità*, il Mulino, Bologna 2011, p. 204.

seguito al superamento del principio di automaticità che regolava l'attribuzione di efficacia civile alle nullità matrimoniali canoniche.

Così, da Villa Madama in poi, tra silenzi, omissioni e inerzia legislativa, lo sviluppo del sistema matrimoniale concordatario è di fatto completamente delegata all'elaborazione giurisprudenziale. In questo processo di 'tribunalizzazione'²⁴ («judicialization»²⁵) della materia matrimoniale concordataria successivo al 1984, e ancora in corso, è dominante, per non dire esclusivo, il ruolo-guida della Cassazione civile.

In tema di riserva esclusiva di giurisdizione si determina, nel 1993, uno tra i più macroscopici contrasti della storia repubblicana tra ermeneutica costituzionale ed ermeneutica di legittimità. Nell'indirizzo della Cassazione, viene richiamata la norma di chiusura dell'art. 13 del nuovo Concordato e in base a questa il principio della riserva esclusiva di giurisdizione ecclesiastica si ritiene abrogato in quanto non riprodotto negli Accordi di modifica.²⁶ In luogo della riserva assoluta, la Cassazione sostiene la tesi di una doppia giurisdizione concorrente civile ed ecclesiastica in ragione della quale anche il giudice italiano potrebbe decretare la nullità del matrimonio canonico trascritto. Diversamente, nel silenzio del Concordato, la Corte costituzionale, invocando *a contrariis* il principio supremo di laicità²⁷ ritiene non plausibile che il giudice italiano possa pronunciarsi sulla validità dell'atto canonico di matrimonio e si esprime per la permanenza della riserva.²⁸ Negli anni la questione si è poi risolta 'per fatti concludenti' nella prassi giurisprudenziale a favore della tesi del superamento della riserva ecclesiastica esclusiva. Ora, quindi, la nullità del matrimonio concordatario può essere dichiarata, oltre che dal giudice ecclesiastico, anche dal giudice Italiano.²⁹

5. DELIBAZIONE E NORME GIURISPRUDENZIALI

L'automaticità che assicurava l'efficacia civile delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel 1929, già superata sostanzialmente dalla giuri-

²⁴ Per il termine 'tribunalizzazione' sia consentito rinviare a P. ANNICCHINO, G. FATTORI, *Matrimonio canonico e giurisdizione civile. Evoluzione, involuzione e tribunalizzazione del sistema matrimoniale concordatario*, «Diritto&Religioni», 1 (2014), pp. 115-191.

²⁵ Il termine 'judicialization' si deve al costituzionalismo americano e precisamente a R. HIRSCHL, *The Judicialization of Politics*, in K. E. WHITTINGTON, R. D. KELEMEN, G. A. CALDEIRA (a cura di), «Oxford Handbook of Law and Politics», Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 119-141; IDEM, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of the Courts*, «Annual Review of Political Sciences», 11 (2008), 93-118; IDEM, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Politics World-wide*, «Fordham Law Review», 75 (2006), pp. 721-754.

²⁶ Cass., 13 febbraio 1993, n. 1824, «Foro it.», I, 1993, p. 722.

²⁷ Corte cost., 10 aprile 1989, n. 203, «Dir. eccl.», II, 1989, p. 293.

²⁸ Corte cost., 1 dicembre 1993, n. 421, «Dir. fam. pers.», 1993, p. 960.

²⁹ Cass., 3 settembre 2014, n. 18627, «Diritto & Giustizia», 2015, 1 aprile. Cfr., tra le altre, Trib. Milano, 17 giugno 1996, n. 6001 in applicazione dell'art. 122, comma 2-3 n. 5 c.c.

sprudenza, cade anche formalmente con la nuova legislazione concordataria del 1984 dove scompare il principio della riserva ecclesiastica esclusiva. All'indomani della revisione degli accordi Stato-Chiesa è però chiaro che le nuove disposizioni bilaterali non garantiscono al sistema matrimoniale concordatario la stessa efficienza garantita dal previgente principio di automaticità, soprattutto in ordine al riconoscimento civile delle nullità matrimoniali canoniche. Villa Madama si limita infatti a enunciare la regola per cui la delibazione della nullità canonica deve avvenire, da un lato, tenendo conto della specificità del diritto canonico,³⁰ cioè della peculiarità giuridico-teologica delle fattispecie canonistiche della nullità e, dall'altro, nel rispetto dell'ordine pubblico italiano³¹ in cui, come vedremo, deve intendersi un riferimento implicito e specifico ai principi dell'ordine pubblico matrimoniale. Il Concordato però non precisa in base a quali parametri giuridici concreti il giudice italiano della delibazione debba di volta in volta accertare che il riconoscimento civile di una specifica fattispecie di nullità canonica non contrasti con l'ordine pubblico italiano e/o che il rigetto dell'istanza di delibazione non mortifichi la peculiarità canonistica della pronuncia di nullità.

L'astrattezza della disciplina pattizia ha perciò concesso gli ampi margini di interpretazione e applicazione di cui la Corte Suprema ha potuto disporre ricodificando l'intero sistema matrimoniale pattizio in *principi generali e condizioni particolari* di delibabilità delle nullità matrimoniali canoniche la cui portata prescrittivo/normativa ha permesso che il matrimonio concordatario continuasse a funzionare dal 1984 ai giorni nostri.

5. 1. I principi generali di delibazione

Sui presupposti della giurisprudenza costituzionale preconcordataria³² la giurisprudenza di legittimità ha elaborato cinque principi generali di delibazione delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale:

Principio di delibazione n. 1: per poter essere efficace nell'ordinamento italiano, è necessario anzitutto che la pronuncia ecclesiastica di nullità matrimoniale non contrasti con l'ordine pubblico matrimoniale, sostanziale e processuale, interno. Cass. 5026/1982 ha definito l'ordine pubblico interno come l'insieme dei «principi cogenti non derogabili con private pattuizioni» differenziandolo dall'ordine pubblico internazionale costituito dagli «impe-

³⁰ Il punto 4, lett. b) del Protocollo Addizionale alla L. 121/1985 stabilisce che la disciplina della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, di cui ai richiamati artt. 796 e 797 c.p.c., dovrà essere applicata «tenendo conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo coniugale che in esso ha avuto origine».

³¹ Cfr. il combinato disposto art. 8, n. 2, L. 121/1985 e art. 797 n. 7 c.p.c. (disposizione reattiva dei principi posti da Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit.).

³² Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit.

rativi ispirati a somme esigenze di civiltà giuridica la cui inosservanza è ostativa alla delibazione delle sentenze straniere», ma non alla delibazione delle sentenze canoniche. L'ordine pubblico matrimoniale interno è costituito dai principi fondamentali, essenziali, caratterizzanti posti dalla Costituzione e dalle leggi alla base dell'istituto matrimoniale italiano.³³ In questa accezione, la giurisprudenza considera l'ordine pubblico matrimoniale italiano la «soglia-limite» oltre la quale la sentenza di nullità canonica matrimoniale non può più essere riconosciuta efficace in Italia.³⁴ Il principio ha poi ricevuto la sua più significativa e concreta determinazione quando Cass., 18 luglio 2008, n. 19809 ha specificato il parametro giuridico di coerenza delle nullità canoniche rispetto all'ordine pubblico matrimoniale italiano dichiarando delibabili le nullità canoniche pronunciate per fatti analoghi e rilevanti «per gli stessi fini» o per circostanze non del tutto irrilevanti in relazione alla disciplina del consenso o ai fini dell'annullamento del matrimonio.³⁵

Principio di delibazione n. 2: il riconoscimento dell'efficacia civile delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale beneficia di un 'margine di disponibilità' maggiore di quello concesso per la delibazione di tutte le altre sentenze straniere,³⁶ cioè di condizioni di favore (*cf.* art. 4 lett. b Prot. add.).³⁷ Nel tempo anche questo principio è stato ulteriormente precisato. In virtù del *favor* riservato alle sentenze canoniche in sede di delibazione, per Cass., 9 dicembre 1993, n. 12144 una diversa disciplina giuridica tra ordinamento canonico e civile è un presupposto necessario ma non sufficiente dell'incompatibilità della pronuncia canonica con l'ordine pubblico italia-

³³ Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit.; Cass., 14 febbraio 2008, n. 3709, «Dir. fam. pers.», 2009, p. 27; Cass., 10 maggio 2006, n. 10796, «Giust. civ. mass.», 2006, p. 1252; Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, «Dir. eccl.», II, 2004, p. 159; Cass., 20 luglio 2002, n. 10143, «Fam. dir.», 2003, p. 147; Cass., 8 gennaio 2001, n. 198, «Fam. dir.», 2001, p. 329; Cass., 27 novembre 1991, n. 12671, «Dir. eccl.», II, 1991, p. 131; Cass., 12 maggio 1990, n. 4100, «Giust. civ.», I, 1990, p. 1195; Cass., Sez. un., 6 dicembre 1985, nn. 6128 e 6129, «Dir. eccl.», II, 1986, p. 398; Cass., Sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, «Foro it.», I, 1982, p. 2799.

³⁴ Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, «Dir. fam. pers.», 2010, p. 18.

³⁵ Cass., 18 luglio 2008, n. 19809, cit.: «La specialità o specificità delle cause di invalidità del matrimonio nel sistema interno, tutte e ciascuna analiticamente individuate da norme di diritto in circostanze oggettive ed esterne, è principio cogente del diritto italiano. La differenza di disciplina di tali fattispecie con quelle dell'ordinamento canonico da sola non osta alla delibazione, anche in rapporto ai vizi del volere, purché la dichiarata invalidità del matrimonio religioso da parte dei giudici ecclesiastici sia ancorata a fatto oggettivi analoghi a quelli rilevanti per gli stessi fini nell'ordinamento interno, ovvero a circostanze non assolutamente irrilevanti per esso, in rapporto alla formazione del consenso matrimoniale e all'annullamento del matrimonio».

³⁶ *Cfr.* J. PASQUALI CERIOLI, *La 'maggiore disponibilità' nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula 'ellittica' al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*, «Diritto e religioni», 5, 2008/1, p. 344.

³⁷ Cass., Sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, cit.

no.³⁸ Ai fini dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche, Cass., 18 luglio 2008, n. 19809 distingue le incompatibilità in *assolute* e *relative*. Soltanto le incompatibilità assolute sono dirimenti, cioè ostative alla delibazione della pronuncia canonica di nullità matrimoniale. Queste si verificano «allorché i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui è chiesta la esecutività e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla causa petendi della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero aver rilievo o effetti analoghi in Italia».³⁹ Invece, non impediscono la delibazione della sentenza canonica le incompatibilità relative in quanto «le statuizioni della sentenza ecclesiastica, eventualmente con la integrazione o il concorso di fatti emergenti dal riesame di essa ad opera del giudice della delibazione, pure se si tratti di circostanza ritenute irrilevanti per la decisione canonica, possono fare individuare una fattispecie almeno assimilabili a quelle interne con effetti simili».⁴⁰ Diversamente, l'efficacia civile delle sentenze straniere è esclusa indipendentemente dal grado di incompatibilità, assoluta o soltanto relativa.

Principio di delibazione n. 3: perché possa essere delibata e resa esecutiva in Italia, è poi necessario che la pronuncia canonica di nullità matrimoniale costituisca l'esito di un procedimento canonico dove sono sempre stati garantiti ad entrambe le parti il diritto di difesa/al contraddittorio.⁴¹ In applicazione di questo principio l'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 6 §1 (diritto ad un equo processo) per non aver verificato che la ricorrente del procedimento di delibazione avesse beneficiato di un equo processo canonico prima di concedere l'*exequatur* alla sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale.⁴² La Cassazione, coerentemente anche con il principio del *favor* di cui al precedente punto n. 2), ha poi ulteriormente precisato: a) che non c'è violazione del diritto di difesa e non si dà luogo a nullità del procedimen-

³⁸ Cass., 7 aprile, 2000, n. 4387, «Fam. dir.», 2000, p. 568; Cass., 9 dicembre 1993, n. 12144, «Foro it.», I, 1995, p. 279; Cass., 26 maggio 1987, n. 4707, «Dir. eccl.», 1988, II, p. 278; Cass., 8 dicembre 1985, n. 6134, «Dir. eccl.», II, 1985, p. 512; Cass., 26 maggio 1987, n. 4707, «Dir. eccl.», II, 1988, p. 278.

³⁹ Cass., 18 luglio 2008, n. 19809, cit.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Cass., 31 maggio 2012, n. 8772, «Dir. giust. on line», 2012, 31 maggio; Cass., 5 marzo 2012, n. 3378, «Giust. civ.», I, 2013, p. 2582; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3186, «Giust. civ.», I, 2008, p. 1695; Cass., 23 novembre 2007, n. 24412, «Giust. civ.», I, 2008, p. 2195; Cass., 10 maggio 2006, n. 10796, «Giust. civ. mass.», 2006, p. 5; Cass., 6 luglio 2006, n. 15409, «Giust. civ. mass.», 2006, p. 7-8.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, Pellegrini contro Italia, 20 luglio 2001, ricorso 30882/96. Nel corso del procedimento canonico, la ricorrente era stata citata a comparire davanti al tribunale ecclesiastico senza essere stata informata in precedenza né della domanda di dichiarazione di nullità del matrimonio, né delle ragioni di questa domanda, né era stata assistita da un avvocato per non essere stata informata della possibilità di farsi assistere da un avvocato ammesso lo gratuito patrocinio.

to, qualora la domanda unilaterale di delibazione sia presentata, anziché nella forma corretta dell'atto di citazione, nella forma del ricorso richiesta per la domanda congiunta purché, rispettate tutte le regole del procedimento ordinario inclusi i termini a comparire dell'art. 163 *bis* c.p.c., non vi sia stata nessuna effettiva violazione di tale diritto; b) che non inficia la validità del procedimento neppure l'adozione del rito camerale in luogo di quello ordinario benché, in concreto, ciò non abbia pregiudicato o ostacolato nessuna delle parti in ordine all'esercizio della propria libertà di difesa/di contraddittorio e all'acquisizione delle prove rispetto al rito ordinario.⁴³

Principio di delibazione n. 4: inoltre la pronuncia canonica di nullità matrimoniale deve rispettare il principio dell'affidamento/buona fede del coniuge incolpevole.⁴⁴ Il principio risulta determinante in relazione a tutte le condizioni sostanziali di efficacia civile delle nullità matrimoniali canoniche e particolarmente per la fattispecie della riserva mentale;⁴⁵

Principio di delibazione n. 5: infine la pronuncia canonica di nullità matrimoniale è delibabile a condizione che i coniugi non abbiano convissuto *more uxorio* per tre anni dopo la celebrazione.⁴⁶ La c.d. 'prolungata convivenza' coniugale protratta per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio si configura come «situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali e ordinarie, di 'ordine pubblico interno'» in quanto «elemento essenziale del matrimonio-rapporto che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi» e «fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli, sia nelle reciproche relazioni familiari».⁴⁷ Con queste premesse la Corte Suprema di Cassazione ha dunque ritenuto la convivenza triennale una condizione «ostativa» alla «dichiarazione di efficacia nella repubblica italiana delle sentenze definitive di nullità pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'ordine canonico' *nonostante* [nostro il corsivo, *n.d.A.*] la sussistenza di detta convivenza coniugale».⁴⁸ La definizione di questo principio, e in particolare del tempo necessario a qualificare «prolungata» la conviven-

⁴³ Cass., 16 giugno 2008, n. 16226, «Quad. dir. pol. eccl.», 3, 2009, p. 842.

⁴⁴ Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit.; Cass., 2 agosto 2007, n. 16999, «Giust. civ.», I, 2008, p. 1747; Cass., 29 aprile 2004, n. 8205, «Dir. eccl.», II, 2004, p. 457.

⁴⁵ Cfr. *infra*, par. 5.2.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380, «Nuova giur. civ.», I, 2015, p. 36.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

za, è stata preceduta da un lungo periodo di gestazione.⁴⁹ La Cassazione ha però precisato che la 'prolungata convivenza triennale ostativa alla delibazione è oggetto di una eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio, né opponibile dal coniuge, per la prima volta, nel giudizio di legittimità e da effettuarsi tempestivamente e perentoriamente nel termine di cui all'art. 166 c.p.c., cioè «venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'articolo 163 bis, ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'art. 168 bis, quinto comma». L'eccezione proposta con comparsa di risposta depositata alla prima udienza e non nei termini deve quindi ritenersi tardiva.⁵⁰

5. 2. *Le condizioni particolari di delibazione*

Insieme ai principi generali di delibazione, la Cassazione ha individuato le condizioni particolari per l'efficacia civile di specifiche fattispecie canoniche di nullità matrimoniale. Anche la prima di queste condizioni esprime una portata generale valevole per tutte le nullità riconducibili a difetto/vizio del consenso:

Condizione n. 1: le nullità canoniche per vizi del consenso possono ricevere efficacia civile nell'ordinamento italiano a condizione che tali vizi ricadano su circostanze oggettive ed esterne. Restano conseguentemente del tutto irrilevanti i vizi consensuali derivanti da cause soggettive e/o interne;⁵¹

Condizione n. 2: le nullità canoniche per «insufficiente uso di ragione» (can. 1095 CIC 1983) possono essere riconosciute in Italia a condizione che siano assimilabili all'incapacità di intendere e di volere dell'art. 120 c.c. e l'efficacia civile delle nullità canoniche per «grave difetto di discrezione di giudizio» (can. 1095, 2 CIC 1983) e per «incapacità di assumere gli oneri matrimoniale» (can. 1095, 3 CIC 1983) possono essere riconosciute a condizione che siano assimilabili alle fattispecie di «grave inettitudine ad intendere i

⁴⁹ Cass., 15 giugno 2012, n. 9844, «Giust. civ.», I, 2013, p. 1856; Cass., 4 giugno 2012, n. 8926, «Dir. fam. pers.», 2012, p. 1556; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1780, «Dir. fam. pers.», 2012, p. 687; Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343, «Dir. fam. pers.», 2011, p. 711. Indirettamente si veda anche, Cass., Sez. un., 6 luglio 2011, n. 14839, «Dir. fam. pers.», 2011, p. 1678; Cass., sez. un., 8 luglio 2008, n. 19809, cit.; Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, cit.; Cass., 18 luglio 1987, nn. 5354 e 5358, «Fam. dir.», I, 1988, p. 474; Cass., 3 luglio 1987, n. 5823, «Dir. fam. pers.», 1988, p. 198; Cass., 10 maggio 2006 n. 10796, cit.; Cass., 7 aprile 2000, n. 4387, cit.; Cass., 7 aprile 1997, n. 3002, «Giust. civ. mass.», 1997, p. 549; Cass., 17 giugno 1990, n. 6552; Cass., 17 ottobre 1989, n. 4166, «Nuova giur. civ. comm.», I, 1990, p. 477.

⁵⁰ Recentemente quest'indirizzo è stato confermato da Cass., 4 ottobre 2016, n. 19811.

⁵¹ Cass., 14 febbraio 2008, n. 3709, «Dir. fam. pers.», 2009, p. 27; Cass., 10 maggio 2006, n. 10796, cit.; Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, cit.; Cass., 12 luglio 2002, n. 10143, «Fam. dir.», 2003, p. 147; Cass., 27 novembre 1991, n. 12671, «Dir. eccl.», II, 1992, p. 131; Cass., Sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, cit.; Cass., Sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, cit.

doveri del matrimonio» di cui agli artt. 120-122 c.c.⁵² Nella prassi giudiziale l'analogia tra le incapacità canoniche del can. 1095 CIC 1983 e le fattispecie degli artt. 120-122 c.c. è tendenzialmente riconosciuta anche in considerazione dell'intervento obbligatorio del perito psichiatra o psicologo nel processo matrimoniale canonico per «difetto di consenso per malattia mentale» ai sensi del can. 1680 CIC 1983⁵³ (in combinato disposto con il can. 1574 CIC 1983⁵⁴);

Condizione n. 3: la nullità canonica per errore può essere deliberata a condizione che l'errore sia «essenziale» cioè che ricada sulle circostanze tipiche e oggettive di cui all'art. 122 c.c. e su qualità a carattere stabile e permanente dell'altro nubendo.⁵⁵ Sono irrilevanti errori su qualità e/o comportamenti temporanei e/o occasionali.⁵⁶

Condizione n. 4: la nullità canonica per errore indotto da dolo (cfr. artt. 1427 ss. c.c.) può essere ritenuta civilmente efficace a condizione che l'errore sia determinante del consenso, conosciuto, colpevolmente ignorato o oggettivamente conoscibile dall'altro nubendo.⁵⁷

Condizione n. 5: la nullità canonica per simulazione parziale (riserva mentale) può essere deliberata a condizione che la riserva sia determinante del consenso, conosciuta, colpevolmente ignorata o oggettivamente conoscibile.⁵⁸ La conoscenza/conoscibilità della riserva mentale da parte dell'altro coniuge può essere accertata solo in relazione alle risultanze della sentenza ecclesiastica poiché il divieto di riesame nel merito di cui al punto 4 lett. b), n. 3 Prot. add. impedisce integrazioni istruttorie in sede di deliberazione.⁵⁹ Ciò tuttavia non impedisce al giudice della deliberazione di operare un'autonoma valutazione delle prove e di discostarsi dalla valutazione dei fatti effettuata

⁵² Cass., 23 novembre 2007, n. 24412, cit.; Cass., 31 maggio 2012, n. 8772, cit.

⁵³ Cfr. art. 203 §1 Istruzione *Dignitas connubii* 2005.

⁵⁴ Cfr. art. 203 §2 Istruzione *Dignitas connubii* 2005.

⁵⁵ Cass., 5 maggio 1998, n. 4500, «Giur. it.», I, 1999, p. 498; Cass., 9 dicembre 1993, n. 12144, cit.

⁵⁶ È (anche) in applicazione di questo principio che Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, cit., ha negato efficacia civile alla nullità canonica pronunciata per infedeltà pre-matrimoniale. È con lo stesso principio che Cass. n. 4387/2000 (Cass., 7 aprile 2000, n. 4387, cit.) ha invece riconosciuto gli effetti civili della nullità canonica per omosessualità o transessualismo del coniuge e Cass. n. 4707/1987 (Cass., 26 maggio 1987, n. 4707, cit.) alla nullità canonica per l'errore circa il possesso del titolo di laurea del coniuge.

⁵⁷ Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, cit.

⁵⁸ Cass., 5 marzo 2012, n. 3378, «Giust. civ.», I, 2013, p. 2582; Cass., 19 marzo 2010, n. 6686, «Dir. fam. pers.», 2010, p. 1645; Cass., 25 giugno 2009, n. 14906, «Giust. civ.», I, 2010, p. 1736; Cass., 19 ottobre 2007, n. 22011, «Giust. civ. mass.», 2007, p. 10; Cass., 7 dicembre 2005, n. 27078, «Giust. civ. mass.», 2006, p. 1; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1822, «Giust. civ. mass.», 2005, p. 1; Cass., 28 marzo 2001, n. 4487; Cass., 16 maggio, 2000, n. 6308, «Fam. dir.», 2001, p. 329; Cass., Sez. un., 6 dicembre 1985, n. 6128, cit.

⁵⁹ Cass., 1 febbraio 2008, n. 2467, «Dir. fam. pers.», 2009, p. 21.

dal giudice ecclesiastico.⁶⁰ La nullità canonica per simulazione totale è delibabile per analogia con la simulazione bilaterale dell'art. 123 c.c.

6. CINQUE FATTORI DI CRISI DEL SISTEMA MATRIMONIALE CONCORDATARIO

Salvo intempestivi interventi legislativi e/o ripensamenti giurisprudenziali, il sistema matrimoniale concordatario sembra giunto ad un punto di svolta e avviato al suo punto di caduta.

Nel 2014 le Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione hanno escluso l'efficacia civile delle nullità canoniche in tutti i casi in cui la convivenza *more uxorio* raggiunge i tre anni. Cioè quasi sempre. In questi casi, l'irrilevanza civile della pronuncia ecclesiastica è proclamata a priori, in altre parole prescinde:

a) dal capo di nullità riconosciuto dal giudice canonico e dalla sua compatibilità con l'ordine pubblico italiano;

b) ma soprattutto prescinde dalla specificità del diritto canonico, e in particolare dal più specifico principio di ordine pubblico matrimoniale canonico, l'imprescrittibilità dell'*actio nullitatis*, secondo cui «le cause sullo stato delle persone [...] non passano mai in giudicato»⁶¹ e possono esser sempre riproposte «adducendo nuove e gravi prove e argomenti» tramite l'istituto della *nova causae propositio*.⁶²

Nei casi ormai residuali in cui la convivenza triennale non è di per sé ostativa alla delibazione della sentenza canonica, il bilanciamento tra i due parametri neoconcordatari di delibabilità a) del rispetto dell'ordine pubblico (matrimoniale) italiano e b) del rispetto della specificità del diritto (matrimoniale) canonico, appare da tempo più impossibile che improbabile. Così il giudice della delibazione si trova di fatto di fronte ad un'alternativa: o delibare la pronuncia canonica nel rispetto della sua specificità teologico-giuridica, ma non dell'ordine pubblico matrimoniale italiano o, viceversa, non delibare attenendosi all'ordine pubblico matrimoniale italiano, ma senza tenere conto della specificità del diritto canonico. *Rebus sic stantibus*, la crisi del matrimonio concordatario appare conclamata e, forse, ad un punto di non ritorno.

Tra molteplici concause, cinque sembrano aver concorso in misura maggiore di altre all'attuale crisi del sistema matrimoniale concordatario. Ciascuna di queste richiederebbe un'autonoma e ben più ampia trattazione.

⁶⁰ Cass., 1 febbraio 2008, n. 2467, cit.; Cass., 14 febbraio 2008, n. 3709, «Dir. fam. pers.», 2009, p. 27; Cass., 19 ottobre 2007, n. 22011, cit.; Cass., 1 marzo 2012, n. 3227, «Dir. giust. on line», 2012, 1 marzo. Si veda N. MARCHEI, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche ed i poteri istruttori della Corte d'Appello*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», luglio 2007, pp. 1-12.

⁶¹ Cfr. can. 1643 CIC.

⁶² Cfr. can. 1644 CIC.

Tuttavia, al fine di delineare la traiettoria storica del sistema matrimoniale concordatario, appare più utile, sia pure con qualche inevitabile generalizzazione, enunciarle in sintesi e ricostruirne il quadro d'insieme:

1) la secolarizzazione del quadro costituzionale di riferimento, a partire dalle norme che sanciscono il superamento del principio confessionista del 'cattolicesimo di Stato' introdotto nel 1929 con i Patti del Laterano e del correlato principio della riserva esclusiva di giurisdizione ecclesiastica nella materia matrimoniale concordataria. Basti pensare, per fare soltanto alcuni esempi, ai principi costituzionali: 1) *umanista*, del riconoscimento di un nucleo inviolabile di diritti dell'uomo inteso come singolo e «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», tra le quali ovviamente la famiglia (art. 2 Cost.); 2) *antidiscriminatorio*, di uguaglianza formale e sostanziale senza distinzioni di «sesso» e di «religioni» (art. 3 rispettivamente comma 1 e comma 2 Cost.); 3) di *separazione* dell'ordine religioso dall'ordine civile, del suo carattere originario, quindi del principio di *non ingerenza* reciproca (art. 7, primo comma Cost.); 4) di *libertà religiosa istituzionale (o delle Chiese)*, ovvero il principio antidiscriminatorio di uguale libertà di tutte le confessioni religiose (art. 8, primo comma Cost.); 5) di *libertà religiosa individuale* (art. 19 Cost.); 6) del diritto di difesa/al contraddittorio, in senso più generico *diritto ad un equo processo* (art. 24 Cost.); 7) dell'inderogabilità del *giudice naturale precostituito* per legge (art. 25, primo comma Cost.); 8) della giustizia amministrata «in nome del popolo» (art. 101, primo comma Cost.); 9) dell'unicità della giurisdizione italiana (art. 102, primo comma Cost.); 10) del divieto di istituire «giudici speciali» (art. 102, secondo comma Cost.);⁶³

11) la crescente divaricazione tra il modello matrimoniale civilistico e il modello matrimoniale canonistico. Mentre in origine (1865) il matrimonio civile si distingueva dal matrimonio canonico solo perché privo del carattere sacramentale, nel 1970, con l'introduzione del divorzio (L. 898/1970), il matrimonio civile abbandona anche il dogma dell'indissolubilità conservando tuttavia il carattere della stabilità; oggi, in seguito alle riforme del divorzio c.d. 'facile' (L. 162/2014) e del divorzio c.d. 'breve' (L. 55/2015) del biennio 2014-2015 sembra a rischio perfino la stabilità del matrimonio civile;⁶⁴ infine, nel 2016, l'approvazione della L. 76/2016, c.d. legge Cirinnà, estende alle unioni *same sex* le norme riguardanti i coniugi (art. 1, c. 20, l. 76/2016) superando, da un lato, il matrimonio come modello esclusivo della coniugalità e, dall'altro, il paradigma dell'eterosessualità

⁶³ Non a caso si tratta dei principi costituzionali rispetto ai quali, nel corso degli anni Settanta, la giurisprudenza ha esaminato e talvolta riconsiderato la legittimità costituzionale della normativa matrimoniale concordataria. Cfr., *supra*, §3 e in particolare § 3.2.

⁶⁴ La crisi del principio della perpetuità e della stessa stabilità matrimoniale è ora ufficializzata nella sentenza 11504 della Corte di Cassazione che proclama definitivamente superata la concezione «del matrimonio inteso come 'sistemazione definitiva'», cfr. *infra*, nt. 83.

all'interno del più vasto insieme delle relazioni affettive giuridicamente riconosciute.

III) l'internazionalizzazione e l'uropeizzazione dei principi di ordine pubblico matrimoniale interno sono stati e tuttora sono anch'essi un moltiplicatore del processo di secolarizzazione dell'ordine pubblico matrimoniale e familiare interno esprimendo un'incidenza sostanziale all'interno del diritto matrimoniale/familiare italiano a dispetto dell'incompetenza formale dell'Unione europea in questo campo. L'affermarsi di questo *trend* si deve principalmente all'efficacia della c.d. 'dottrina laica dei diritti umani', cioè alla crescente sensibilità per i c.d. «nuovi diritti»⁶⁵ repertoriati delle c.d. Carte internazionali dei diritti (Cedu, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e resi effettivi: *a*) in virtù dell'impegno costituzionale verso gli obblighi internazionali e comunitari (art. 117, comma primo, Cost.);⁶⁶ *b*) per l'apertura al sistema sovranazionale di protezione dei diritti umani operata dall'art. 2 Cost. (c.d. *principio umanista*) rafforzata dall'art. 10 Cost. (c.d. *principio internazionalista*) e art. 11 Cost. (c.d. *principio pacifista*), sia pure, questi ultimi meno rilevanti per il diritto matrimoniale e familiare;⁶⁷ *c*) per la correlata e crescente influenza della giurisprudenza delle Corti internazionali dei diritti nell'effettività dell'esperienza giuridica nazionale (Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e la Corte di Giustizia del Lussemburgo);⁶⁸ *d*) in quanto parametri interposti di legittimità costituzionale (C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348-349);⁶⁹ *e*) infine per le contaminazioni operate dal diritto straniero nel diritto nazionale tramite i meccanismi del diritto internaziona-

⁶⁵ M. CARTABIA, *I «nuovi» diritti*, in L. DE GREGORIO (a cura di), *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 95-117. A. BARBERA, «Nuovi diritti»: attenzione ai confini, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 41-51.

⁶⁶ Per completezza va ricordato che la norma dell'art. 117 Cost. it. generalmente si ricollega anche alla disciplina costituzionale di ratifica dei Trattati internazionali di cui agli art. 81 e 87 Cost. it.

⁶⁷ D. TEGA, *La CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, «Quaderni costituzionali», (2) 2007, pp. 431-444. Sia consentito rinviare anche a G. FATTORI, *Diritto nazionale e supernazionale. Le prospettive ecclesiasticistiche sul processo giuridico di costruzione europea*, «Studi urbinati», (3-4) 2013, pp. 190-236.

⁶⁸ R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna 2012 e qui, in particolare, IDEM, *La dottrina e i giudici di Strasburgo. Dialogo, comparazione e comprensione* (pp. 9-23) e M. VENTURA, *La virtù della giurisdizione europea sui diritti religiosi* (pp. 293-362); D. TEGA, *La Carta dei Diritti di Nizza nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 123-144, M. OLIVETTI, T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano 2003.

⁶⁹ E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in M. FRAGOLA, *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, ESI, Napoli 2012, pp. 77-97.

le privato.⁷⁰ L'europeizzazione del diritto matrimoniale domestico avviene in assenza di una formale attribuzione di competenze all'Unione europea in questo campo ed è stata per questo rappresentata dalla dottrina in termini di «incompetenza formale/incidenza sostanziale» del diritto comunitario/sovranazionale;⁷¹

iv) l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale (soprattutto nella fase post-costituzionale 1956-1982) e l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità (prevalentemente nella fase neoconcordataria, dal 1984 ai giorni nostri). È emblematica, a questo proposito, la portata ostativa assegnata alla convivenza triennale in materia di delibazione con cui, a torto o a ragione, la Cassazione ha di fatto ignorato ogni specificità del diritto matrimoniale canonico, e specialmente la più significativa, cioè l'imprescrittibilità dell'*actio nullitatis* nelle controversie riguardanti lo stato personale (cann. 1643-1644 CIC);

v) la progressiva 'antropologizzazione' delle fattispecie di nullità matrimoniale canonica in rapporto alla 'formalizzazione' della disciplina civile delle nullità matrimoniali. Di fronte alla crisi matrimoniale, ordinamento canonico e ordinamento civile reagiscono molto diversamente. L'ordinamento canonico mantiene rigido il principio di indissolubilità, ma si avvicina alla realtà del matrimonio attribuendo rilevanza giuridica ai profili psico-antropologici della relazione coniugale (è il *personalismo conciliare*).⁷² Ne sono un esempio, sulle basi poste dalla 'svolta antropologica' del Concilio Vaticano II e della giurisprudenza rotale postconciliare,⁷³ la codificazione delle fattispecie di nullità a rilevanza psicologica (can. 1095 CIC) e una più generale riformulazione in chiave antropologica delle invalidità per difetto o vizio del consenso. All'opposto, l'ordinamento italiano abbandona il principio di indissolubilità. Il matrimonio diventa nel tempo sempre più facile da sciogliere e corrispondentemente si irrigidisce la tipizzazione delle nullità matrimonia-

⁷⁰ Con un riferimento specifico all'evoluzione del diritto familiare interno rispetto al riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, cfr. L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Jovene, Napoli 2012. Si veda anche G. PUMA, *Il diniego di trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, «Dpce», 2 (2016), pp. 395-428.

⁷¹ V. MARANO, *Le unioni di fatto secondo Bruxelles. Linee di tendenza e alcuni nodi irrisolti in alcuni recenti sviluppi dell'ordinamento comunitario*, in G. DALLA TORRE, C. GULLO, G. BONI, *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, LEV, Citta del Vaticano, pp. 331-346; IDEM, *Matrimonio e famiglia. Limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario*, in L. DE GREGORIO (a cura di), *op. cit.*, pp. 189-203.

⁷² O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Vita&Pensiero, Milano 1974 e IDEM, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Giuffrè, Milano 1978.

⁷³ Sia consentito rinviare a G. FATTORI, *Scienze e diritto nella giustizia della Chiesa. Le scienze umane moderne nella giurisprudenza rotale postconciliare*, Vita&Pensiero, Milano 2011.

li. Le opposte traiettorie del diritto canonico e del diritto civile rispetto alla crisi matrimoniale rendono sempre più complicata la riconducibilità delle fattispecie canoniche della nullità matrimoniali alle fattispecie civilistiche dell'invalidità matrimoniale/consensuale e dunque, in ultima analisi, il loro riconoscimento agli effetti civili.⁷⁴

Rimane tuttavia da capire se il sistema matrimoniale concordatario sia davvero al capolinea e soprattutto se, quando e quanto concretamente in positivo o in negativo influirà sulle sorti del sistema matrimoniale concordatario la riforma del processo matrimoniale canonico avviata con la Lettera apostolica in forma di Motu proprio *Mitis iudex* dell'8 settembre 2015 e correlato Sussidio applicativo del 3 febbraio 2016.

Il sistema matrimoniale concordatario, e la delibazione in particolare, potrebbero trarne vantaggio se la contrazione dei tempi del nuovo processo matrimoniale canonico per effetto dell'abrogazione della doppia conforme⁷⁵ e più in generale del *processus brevior*⁷⁶ dovessero renderla maggiormente competitiva rispetto ai tempi della causa civile di separazione e divorzio. Tuttavia non mancano studiosi che fanno rilevare come invece nel procedimento canonico riformato di nullità matrimoniale potrebbero presentarsi criticità proprio in relazione al connesso riconoscimento in Italia della pronuncia canonica.⁷⁷

⁷⁴ Cfr. A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 1996.

⁷⁵ Cfr. la novella del can. 1679 CIC in combinato disposto con i cann. 1630-1633 CIC sui termini per proporre appello. Cfr. M. J. ARROBA CONDE, C. IZZI, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale nelle cause di nullità matrimoniale*, San Paolo, Milano 2017; J. LLOBELL, *Alcune questioni comuni a tre processi per la dichiarazione della nullità del matrimonio previsti dal m.p. Mitis iudex*, «Ius Ecclesiae», 28 (2016), pp. 13-37; P. MONETA, *La dinamica processuale nel m.p. Mitis iudex*, «Ius Ecclesiae», 28 (2016), pp. 39-61.

⁷⁶ Cfr. M. DEL POZZO, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, ESC, Roma 2016.

⁷⁷ G. BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 6 febbraio 2017, pp. 1-112 e, dell'Autrice, nella stessa «Rivista», la *parte seconda*, 13 febbraio 2017, pp. 1-68; L. LACROCE, *Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta da M.P.* «Mitis iudex Dominus Iesus», «Ephemerides iuris canonici», 2 (2016), pp. 521-548; N. COLAIANNI, *Il giusto processo di delibazione e le 'nuove' sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 21 dicembre 2015, pp. 1-29. Attualmente, poi, in seguito a due interpellanze urgenti dell'On. Renato Brunetta (Forza Italia), una del 28 febbraio 2017 (interpellanza urgente, n. 2-01685 del 28 febbraio 2017), l'altra del 19 aprile 2017 (interpellanza urgente n. 2-01765, in Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Allegato B ai resoconti, seduta del 19 aprile 2017, p. 46688), si trova all'attenzione del Parlamento e del Governo italiano «un decreto non pubblicato, ma soltanto affisso alla bacheca della Rota Romana, organo della Santa Sede» con cui nel dicembre 2015 «il Decano Pinto ha stabilito che 'la nomina degli avvocati è riservata al Decano, che può confermare, eventualmente, come patrono d'ufficio, l'avvocato che la parte ebbe nei gradi inferiori'» (il Decreto del Decano ha interpretato così il Rescritto papa-

7. RESPONSABILITÀ E VIRTÙ DELLE CORTI SUPERIORI NELLA CRISI DEL MATRIMONIO CONCORDATARIO

A settant'anni dalla Costituzione e a più di trenta dal nuovo Concordato l'evoluzione del sistema matrimoniale concordatario appare per gran parte determinata dalla creazione normativa della giurisprudenza. La nomopoiesi delle Corti superiori si è realizzata in due fasi. In una prima fase, che va dalla Costituzione alla revisione del Concordato del 1984, si è trattato di *riscrivere*

le 'L'entrata in vigore' del 7 dicembre 2015: «La Rota Romana giudichi le cause secondo la gratuità evangelica, cioè con patrocinio *ex officio*», «AAS», 108 (2016), pp. 5-6). Secondo l'interpellante On. Brunetta «il Decreto, abrogando di fatto il diritto ad avere un avvocato di fiducia» quale «parte ineludibile del diritto di difesa, tutelato da norme costituzionali ai sensi dell'art. 24 della nostra Costituzione» e sovranazionali come l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo avrebbe reso «in via generale non più delibabili le sentenze canoniche dichiarative la nullità del matrimonio concordatario per violazione dell'articolo 8, n. 2, lettera b) dell'Accordo di Villa Madama» (interpellanza urgente n. 2-01765, in Atti parlamentari, Camera Dei Deputati, Allegato B ai resoconti, seduta del 19 aprile 2017, p. 46688) quando, al contrario, in via generale il Concordato impegna lo Stato italiano a riconoscere le nullità matrimoniali canoniche purché nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici sia «assicurato il diritto di agire e resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano». Fonti giornalistiche (il riferimento è ad un articolo di Andrea Tornielli in «La Stampa» del 9 marzo 2017) riferivano che nel periodo intercorrente tra la prima e la seconda interpellanza: a) con una lettera del Segretario di Stato, Cardinale Pietro Parolin, era stata portata a conoscenza del Decano della Rota la volontà del Santo Padre che fosse «rispettato il diritto di ogni fedele di scegliere liberamente il proprio avvocato» (cfr. cann. 1481 §1 e 1139 §1 CIC.) e che fosse modificata «la prassi attuale» (Lettera del 18 febbraio 2017, prot. n. 341.735) b) in data 7 marzo 2017 un Decreto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica aveva «di fatto» annullato il Decreto del Decano (Resoconto stenografico della seduta n. 757 di venerdì 10 marzo 2017 dell'Assemblea della Camera dei deputati contenente la risposta all'interpellanza del Sottosegretario alla Giustizia On. Gennaro Migliore). Il 10 marzo 2017, rispondendo alla prima delle due interpellanze, il Sottosegretario alla Giustizia, On. Gennaro Migliore affermava che «il decreto del Decano [...] è di recente introduzione e evidentemente, se ritirato, non troverà nella nostra giurisprudenza probabilmente nessun effetto concreto» (*ibidem*). Il 19 aprile 2017, con una seconda interpellanza, il Governo italiano è stato informato che in data 28 marzo 2017 «appariva una 'ordinanza', non pubblicata da alcun organo ufficiale della Santa Sede, né consultabile» che, a giudizio dell'interpellante, pur modificando «parzialmente [...] quanto stabilito» tuttavia «legittimerebbe ancora [...] la totale discrezionalità del Decano in materia di difesa delle parti» (in proposito, infatti, l'interpellante afferma: «per quanto consta [...], pur accennando al diritto di difesa di fiducia, lo si gravava delle spese processuali rispetto al patrocinio di ufficio comunque concesso dall'organo giudicante anche agli abbienti, ma si concludeva, [...], con le seguenti parole: "*norma utcumque servata de supremae animarum salutis consilio*"»). Ad avviso dell'interpellante sarebbe dunque «improrogabile richiedere una volta per tutte la comunicazione da parte della Santa Sede delle norme generali e astratte legittimamente pubblicate e con le quali è tutelato, sempre in via generale ed astratta, il rispetto del Concordato, ovvero né è provata la sua violazione» (Atti parlamentari, Camera Dei Deputati, Allegato B ai resoconti, seduta del 19 aprile 2017, p. 46689).

le regole del matrimonio concordatario. In una seconda fase, che da Villa Madama arriva ai giorni nostri, è stato indispensabile *scriverle*. Nella prima fase, l'azione creativa delle Corti superiori si è resa necessaria per la radicalità del cambio di paradigma costituzionale. Così, dalla Costituzione agli Accordi di revisione del Concordato lateranense, la giurisprudenza, prevalentemente ma non soltanto costituzionale, ha riscritto il sistema matrimoniale concordatario armonizzandolo al nuovo quadro costituzionale e anticipando la revisione neoconcordataria. Questo sistema, che in origine si sosteneva sulla subalternità/obbedienza dell'ordinamento civile alle decisioni delle autorità ecclesiastiche – il ministro di culto al momento di costituire il vincolo, il giudice canonico nel momento dell'invalidità – è stato ricodificato introducendo un principio di comparazione/compatibilità tra ordinamenti e inducendo una competizione tra giurisdizioni.

Nella seconda fase, l'azione normativa della Giurisprudenza ha supplito ai margini di indeterminatezza della legislazione neoconcordataria. Dagli Accordi di Villa Madama ai giorni nostri, l'azione normativa della giurisprudenza, non esclusivamente ma quasi soltanto di legittimità, è intervenuta ad integrazione di un Accordo-quadro che se da un lato riproponeva l'istituto del matrimonio concordatario mantenendolo in vita, dall'altro si limitava a tratteggiarlo per principi. In questa fase si è perfezionato il passaggio da un sistema di diritto positivo, e principalmente costituzionale o 'costituzionalizzato', ad un sistema di diritto giurisprudenziale sull'esempio dell'esperienza di *common law* dei Paesi di tradizione anglosassone.

Oggi, al termine di questo processo, del matrimonio concordatario resta ben poco. Poco della trascrizione, i cui effetti civili si interrompono con il divorzio, cioè sempre più spesso e sempre prima. Ancora meno della delibazione che il parametro della convivenza triennale sembra condannare alla residualità. Quasi niente, se si pensa che la riforma del diritto internazionale privato (L. 218/1995) ha capovolto a vantaggio delle sentenze straniere il privilegio dell'efficacia civile automatica sottratto alle sentenze ecclesiastiche.⁷⁸

Nel disimpegno del Legislatore, è difficile dire se il sistema matrimoniale concordatario sia sopravvissuto fino ad oggi grazie o nonostante la giurisprudenza. Questione di punti di vista.

Da un punto di vista, grazie alla giurisprudenza, il matrimonio è sopravvissuto, bene o male, attraverso tre differenti fasi della storia costituzionale italiana: il confessionismo fascista preconstituzionale, la laicità costituzionale repubblicana, il pluralismo multiconfessionale neoconcordatario. Nel corso di questa transizione la giurisprudenza ha infatti difeso la legittimità del sistema matrimoniale concordatario conformandolo al nuovo quadro costitu-

⁷⁸ Cfr. artt. 2, 64, 67 e 73, L. 31 maggio 1995, n. 218.

zionale e ne ha garantito finché ha potuto il funzionamento assicurando in qualche modo non la delibazione ma almeno la delibabilità di tutte le principali fattispecie di nullità matrimoniale canonica.

Da un diverso punto di vista il matrimonio concordatario sopravvive invece nonostante la giurisprudenza, la cui azione ha contribuito a indebolirne, dall'interno, gli automatismi, e dall'esterno, i presupposti.

Come giudicare, allora, il ruolo normativo svolta dalle Corti superiori rispetto al sistema matrimoniale concordatario? Si è trattato di un ruolo fisiologico assunto dalla giurisprudenza a fronte di un patologico immobilismo parlamentare? Oppure di una patologia della giurisprudenza che si è impropriamente incaricata di sostituire e talvolta contraddire il legislatore cioè, in altre parole, di un macroscopico caso di dilemma contro-maggioritario?

Nessuna delle due tesi è priva di fondamento. Tuttavia alcuni degli argomenti più significativi sembrano militare a favore della tesi che riconduce la centralità della giurisprudenza nella materia matrimoniale concordataria più al cortocircuito legislativo che all'indebito protagonismo giudiziale.

In primo luogo, prima di eccepire l'azione contro-maggioritaria delle Corti, bisognerebbe infatti ricordare che il processo democratico, in cui il principio maggioritario si realizza, non termina con la produzione legislativa, ma include le decisioni degli organi giurisdizionali.

In secondo luogo, la 'patologia' dell'immobilismo parlamentare italiano è diventata una fisiologia degli ultimi decenni della storia ordinamentale repubblicana. Si tratta di un fenomeno ormai non più circoscritto alle materie c.d. 'eticamente sensibili', ma in piena espansione e già esteso a molti altri settori dell'ordinamento. Nelle materie 'eticamente sensibili', l'evoluzione del costume e della morale matrimoniale/familiare e gli sviluppi del biodiritto europeo lo hanno spesso reso indifendibile accentuandone le responsabilità in ordine al disallineamento tra ordinamento nazionale e standard europei. In questa prospettiva, il rapporto tra immobilismo parlamentare e giurisprudenza creativa è di causa a effetto.

Altre ragioni, infine, portano a pensare che il ruolo normativo della giurisprudenza, soprattutto di legittimità, benché talvolta discutibile, possa essere stato addirittura opportuno, se non necessario: non solo e non tanto per aver supplito all'inerzia del Legislatore nazionale, quanto perché le Corti sono spesso state le sole a consentire l'aggiornamento del sistema matrimoniale concordatario scongiurando una più profonda frattura tra comune sentire e sentire giuridico. In tal senso, è emblematico l'orientamento della Corte Suprema in tema di prolungata convivenza che se da un lato solleva più di una perplessità sul piano della conformità al principio concordatario del rispetto della specificità del diritto canonico,⁷⁹ dall'altro potrebbe evitare

⁷⁹ Vedi *supra* § 5.1, n. 5 e § 6.

che la delibazione sia utilizzata (e percepita) come meramente strumentale a fini economici.⁸⁰

8. CONCLUSIONI. L'EQUITÀ, OGGI,
DEL SISTEMA MATRIMONIALE CONCORDATARIO
E UNA PROPOSTA DE IURE CONDENDO

Il sistema matrimoniale concordatario sembra implodere per l'inefficienza dei meccanismi di trascrizione e delibazione che ne garantivano il funzionamento. Prima che diventi davvero del tutto «inutile»,⁸¹ appare evidente, in linea generale, l'opportunità/esigenza di riformarlo mettendo mano alla normativa concordataria in senso proprio o almeno alle norme di attuazione della Legge matrimoniale n. 847/1929.

Tra l'istituto della trascrizione e la procedura di delibazione, quest'ultima è sembrata senza dubbio la più in difficoltà e anzi appare oggi quasi alla paralisi: sia, in generale, perché la delibazione richiede un bilanciamento tra specificità canonica e ordine pubblico matrimoniale italiano che troppo spesso si dimostra impraticabile a causa della quasi completa emancipazione del matrimonio civile dal matrimonio canonico⁸² sia, in particolare, a causa della valenza ostativa all'efficacia civile della nullità canonica attribuita alla convivenza triennale in quanto principio di ordine pubblico matrimoniale.

Tuttavia, se troppo a lungo la delibazione è potuta apparire iniqua e finalizzata a neutralizzare le disposizioni patrimoniali di separazione o divorzio a danno del coniuge economicamente debole, oggi, soprattutto in seguito alla giurisprudenza in tema di prolungata convivenza, sarebbe invece necessario esaltare l'equità della delibazione rispetto ai 'concorrenti' giudizi di separazione e divorzio proprio sotto il profilo economico. Oggi, infatti, gli esiti economici, diretti o correlati, della delibazione risultano più proporzionati del vitalizio divorzile tanto rispetto alla durata intratriennale delle relazioni a cui è ancora applicabile la disciplina della delibazione, quanto rispetto ad un ormai generalizzato e analogo apporto economico di entrambi i coniugi alla vita familiare.⁸³ Ciò vale sia per le statuizioni economiche provvisorie

⁸⁰ Dal 1997, grazie a Cass., 18 aprile 1997, n. 3345, «Dir. eccl.», II, 1997, p. 296, la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non travolge più la sentenza di divorzio. Tuttavia, le disposizioni patrimoniali intraconiugali a tutela del coniuge debole della causa civile di separazione e divorzio vengono ancora 'travolte' fino al momento del passaggio in giudicato della pronuncia di divorzio.

⁸¹ Cfr. R. BOTTA, *L'inutile Concordato*, «Giur.it.», I, 1988, p. 209.

⁸² A. ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, op. et ult. loc. cit.

⁸³ Della sproporzione tra assegno divorzile, capacità reddituali dei coniugi e durata del matrimonio civile e/o ad effetti civili dimostra di essere consapevole, oggi, anche la giurisprudenza italiana. Nelle stesse ore in cui vengono licenziate le bozze di questo articolo la sentenza 11504 della Corte di Cassazione – che come osserva Gian Ettore Gassani, presidente

del giudizio di delibazione, sia soprattutto per le disposizioni patrimoniali intraconiugali del successivo procedimento ordinario (somme periodiche per 3 anni/congrua indennità corrispondente al mantenimento per 3 anni ai sensi della disciplina del matrimonio putativo artt. 128-129 *bis* c.c.).

Quanto alla trascrizione, la sua attuale inefficienza come meccanismo di collegamento tra ordinamento canonico e ordinamento civile è il riflesso dell'efficienza dell'istituto divorzile, cioè il tendenziale incremento del numero dei divorzi, e dell'aumento dei matrimoni puramente civili⁸⁴ a discapito dei matrimoni concordatari. La crescita delle pronunce di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, oggi anche per effetto delle riforme del divorzio 'breve'⁸⁵ e 'facile',⁸⁶ incide direttamente sull'efficienza della trascrizione moltiplicando il numero delle persone coniugate canonicamente e libere civilmente e gli stati canonicamente irregolari dei divorziati risposati. L'inefficienza, *rectius* l'impotenza della trascrizione si deve poi indirettamente anche alla crescita del numero dei matrimoni civili e al corrispondente calo di quelli concordatari che determinano la progressiva residualità dell'istituto.

dell'associazione avvocati matrimonialisti, riconosce e registra «un mutamento culturale» – stabilisce che «la concezione patrimonialistica del matrimonio inteso come 'sistemazione definitiva'» è stata superata perché a quasi cinquant'anni dalla legge sul divorzio «il divorzio è stato assorbito dal costume sociale»; che sposarsi è «un atto di libertà e autoresponsabilità» vissuto come «luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita»; e che, in ultima analisi, «il divorzio non estingue soltanto il rapporto personale ma anche quello «economico-patrimoniale». Ne discende che l'assegno divorzile non deve più essere parametrato al tenore di vita familiare, ma all'autosufficienza economica del coniuge, quest'ultima da accertare in relazione 1) al «possesso di redditi di qualsiasi specie»; b) al «possesso di cespiti patrimoniali mobiliari e immobiliari»; c) alla «capacità» e alle «possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro indipendente o autonomo», d) alla «stabile disponibilità di una casa di abitazione», cfr. M. IOSSA, *Divorzio, escluso il criterio del tenore di vita*, «Corriere della Sera», giovedì 11 maggio 2017», p. 5 e qui anche l'intervista a Gian Ettore Gassani. Dalle pagine di «Repubblica» Chiara Saraceno ricorda tuttavia come il matrimonio resti «basato su aspettative di solidarietà e di mutuo riconoscimento» (C. SARACENO, *Il più debole a rischio*, «la Repubblica», giovedì 11 maggio 2017, p. 1 e p. 48. In tal senso, all'indomani della sentenza, si sottolinea come la Cassazione faccia riferimento all'ex meno «ricco» e che dunque «l'abolizione del principio di solidarietà postmatrimoniale» potrebbe riguardare soltanto le coppie «dalle condizioni economiche medie, elevate, se non elevatissime» (G. GUASTELLA, *Divorzio, i dubbi degli avvocati*, «Sfavorito il coniuge più debole», «Corriere della Sera», venerdì 12 maggio 2017, p. 19. Ecco perché Cesare Rimini, sempre dalle colonne del Corriere della Sera, osservando come la pronuncia parli di «indebita prospettiva [...] di ultrattività del vincolo matrimoniale» torni ad affermare l'importanza di una legge che introduca i c.d. 'patti prematrimoniali' (C. RIMINI, *Perché sarebbe importante stringere patti prima del «sì»*, «Corriere della Sera», 12 maggio 2017, p. 19. Va anche segnalato come il tendenziale equilibrio tra i rispettivi apporti economici dei coniugi ai bisogni della famiglia raggiunto in decenni di sviluppo economico e civile è nuovamente a rischio per effetto della crisi economica e specificamente occupazionale degli ultimi anni.

⁸⁴ Cfr. dati ISTAT 2015 disponibili su www.istat.it/it/archivio/192509.

⁸⁵ L. 10 novembre 2014, n. 162.

⁸⁶ L. 6 maggio 2015, n. 55.

Tuttavia, in attesa di riforme più incisive, ma più complicate da negoziare tra 'Alte Parti', la Chiesa potrebbe intervenire unilateralmente tramite il proprio diritto vigente, riconsiderando il rapporto tra ordine pubblico matrimoniale canonico e ordine pubblico matrimoniale civile e salvare quantomeno la coerenza formale del sistema matrimoniale concordatario.

Tenuto anche conto dello spirito per così dire 'sostanzialista' della riforma processuale canonica del *Mitis iudex*, l'ordinamento canonico dovrebbe riflettere sull'opportunità di guardare al divorzio civile non con la diffidenza per ciò che l'istituto storicamente rappresenta, ma per la reale crisi coniugale che esso rivela e per la possibile rilevanza dei connessi profili psico-antropologici in relazione alle fattispecie canoniche dell'invalidità matrimoniale. In questa prospettiva e come espansione della norma di cui alla novella del can. 1674, §1 del CIC, l'ordinamento canonico potrebbe considerare il divorzio, o meglio, la pronuncia civile di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, come il presupposto per un'eventuale azione di nullità canonica promossa d'ufficio dal promotore di giustizia a tutela della verità giuridica e sacramentale del vincolo. Almeno nei casi in cui il giudizio civile evidenziasse limiti relazionali così importanti da poter essere considerati "strutturali" e riconducibili al momento costitutivo e ad un qualche vizio del matrimonio-atto. Questa soluzione presenterebbe alcuni innegabili vantaggi: in primo luogo quello di ristabilire la conformità tra stato personale canonico e stato personale civile nei casi in cui anche il giudice canonico riscontrasse elementi di nullità; di prevenire così la costituzione di unioni canonicamente irregolari; di implementare la norma in tema di nullità 'manifesta' di cui alla novella del can. 1683 n. 2 del Codice canonico per effetto dell'art. 5 *Mitis iudex*, quando le risultanze della causa civile facessero rilevare una crisi coniugale particolarmente profonda e significativa in rapporto ai suoi stessi presupposti, come ad esempio in tutti o quasi tutti i matrimoni di breve o brevissima durata (c.d. 'matrimoni lampo'); di ridare slancio alla giustizia ecclesiastica nel suo insieme e ai rapporti interordinamentali nel loro complesso valorizzando l'indipendenza dell'ordine canonico e così la specificità del matrimonio-sacramento.

Davanti al fallimento civile della relazione coniugale, l'accertamento della validità del vincolo religioso avviato in autonomia dalla giustizia ecclesiastica anziché indotto dall'azione di parte, non avrebbe infatti il significato di una 'delibazione al contrario' della sentenza italiana nell'ordine della Chiesa, ma invece esprimerebbe l'autotutela del diritto canonico di fronte a possibili indizi/sintomi di invalidità/inautenticità del matrimonio-sacramento indipendentemente dall'ordinamento in cui questi si rivelano e la responsabilità della Chiesa cattolica verso il fine ultimo della *salus animarum*.