

## INTRODUZIONE DEL DIVORZIO E SUE CONSEGUENZE IN ITALIA

(continuazione \*)

3. Ad evitare che tale problematica interessi «soprattutto il politico ed il sociologo» e per evidenziare, nel contempo, i principali tratti che la distinguono, vale continuare a cogliere, attraverso l'esposizione dei tentativi parlamentari e degli insuccessi relativi, anche le linee essenziali dello sviluppo giuridico della vicenda divorzio<sup>35</sup>.

Si è accennato all'idea che ha ispirato le proposte dell'on. Salvatore Morelli, alla proposta dell'on. E. Ferri, al progetto Sansone...: i temi del rapporto fra introduzione dell'istituto ed emancipazione femminile, della condanna all'ergastolo o a grave pena detentiva come condizioni dello scioglimento del matrimonio, della distinzione fra grande e piccolo divorzio torneranno, tutti, ad essere discussi prima dell'approvazione della legge 1 dicembre 1970 n. 898 e dopo, a motivo del referendum popolare indetto per la sua abrogazione.

Il divorzio però non sarà inteso come uno strumento per la elevazione «morale, intellettuale e civile» della donna ma come un diritto, il cui esercizio più non incontrava le limitazioni legate ad un modello di società ampiamente superato in Italia, dove l'avvenuta promozione sociale della donna, non solo moglie né solo madre, si ritenne provata per l'effettivo suo inserimento nella vita civile della nazione: sicché essa nulla avrebbe avuto da temere in caso di scioglimento del matrimonio<sup>36</sup>.

Veramente non è ancora così, almeno nel centro-sud, a otto anni dall'introduzione del divorzio e nonostante la recente riforma del diritto di famiglia.

Alla serie di progetti dell'on. Morelli seguì, l'1 febbraio 1881, un importante disegno di legge del guardasigilli on. Villa<sup>37</sup>: l'idea di base consisteva

\* Vid. REDC 36 (1980) 57-68.

<sup>35</sup> Lo spunto per questa riflessione è stato offerto da una premessa del Barbiera, a cui vanno riferite le parole fra virgolette (L. BARBIERA: *Op. cit.*, p. 1).

<sup>36</sup> Cfr. le osservazioni dell'Olivero intorno all'intervento della publicista A. Zarri, svolto in occasione della tavola rotonda, tenutasi a Brescia il 6-7 maggio 1967 (per iniziativa di "La Famiglia"), i cui atti sono pubblicati nel volume *Cattolici in dialogo - Il divorzio in una società democratica*, Brescia, 1968 (G. OLIVERO: *Cattolici e divorzio*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1968, I, p. 93). Per l'informazione bibliografica testé fornita, v., ancora, Id.: *Op. cit.*, p. 90.

<sup>37</sup> La "monografia", che, "in forma di relazione" (così il GIURIATI: *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XV, I sessione 1882-83-84, Documenti-Disegni di legge e relazioni*, n. 87-A, p. 3), precedeva il testo di tale disegno (v. l'una e l'altro in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XIV, I sessione 1880-81, Documenti, etc.*, n. 159, pp. 1-28), era accompagnata dai seguenti allegati: I. Riassunto numerico degli omicidi, mancati o tentati da un coniuge a danno dell'altro, che for-

nell'ammettere lo scioglimento del matrimonio una volta acquistata «la certezza morale» che la società coniugale non poteva più «raggiungere alcuno degli scopi ai quali... intende»<sup>38</sup>.

Il divorzio era consentito dal progetto (art. 1) solo in caso di condanna di uno dei coniugi alla pena capitale o ai lavori forzati a vita e, per la Toscana, all'ergastolo; ovvero in caso di separazione personale, a termini di legge, dopo cinque anni in presenza di figli e dopo tre anni in assenza, a datare dal passaggio in giudicato della sentenza, che pronunciò od omologò la separazione.

Non avrebbe potuto, tuttavia, chiedere il divorzio sia il colpevole della separazione personale (contrariamente alla previsione dell'art. 3 n. 2 lett. b della legge Fortuna-Baslini) sia colui «che incorse nella condanna che dà titolo a domandare lo scioglimento del matrimonio» (art. 3). Al coniuge colpevole non si doveva mai attribuire la pensione alimentare, prevista in caso di bisogno (art. 18), e, se la colpa consisteva nell'adulterio (art. 15), tale coniuge non poteva contrarre matrimonio con il complice.

Sulla «necessità» del divorzio e sui modi con i quali provvedere «al mantenimento ed alla educazione della prole, ed agli interessi dei coniugi» avrebbe dovuto «esprimere il suo avviso» un consiglio di famiglia, dopo aver tentato, invano, la conciliazione (art. 8). Una forma di *iudicium domesticum*, insomma, ma senza averne, chiaramente, i tipici caratteri<sup>39</sup>, al quale partecipava (art. 5)... il presidente del tribunale o chi ne faceva le veci: con voto deliberativo nel solo caso di parità di voti fra gli altri membri che componevano il consiglio di famiglia<sup>40</sup>.

Intervenuto lo scioglimento della camera, il 30 aprile 1883 il nuovo guardasigilli, on. Zanardelli, «fece proprio»<sup>41</sup> il progetto del suo predecessore<sup>42</sup>

marono oggetto di giudizio dal 1 gennaio 1866 al 31 dicembre 1880 (p. 29); II. Parte del discorso pronunciato dall'on. D'Ondes-Reggio nella tornata del 13 febbraio 1865 (p. 30); III. Notizie di legislazione comparata su Francia, Germania, Austria, Svizzera, Russia, Danimarca, Olanda, Norvegia, Svezia, Turchia, Belgio, Haiti, Stati Uniti d'America e Inghilterra (pp. 31-98). La relazione Parenzo, della commissione della camera dei deputati sul disegno di legge Villa (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XIV, I sessione 1880-81, Documenti, etc.*, n. 159-A, pp. 1-8), era invece completata mediante elaborate statistiche circa le cause di separazione in Italia, nonché di separazione e divorzio in Europa (pp. 15-47).

<sup>38</sup> Per questo giudizio, cfr. il discorso di presentazione del disegno di legge Zanardelli, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XV, I sessione 1882-83, Documenti, etc.*, n. 87, p. 1.

<sup>39</sup> Si veda il profilo tracciato da A. BALDUCCI: *Intorno al iudicium domesticum*, in *Archivio giuridico*, 1976, fasc. 1 e 2, p. 69 e ss.

<sup>40</sup> Il testo degli articoli 1-3-5-8-15-18, qui citati, e degli altri del disegno del ministero, insieme con quello recante le modifiche ad essi apportate dalla commissione della camera, si può trovare, subito dopo la relazione Parenzo, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XIV, I sessione 1880-81, Documenti, etc.*, n. 159-A, pp. 9-13.

<sup>41</sup> V. la relazione dell'on. Giuriati sul disegno di legge del ministro Zanardelli, in *Atti Parlamentari*, cit., n. 87-A, p. 3.

<sup>42</sup> Il progetto Villa è identico al disegno Zanardelli: differisce se quest'ultimo viene considerato secondo il testo elaborato dalla seconda commissione, il quale, a sua volta, si diversifica da quello, elaborato dalla prima, che riproduce, puntualmente, il testo del disegno redatto dalla commissione della camera dei deputati (relatore Parenzo)

«con una nuova iniziativa»<sup>43</sup>. Argomentazione preliminare e fondamentale: il divorzio come conseguenza dell'istituto del matrimonio civile<sup>44</sup>, mentre l'ambiente appariva dominato da un «accesso anticlericalismo»<sup>45</sup>, nel senso più proprio del termine, «valido in qualsiasi orizzonte geografico»<sup>46</sup>, specialmente nell'Italia dell'epoca.

Anticlericalismo, questo, del tutto diverso da quello che potrebbe definirsi di *reazione*, o «conservatore», e perciò «difensore dell'immobilismo delle istituzioni politiche»<sup>47</sup>, la cui genesi risulta subordinata —rammentando proprio l'esempio recente della Spagna, per ora unico nei tempi presenti— all'intervento di gruppi di pressione, ai quali, in virtù del particolare tipo di relazioni concordatarie esistenti, sia lecito anche solo pensare di poter pretendere dai vescovi «non già la catechesi della dottrina conciliare sulla persona, la libertà, la comunità politica, ecc., ma l'appoggio a soluzioni concrete di natura puramente politica», tendenti ad uno sviluppo meno lento delle istituzioni pubbliche<sup>48</sup>.

L'esistenza di queste inaccettabili pretese —peraltro oggi sensibilmente

sul progetto Villa. E' possibile operare un raffronto dei disegni di legge del ministro Zanardelli, della prima e, inoltre, della seconda commissione (relatore Giuriati), costituite per esaminare il disegno d'iniziativa governativa, consultando gli *Atti Parlamentari*, cit., n. 87-A, alle pp. 35-41. Non dimentico dell'opposizione al divorzio del Pisanello —“nel cui nome si riassunse il codice civile del 1865” (M. FIORE: *La vicenda del divorzio in Italia*, cit., p. 19)— l'on. Giuriati scriveva: “collocare sulla soglia del matrimonio la possibilità di scioglierlo qualora sia per mutarsi in fucina di dolori immeritati o di delitti invincibili non è amareggiare le primizie del nuovo casato né funestarne gli auspici, piucché la navigazione non sia rattristata dalle lance di salvataggio: è anzi prudente consiglio, destinato a ridurre il numero delle ragioni per cui il celibato fiorisce e per cui pullulano le separazioni; due sorgenti continue di miseria morale e materiale” (*Atti Parlamentari*, ult. cit., p. 2).

<sup>43</sup> M. FIORE: *Op. cit.*, p. 26.

<sup>44</sup> V. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XV, I sessione 1882-83, Documenti, etc.*, n. 87, p. 2 e *Atti Parlamentari, etc., I sessione 1882-83-84, Documenti-Disegni di legge e relazioni*, n. 87-A, p. 2. Argomentazione conclusiva, nella relazione Giuriati: le benemerienze dell'Italia nel campo del “civile progresso”, al quale doveva essere congiunta la causa del divorzio. Dopo aver dichiarato che il primo libro del secolo sul tema fu di un italiano, Melchiorre Gioia, secondo cui “la istituzione presentavasi... come un dovere sociale”, il Giuriati ricordò che “alle dottrine di lui s'ispirarono pensatori italiani, senza distinzione di partito, da Giuseppe Rovani... a una pleiade di professori che dall'alto delle cattedre universitarie, via per le terre d'Italia, educarono la generazione presente e quella che l'ha preceduta alla moralità ed alla legittimità del divorzio”. Poi aggiunse: “Udi la Toscana Francesco Forti ed E. Bianchi, Genova e Bologna udirono Oreste Regnoli, Bologna Giuseppe Ceneri. Udi Torino, vent'anni or sono, Ernesto Pasquali, il Veneto Giampaolo Tolomei, Napoli Enrico Pessina”. Infine la chiusura: “Sotto l'auspicio anche di tali nomi raccomandiamo alla Camera questa, che, nell'ordine sociale, è la più importante legge della presente legislatura” (*Atti Parlamentari*, ult. cit., p. 33). Ma la relazione, “iscritta all'ordine del giorno, ... non fu mai discussa, perché essendo caduto Zanardelli da guardasigilli... nessuno dei suoi successori si sentì di rilevarne l'eredità, e giunse così, il 27 aprile 1886, lo scioglimento della Camera” (F. MEDA: *I tentativi parlamentari*, cit., p. 125).

<sup>45</sup> Cfr. M. FIORE: *Op. cit.*, p. 27. Più in generale, G. SPADOLINI: *L'opposizione cattolica, da Porta Pia al '98*, Firenze, 1961, p. 190 e ss.

<sup>46</sup> P. LOMBARDIA: *Chiesa e Stato nella Spagna odierna*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1973, I, p. 147.

<sup>47</sup> P. LOMBARDIA: *Op. loc. cit.*

<sup>48</sup> V., in proposito, P. LOMBARDIA: *Op. cit.*, pp. 144-150, particolarmente alle pp. 146 s. e 150.

diminuite e destinate a sparire—, o di quelle —pure da respingersi— avanzate per raggiungere l'obbiettivo opposto, vale ad esprimere la particolarità dell'ordinamento giuridico considerato.

In Italia, ad esempio, pretese tali furono e sono inconcepibili: anzi, per insistere sull'oggetto dell'indagine attuale e, specificamente, sul problema dell'introduzione del divorzio, c'è da dire che questo problema fu di frequente utilizzato, apertamente o meno, come strumento di lotta contro il riflesso civilistico d'un principio cattolico, ritenuto un residuo delle antiche « prerogative ecclesiastiche » o l'espressione di quelle risorte, dal « periodo del radicalismo liberale »<sup>49</sup> —che si concluderà dopo il secondo ed il terzo progetto Villa, del 12 marzo e del 6 dicembre 1892<sup>50</sup>— fino al dibattito che precedette e seguì la legge Fortuna-Baslini.

La nuova costituzione spagnola sembra inserirsi, dunque, in un contesto diverso, mentre l'autentica motivazione anticlericale non è tale, al momento, da essere presa in considerazione. Il discorso sulle libertà democratiche, fra le quali viene incluso il diritto al divorzio, non prende, del resto, l'avvio, per quest'ultimo, dalla formula del laicismo politico<sup>51</sup> ma fa in genere leva, a torto o a ragione, qui non conta, sul problema sociale.

<sup>49</sup> Si accetta la partizione operata da M. FIORE, che, nel delineare *la vicenda del divorzio in Italia nei progetti di legge*, distingue le iniziative appartenenti al « periodo del radicalismo liberale » (*Op. cit.*, p. 18) da quelle del primo novecento (p. 29 e ss.). Segue un'analisi del problema del divorzio nell'Italia repubblicana (ivi, p. 38 e ss.).

<sup>50</sup> I progetti, letti l'uno il 17 marzo e l'altro l'8 dicembre 1892, furono svolti e presi in considerazione rispettivamente nella tornata del 4 aprile 1892 (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XVII, I sessione, Discussioni*, pp. 7714-7730) ed in quella del 25 gennaio 1893 (*Atti Parlamentari, etc., Legislatura XVIII, I sessione, Discussioni*, pp. 839-860). I motivi di divorzio sono elencati all'art. 1 di ambedue le citate proposte. Quanto alla prima in ordine di tempo, oltre al caso —art. 1 a)— della condanna di uno dei coniugi all'ergastolo o alla reclusione per un tempo non minore di anni venti per delitto comune e per sentenza pronunciata in contraddittorio, era previsto il caso —art. 1 b)— della separazione, a termine di legge, dopo cinque anni in presenza di figli e dopo tre anni in assenza, a datare dal passaggio in giudicato della sentenza che pronunciò la separazione (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XVII, I sessione 1890-91-92, Documenti-Disegni di legge e relazioni*, n. 336, p. 1). Quanto alla successiva proposta, l'art. 1, 1.º consentiva il divorzio semplicemente in caso di « condanna alla pena dell'ergastolo, o della reclusione per anni venti », mentre l'art. 1, 2.º è identico all'art. 1 b) del progetto precedente, prescindendo da alcuni ritocchi di carattere solo formale (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XVIII, I sessione 1892-93, Documenti, etc.*, n. 114, p. 25). Lo svolgimento di queste iniziative parlamentari, già di per sé interessante, fu arricchito da ampi dibattiti ai quali parteciparono l'on. Bonghi, il ministro Chimirri, l'on. Salandra ed il ministro Bonacci. Si manifestarono decisamente contrari al divorzio gli on. Bonghi e Salandra (v. le prime due citazioni di questa nota).

<sup>51</sup> Forse non è inutile sottolineare che l'idea del laicismo dello Stato esercitò, invece, una considerevole influenza sul sistema matrimoniale della seconda repubblica (G. SUÁREZ PERTIERRA: *Incidencia del principio de confesionalidad del Estado sobre el sistema matrimonial español*, in «Revista Española de Derecho canónico», 1977, pp. 19-21) e che, in particolare, esiste un rapporto di causa ed effetto fra la soprarriferita idea e l'istituto del divorzio, introdotto per la prima volta in Spagna, proprio in quell'epoca (G. SUÁREZ PERTIERRA: *Op. cit.*, p. 20), con legge del 2 marzo 1932 (se ne veda il testo ed un primo commento in ALCUBILLA: *Diccionario de la Administración española, Anuario*, 1932, p. 117 e ss.), poi abrogata per tutto il territorio con legge del 23 settembre 1939 (in A. BERNÁRDEZ CANTÓN: *Legislación eclesiástica del Estado, 1938-1964*, Madrid, 1965, pp. 13-15). Sulla tematica generale della laicità statale, v.

In Italia fu tutt'altra cosa. Il problema sociale, nel momento decisivo, con il referendum del 12 maggio 1974, era nuovamente occasione di conflitto fra ideologia laicistica più o meno mascherata e pensiero cattolico, in un clima di ostilità alla figura giuridica della Chiesa.

Si legge, all'incontro, in una conferenza del prof. Pedro Lombardía, tenuta a Milano presso l'istituto per gli studi di politica internazionale il 14 dicembre 1972 e già ricordata in nota, che perfino un'eventuale «deroga» al concordato spagnolo per accordo mutuo «si dovrebbe realizzare in modo inequivocabilmente amichevole, cosicché non venga interpretata come una condanna globale ed indiscriminata delle istituzioni politiche spagnole da parte della S. Sede»<sup>52</sup>: si può quindi pensare che, ancora in quel momento —di meno oggi—, la Chiesa era molto rispettata<sup>53</sup>, addirittura temuta in Spagna.

L'autore precisa, successivamente, che alcune delle vecchie «questioni» di diritto costituzionale spagnolo, «formalmente unilaterali, hanno ricevuto, a suo tempo, il nulla osta della Santa Sede»<sup>54</sup>. In un diverso contesto è ricordato l'impegno, assunto dallo Stato durante il passato regime, «mediante la legge sui principi fondamentali del 1958, ad ispirare la sua legislazione alla legge divina, secondo l'interpretazione del Magistero ecclesiastico»<sup>55</sup>.

Orbene —l'esposizione è già sufficiente a evidenziare certi aspetti del sistema di relazioni fra lo Stato e la Chiesa in Spagna, in un periodo non tanto lontano—, questo magistero ha sempre combattuto la «piaga del divorzio»<sup>56</sup>, anche nei confronti del solo matrimonio civile<sup>57</sup>. Dati i precedenti, è troppo presto per dimenticare, senza turbamento della pace sociale, l'una o l'altra cosa: i mutamenti delle leggi, perfino delle fondamentali, così dei concordati, non cancellano, in un colpo, tutto quel che c'è dietro le strutture superate.

Resta, per quanto detto, la possibilità che la costituzione spagnola non significhi, circa l'introduzione del divorzio, ciò che, almeno ad alcuni, indiscutibilmente sembra<sup>58</sup>.

O. GIACCHI: *Lo Stato laico*, Milano, 1975 e, più di recente, L. GUERZONI: *Stato laico e Stato liberale; un'ipotesi interpretativa*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1977, I, p. 509 e ss. Per un chiarimento dei significati del termine laicismo, v. N. MORRA, voce *Laicismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, vol. IX, p. 438 e s. Per la bibliografia, veramente qualificata ed abbondante, data l'impossibilità di renderne conto nell'economia di questo studio, si rinvia agli autori qui da ultimo citati.

<sup>52</sup> P. LOMBARDÍA: *Chiesa e Stato nella Spagna odierna*, cit., p. 152.

<sup>53</sup> Sulla fedeltà dello Stato al concordato del 27 agosto 1953, v. E. F. REGATILLO: *Los veinte años del concordato*, in "Revista Española de Derecho Canónico", 1973, p. 479 e ss.

<sup>54</sup> P. LOMBARDÍA: *Op. cit.*, p. 153.

<sup>55</sup> P. LOMBARDÍA: *Op. cit.*, p. 151.

<sup>56</sup> *Gaudium et spes*, n. 47.

<sup>57</sup> Cfr., per una chiara esposizione del problema e per la corretta soluzione di esso, A. D'AVACK: *La Chiesa e l'attuazione del divorzio*, in AA. VV., *Studi sul divorzio*, cit., pp. 469-473.

<sup>58</sup> L'opinione ora formulata è corroborata dall'interpretazione giuridica. In un'intervista concessa alla *Gaceta Regional* di Salamanca il 27 settembre 1978, subito dopo il completamento dei lavori della *XVI Semana española de Derecho canónico*, il de Echeverría dichiarava, condividendo l'impressione generale, su cui pose l'accento, che

4. Scrive lo Jemolo che, «all'inizio del nuovo regno, in un'atmosfera di evoluzione a sinistra, con un'avanzata dei radicali, sembrò che il divorzio avesse maggiori probabilità di venire introdotto» nella legislazione italiana<sup>59</sup>.

Invece, la commissione della camera dei deputati, all'uopo «costituitasi con Carmine presidente e Scalini segretario, ... respinse a maggioranza di cinque contro quattro» il titolo I, *Dello scioglimento del matrimonio*, del disegno di legge Zanardelli e Cocco-Ortu<sup>60</sup>, presentato il 26 novembre 1902<sup>61</sup>, ch'era succeduto al progetto d'iniziativa parlamentare Berenini e Borciani, del 9 marzo 1901, giacché avverso di questo —accolto favorevolmente dalla camera dei deputati<sup>62</sup>— si delineava, nel paese, una decisa protesta da parte dei cattolici<sup>63</sup>, la quale, del resto, persistendo, contribuì al fallimento del surriferito progetto d'iniziativa governativa<sup>64</sup>.

dalle discussioni delle giornate di Murcia era emerso che la costituzione da un lato permette di mantenere il matrimonio religioso "como puramente opcional" e, dall'altro, in nessun modo impone il divorzio (p. 4). Quasi negli stessi termini, quanto al secondo punto, si esprimeva anche il de la HERA durante lo svolgimento della relazione *La nuova Costituzione e la revisione del concordato spagnolo: matrimonio ed enti ecclesiastici*, tenuta a Parma in occasione del congresso *Mutamenti istituzionali e dinamica concordataria in Italia ed in Spagna*, 2-4 ottobre 1978, congresso i cui atti sono in corso di pubblicazione. V. peraltro, nella nota 149, la parte che concerne l'art. 32/2 della Costituzione spagnola.

<sup>59</sup> A. C. JEMOLO: *Divorzio-Ordinamento italiano*, cit., p. 508.

<sup>60</sup> Per questa notizia, F. MEDA: *I tentativi parlamentari*, cit., p. 138.

<sup>61</sup> *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXI, II sessione 1902. Documenti-Disegni di legge e relazioni*, n. 207, p. 32. Esso conteneva "Disposizioni sull'ordinamento della famiglia"; il titolo II riguardava i "figli nati fuori di matrimonio" (*Atti Parlamentari*, cit., p. 40).

<sup>62</sup> Il progetto di legge Berenini-Borciani, *Modificazioni al libro I, titolo X del Codice civile relative al divorzio*, a cui aderivano trentasei deputati, fu svolto e preso in considerazione il 6 dicembre 1901, nonché ripreso allo stato di relazione, consentente il ministro di grazia e giustizia Cocco-Ortu, nella seduta del 14 giugno 1902 (v. *Atti Parlamentari*, ult. cit., n. 182 e 182-A, "riproduzione della proposta di legge n. 369, 369-A della I sessione, XXI Legislatura", p. 1). Secondo il GISMONTI, la proposta all'esame fu senza dubbio "fra le più organiche" (*I progetti sul divorzio*, cit., p. 62).

<sup>63</sup> F. MEDA: *Op. cit.*, p. 130 e ss. "La nostra opposizione al divorzio —afferma l'A.—...nasceva da due titoli: e cioè in primo luogo dalla convenienza che la difformità ed il dissenso tra gli ordinamenti civili e quelli religiosi non aumentasse e non si approfondisse; in secondo luogo dal dovere che in ogni circostanza incombe ai cattolici di difendere gli istituti fondamentali della società da ogni nuovo attacco che continuasse nell'opera di dissoluzione pur troppo da tempo avviata" (*Op. cit.*, p. 132).

<sup>64</sup> Il disegno di legge Zanardelli e Cocco-Ortu, che "non fu mai discusso" (A. C. JEMOLO: *Op. cit.*, p. 509), consentiva il divorzio (capo I del titolo I) se la sentenza di separazione personale fosse stata pronunciata per adulterio; per volontario abbandono; per eccessi, sevizie, minacce ed ingiurie gravi; per condanna all'ergastolo o alla reclusione per un tempo superiore ai vent'anni (a. 1-2). Si ammetteva la domanda di divorzio dopo un anno dal giorno in cui la sentenza di separazione era divenuta irrevocabile in assenza di figli e dopo tre anni in presenza (a. 3). La domanda non poteva essere proposta dal coniuge per colpa del quale era stata pronunciata la separazione personale, tranne il caso della colpa di entrambi (a. 4). Se, durante la separazione consensuale, uno dei coniugi fosse stato condannato per adulterio ovvero all'ergastolo o alla reclusione per un tempo superiore ai vent'anni, l'altro avrebbe potuto promuovere l'istanza per lo scioglimento del matrimonio trascorsi i termini stabiliti nell'articolo 3 dal giorno in cui la sentenza era divenuta irrevocabile (a. 5). A questi articoli seguono un capo II e III sulla disciplina degli effetti dello scioglimento del matrimonio rispetto ai coniugi ed ai figli, un capo IV sulle norme di procedura, inoltre alcune disposizioni

In opposizione al divorzio fu promossa, infatti, una petizione dal consiglio direttivo dell'opera dei congressi e dei comitati cattolici<sup>65</sup>, «con una circolare, nella quale la... petizione-protesta... era riguardata come la continuazione di quella del 1881-82, che raccolse oltre due milioni di firme, e di quella del 1893, sulla quale, in un solo mese, si raccolsero settecentomila firme»<sup>66</sup>.

La nuova, presentata dall'onorevole Bianchini il 5 dicembre 1902, ne portava più di tre milioni e mezzo<sup>67</sup>. Ma altre «petizioni», nonché «voti e telegrammi», pervennero alla presidenza della camera ed alla commissione dopo la presentazione del disegno di legge Zanardelli-Cocco Ortu: oltre quattrocento, di cui solo tredici a sostegno dell'introduzione del divorzio in Italia<sup>68</sup>.

«Molto tiepido», per converso, fu «il favore» dei socialisti<sup>69</sup>. A questo proposito è stato osservato che per loro, in quel tempo, «l'unione libera» era «l'ideale», il matrimonio costituiva un «istituto borghese» e che, sempre per loro, «il divorzio non poteva interessare i proletari»<sup>70</sup>.

Il liberale Salandra aveva, anzi, affermato, durante il dibattito sul terzo progetto Villa, «quasi risposta anticipata alle iniziative divorzistiche dei socialisti nel nuovo secolo»<sup>71</sup>, che «la famiglia indissolubile» poteva esser considerata «l'unica istituzione socialista»<sup>72</sup>.

E' opportuno perciò evidenziare gli argomenti giustificativi, che furono adottati per sostenere il primo progetto socialista sul divorzio, caduto per il motivo già indicato.

«La famiglia proletaria —diceva l'on. Berenini durante lo svolgimento della sua proposta— non trarrà profitto dalla legge sul divorzio: altre e più dure condizioni di vita le sono fatte, onde, prima che a questo ulteriore stadio di libertà fisica e morale, essa intende alla conquista di ciò che serve ai bisogni quotidiani della vita. La famiglia proletaria non può oggi essere esempio di famiglia educatrice...; e quando il proletario sarà giunto alla rendenzione, la fase divorzista sarà oltrepassata, e altre forme di vita sociale avranno dato alla famiglia più stabile fondamento e meglio garantite condizioni di vita morale. Ma noi dobbiamo considerare la famiglia come oggi è costituita... Non è, onorevoli colleghi, l'obbedienza impulsiva ad un senti-

transitorie (capo V). Per l'esame del progetto in questione, v. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXI, II sessione 1902, Documenti, etc.*, n. 207, pp. 33-40 (titolo I) e pp. 40-43 (titolo II).

<sup>65</sup> Sull'opera dei congressi, che costituì «la prima organizzazione unitaria dei cattolici italiani», v., recentemente, G. DALLA TORRE: *L'Opera dei congressi e i rapporti fra Chiesa e Stato in Italia (Appunti in margine ad un centenario)*, in *Iustitia*, 1975, p. 13 e ss.

<sup>66</sup> *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXI, II sessione 1902-1903, Documenti, etc.*, n. 207-A, p. 4.

<sup>67</sup> *Atti Parlamentari*, ult. cit., loc. cit.

<sup>68</sup> *Atti Parlamentari*, ult. cit., pp. 55-61.

<sup>69</sup> A. C. JEMOLO: *Divorzio-Ordinamento italiano*, cit., p. 509.

<sup>70</sup> A. C. JEMOLO: *Op. loc. cit.* Su *Il matrimonio nella civiltà marxista*, v. il contributo di R. SCALFI, in AA. VV.: *Enciclopedia del matrimonio*, Brescia, 1968, p. 1009 e ss.

<sup>71</sup> M. FIORE: *La vicenda del divorzio in Italia nei progetti di legge*, cit., p. 29.

<sup>72</sup> *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XVIII, I sessione, Discussioni*, tornata del 25 gennaio 1893, p. 851.

mento pietoso, che mi muove a parlare;... una legge sul divorzio deve rispecchiare un più alto interesse, quello sociale. Perché, se voi consentite per i primi e credete che la famiglia sia effettivamente la base naturale della vita sociale, ... allora dovete anche provvedere *alla tutela e alla difesa di essa da ogni genere di insidia, che ne turbi, ne molesti e ne adulteri il fine e le idealità...*»<sup>73</sup>. Per il deputato emiliano, infatti, non «la questione religiosa» o la «questione giuridica» ma solo quella «politico-sociale» poteva «alimentare la discussione» sul divorzio<sup>74</sup>, che egli riteneva un istituto teso alla difesa del consorzio familiare, e, perciò, indipendente dalle «esigenze dell'individualismo borghese»<sup>75</sup>.

Resta a vedere se è vero che un siffatto ragionamento non si trova in contraddizione alcuna con la concezione di molti socialisti di allora, «autenticamente classisti» nel reputare il divorzio un «lusso borghese» da «accantonare»<sup>76</sup>.

Fatto sta, comunque —segno indubbio d'una lenta modificazione di pensiero—, che alla proposta Berenini-Borciani, ed al contemporaneo disegno di legge Zanardelli-Cocco Ortu sull'ordinamento della famiglia, seguirono ancora due progetti socialisti: quello dell'on. Comandini, il 7 febbraio 1914<sup>77</sup>, e, dopo la fine del primo conflitto mondiale, quello Marangoni-Lazzari, il 6 febbraio 1920.

In quest'ultimo domina l'intento «di rimettere nelle famiglie l'ordine turbato dalla recente... guerra e dal dopoguerra»<sup>78</sup>. Infatti l'art. 15 del progetto così stabiliva: «Contrariamente alle disposizioni dell'art. 1..., potranno chiedere, senz'altro, lo scioglimento del matrimonio, anche non esistendo precedente sentenza di separazione, i mariti che constatino l'adulterio della moglie durante la loro assenza, causata dal richiamo alle armi in occasione di guerra, o da doveri sociali in occasione di pubbliche calamità. Ugual diritto spetterà alle mogli costrette ad assentarsi dal tetto coniugale per l'adempimento di alte missioni pubbliche e umanitarie»<sup>79</sup>.

Nelle proposte da ultimo ricordate, ed in quasi tutte le iniziative in precedenza vagliate, la separazione dei coniugi —come dispone la legge Fortuna e Baslini— viene assunta fra i motivi di divorzio. Variano, naturalmente, gli

<sup>73</sup> *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXI, I sessione, Discussioni*, tornata del 6 dicembre 1901, p. 6746. Il corsivo non sta negli *Atti*.

<sup>74</sup> *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXI, Sessione 1900-1901, Documenti, etc.*, n. 369, pp. 1-2.

<sup>75</sup> Così M. FIORE: *Op. cit.*, p. 30.

<sup>76</sup> P. UNGARI: *Il diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 165. V., altresì, T. L. RIZZO: *I progetti di divorzio dall'avvento al potere della Sinistra alla fine del secolo XIX*, cit., p. 961.

<sup>77</sup> Per il testo del progetto, cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXIV, I sessione, Discussioni*, tornata del 12 febbraio 1914, pp. 1088-1090.

<sup>78</sup> A. MARONGIU: *Divorzio-Storia dell'istituto*, cit., p. 503.

<sup>79</sup> L'art. 1 prevedeva il divorzio nel solo caso in cui il matrimonio più non rispondesse «al suo scopo fisiologico e sociale della procreazione per l'avvenuta irrevocabile separazione dei coniugi e dopo due anni dal passaggio in giudicato della sentenza relativa». V. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXV, Sessione 1919-20, Documenti, etc.*, n. 471, p. 4 e ss.



elementi di valutazione di questa separazione: durata, specie in relazione alla presenza o meno di figli, possibilità o meno d'una abbreviazione dei termini. Nel progetto Berenini-Borciani si dava rilievo indiretto alla separazione di fatto<sup>80</sup>, mentre —ricorda opportunamente il Fiore— «una notevole tutela economica trovavano i figli, per i quali la commissione, rifacendosi all'art. 305 del codice napoleonico ed al progetto Naquet del 6 giugno 1878, prevedeva il trasferimento della metà del patrimonio dei genitori»<sup>81</sup>.

Lo stesso progetto contemplava, come causa di divorzio, «l'interdizione per infermità di mente durata oltre tre anni e giudicata insanabile» ed includeva «le infermità ributtanti, incurabili e trasmissibili» fra le condizioni della separazione<sup>82</sup>, ampliando, perciò, le possibilità di divorzio, in conformità di un modello di famiglia, il quale non ottenne i necessari consensi.

In complesso, sembra che gli autori dei progetti precedenti le proposte Fortuna e Baslini abbiano tenuto presente l'idea del divorzio-sanzione: ma questo giudizio dovrebbe essere rimeditato in un'indagine più approfondita. E' utile ricordare, ad esempio, che la proposta dell'on. Salvatore Morelli del 18 giugno 1867 apre la serie dei tentativi parlamentari con una scelta significativa: il divorzio per mutuo consenso, in quanto conseguenza obbligata della concezione contrattualistica del matrimonio, senz'attenuazione alcuna del principio.

Non possono inoltre indicarsi, con sufficiente certezza, i motivi per cui due dei tanti progetti sul divorzio —pure se si ritengano i migliori, dato il progresso del pensiero giuridico— in un determinato arco di tempo divennero legge dello Stato italiano.

Scrive ancora il Fiore che «non *l'ironia della storia* —i cattolici al governo— ma la logica di essa ha voluto che fosse approvata. Una logica che aveva reso possibile, nella Resistenza prima e nella Costituente poi, il lavoro comune fra cattolici e laici»<sup>83</sup>.

Se questo «lavoro comune» ci fosse stato veramente, nessuno avrebbe parlato di referendum per l'abrogazione totale della normativa divorzistica. Cosa dire, inoltre, della legge 25 maggio 1970 n. 352 —recante *Norme sui referendum previsti dalla costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo*—, la quale precede di solo sei mesi l'approvazione definitiva della proposta Fortuna-Baslini?

Non mancano, certo, su questi punti, per l'uno e per l'altro, rispettivamente opinioni contrarie e risposte giustificatrici. La bibliografia sul divorzio

<sup>80</sup> Art. 2. "Sono cause di divorzio: a) ...; b) ...; c) ...; d) la separazione personale: 1.° dopo trascorsi cinque anni se vi sono figli e tre se non ve ne sono a datare dalla omologazione del verbale di separazione consensuale o dal passaggio in giudicato della sentenza, che pronunciò la separazione; 2.° anche prima dei detti termini, quando o un lungo periodo di separazione di fatto precedente alla separazione legale o gravi ed eccezionali circostanze tolgano, a giudizio del tribunale, ogni speranza di riconciliazione" (Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXI, Sessione 1900-1901, Documenti, etc., n. 369, p. 9 —il corsivo non sta negli Atti—).

<sup>81</sup> M. FIORE: *Op. cit.*, p. 32.

<sup>82</sup> Atti Parlamentari, ult. cit., loc. cit.

<sup>83</sup> M. FIORE: *Op. cit.*, p. 48.

abbonda<sup>84</sup>. Secondo la tesi più seguita, tuttavia —come ha osservato uno studioso spagnolo nell'esaminare le motivazioni della l. 1 dicembre 1970 n. 898 e della legge del 2 marzo 1932, emanata durante la seconda repubblica—, «il trionfo della legge Fortuna fu dovuto ad un fatto nuovo nella storia parlamentare italiana, cioè la formazione di un fronte divorzista nutrito di forze politiche eterogenee, il quale ha saputo mantenersi molto unito e compatto sino alla fine; il suo comune denominatore era il laicismo...; per la prima volta nella storia politica italiana, il fronte antidivorzista appariva, al contrario, disunito, insicuro, e poco disposto ad anteporre la difesa dell'indissolubilità ad altre mete politiche»<sup>85</sup>.

Tale formulazione della *communis opinio* sorprende per la sua chiarezza, specialmente perché non proviene da un italiano. L'enunciato ancora non spiega, peraltro, il motivo per cui, ammessa —e non c'è dubbio— la poca saldezza del «fronte antidivorzista» nel periodo che va dal 1965 all'approvazione della proposta Fortuna-Baslini, nessuno degli altri progetti sul divorzio ottenne il favore conseguito dagli ultimi due in periodi altrettanto propizi al formarsi d'un adeguato consenso, nonostante le buone premesse di partenza e le previsioni: basta pensare all'avvento al potere della sinistra e agli inizi del secolo XX.

Gli uomini hanno la tendenza a ridurre la portata degli eventi passati ed a guardare con la lente d'ingrandimento quelli presenti. Ma, in particolare durante gli anni che corrono dal 1876 al progetto d'iniziativa governativa Zanardelli e Cocco-Ortu del 1902, l'Italia fu travagliata da polemiche, ininterrotte e appassionate, tra fautori dell'indissolubilità del matrimonio e «partigiani del divorzio»<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Per gli scritti pubblicati dal 1970 al 1974 si può vedere il saggio bibliografico di S. LARICIA: *Legge 1 dicembre 1970, n. 898 e referendum per la sua abrogazione*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, I, pp. 218-282. Fra le pubblicazioni successive, si segnalano le monografie di W. FLEIG: *Die Ehescheidung im italienischen Recht*, Bielefeld, 1975; G. STELLA RICHTER: *L'istituto del divorzio in Italia e l'esperienza giuridica dei principali ordinamenti europei*, Milano, 1976; F. SCARDULLA: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 1977; nonché il volume di F. SANTOSUOSSO: *Delle persone e della famiglia - Il matrimonio* (Commentario del codice civile, Libro I, titolo VI, capi 1.º-5.º), Torino, s. d. A diversi studi è stato fatto e si farà preciso riferimento al momento opportuno. L'ampia letteratura degli anni immediatamente precedenti all'approvazione della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (al pari di quella indicata nel surriferito saggio bibliografico) risente del particolare clima di tensione dell'epoca. Spesso non ha carattere propriamente scientifico. In questa sede è necessario solo accennare a tale materiale bibliografico. Esistono inchieste; studi riguardanti la concezione cristiana dell'indissolubilità e la dottrina cattolica in particolare; analisi sulla posizione dei partiti politici; opere in collaborazione, libri ed articoli che consentono di riflettere sull'opinione dei cattolici in Italia; infine scritti di varia indole e consistenza sugli aspetti giuridici del problema del divorzio (in collegamento con la Costituzione, il concordato, la futura riforma del diritto di famiglia), sulle implicazioni socio-politiche, pedagogiche e psicologiche, su divorzio e referendum, sugli aspetti giuridici, sociologici e statistici dell'istituto nei paesi divorzisti.

<sup>85</sup> G. GARCÍA CANTERO: *El divorcio en los Estados modernos*, cit., p. 445 (in spagnolo nell'originale).

<sup>86</sup> Quest'espressioni furono usate dal Salandra durante il dibattito sul progetto Villa del 6 dicembre 1892 (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XVIII, 1 sessione, Discussioni*, tornata del 25 gennaio 1893, p. 850).

E' stata già ricordata la fervida opposizione organizzata dall'opera dei congressi: si tratta solo d'un esempio, quantunque il più clamoroso.

Personalità di primo piano —Tolomei, Pessina, Gabba, Polacco ed altri<sup>87</sup>— profusero le loro energie, da una parte e dall'altra, per l'affermazione delle loro idee e persuasi d'agire per il meglio; si preparavano dibattiti a tutti i livelli; dotte e documentate relazioni accompagnavano, in genere, i progetti sul divorzio, i quali erano avversati da notevoli interventi o relazioni contrarie (è famosa quella del Salandra); nonostante il fallimento dell'iniziativa più significativa (Zanardelli e Cocco-Ortu), nella legislatura immediatamente successiva, Giolitti, allora presidente del consiglio, disse che avrebbe dato il suo «voto personale» ad una futura proposta d'iniziativa parlamentare: c'era infatti qualcuno che, ancora non dómo, «deplorava la mancanza del divorzio nel programma del Governo»<sup>88</sup>.

Una volta accettate queste riflessioni, bisognerà cercare altrove la risposta al quesito principale. Tale risposta potrebbe essere molto semplice: i progetti Fortuna e Baslini intervennero nel momento giusto, allorché l'indissolubilità non era più un «valore comune» in Italia. Le altre iniziative non furono tempestive. Ma proprio l'idea inversa, quanto meno non gratuita (risale a Cicerone, G. B. Vico), cioè che il legislatore deve prevenire «le commozioni della pubblica opinione»<sup>89</sup>, fu affacciata in più d'uno dei tanti progetti sul divorzio, che furono presentati al parlamento italiano.

Al fine di stabilire se l'indissolubilità del matrimonio rappresenta, ancor'oggi, un «valore comune» in Italia, è necessario partire dall'analisi del referendum, indetto per l'abrogazione della legge Fortuna-Baslini, considerando di esso quegli aspetti, che più valgono a spiegare il suo risultato.

5. Passato il rammarico, o l'entusiasmo, per l'èsito della consultazione elettorale del 12 maggio 1974, sembra che i problemi di quei tempi siano oramai dimenticati da tutti, specie di fronte ad altre questioni sociali immediatamente impregnative.

Almeno in questo contesto, tuttavia, è utile ricordare una vicenda, che, pochi anni addietro, appariva di vitale importanza per l'avvenire della nazione italiana e che, secondo il parere di molti, era in grado di trasformarsi in una «guerra di religione».

Le argomentazioni degli oppositori del divorzio non furono, evidentemente, convincenti, per cui è superfluo trattare di esse, anche allo scopo d'evitare di scrivere cose, che sono ben conosciute dagli studiosi spagnoli<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> V. P. UNGARI: *Il diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 161 e s.; A. MARONGIU: *Divorzio-Storia dell'istituto*, cit., p. 502; M. FIORE: *La vicenda del divorzio in Italia nei progetti di legge*, cit., p. 27. V. pure la nota 44.

<sup>88</sup> Così M. FIORE: *Op. cit.*, p. 34 e ss.

<sup>89</sup> *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XIV, I sessione 1880-81, Documenti, etc.*, n. 159-A, p. 2 (relazione della commissione della camera sul disegno di legge presentato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti Villa). V. il par. 14 della parte II.

<sup>90</sup> Si rinvia al volume di G. GARCÍA CANTERO: *El divorcio*, cit., specialmente per ciò che concerne «le conseguenze» dello scioglimento del matrimonio per i coniugi e

Permangono parecchi interrogativi ma non resta che sperare (si crede vanamente) che il tempo dia ragione a *certe* tesi dei sostenitori della legge Fortuna-Baslini, prescindendo dalla posizione dottrinale della Chiesa cattolica<sup>91</sup>, posizione il cui carattere di certezza e validità è fuori d'ogni discussione.

Il risultato dell'indagine statistica è all'apparenza confortante. I dati considerati sono relativi alle sentenze di scioglimento del matrimonio e di cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, intervenute nel settennio 1971-1977. Inoltre è prevista una stabilizzazione intorno ai livelli raggiunti nel 1975 e nel 1977, che qui si indicano, per completezza, assieme coi rimanenti<sup>92</sup>.

ANNO	SCIOGLIMENTO	CESSAZIONE	TOTALE
		EFFETTI CIVILI	
1971	1.833	15.301	17.134
1972	3.798	28.829	32.627
1973	2.095	16.077	18.172
1974	1.855	16.035	17.890
1975	1.144	9.474	10.618
1976	1.236	10.870	12.106
1977	1.053	9.545	10.598

Se una valutazione di questi dati appare prematura, nonostante la previsione formulata, sono ammesse —come si è accennato— delle osservazioni generali sulla votazione popolare del 1974, che per il suo oggetto costituisce, salvo il vero, un evento unico ed irripetibile.

Non sembra, in primo luogo, che si possa dubitare dell'eccessiva politicità del referendum sul divorzio, segno dell'azione capillare dei partiti nella società: è inutile far commenti puntuali, che complicherebbero la presente trattazione.

D'altronde una serie di fatti abbastanza noti<sup>93</sup> dimostra la reale consisten-

per i figli, le esperienze straniere *sobre divorcio vincular*, l' *efecto multiplicador* e le "frodi" del divorzio (pp. 33-110). Cfr., altresì, per un'esposizione sintetica dei principali problemi, l'intervista concessa da L. DE ECHEVERRÍA a P. Casado, in *Procuradores*, 1978, n. 19, p. 12.

<sup>91</sup> Quanto ai rapporti fra *Indissolubilità del matrimonio e potere di sciogliere il vincolo* v. i chiarimenti offerti, abbastanza di recente, dal card. P. FELICI con la prolusione al corso di studi *de quaestionibus matrimonialibus*, promossi dall'arcisodalizio della curia romana. Per il testo della prolusione, tenuta il 14 ottobre 1975 nel palazzo della cancelleria apostolica, *Communicationes*, 1975, pp. 173-186.

<sup>92</sup> La tabella di cui appresso è stata tratta dalle elaborazioni dell'ISTITUTO CENTRALE DI STATISTICA: *Annuario statistico italiano*, Roma, Edizione 1974, tav. 120; Edizione 1978, tav. 91.

<sup>93</sup> E' sufficiente ad esempio pensare all'impegno preliminare —assunto pure "durante le lunghe e faticose trattative per la formazione dell'ultimo governo" (E. BRUNORI:

za della scelta effettuata dal popolo, in quanto che emerge, proprio da tali fatti, relativi alla prima applicazione dell'istituto del referendum abrogativo, un gioco di forze politiche troppo intrecciato per essere soltanto funzionale e quindi, ancora, una sorta di impedimento, per la persona, di porsi fuori del grande contrasto d'opinioni, manovrato dai partiti.

E' qui opportuno aggiungere, incidentalmente, che se proprio si credesse al «sistema» dei partiti politici, disciplinato dalla —e nella— costituzione, non si chiuderebbe un occhio davanti al disordine provocato dai partiti stessi, nei cui confronti s'impone un controllo —dell'organizzazione interna—, da istituire e da determinare a livello legislativo, al fine principalmente di tentare di vincere un «costume», ormai consolidato, che, al di là dei singoli statuti, di per sé consente la formazione di autentiche oligarchie, le quali, pure attraverso discipline con punte di rigore diverse, possono oggi tutto, o quasi tutto, quel che vogliono (e certamente non potevano volere, o non poteva accadere, che restasse fuori del politicamente rilevante il referendum su di una legge tanto importante ed osteggiata come la n. 898 del 1970).

«Metodo democratico» (art. 49 cost.) *esterno* e non democratico *all'inter-*no dell'associazione politica, quand'anche soltanto per prassi e consuetudini invalse, sono due cose inconciliabili. Significa creare quei centri di potere, che, influenzando in modo inammissibile il funzionamento del parlamento, complicano a dismisura (o vanificano) il rapporto rappresentativo; quei centri di strapotere, negazione dell'autentico pluralismo, nelle cui mani, appunto, sono le leve di comando dell'attività dei partiti, nelle varie direzioni verso le quali questa si svolge, con le conseguenze che nessuno dovrebbe ignorare (inclusa «l'inconsistenza» delle «forze», *fra cui l'istituto di democrazia diretta del referendum abrogativo*, che, secondo parte della dottrina, non solo italiana, agirebbero come «contrappesi» all'arbitrio dei partiti).

Si conoscono le obiezioni; esse non sono persuasive. Il punto di vista ora espresso poggia, al contrario, se non si erra, sul concetto di democrazia, intesa nel suo genuino significato etico-politico-giuridico, non alterato dalla partitocrazia: ché nell'assolutismo descritto si ravvisa la partitocrazia, in ambedue i suoi significati allarmanti, uno *proprio, tecnico*, l'altro —più ampio— *comune*.

Così, riprendendo completamente il discorso, il referendum per l'abrogazione totale della legge Fortuna-Baslini si svolse in un clima, che impedisce di confidare nel valore del suo risultato. Si può ben dire, invece, che l'attua-

*Referendum e divorzio*, in *Iustitia*, 1971, p. 55)— avente come oggetto la precedenza dell'approvazione, da parte del parlamento, della legge regolativa del referendum abrogativo sulla discussione della proposta Fortuna-Baslini. Ovvero basta pensare, per converso, ai progetti di legge, rispettivamente presentati dagli on. Giomo e Scalfari insieme con altri parlamentari "nello scorcio della passata quinta legislatura...", "tendenti a paralizzare la richiesta del referendum abrogativo della legge sul divorzio" (v. i *richiami* di A. GIUFFRÈ sulla decisione della corte costituzionale 26 gennaio 1972, n. 10, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1973, II, p. 5). Si confrontino le note 12 e 96.

ione dell'istituto fomentò un lungo conflitto ideologico, nel quale, logicamente, riuscì vittoriosa la parte più coerente.

Fermo restando il giudizio negativo sugli antecedenti partitici e partitocratici della pronunzia popolare, la censura conclusiva riguarda, dunque, specialmente la democrazia cristiana, in cui riponevano quasi tutte le speranze coloro che s'opponevano al divorzio (si tralascia di prendere in esame l'azione del m.s.i. — destra nazionale).

Essa mostrò impegno, ma per raggiungere fini discutibili, al vertice e disimpegno, per fini altrettanto discutibili, alla periferia: con la conseguenza che, prima della consultazione, non era difficile anticipare il risultato, solo apparentemente rovinoso per il partito di maggioranza. Difatti, l'èsito del referendum era stato sicuramente previsto dai politici più lungimiranti, i quali ascoltavano le risolte affermazioni degli italiani impegnandosi tanto quanto bastava, senza smentire mai il loro equilibrismo, o esponendo chi desiderava rischiare il suo prestigio personale pure per obbiettivi diversi da quelli che apparivano.

Si ritiene, insomma, che il risultato del referendum sul divorzio non serve a provare, malgrado la conferma della legge 1 dicembre 1970 n. 898 da parte del popolo, che l'indissolubilità del matrimonio non era un «valore comune» in Italia, anche se, certo, non si può sostenere tranquillamente il contrario.

I dati statistici allegati rispecchiano, forse, questo concetto.

Ad un altro punto s'intende volgere l'attenzione.

E' noto che, in fondo, la votazione verteva sul principio civilistico dell'indissolubilità senza distinguere il matrimonio civile da quello religioso ed insieme trascritto agli effetti civili così come praticamente non distingue la legge sul divorzio: onde il problema del voto dei cattolici, l'opinione dei quali era di fondamentale importanza data la situazione.

I cattolici «democratici», pensando tra l'altro di combattere il neofascismo (si parlava, allora, di «osceni abbracci» fra democrazia cristiana e movimento sociale italiano), davano una risposta negativa al quesito dell'abrogazione della legge. Quelli c.d. «del consenso» testimoniavano l'obbedienza al magistero ecclesiastico sostenendo la tesi opposta ed assumendo, quindi, il ruolo di negatori della libertà o di reazionari.

Si tratta, evidentemente, di una generalizzazione perché alla formazione delle singole decisioni contribuirono, variamente, altri elementi: il patrimonio culturale individuale, le condizioni sociali, le pressioni ricevute e così via.

Ora s'intende, comunque, porre l'accento sul presupposto causale costituito dal «fattore religioso» in senso largo —come prima è stata sottolineata l'importanza del «fattore politico»—, a prescindere dalla particolarità di certe situazioni.

Ebbene, anche la surricordata divisione fra i cattolici influì, indiscutibilmente, sul risultato del referendum.

Occorre rammentare, in questa sede, che alcune dichiarazioni di vescovi

italiani<sup>94</sup> furono invocate a conferma di convinzioni diametralmente opposte, quantunque non si escluda che sarebbero state opportune sia un'uniformità nel consiglio sia una coordinazione maggiore nella formulazione dei principi.

Forse bisognava evitare, inoltre, le condanne non dottrinali, pure di fronte a posizioni sostenute da membri del clero.

Sembra, pertanto, che non fu raggiunto, in grado ottimale, il punto d'incontro tra autorità del magistero e adesione delle coscienze, mentre è certo che la consultazione sul divorzio aggravò, in Italia, il problema della presenza di un' «altra Chiesa», la quale già si poneva e si pone in atteggiamento critico nei confronti dell'istituzione ecclesiastica.

E' difficile indicare una linea di condotta sostitutiva di quella seguita. Pochi, del resto, possono seriamente credere di fare un simile tentativo in questa materia talmente peculiare da richiedere l'intervento di autentici esperti per essere efficacemente trattata.

Si rileva solamente —in margine rispetto all'argomento ora addotto ed avvertendo che il nuovo è pur esso frutto d'una necessaria generalizzazione— che il difetto di un serio approfondimento del diritto canonico da parte del clero cattolico, specialmente da parte di quello giovane, si fece subito sentire attraverso i suoi inevitabili effetti.

D'altronde la stampa diffondeva dati parziali o non plausibili sulla regolamentazione delle nullità, e dello scioglimento del vincolo coniugale, operata dai competenti organi della Chiesa. Ne conseguì che questi dati, i quali non furono chiariti a sufficienza, finivano con l'avallare, in concreto, certi erronei convincimenti, sovente contrastati —ovvero talvolta perfino condivisi— proprio da ecclesiastici, che, a motivo dell'ufficio, avrebbero dovuto possedere una cultura giuridico-teologica più solida di quella che risultò.

E' utile aggiungere che lo studio, condotto con penetrazione, sarebbe stato l'unico mezzo che avrebbe permesso di capire sia l'istituto canonistico del matrimonio sia il contenuto dei tanti documenti del magistero sull'indissolubilità<sup>95</sup>.

L'esposizione può ovviamente essere ampliata, ma ulteriori approfondimenti non corrisponderebbero allo scopo di queste osservazioni, dirette es-

<sup>94</sup> Per una sintesi "... dei più significativi interventi" (della CEI, del card. Vicario, di mons. Motolese, del card. Colombo, di mons. Baldassarri e mons. Pellegrino), subito dopo l'approvazione della legge 1 dicembre 1970, n. 898, v. A. D'AVACK: *La Chiesa e l'attuazione del divorzio*, cit., pp. 481-484. In rapporto ai primi interventi ed ai successivi (come la notificazione dell'arcivescovo di Torino ai fedeli in *Il tetto*, 1974, n. 62, p. 196 e ss.), i quali sono per fermo abbastanza noti in Spagna, data la divulgazione che ebbero le notizie su di essi, v. il comunicato del consiglio permanente della Conferenza episcopale italiana sul referendum (Roma, 21 febbraio 1974). Ove ce ne sia bisogno, si consulti il testo in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, I, p. 37 e ss.

<sup>95</sup> Per un panorama completo della genuina dottrina cattolica sul divorzio e l'indissolubilità, cfr. AA. VV.: *El vínculo matrimonial*, cit. (introduzione di T. García Barberena; contributi di A. Bernárdez Cantón, L. Bressan, F. Cantelar, H. Crouzel, G. García Cantero, A. García y García, A. Mostaza, M. Navarrete, C. Pujol, R. Trevijano).

senzialmente a porre in risalto quegli elementi che consentono di comprendere il clima dell'epoca.

Il fatto è che la normativa divorzistica ottenne il consenso del popolo appunto per tale clima, analogo a quello che determinò la formazione del consenso parlamentare sulle proposte Fortuna e Baslini<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> Restano fra l'altro, per ricordo d'una tenzone che non si volle vincere, due volumi, *In opposizione al divorzio*, a cura del GRUPPO PARLAMENTARE D. C. (Roma, 1969 e 1970), ove sono riprodotti i discorsi pronunziati dai deputati di tale gruppo durante il dibattito sulla proposta di legge Fortuna-Baslini, l'intervento dell'on. Mariano Rumor, in veste di presidente del consiglio, e del sen. Silvio Gava, in veste di ministro della giustizia. In appendice sono, inoltre, pubblicati i testi dei discorsi di alcuni parlamentari (si veda, in particolare, quello dell'on. Gonella, nel vol. II, alle pp. 885-909), "che si erano iscritti a parlare in aula, ma che successivamente rinunziarono per consentire la conclusione del dibattito nei termini prestabiliti" (ancora vol. II, *premessa*). Contro queste apparenze, ecco, per esempio, cosa si legge nella relazione della commissione, incaricata di riferire sui rapporti con il mondo politico e religioso durante il "Convegno nazionale di coordinamento tra le iniziative antidivorziste", Roma 25-26-27 settembre 1970 (*Atti*, testo ripreso da nastro magnetico e non corretto, p. 56): "... La D. C. non ha fatto nulla per impedire il divorzio. Essa ha abbandonato tutti i mezzi reali che erano — e sono — a sua disposizione se avesse voluto dimostrare con i fatti di voler compiere il "sacro dovere" della difesa della famiglia: 1) Ha trascurato del tutto il primo, legittimo e più elementare e universalmente praticato mezzo: l'ostruzionismo. 2) Ha totalmente trascurato quello di impegnare tutto il suo peso politico — affidatole a questo scopo dai cattolici elettori — per vincolare le trattative per la formazione di coalizioni governative almeno al rispetto pieno dell'unità della famiglia. 3) Ha totalmente trascurato il ricorso anche alle dimissioni dal governo, se questo si fosse manifestato come il solo mezzo capace di impedire l'introduzione anche in Italia della piaga del divorzio... Questo è tradimento. Come elettori, chiederemo conto dei tradimenti di fronte agli unici tribunali che questa gente mostra di temere: le urne...". Il proposito, evidentemente, fu poi abbandonato. L'onorevole d.c. Guido Gonella (oggi è il presidente della delegazione italiana per la revisione del concordato) scriveva, per il discorso citato sopra, che non fu letto in aula: "Il divorzio è il tema più angustiante per la nostra responsabilità morale... Quando fu costituito l'attuale Governo... ci si preoccupò di trovare una via d'uscita al fine di scansare ogni ostacolo alla formazione della coalizione di centro-sinistra. Per tale ragione si affermò il principio della neutralità del Governo di fronte alle competizioni parlamentari pro e contro il divorzio. Si era preoccupati di garantire l'unità e stabilità del Centro-sinistra, di non compromettere la formula di collaborazione con i socialisti, di non scavare una trincea fra D.C. ed i partiti laici (p. 885). ... Le sinistre, sempre pronte a far demagogia sulla mancata attuazione di questa o quella norma costituzionale, non hanno alcuno scrupolo di votare norme che violano la Costituzione. Purtroppo, fedele all'errata condotta di neutralità, il Governo di coalizione non ha potuto muovere un dito... Prima della votazione sull'incostituzionalità né il Presidente del Consiglio né il Ministro degli esteri né il Ministro della giustizia hanno fatto presente alla Camera che si violava la Costituzione ed i Patti fra Stato e Chiesa... Qualcuno ha detto: non è compito del Governo giudicare la costituzionalità delle leggi. Certamente... Ma qui non si trattava di leggi bensì di un disegno di legge, e vi sono molti precedenti di interventi del Governo per contrastare l'approvazione di norme che, acquistando poi efficacia di legge, possono successivamente essere giudicate incostituzionali da una sentenza della Corte costituzionale (p. 886)... Analizzando l'atteggiamento assunto dalla D.C. di fronte al dibattito parlamentare non è difficile vedere gli errori di prospettiva che furono commessi (p. 888)... non è in questione solo il "principio" dello scioglimento; è in questione una legge organica sul divorzio che, secondo la D.C., è violatrice della Costituzione e del Concordato... Come può il Governo non esprimere una sua idea sulla violazione della Costituzione e del Concordato? Il Governo non può essere neutrale, deve difendere l'una e l'altro. Quindi, non dico che non esistano gli accordi di neutralità del Governo, non dico che gli accordi di Governo non siano stati rispettati. Dico solo che sono divenuti nocivi dal momento che i socialisti, respingendo ogni proposta di rinvio, hanno portato il dibattito in aula.



Non è superfluo confermare, d'altra parte, che c'è poco da dire riguardo alla sorte, che proprio esse ebbero fra i tanti progetti sullo scioglimento del matrimonio presentati al parlamento italiano (par. 4). Conviene, infatti, prendere atto del limite con una consapevolezza maggiore.

E', però, ugualmente opportuno ricordare che non si possono spiegare tutti i perché degli eventi della storia, specialmente degli eventi che attendono il suo giudizio definitivo.

Aggiungo che sono assurdi dal momento che è in gioco la violazione del concordato, *cosa non fuori contestazione al momento degli accordi perché, in sé, la proposta di divorzio poteva essere non estesa ai matrimoni religiosi*. Qui non si tratta più di opzioni bensì del dovere di opporsi alle violazioni della Costituzione, senza la quale non vi è Governo legittimo. *La neutralità del Governo, possibile finché un disegno di legge è in sede referente, diviene assurda in Aula parlamentare nella quale si prendono decisioni. Tale neutralità implica rinuncia del Governo a orientare e guidare la maggioranza parlamentare, rinuncia del Governo a far valere il peso del suo prestigio contro il divorzio* (p. 889)... Non possiamo, per salvare l'unità del Governo, rassegnarci ad una legge che favorisce la disunione della famiglia (p. 890). La frantumazione del Governo è un male, ma la frantumazione della famiglia è un male maggiore. *Il primo male può essere passeggero e sanabile, il secondo è un male permanente e insanabile*... Il Presidente dice: se si insiste ad abbandonare la neutralità, il Governo si spezza. Ma è già spezzato. Il Governo è, in ogni votazione, spaccato in due, tanto poco neutrale esso è... Nel Parlamento vi sono due maggioranze: una il centro-sinistra per le sedute del mattino, quando si discutono leggi normali, ed una del fronte laico per le sedute del pomeriggio quando si discute del divorzio... *E' il PSI che ha preso l'iniziativa della legge... Se punta al divorzio significa che l'unità del Governo non gli interessa* (p. 891)... Siamo per la stabilità del Governo, ma prima siamo per la stabilità della famiglia... *Se sono caduti Governi per dissensi sui patti agrari, chi si potrà meravigliare se un Governo dovesse cadere per dissensi sui contratti matrimoniali?*... Si obietta pure: non mettete in discussione l'autonomia della funzione legislativa. Ciò avverrebbe sempre quando parla il Governo esprimendo un suo parere in Parlamento. Non insistiamo su argomenti senza consistenza (p. 892). *Questo "rimettersi al Parlamento" è in contrasto con tutta la recente esperienza di rapporti fra Governo e Parlamento. Quante volte dalla nascita del centro-sinistra ci siamo trovati di fronte a disegni di legge... per i quali è stato detto ai deputati: questa è l'intesa fra le "delegazioni dei partiti", oppure questo ha deciso il Governo, questo è ciò che il Parlamento deve fare* (p. 893)... *Il partito dei cattolici, il più forte alle camere, ... si trova in difficoltà ad impedire ciò che per un secolo non volle l'Italia laica e anticlericale. Dovremo un giorno sentir dire amaramente che quod non fecerunt Barbari fecerunt Barberini?* (p. 894). Sono per la cooperazione fra cattolici e socialisti. Ma che direbbero i socialisti se noi esigessimo che, con la neutralità del Governo e con la collaborazione dei monarchici e dei missini, fosse sottoposto al Parlamento un disegno di legge che si ispirasse al principio "Proletari di tutto il mondo, dividetevi"? (p. 897). Vi sono leggi specificamente previste dalla Costituzione sui partiti, sui sindacati, sugli scioperi *che si rinviano da vent'anni e nessuno minaccia quelle guerre di religione o quelle guerre civili che vengono minacciate per una legge incostituzionale... Secondo il regolamento della Camera quindici deputati bastano per chiedere la sospensione di un disegno di legge* (p. 904)... *Si crede di evitare il contrasto fidando nel referendum, ma non ci si rende conto che il contrasto —evitato nella sala del consiglio dei ministri con il troppo facile ricorso ad un'imbelle neutralità, o nell'Aula Parlamentare con l'inspiegabile assenza del Governo— si trasferisce con il referendum su tutta la nazione... Altro che evitare contrasto nel centro-sinistra! Con il referendum il contrasto viene nazionalizzato* (p. 908)...". Si è utilizzato il corsivo per le frasi ritenute di maggiore spicco (v. nota 210). Notizie sul clima dell'Italia nell'epoca in questione si possono trarre dai vari numeri della "rassegna mensile della stampa italiana sul divorzio", a cura dell'ICAS.

## PARTE SECONDA

### PROBLEMI DI COSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 1 E DELL'ART. 2 DELLA LEGGE FORTUNA-BASLINI. CRISI DELLE ISTITUZIONI CIVILI E LEGISLAZIONE DIVORZISTICA; CHIESA, STATO, GIURISTI CATTOLICI ITALIANI E DIVORZIO

**SOMMARIO:** 6. L'art. 29 della cost. e lo scioglimento del matrimonio. L'art. 3, n. 2, lett. b) della legge n. 898 del 1970: dalla separazione consensuale al "divorzio consensuale a termine". Irrilevanza o rilevanza negativa del fattore-tempo.—7. Considerazioni sull'eventuale introduzione del divorzio in Spagna, specialmente dal punto di vista costituzionale. La prospettiva dell'esclusione dei matrimoni concordatari dall'oggetto della legge regolatrice del divorzio in Italia.—8. L'art. 7, 2° comma, della costituzione repubblicana.—9. Le sentenze della corte costituzionale n. 169 del 1971 e n. 176 del 1973 sulla legittimità costituzionale dell'estensione del divorzio ai matrimoni canonici trascritti.—10. Intorno al problema della competenza dello Stato it. a decidere della cessazione degli effetti civili del matrimonio "concordatario": A) Classificazione sistematica degli effetti essenziali del matrimonio in relazione ad alcune norme sull'indissolubilità (ord. italiano, spagnolo e canonico); individuazione degli effetti del matrimonio civile (ord. it.); dal regolamento degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto alla disciplina del divorzio.—B) Interpretazione dell'art. 149 c. c. del 1942, anche in rapporto all'art. 52 del cod. civ. spagnolo, Giurisdizione sulle cause di separazione (ord. it.; cenni comparativi).—11. *segue*. "Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio" in particolare. Competenza dello Stato sugli autentici effetti civili del matrimonio canonico a quegli effetti trascritto. L'art. 65 del cod. civ. it. ed i matrimoni concordatari.—12. *segue*. Prime conclusioni. Le sopra notate pronunzie della consulta in relazione alle aspettative createsi ed alle ipotesi di revisione costituzionale. La via diplomatica e concordataria come alternativa, dal punto di vista dell'ord. it., alla procedura di revisione costituzionale: lineamenti di un diverso, possibile sviluppo delle ultime vicende relative all'introduzione del divorzio in Italia. Il protocollo addizionale al concordato con il Portogallo del 7 maggio 1940 ed il caso italiano, oggi.—13. *segue*. Critica negativa delle argomentazioni minime addotte dalla corte cost. con la sent. n. 176 del 1973 a sostegno della legittimità costituzionale dell'art. 2 l. d. Definizione del sistema di collegamento derivante dal concordato in materia matrimoniale: lo "schema della presupposizione" ed il problema della dispensa dal matrimonio rato e non consumato. Riferimenti funzionali alle note, italiana e vaticana, sull'interpretazione dell'art. 34 conc. Argomentazioni conclusive a favore dell'incostituzionalità della legge Fortuna-Baslini, per quel che concerne la sua applicazione ai matrimoni concordatari, tratte dall'art. 34, 1° comma.—14. Sulla "scelta politica" operata dalla corte costituzionale coi pronunziati circa la "dissolubilità" degli effetti giuridici attribuiti al matrimonio canonico. Da concetto a concetto si sposta l'esame della questione dei limiti costituzionali della produzione normativa ordinaria in campo legislativo. Considerazioni inerenti sulla partitocrazia e l'attuale crisi, non

solo dei valori civili, in Italia. Discendendo al particolare, si constata che l'introduzione e la conservazione della legislazione divorzistica possono essere incluse fra le componenti di tale crisi ed, ancor prima, fra i suoi cofattori.—15. Le basi sociali dell'opposizione totale al divorzio. Riferimenti alla posizione dottrinale della Chiesa cattolica; brevi notazioni connesse, in correlazione con la prima parte di questo studio. Divorzio e sua "profilassi". Completezza della legislazione matrimoniale canonica; normativa statutale sullo scioglimento del matrimonio; giudici civili e giudici ecclesiastici. Il problema specifico dell'introduzione del divorzio in Italia secondo alcune valutazioni da parte cattolica. Considerazioni finali.

6. Com'è noto —prescindendo dal riferimento al tentativo di conciliazione (di cui all' a. 4), al disfacimento della comunione spirituale e materiale tra i coniugi, nonché ai casi di divorzio (di cui all' a. 3)—, l'art. 2 della l. 1 dicembre 1970 n. 898 prevede, per i matrimoni celebrati con rito religioso e regolarmente trascritti, una pronuncia giudiziale di *cessazione degli effetti civili* conseguenti alla trascrizione di tali matrimoni. Fermo l'inciso, è prevista al contrario una pronuncia di *scioglimento* per i matrimoni contratti a norma del codice civile (art. 1).

La differenziazione, che, a prima vista, sembra tecnicamente valida sul piano formale, è tuttavia «volutamente ambigua» su quello sostanziale, dato che qualsiasi forma di scioglimento del matrimonio altro non rappresenta, in fondo, se non la cessazione degli effetti del matrimonio stesso<sup>97</sup>.

Non preme d'insistere sul rilievo, quantunque sia di certo interesse tenuto conto della destinazione del presente studio: questo rilievo, infatti, costituisce per ora solo l'avvio di un possibile svolgimento del tema specifico riguardante la costituzionalità o meno dei primi due articoli della legge n. 898 del 1970, significativamente intitolata «disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio».

Le questioni relative sono state poste in maniera diversa, corrispondentemente all'oggetto principale della disciplina menzionata: il matrimonio celebrato davanti al ministro del culto cattolico e poi trascritto da una parte; il matrimonio civile dall'altra.

Riguardo al secondo, l'art. 1 della l. d., il quale espressamente lo prende in considerazione, come si è visto, non ha dato luogo ad importanti dibattiti in merito.

Il problema della costituzionalità del divorzio su matrimonio civile, peraltro, era stato trattato dalla dottrina<sup>98</sup> e fu affrontato, poi, anche dalla giurisprudenza.

<sup>97</sup> Quasi nel medesimo senso, A. M. PUNZI NICOLÒ: *Il divorzio e i rapporti tra i coniugi*, in AA. VV.: *Studi sul divorzio*, cit., pp. 341-343.

<sup>98</sup> Cfr. principalmente, per alcune argomentazioni d'indubbia importanza, V. DEL GIUDICE: *Sulla riforma degli istituti familiari*, in *Jus*, 1950, p. 293 ss. e, *contra*, P. BELLINI: *Considerazioni generali sulla legittimità costituzionale del divorzio*, in *Archivio giuridico*, vol. CLXXI (1966), p. 38 e ss. Sull'incostituzionalità dell'instaurazione del divorzio per il matrimonio in qualunque forma celebrato v., altresì, A. PIOLA: *Sintesi sull'illegittimità dell'introduzione del divorzio*, in *Testi su Stato e Chiesa dallo statuto al divorzio*, Milano, 1971, p. 159 e ss. Dello stesso A. cfr.: *Fondamento costituzionale*

Il tribunale di Roma, ad esempio, con sentenza del 15 gennaio 1971, ritenne che «la Carta costituzionale, pur essendo ispirata a principi di tutela e stabilità della famiglia, di cui riconosce i diritti come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29), non stabilisce il principio di indissolubilità del vincolo coniugale, per cui l'attenuazione e lo scioglimento dello stesso, previsti dalla legislazione ordinaria, rispecchiano ipotesi di particolare rilievo che non violano le norme costituzionali»<sup>99</sup>.

Successivamente il tribunale di Palermo, con sentenza del 7 giugno 1972, dichiarò che non sussisteva conflitto fra l'intera legge 1 dic. 1970 n. 898 e gli artt. 2 e 29 cost., dai quali prendeva la mossa la proposta obiezione d'incostituzionalità. Detto tribunale ribadì che l'art. 29 afferma «soltanto la rilevanza costituzionale dei diritti della famiglia e, con la definizione di questa come società naturale fondata sul matrimonio, intende chiaramente riferirsi non al matrimonio considerato quale istituto giuridico già ordinato in un certo modo dalla normativa allora (al tempo dell'emanazione della norma costituzionale) vigente, ma, al contrario, al matrimonio considerato quale istituzione etico-sociale, imprescindibile dalla famiglia...». Aggiunse che «il principio dell'indissolubilità non è essenziale alla accezione socio-giuridica del matrimonio perché la dissolubilità non toglie al matrimonio la sua natura giuridica sostanziale né la sua funzione etico-sociale di vincolo costitutivo della famiglia né comporta una condizione di necessaria instabilità della famiglia...». Per cui —conclude sul punto la sentenza— «la dedotta costituzionalizzazione dell'indissolubilità del matrimonio non può fondatamente sostenersi ed... è da ritenere che la dissolubilità ben poteva essere oggetto di normazione con legge ordinaria, riguardando essa un particolare ordinamento dell'istituto matrimoniale, non vietato, sotto questo profilo, da alcun precetto costituzionale»<sup>100</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale, d'altra parte, appare in linea con la convinzione, abbastanza consolidata in coloro che s'occupano scientificamente di diritto<sup>101</sup>, secondo cui l'indissolubilità del matrimonio civile non è, nemmeno implicitamente, sancita dalla costituzione giacché —a prescindere dai lumi, che in merito possono trarsi dai lavori preparatori—, quanto in partico-

*dell'indissolubilità del matrimonio*, in *Stato e Chiesa dopo il Concilio (Saggi)*, Milano, 1968, p. 173 e ss.; *Cattolici e non cattolici sul problema del divorzio*, *ibid.*, p. 189 e ss.; *Interpretazione politica e giuridica della "costituzionalità" del divorzio*, *ibid.*, p. 197 e ss. Ancora, sempre dello stesso: *El matrimonio canónico y sus efectos civiles en Italia; La competenza giurisdizionale ecclesiastica sul matrimonio ed i suoi limiti civili; Il problema del divorzio in Italia; Nuovi aspetti ed argomenti sul problema del divorzio* (in *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, Milano, 1969, pp. 195 e ss.; 201 e ss.; 279 e ss.; 287 e ss.).

<sup>99</sup> Tribunale di Roma, sez. I, sent. 15 gennaio 1971, n. 99, in *Temì romana*, 1971, p. 60 (*massima*).

<sup>100</sup> Tribunale di Palermo, sent. 7 giugno 1972, in *Il foro italiano*, 1973, I, p. 260.

<sup>101</sup> Passa in rassegna le posizioni precipue della dottrina C. CARDIA, nel saggio *L'art. 29 della Costituzione: la famiglia come società naturale e la dissolubilità del matrimonio*, in *Studi sul divorzio*, cit., p. 191 e ss.; con il risultato, scrive l' A., del parziale recupero della "ipotesi evolutzionistica" (Bellini), che s'opponne alla "tesi giusnaturalistica cattolica" (Del Giudice) —v. nota 98—.

lare all'art. 29 cost., «se le istituzioni e le società naturali fossero, come si è sostenuto, immutabili e non soggette a dissolvimento, se ne dovrebbe dedurre non tanto l'indissolubilità del matrimonio, quanto la perpetuità di ogni singola famiglia, dimenticando... che, proprio col matrimonio, si scindono vecchi nuclei familiari e se ne creano nuovi<sup>102</sup>.

Ancor più fuori discussione, inversamente, almeno per un notevole arco di tempo, parve la tesi che, pei matrimoni concordatari, faceva derivare la garanzia dell'indissolubilità dall'art. 7 cost.: ciò anche tenendo conto dell'opinione espressa, in sede di assemblea costituente, dal Calamandrei e da altri esponenti del pensiero laico<sup>103</sup>.

Coerente con l'assunto della dottrina prevalente, la costante giurisprudenza della corte di cassazione riteneva operante, per i matrimoni canonici trascritti, in forza dell'art. 34 conc., una totale riserva di giurisdizione, sull'«atto» e sul «rapporto», in favore dell'autorità ecclesiastica, con la conseguenza che non veniva reputata ammissibile, fino alla legge n. 898 del 1970, la delibazione di sentenze estere di divorzio allorché il matrimonio canonico risultava celebrato in Italia, fra stranieri, nelle forme concordatarie<sup>104</sup>. Questo per provare, in definitiva, che «una prolungata prassi interpretativa» era «in favore dell'impegno antidivorzista»<sup>105</sup> o, quanto meno —ed è lo stesso—, che, «per un lungo periodo di tempo, lo Stato italiano si comportò assumendo di aver preso un tale impegno»<sup>106</sup>.

Il divorzio, però, se non è, come istituto giuridico, di per sé in conflitto con la costituzione relativamente al matrimonio civile, può costituire l'occasione di un conflitto siffatto quando nella sua legge regolatrice si ravvisino elementi che contaminano l'essenza del matrimonio, inteso «quale istituzione etico-sociale»<sup>107</sup>, fondamento della famiglia «come società naturale» (art. 29, I comma, cost.).

L'Esposito pensava —secondo una tesi condivisa dal Mazziotti— alla «risolubilità per effetto del mero dissenso liberamente manifestato, indipendentemente da cause obiettive di giustificazione», dato che «un matrimonio come mero rapporto contrattuale, mutevole ed instabile, solo con contraddi-

<sup>102</sup> M. MAZZIOTTI: *Ancora sull'illegittimità costituzionale del divorzio*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Genova*, Anno XV (1976), Fasc. I, p. 14. Cfr., però, il par. 15.

<sup>103</sup> Circa il valore della dichiarazione centrale del Calamandrei v., per esempio, M. PETRONCELLI: *I matrimoni religiosi e la Corte costituzionale*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1971, I, p. 199 e, recentemente, M. MAZZIOTTI: *Op. cit.*, p. 54 e s.

<sup>104</sup> Cfr. Cassazione civile, I sez., 29 ottobre 1971, n. 3041 (con nota di dissenso di P. COLELLA: *Ancora in tema di riconoscimento in Italia di sentenze straniere di divorzio successivamente all'entrata in vigore della legge 1 dicembre 1970, n. 898*), in *Giurisprudenza italiana*, 1973, parte I, sez. I, p. 520 s. Sul tema, per un quadro riassuntivo della situazione generale, A. F. PANZERA: *Delibazione di sentenze straniere di divorzio nei confronti di cittadini italiani e cause di scioglimento del matrimonio*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1973, n. 2, pp. 405-407.

<sup>105</sup> M. MAZZIOTTI: *Op. cit.*, p. 51.

<sup>106</sup> M. MAZZIOTTI: *Op. cit.*, p. 50.

<sup>107</sup> Tribunale di Palermo, sent. 7 giugno 1972, cit., p. 260.

zione potrebbe definirsi fondamento della famiglia come società naturale»<sup>108</sup>.

E', pertanto, necessario stabilire, con un'analisi più attenta, se la possibilità di un «divorzio consensuale a termine», qual'è quella concessa dall'art. 3 n. 2 lett. b) della legge 1 dic. 1970 n. 898, «nella parte in cui riguarda lo scioglimento del vincolo dopo cinque anni di separazione consensuale»<sup>109</sup>, venga in essere o meno una violazione dell'art. 29, I comma, cost., specialmente quando si pensi che, trascorso tale termine, «lungo, ma non per ciò meno efficace, ... sarà difficile per il giudice accertare che esistano ancora le possibilità di ricostituire la convivenza coniugale»<sup>110</sup>.

D'altronde, se la garanzia dell'indissolubilità doveva essere ricavata, per i matrimoni concordatari, dall'art. 7, non è meno vero che l'art. 29, I comma, cost. riconosce «i diritti della famiglia come società naturale» sia allorché il suo fondamento è costituito dal matrimonio civile sia quando si tratta del matrimonio sacramento, disciplinato dal diritto canonico, a cui lo Stato attribuisce gli effetti civili. Considerata sotto l'aspetto indicato, la prevista cessazione di questi effetti civili, fondata sulla separazione consensuale, che duri da cinque anni a far tempo dalla avvenuta comparizione delle parti innanzi al presidente del tribunale nella procedura relativa, finisce col sottoporre la permanenza dei medesimi effetti alla volontà dei coniugi, indipendentemente dalla presenza di una causa obiettiva di chiaro valore, in contrasto —sembra— con l'art. 29, I comma, cost. Infatti il «vincolo civile», conseguente al rapporto coniugale in senso proprio, regolato dal diritto canonico e posto in essere dal matrimonio celebrato davanti al ministro del culto cattolico, risulta privo, una volta che la sua durata dipenda da incerti apprezzamenti soggettivi, dei caratteri i quali consentono di porlo in stretta relazione con la famiglia, considerata «come società naturale».

La disciplina positiva della cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione e dello scioglimento del matrimonio può aver dunque il potere d'incidere, rispettivamente, sulla configurazione del rapporto giuridico-sociale che nasce, nel diritto dello Stato, dalla celebrazione del matrimonio canonico e sulla configurazione del matrimonio civile.

Questo punto di vista è confermato, quantunque indirettamente, da alcune delle argomentazioni di recente addotte dalla corte di cassazione per dichiarare non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17 della legge 27 maggio 1929 n. 847<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> C. ESPOSITO: *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 140 e s.; M. MAZZIOTTI: *Op. cit.*, p. 15.

<sup>109</sup> F. FINOCCHIARO, voce *Matrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1975, vol. XXV, p. 844. *Contra*, L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 18.

<sup>110</sup> F. FINOCCHIARO: *Op. loc. cit.* Fra le trattazioni generali su aspetti specifici dei rapporti di famiglia, ID.: *Del matrimonio*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA: *Libro primo — Delle persone e della famiglia* (artt. 79-83), Bologna-Roma, 1971.

<sup>111</sup> V. Cassazione civile, sezioni unite, 13 ottobre 1975, n. 604 (ord.), con note di R. BACCARI: *Giurisdizione ecclesiastica e laicità dello Stato*; O. GIACCHI - O. FUMAGALLI CARULLI: *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e garanzie costituzionali*; G. OLIVERO:

Tale norma, infatti, «imponendo» al giudice statale «di rendere esecutive anche... pronunce di nullità per... cause non previste dalla legge italiana, ed in particolare... per riserva mentale», consentirebbe «di attribuire rilevanza nell'ordinamento interno ad un tipo di matrimonio», il canonico, ritenuto in contrasto «con quello riconosciuto e garantito dalla costituzione»<sup>112</sup>.

Qui non interessa approfondire i contenuti delle valutazioni compiute dalla cassazione né analizzare gli orientamenti della corte costituzionale, la quale, con sentenza del 5 gennaio 1977, n. 1<sup>113</sup>, pur lasciando in un certo senso aperto il problema di fondo, determinava «il naufragio»<sup>114</sup> dell'ordinanza del supremo collegio a sezioni unite<sup>115</sup>.

Importa piuttosto evidenziare che, insieme con l'ambito d'applicazione dell'art. 29 cost., si stabilì che il regolamento delle cause di nullità, reagendo sulla fisionomia dell'istituto matrimoniale, può porre quest'ultimo in conflitto o in armonia con il dettato costituzionale, in specie con l'art. 29, sebbene sorprenda, in verità, che il principio sia stato criticamente invocato, proprio dalla corte di cassazione, nei confronti della legislazione matrimoniale canonica; mentre, in precedenza, l'applicazione del principio equivalente aveva permesso d'affermare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 3 n. 2 lett. b), nella parte dianzi esaminata, dell'attuale legge divorzistica<sup>116</sup>.

*Brusca svolta della Cassazione in tema di giurisdizione sul matrimonio concordatario, in Giurisprudenza italiana, 1976, parte I, sez. I, pp. 1521-1542.*

<sup>112</sup> Cassazione civile, sezioni unite, 13 ottobre 1975, cit., p. 1541.

<sup>113</sup> Se ne veda il testo in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale, 1977, II, p. 282 e ss.*

<sup>114</sup> Il termine è di R. BACCARI: "Copertura costituzionale" e legislazione concordataria, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna...*, 1977, I, p. 501.

<sup>115</sup> Con un'altra ordinanza, emessa il 31 marzo 1977 (Reg. ord. n. 434/1977), la corte di cassazione —sezioni unite civili— ha riproposto, infatti, la questione di costituzionalità "alla stregua delle ... indicazioni desumibili dalla sentenza della Corte Costituzionale" (*Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, n. 347 del 21-12-1977, p. 9198 e ss.).

<sup>116</sup> Tribunale di Palermo, sentenza 7 giugno 1972, cit., p. 260 e s. Ecco cosa si legge, a conferma della tesi contraria sostenuta nel testo, nella relazione di presentazione del progetto di divorzio dei deputati Berenini e Borciani del 1901: "Prima di chiudere, ci preme difendere il progetto da due facili censure...: la conservazione, cioè, dell'istituto della separazione personale, e la non esplicita dichiarazione del mutuo consenso, come causa di divorzio... Ammesso il divorzio, la separazione personale acquista carattere necessario non solo, ma diventa l'atto preparatorio dello scioglimento... è d'altra parte così evidente lo ibridismo dello stato di separazione personale, che è facile comprendere, che, se oggi, mentre è la sola via di scioglimento di una posizione coniugale impossibile, è ancora e frequentissimamente adottato, ammesso il divorzio, cadrà in dissuetudine, o esprimerà soltanto la funzione utile, che gli abbiamo riservato... Quanto al divorzio per mutuo consenso, non occorre dire altre parole. Se la separazione personale è atto preparatorio al divorzio e periodo di sperimento, e se la separazione personale può farsi per mutuo consenso, è ovvio che il principio è consacrato nel progetto" (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXI, Sessione 1900-1901, Documenti-Disegni di legge e relazioni*, n. 369, p. 8). Queste cose allora si potevano, anzi si dovevano dire, per sostenere la proposta sia di fronte ai "fautori" sia di fronte agli "avversari del divorzio" (*Atti Parlamentari*, cit., loc. cit.): infatti non c'era lo scoglio, così come si configura attualmente, dell'art. 29, 1.º comma, della costituzione. Per un'interpretazione non comune dell'istituto della separazione personale dei coniugi prima dell'odierna riforma del diritto di famiglia, con ampie osservazioni sulla natura

7. Resta da formulare, rispetto alla Spagna, l'auspicio che, sulla base di un regime matrimoniale veramente facoltativo, garantito dalla costituzione (art. 32 par. 2), l'eventuale introduzione dell'istituto civilistico del divorzio sia circoscritta al solo matrimonio civile, nel pieno rispetto della posizione e del regolamento specifico di tutte le confessioni religiose, con le quali i pubblici poteri manterranno «relazioni di cooperazione» (art. 16 par. 3), quando si tratti di matrimoni liberamente celebrati secondo le rispettive competenze di quelle confessioni<sup>117</sup>.

In Italia, com'è noto, il matrimonio «acattolico», a differenza del canonico, è completamente assoggettato al diritto dello Stato e alla giurisdizione civile.

Sempre in Italia, tenute presenti le considerazioni già svolte, «il problema del divorzio» poteva essere «giuridicamente limitato nei confronti del matrimonio civile», secondo quanto sostenne il Gismondi prima dell'approvazione della legge Fortuna-Baslini<sup>118</sup>. «L'unica obiezione prospettabile» era che «la accennata soluzione» non avrebbe risolto concretamente «il problema di coloro che, avendo optato per il matrimonio religioso (cattolico) con effetti civili prima dell'entrata in vigore della legge sul divorzio», si sarebbero trovati «in una posizione diversa» a confronto di chi avrebbe potuto «operare la scelta» tenendo conto delle diverse sorti «dei due matrimoni»<sup>119</sup>. Ma da una parte «la distinzione fra matrimoni civili e matrimoni concordatari» era stata «costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina civile...»; dall'altra, premessa l'effettività del diritto di scelta del tipo di matrimonio nell'ambito dello Stato, non c'è ragione alcuna che giustifichi «la prevalenza» accordata «allo *ius poenitendi* di un coniuge rispetto al diritto fondamentale all'indissolubilità del coniuge credente...»<sup>120</sup>.

In Spagna la situazione è parzialmente diversa da quella italiana, data l'obbligatorietà del matrimonio canonico allorché almeno uno dei contraenti professa la religione cattolica (art. 42 c.c.).

Ciononostante si può pensare, da qualche tempo, all'esistenza di un matrimonio civile «praticamente facoltativo», subordinato, per i cattolici, all'

della *separatio* canonica e riferimenti alla l. 1 dic. 1970, n. 898, v. F. CIPRIANI: *Dalla separazione al divorzio*, Napoli, 1971. Dopo la riforma, L. GRASSI: *La separazione personale dei coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1975 e, fra gli ultimi scritti, S. RUNFOLA TESTINI: *La separazione con addebito fra diritto e processo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, IV, p. 86 e ss. (ivi la bibliografia).

<sup>117</sup> Così L. PORTERO SÁNCHEZ: *Régimen matrimonial español y concordato*, in *La institución concordataria en la actualidad, Trabajos de la XIII semana española de Derecho canónico*, Salamanca, 1971, pp. 535-538. Circa le prospettive di modificazione del sistema matrimoniale spagnolo e la previa necessità di revisione del principio costituzionale —oggi superato— della confessionarietà dello Stato, G. SUÁREZ PERTIERRA: *Incidencia del principio de confesionalidad del Estado sobre el sistema matrimonial español*, cit., p. 5 e ss. Sull'art. 16, par. 3, della recente costituzione spagnola, v. la relazione di L. DE ECHEVERRÍA: *La nueva constitución ante el hecho religioso*, in *Trabajos de la XVI semana española de Derecho canónico*, Salamanca, 1979, p. 62 e ss.

<sup>118</sup> P. GISMONDI: *Il divorzio, l'art. 34 del Concordato ed alcune questioni secondarie*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1970, I, p. 137. Per l'opinione contraria, v. le osservazioni sintetiche di C. CARDIA: *L'art. 29 della Costituzione*, cit., p. 255 e s. (nota 119).

<sup>119</sup> P. GISMONDI: *Op. ult. cit.*, loc. cit.

<sup>120</sup> Cfr. sempre P. GISMONDI: *Op. ult. cit.*, p. 138.



adempimento dell'onere formale di comunicare al parroco l'abbandono della religione<sup>121</sup>. Pur trattandosi d'una specie di atto d'apostasia —che molti non desidererebbero compiere<sup>122</sup>—, esso in pratica non produce, sul piano giuridico canonico, quelle conseguenze, che in teoria dovrebbero seguire la sua effettuazione.

Fatto sta che «con sempre maggior frequenza si celebrano nozze col rito civile», a causa dell' «evolversi dei costumi sociali», il quale «ha... svuotato quasi di contenuto la posizione privilegiata attribuita al matrimonio canonico»<sup>123</sup> dalla legge, di modifica di determinati articoli del codice civile, del 24 aprile 1958<sup>124</sup>.

Tutto questo per provare che nessun ostacolo decisivo s'opponesse, dal punto di vista dei diritti fondamentali costituzionalmente protetti, all'eventuale introduzione dell'istituto del divorzio per il solo matrimonio civile, atteso che la celebrazione del matrimonio canonico risulta vincolata, in realtà, esclusivamente per coloro i quali non ritengono che il professare la religione costituisca un'obbligazione da rispettare a seconda delle circostanze e per coloro che, consapevolmente, accettano di sposarsi con chi professa la religione cattolica.

8. La materia esaminata è preliminare in confronto dell'altro aspetto del tema che si vuol trattare, aspetto veramente fondamentale ed ampiamente dibattuto in Italia: esso riguarda, s'è detto, la costituzionalità o meno della legge Fortuna-Baslini nella parte concernente i matrimoni canonici trascritti agli effetti civili<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> L. PORTERO SÁNCHEZ: *Matrimonio civil en España. Pasado, presente y futuro*, in "Razón y fe", 1973, II, p. 380. Sul tema v., altresì, M. LÓPEZ ALARCÓN: *Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica*, in "Revista Española de Derecho Canónico", 1973, p. 111 e ss.

<sup>122</sup> L. PORTERO SÁNCHEZ: *Op. ult. cit.*, p. 382.

<sup>123</sup> G. C. SPATINI: *Le relazioni concordatarie in Spagna dal 1931 al 1976 ed i concordati negli ordinamenti democratici e totalitari in una tavola rotonda dell'Università di Parma, in Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1976, I, p. 319 (l'A. qui riferisce un punto della relazione di A. DE LA HERA, svolta durante la predetta tavola rotonda, tenutasi a Parma il 7 e l'8 maggio 1976, sul tema *I concordati negli ordinamenti democratici e in quelli totalitari*).

<sup>124</sup> D'altra parte, accanto alle statistiche che presentano l'immagine di una nazione composta pressoché esclusivamente da cattolici, con il 99,3 % di battezzati, quelle della pratica religiosa (frequenza alla messa domenicale, amministrazione dei sacramenti), relative agli anni che vengono dopo il 1965, danno percentuali che partono da un minimo del 18 % in determinati nuclei urbani e giungono ad un massimo dell'80 % in alcune zone rurali (v. L. PORTERO SÁNCHEZ: *Op. ult. cit.*, p. 382 e s.). I fatti, più che ulteriori dati statistici, vietano di pensare ad un'inversione di tendenza.

<sup>125</sup> Cfr. in dottrina: G. OLIVERO: *Il più grave vulnus inferito al Concordato*, in *Iustitia*, 1971, p. 378 e ss.; M. PETRONCELLI: *I matrimoni religiosi e la Corte Costituzionale*, cit., p. 198 e ss.; P. GISMONDI: *I principi della recente giurisprudenza della Corte costituzionale sui matrimoni concordatari*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1971, I, p. 209 e ss.; P. CIPROTTI: *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze della Corte costituzionale sull'art. 34 del concordato*, *ibid.*, p. 267 e ss.; R. BACCARI: *Il sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia civile del matrimonio canonico*, *ibid.*, pp. 276-279 e 286; F. FINOCCHIARO: *Il matrimonio concordatario nelle sentenze della Corte costituzionale*, *ibid.*, pp. 296 e s.; 307 e s.; *Id.*: *Divorzio e Concordato fra Cassazione e Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1972, IV, p. 121 e ss.; L. MUSSELLI: *La giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio concor-*

Questo genere di studio sul divorzio potrà apparire più completo se sviluppato, principalmente, sotto tale profilo, dato che il problema costituzionale così ora enunciato poggia su di una norma concordataria, l'art. 34, la quale certo s'avvicina, per il suo contenuto, agli artt. XXIII e XXIV del concordato spagnolo del 27 agosto 1953.

Il punto di partenza, in ogni modo, è l'accennato art. 7 della costituzione repubblicana: «1° co. — Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. 2° co. — I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale».

Non conviene insistere, al di là dello stretto necessario, su questa disposizione perché essa è stata fatta oggetto d'analisi veramente penetranti<sup>136</sup>, a cui nulla resta d'aggiungere.

*datario e l'art. 2 della legge sul divorzio*, in *Temì*, 1972, p. 410 e ss.; R. BOTTA: *Matrimonio concordatario e divorzio di fronte alla corte costituzionale*, in AA. VV.: *Studi sul divorzio*, cit., p. 83 e ss.; A. TALAMANCA: *Divorzio e matrimoni concordatari: problemi di costituzionalità*, *ibid.*, p. 131 e ss.; O. GIACCHI: *Ordinamento canonico e ordinamento italiano nel matrimonio (A proposito della sent. della Corte cost. 11 dicembre 1973, n. 176)*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, I, p. 39 e ss.; R. BACCARI: *I "motivi" di diritto ecclesiastico con divagazioni canonistiche in una sentenza della Corte costituzionale*, *ibid.*, p. 44 e ss.; F. FINOCCHIARO: *Matrimonio "concordatario", giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte costituzionale*, *ibid.*, p. 53 e ss.; P. BELLINI: *Divorzio e nullità matrimoniali dinanzi al giudice costituzionale*, *ibid.*, p. 79 e ss.; L. M. DE BERNARDIS: *Sulle erronee premesse giuridiche di una rischiosa operazione politica*, *ibid.*, p. 97 e ss.; A. VITALE: *La giurisdizione ecclesiastica nell'ordinamento italiano*, *ibid.*, p. 114 e ss. (con cenni sull'introduzione del divorzio in Italia); G. CATALANO: *La giurisdizione ecclesiastica matrimoniale nelle sentenze costituzionali n. 175 e n. 176 del 1973*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, p. 297 e ss.; M. MAZZIOTTI: *Ancora sull'illegittimità costituzionale del divorzio*, cit., p. 13 e ss.; M. BERRI: *La fine dell'art. 34 del concordato*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, 1976, I, p. 287 e ss.; A. D'ANGELO: *Divorzio e Corte costituzionale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1978, p. 283 e ss. Circa le indicazioni bibliografiche ora offerte non v'è pretesa alcuna di completezza, giacché esse costituiscono solo un iniziale criterio d'orientamento per approfondimenti, che si desidera compiere, sull'argomento con il quale sono in relazione. Inoltre, data la formulazione del problema indicato nel testo, la bibliografia di cui sopra non comprende gli scritti pubblicati prima della sentenza della corte costituzionale n. 169 del 1971, che s'intende assumere, insieme con la n. 176 del 1973 (par. 9), come principale punto di riferimento per lo svolgimento di questa parte del presente studio.

<sup>136</sup> Si può partire da V. DEL GIUDICE — *La questione romana e i rapporti tra Stato e Chiesa fino alla Conciliazione con considerazioni sui Patti lateranensi e sull'art. 7 della Costituzione repubblicana*, Roma, 1947, p. 288 e ss. — per giungere alle odierne trattazioni generali, fra le quali cfr. A. C. JEMOLO: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1975, pp. 40 e ss., 108 e ss.; M. PETRONCELLI: *Diritto ecclesiastico*, Napoli, 1975, pp. 32-39 e L. SPINELLI: *Diritto ecclesiastico*, Torino, 1976, pp. 167-191. Utili informazioni sulla letteratura intorno all'art. 7 cost. possono trarsi così da queste opere come, specialmente, da P. BELLINI: *Sui limiti di legittimità costituzionale delle disposizioni di derivazione concordataria contrastanti con valori costituzionalmente garantiti*, in AA. VV.: *Studi per la revisione del concordato*, a cura della cattedra di diritto ecclesiastico dell'Università di Roma, Padova, 1970, p. 125 ss. (*cenni bibliografici* alle pp. 158-160), ed inoltre da G. MANTUANO: *Divorzio e nullità del matrimonio concordatario*, Roma, 1970, pp. 49 e s., 52 e ss. (per l'opinione dell'A., pp. 7-9, 25 e s.). Si veda, per esempio, F. FINOCCHIARO: *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, 1958, p. 116 e ss., nonché l'ampio studio di G. PEYROT: *Dinamica delle norme pattizie nel quadro costituzionale*, in *Iustitia*, 1966, p. 182 ss. e F. MODUGNO: *Sulla posizione costi-*

Ciò premesso e considerato, sembra giusto ritenere che l'art. 7, secondo comma —il quale ora particolarmente interessa—, rappresenta «una norma strumentale o sulla produzione giuridica»<sup>127</sup>, con cui si è inteso stabilire che le relazioni fra lo Stato e la Chiesa cattolica sono —e devono continuare ad essere— regolate dai patti lateranensi, resi esecutivi nel diritto interno in forza dell'art. 1 della l. 27 maggio 1929 n. 810.

Modificazioni della normativa, così inserita nell'ordinamento dello Stato, possono essere prodotte, con l'ordinario procedimento d'emanazione delle leggi, solo sulla base di precedenti modificazioni consensuali dei patti medesimi, che intervengano nell'ordine esterno.

In difetto dell'accordo, qualsiasi modificazione di detta normativa dovrà attuarsi «nelle forme d'una legge di revisione costituzionale»<sup>128</sup>.

Seppure si potrà un giorno percorrere questa strada, non cadrà naturalmente il problema della valutazione del comportamento dello Stato dal punto di vista del diritto internazionale o, meglio, dell'ordinamento autonomo costituito, in virtù della stipulazione dei patti del laterano, dal collegamento fra Chiesa e Stato. Non è il caso, però, di scendere in dettagli perché la soluzione dipenderà dalle circostanze, nonché dal tipo e dall'entità della violazione dei patti.

Vale la pena d'evidenziare, per l'ipotesi in cui si tratti, invece di modifi-

*zionale dei Patti lateranensi*, in AA. VV.: *Studi per la revisione del Concordato*, cit., p. 87 e ss. Continuando nell'indicazione di alcuni degli scritti meno lontani nel tempo, a quelli di R. BOTTA e di A. TALAMANCA, già richiamati per altri aspetti nella nota precedente (AA. VV.: *Studi sul divorzio*, cit.), si deve aggiungere ancora F. MODUGNO: *Riflessioni sulla legittimità dell'art. 34 del Concordato alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale* (ivi, p. 53 e ss.). Comunque, nel caso che si desideri un quadro della produzione scientifica relativa al diritto ecclesiastico vigente in Italia, si potrà consultare, naturalmente anche per l'argomento ora oggetto di specifico interesse, il saggio di S. LARICCIA: *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografia 1929-1972*, Milano, 1974. Dopo il 1972, furono editi (Milano, 1973) gli *Atti del convegno nazionale di diritto ecclesiastico. "Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico"*, Siena, 30 novembre - 2 dicembre 1972. Tale convegno merita d'essere qui ricordato per l'evento che ne costituisce l'occasione —la proposta del sen. L. Basso di modificazione degli artt. 7-8-19 della costituzione—, indipendentemente dall'attinenza o meno dei singoli apporti dei partecipanti con i problemi di cui si tratterà, immediatamente, nel testo. V., altresì, la monografia di G. CATALANO: *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all'interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione*, Milano, 1974 (in particolare), e G. LEZIROLI: *Divorzio, Concordato e normativa costituzionale, in Il diritto di famiglia e delle persone*, 1975, p. 294 e ss. Infine, per l'attenzione al rapporto fra norme concordatarie e norme costituzionali, G. SARACENI: *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico*, Napoli, 1978, pp. 101-130. Sui temi, a questo rapporto non estranei, della "revisione od abrogazione del concordato italiano" e della "revisione del concordato", v. gli stimolanti interventi —talora direttamente inerenti ai problemi che sempre suscita l'interpretazione dell'art. 7 della cost.— pubblicati da numerosi cultori delle discipline ecclesiastiche rispettivamente nei fascicoli I, p. I, pp. 3-56, 2-3, p. I, pp. 128-140, 1975, e 1-2, p. I, pp. 5-471, 1977, della rivista *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*.

<sup>127</sup> V. DEL GIUDICE: *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, 1964, p. 52.

<sup>128</sup> Corte costituzionale, 7 febbraio 1978, n. 16, in *Documentazioni di Iustitia*, 26 febbraio 1978, 3, p. 8. La sentenza è riprodotta nel settimanale per la parte *concernente la inammissibilità del referendum sul Concordato e sul Trattato*. Integralmente, con nota di I. VECCHIO CAIRONE: *Concordato e referendum abrogativo, in Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1978, II, p. 64 e ss.

cazioni degli accordi, d'autentico abbandono del principio pattizio da parte dello Stato, che perfino qualora tale abbandono si fondi sulla tesi della trasgressione, consumata dall'altra parte contraente, la denuncia del trattato e del concordato implicherà, daccapo, il ricorso al procedimento aggravato di cui all'art. 138 cost.

Per completezza s'informa che, con la sentenza n. 1 del 1977, la corte costituzionale ha ribadito che le disposizioni del trattato e del concordato del 1929 «godono ... della copertura costituzionale fornita dall'art. 7, secondo comma, Cost.»<sup>129</sup>. In altre parole, l'art. 7 contiene una norma «di accoglimento del principio concordatario, nei termini risultanti dai Patti Lateranensi»<sup>130</sup>.

Ciò non comporta che le clausole dei patti, immesse nell'ordinamento italiano mediante la legge 27 maggio 1929 n. 810, siano sottratte al controllo di legittimità in relazione ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale»<sup>131</sup>, quantunque sia esclusa, dunque, la possibilità di conflitto con «tutti i singoli precetti della Costituzione»<sup>132</sup>.

Riguardo alla legge sul divorzio, si tratta qui di vedere come si pone, ed è stato posto, il problema dei matrimoni concordatari, a motivo dell'ipotizzato contrasto fra l'art. 2 della l. 1 dicembre 1970 n. 898 e i sopra richiamati artt. 7 e 138 cost., in relazione, principalmente, all'art. 34 del concordato ed alla legge d'esecuzione n. 810 del 1929.

Il problema, all'indomani dell'approvazione del disegno di legge sul divorzio da parte della camera dei deputati, fu anticipato e riassunto dal Gismondi nei termini seguenti, che appaiono immodificabili: «Se l'art. 2 del citato disegno (divenuto poi legge della repubblica)... violi l'art. 34 del concordato. In particolare se l'estensione degli effetti della nuova legge ai matrimoni concordatari contraddica con l'obbligo dello Stato di riconoscere al sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico gli effetti civili (1° comma) e con la competenza esclusiva dei tribunali e dei dicasteri eccle-

<sup>129</sup> Corte costituzionale, 5 gennaio 1977, n. 1, cit., p. 300 e s.

<sup>130</sup> Corte costituzionale, 2 febbraio 1972, n. 12, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1972, p. 65; 7 febbraio 1978, n. 16, cit., p. 7 (*Doc. Iust.*).

<sup>131</sup> Corte costituzionale, 5 gennaio 1977, n. 1, cit., p. 301; 7 febbraio 1978, n. 16, cit., *loc. cit.*; etc. In dottrina v., recentemente, R. BACCARI: «Copertura costituzionale» e *legislazione concordataria*, cit., p. 505 e s.; L. TROCCHI: «I principi supremi» dell'ordinamento costituzionale italiano e l'efficacia civile delle sentenze di nullità del matrimonio canonico nel progetto di riforma del Concordato, *ibid.*, p. 555 e ss.; R. SARDARELLI: *Matrimonio, Corte costituzionale e revisione*, *ibid.*, II, p. 279 e ss. (a commento della sentenza n. 1 del 1977 e dell'ordinanza, sempre della corte costituzionale, del 5 gennaio 1977, n. 2). Per ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. i due ultimi scritti, rispettivamente alle pp. 558 (nota 5) e 281 (nota 3).

<sup>132</sup> La costituzionalità delle «disposizioni delle leggi nn. 847 e 848 del 1929» è, invece, «verificabile in riferimento» ad ognuno di tali «precetti» —non solo «in relazione ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale»— ed eventualmente in riferimento «alle norme dello stesso concordato» (Corte costituzionale, 5 gennaio 1977, n. 1, cit., p. 301; il corsivo non sta nella decisione): criterio, questo, che non è privo di conseguenze in ordine all'esatta valutazione del rapporto intercorrente fra l'art. 34, I comma, conc. e l'art. 5 della l. 27 maggio 1929, n. 847 (v., al par. 9, l'esposizione della sentenza n. 169 del 1971 —sulla legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 1 dicembre 1970, n. 898— che sembra rovesciare i termini del citato rapporto).

siastici nelle cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa del matrimonio rato e non consumato (4° comma), dato che è prevista espressamente una sola eccezione, nell'ultimo comma dell'art. 34, per le cause di separazione demandate ai tribunali civili»<sup>133</sup>.

9. La questione di costituzionalità dell'art. 2 l.d. fu poi sollevata d'ufficio, dal tribunale di Siena, in relazione all'art. 34, commi 1 e 4, del concordato 11 febbraio 1929 fra la S. Sede e lo Stato italiano ed in riferimento agli artt. 7, commi 1 e 2, 10 e 138 della costituzione<sup>134</sup>.

La questione venne ritenuta infondata, dalla corte costituzionale, con sentenza 8 luglio 1971 n. 169, sostanzialmente accettandosi la distinzione, operata in dottrina, fra *matrimonio atto*, disciplinato dal diritto canonico, e *matrimonio rapporto*, regolato dal diritto civile<sup>135</sup>.

Fu ricordato che non s'era più discusso, nelle trattative precedenti alla stipulazione dei patti del Laterano, d'una iniziale richiesta della S. Sede con oggetto l'impegno dello Stato a mantenere illesi, in qualsiasi disposizione concernente il matrimonio, «il principio dell'indissolubilità e l'impedimento dell'ordine sacro». Ma proprio la menzione dell'impedimento dell'ordine sacro — si rileva incidentalmente — obbliga a credere che la S. Sede non formulò la richiesta per il matrimonio canonico: dato che l'ordine sacro è un impedimento previsto dalla legge della Chiesa, sarebbe stato difatti «assurdo» insistere particolarmente su di esso<sup>136</sup>. La S. Sede chiedeva, invece, che il principio dell'indissolubilità ed il divieto di matrimonio per gli ordinati *in sacris* fossero sanciti per il matrimonio civile e di tale richiesta non v'è più cenno «nel corso delle ulteriori discussioni».

Il matrimonio canonico, secondo la sentenza, sarebbe «un presupposto», al quale «vengono ricollegati gli identici effetti del matrimonio celebrato davanti agli ufficiali di stato civile...»: ciò «accertato», ... «dalla separazione dei due ordinamenti deriva che nell'ordinamento statale il vincolo matrimoniale, con le sue caratteristiche di dissolubilità od indissolubilità, nasce dalla legge civile ed è da questa regolato».

Infatti l'espressione «sacramento del matrimonio... più non ricorre nell'art. 5 della legge 27 maggio 1929 n. 847...», il cui testo «fu compilato in base ad intese fra la S. Sede e lo Stato»..., e d'altronde — dice ancora la corte — «in materia di accordi internazionali vale il criterio dell'interpretazione re-

<sup>133</sup> P. GISMONDI: *Il divorzio, l'art. 34 del Concordato ed alcune questioni secondarie*, cit., p. 136.

<sup>134</sup> Tribunale di Siena, ordinanza 20 aprile 1971, in *Il foro italiano*, 1971, I, p. 1378 e ss.

<sup>135</sup> Per tutti — e fra i suoi scritti sull'argomento che si va trattando —, G. PUGLIESE: *L'interpretazione dell'art. 34 del Concordato e la Nota Vaticana del 13 giugno 1970*, in *Giurisprudenza italiana*, 1970, IV, p. 129 e ss. Nelle pagine che seguono, comunque, si dedicherà speciale attenzione al pensiero dello Jemolo (man mano le citazioni) in ragione del peso che si ritiene abbiano avuto le tesi dell'illustre autore per la soluzione, in un certo modo, del problema del divorzio su matrimonio concordatario (v. nota 151).

<sup>136</sup> Cfr. P. CIPROTTI: *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze della Corte costituzionale sull'art. 34 del Concordato*, cit., p. 269. In senso conforme, M. PETRONCELLI: *I matrimoni religiosi e la Corte costituzionale*, cit., p. 201 e s.

strittiva degli impegni che comportino per uno dei contraenti l'accettazione di limiti alla propria sovranità».

Si ritenne, infine, che nessuna modificazione fosse stata apportata all'art. 34, 4° comma, del concordato «giacché la legge impugnata non sottrae ai tribunali ecclesiastici la giurisdizione sulla nullità dell'atto matrimoniale»<sup>137</sup>.

La questione di costituzionalità fu nuovamente proposta, questa volta dalla corte di cassazione, a sezioni unite, con ordinanza emessa l'8 giugno 1972, seguita da analoghe ordinanze delle corti d'appello di Napoli, Torino e Trieste<sup>138</sup>.

La cassazione essenzialmente rilevava, presentando il problema dal punto di vista giurisdizionale, che l'art. 34 conc., unitariamente considerato, «esaurisce pattiziamente, sotto il profilo della giurisdizione e della competenza, tutta la materia delle cause attinenti alle possibili vicende del vincolo matrimoniale concordatario»: pertanto esiste —asseriva il s. c.— una riserva generale di giurisdizione e di competenza, facente capo ai tribunali e ai dicasteri ecclesiastici, la quale «non lascia spazio per ulteriori e diverse competenze giurisdizionali nazionali»<sup>139</sup>.

La corte costituzionale, con sentenza 11 dicembre 1973 n. 176, dichiarò parimenti infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, sollevata in riferimento agli artt. 7 e 138 cost., in relazione all'art. 34 conc. ed alla legge di esecuzione 27 maggio 1929 n. 810, nonché agli artt. 5 e 17 della l. 27 maggio 1929 n. 847.

Si precisò che è inconcepibile conferire una determinata situazione giuridica soggettiva (nella specie, il diritto di ottenere, ricorrendo le condizioni previste dalla legge, la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario) senza assicurare, nel contempo, l'azione per farla valere e senza garantire, quindi, la sua tutela giurisdizionale. Inoltre la corte costituzionale ribadì —facendo riferimento alla sent. n. 169 del 1971— la distinzione fra riconoscimento, quanto al matrimonio canonico trascritto, dei medesimi effetti del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile e regolamento di tali effetti, che lo Stato sarebbe libero di definire anche in relazione «alla loro permanenza nel tempo ed ai limiti che questa ... può incontrare in casi determinati».

Si osservò che l'oggetto della giurisdizione ecclesiastica è espressamente limitato alle cause concernenti la nullità del matrimonio e alla dispensa dal matrimonio rato e non consumato, ponendo in risalto che non sono previsti, dall'art. 34 conc., né lo scioglimento del matrimonio per professione di voti solenni né quello per privilegio paolino. Mentre, circa le cause di separazione personale (art. 34, 7° comma), occorre ridimensionare, secondo la corte costi-

<sup>137</sup> Corte costituzionale, sentenza 8 luglio 1971, n. 169, in *Il foro italiano*, 1971, I, pp. 1753-1754.

<sup>138</sup> Se ne veda il testo in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, pp. 30-50.

<sup>139</sup> Cassazione civile, sezioni unite, 12 luglio 1972, n. 207, in *Il foro italiano*, 1972, I, I, p. 1698 e s.

tuzionale, l'espressione «consente», che indicherebbe il *riconoscimento*, ad opera della S. Sede, della giurisdizione statale sulle cause di separazione personale, le cui pronunzie hanno effetto pure nel foro canonico in conformità dell'art. 53 della istruzione della s. congregazione *de disciplina sacramentorum* del 1 luglio 1929.

Si ritenne, d'altra parte, che le riserve, contenute nell'art. 34, quarto comma, «non potevano ovviamente riferirsi se non ad oggetti sui quali le autorità ecclesiastiche già avevano, in base al diritto canonico, giurisdizione e competenza» (quindi esse non avrebbero precluso l'ingresso, nella legislazione dello Stato, ad ipotesi di scioglimento estranee all'ordinamento della Chiesa).

Si ricordò che scomparve, «nella fase conclusiva, dal testo definitivamente concordato tra le parti», l'attributo di *esclusiva*, che accompagnava, «nelle originarie proposte della Santa Sede», la riserva di giurisdizione e competenza facente capo ai tribunali e ai dicasteri ecclesiastici.

La corte costituzionale afferma da ultimo che, lasciando la legge n. 898 del 1970 intatte le riserve stabilite dall'art. 34, ne deriva l'ulteriore conferma dell'interpretazione di cui alla sent. n. 169 del 1971: «non essersi», cioè, «apportata alcuna modificazione ai Patti del Laterano (e relative norme interne di esecuzione), nemmeno per la parte relativa all'art. 34, quarto comma», del concordato<sup>140</sup>.

10. Non possono mancare, insieme con le opportune valutazioni generali, alcune specifiche annotazioni in margine delle predette sentenze della corte costituzionale, specialmente della seconda —«molto circostanziata e ricca di argomentazioni esplicative»<sup>141</sup>—, che costituisce la prosecuzione logica della prima.

A) Ebbene, sia l'art. 148 del codice civile del 1865, in vigore all'epoca della stipulazione dei patti del Laterano, sia l'art. 149 del codice vigente, avanti (ed anche dopo) le modificazioni ad esso apportate con legge 19 maggio 1975 n. 151, sulla riforma del diritto di famiglia, sono collocati in un capo apposito, distinto da quello che, sotto la rubrica «dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio», comprende i suoi primi effetti: precisamente nel capo successivo, dedicato allo «scioglimento del matrimonio» e alla «separazione dei coniugi»<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Corte costituzionale, 11 dicembre 1973, n. 176, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, pp. 11-21.

<sup>141</sup> R. BACCARI: *I "motivi" di diritto ecclesiastico con alcune divagazioni canonistiche in una sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 46.

<sup>142</sup> L'impostazione di questo fondamentale profilo del tema allo studio è desunta da P. CIPROTTI: *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze della Corte costituzionale sull'art. 34 del Concordato*, cit., p. 267. Nel volume terzo, tomo primo, fasc. 1.º, *Il matrimonio*, Torino, 1961, del *Trattato di diritto civile italiano*, redatto sotto la direzione di F. Vassalli, A. C. JEMOLO scriveva: «...è a ricordare che nel codice civile 1865 l'indissolubilità era già stabilita, all'art. 148, nelle norme relative agli effetti del matrimonio, e più precisamente ai diritti e doveri dei coniugi; e la legge matrimoniale nulla

Rileva in proposito il Ciprotti che non si tratta nemmeno di una peculiarità sistematica riconducibile ad un orientamento del legislatore italiano, dato che nessuno dei molti codici stranieri, i quali hanno un simile «capo o titolo speciale» su questi effetti del matrimonio, «colloca in tale titolo o capo le norme relative allo scioglimento del matrimonio o, dove ve ne è, la norma relativa all'indissolubilità»<sup>143</sup>. Così il codice civile spagnolo —che maggiormente interessa per quel rapido confronto che s'intende proporre quando se ne presenti il dèstro—, ove l'art. 52 è posto al di fuori della *sección cuarta* del *título IV, cap. primero*, la quale s'occupa «*de los derechos y obligaciones entre marido y mujer*».

Il *codex iuris canonici*, invero, al *tit. VII del lib. III, pars I*, include proprio nel *caput IX, de matrimonii effectibus*, il can. 1110, per il quale «*ex valido matrimonio enascitur inter coniuges vinculum natura sua perpetuum et exclusivum*». Nemmeno qui, tuttavia, vien detto —a più forte ragione— che l'indissolubilità è un effetto del matrimonio, in quanto che la perpetuità e l'esclusività costituiscono le sue proprietà essenziali (can. 1013 par. 2) ed ineriscono quindi al vincolo, che nasce *ex valido matrimonio*.

D'altra parte, non erano né sono i canoni 1110 e ss. che, in attuazione del concordato (art. 34, I co.), dovevano e debbono applicarsi nell'ordinamento italiano. Fingendo un salto nel tempo per giungere ai nostri giorni, avevano a valere, invece, anche per il nucleo sociale fondato sul matrimonio sacramento, «gli artt. 143-148 codice civile, ed inoltre il diritto patrimoniale e successorio connesso con gli stati familiari...», le disposizioni sui rapporti fra genitori e figli —quelle che non sono incluse nella normativa di cui sopra né sono riferibili alla citata partizione—, «ed ancora, eventualmente, altri precetti

modificò in proposito. L'art. 34 del Concordato, alinea, riconobbe *al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili*; ciò non poteva essere inteso se non come «gli effetti che ha fin qui avuto nell'ordinamento dello Stato il matrimonio civile»; né è a pensare che la stessa espressione, *effetti civili*, abbia valore diverso all'alinea ed al 3.º comma, dove chiaramente è detto che gli effetti civili sono costituiti dalla disciplina dei diritti e doveri dei coniugi, data dal codice civile: che appunto come si è detto, alla formazione del Concordato includeva in questa disciplina la regola della indissolubilità...» (p. 416). Dirà poi, in conformità, la corte costituzionale, nella sentenza cit. dell'8 luglio 1971, n. 169 —come si è visto (par. 9)—, che «... il vincolo matrimoniale, con le sue caratteristiche di dissolubilità od indissolubilità, nasce dalla legge civile ed è da questa regolato». A prescindere, per ora, dall'approfondimento critico della particolare configurazione che assume l'argomento, svolto dall'autore, in ambedue le sentenze della corte, è interessante notare che tale sua lettura della sistemazione della norma sull'indissolubilità è implicitamente presupposta, essendovi riprodotto quel che ad essa segue, dalla prima relazione di maggioranza alla camera dei deputati sulla proposta Fortuna-Baslini (in L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., *appendice* n. 4, p. 243). Se si guarda, però, dello stesso JEMOLO, la voce *Divorzio-Ordinamento italiano*, qui cit., p. 510 e s., si può osservare che la medesima posizione di fondo, tesa a porre in risalto l'inesistenza di vincoli concordatari e costituzionali circa l'introduzione del divorzio (v. appresso), viene sostenuta abbandonando i riferimenti alla collocazione dell'art. 148 cod. civ. del 1865 ed al valore dell'espressione «effetti civili», che s'incontra nel primo e nel terzo comma dell'art. 34. Per un'interpretazione diversa di questi due commi dell'art. 34, in collegamento con gli artt. 5 ed 8, co. I, della l. n. 847 del 1929, cfr., a buon conto, il par. 11.

<sup>143</sup> P. CIPROTTI: *Op. cit.*, p. 268.



attinenti al diritto pubblico, là dove si fa divieto, ad esempio, che appartengano ad uno stesso collegio padre e figlio, marito e moglie»<sup>144</sup>.

Ben si comprende, dunque, perché partì proprio «dal fiduciario della Santa Sede, avvocato Pacelli...», la proposta —poi accettata— di «...metter fuor d'equivoco che *iure civili* identica era l'area degli effetti tanto scegliendo un tipo quanto scegliendo l'altro tipo di matrimonio»<sup>145</sup>; e meglio si comprende il significato dell'art. 5 della legge 27 maggio 1929, n. 847, se si considera pure che, prima del concordato, la famiglia legittima poteva esser formata, di fronte all'ordinamento dello Stato, solo con l'istituto del matrimonio civile, pertanto detto «obbligatorio».

Devesi qui ricordare —affinché tutte queste riflessioni siano convogliate verso il loro preciso oggetto— che la corte costituzionale, in fin de' conti applicando di nuovo al matrimonio previsto dall'art. 34 conc. la distinzione fra regola dell'atto e regola del rapporto, concepita come criterio di separazione della competenza ecclesiastica da quella civile (par. 9), deliberò, con la sent. n. 176 del 1973, che lo Stato era rimasto libero di disciplinare gli effetti riconosciuti al matrimonio di cui sopra *anche* in ordine alla loro cessazione<sup>146</sup>.

Si trascurò, così, la differenza esistente fra regolamento degli effetti ulteriori del vincolo canonico e regime dello scioglimento del c. d. vincolo civile, differenza tale da comportare un mutamento d'indirizzo legislativo giuridicamente (e sociologicamente) apprezzabile.

Difatti il divorzio —ché sempre di questo in fondo si tratta— richiede una normativa complessa, la quale, una volta introdotta, è destinata ad incidere in modo peculiare sul vivere sociale (ed il costume), tant'è vero che, proprio in Italia, tale normativa risultò, almeno inizialmente, di non facile acquisizione, anche in ragione della fondamentale antinomia fra i principi ispiratori dell'innovazione e quelli che reggevano la legislazione connessa allora vigente.

Le cose sarebbero solo in parte cambiate se fosse stata attuata una riforma organica, in cui, secondo un modo di procedere più corretto sul piano tecnico-giuridico, fosse stata compresa l'introduzione dell'istituto del divorzio.

D'altra parte, qualora si tragga ogni conclusione dall'esperienza di oggi, si darà per certo che, pure nell' ipotesi presa qui in considerazione, a somiglianza di quant'è precisamente avvenuto, la normativa divorzistica sarebbe diventata il fulcro del nuovo ordine (o ne avrebbe marcato il corso con la sua impronta).

E', pertanto, eccessivo riportarsi, esplicitamente o meno, agli *effetti del matrimonio* per quest' «istituto chiave, che —dice il Barbiera— si riverbera in modo decisivo su tutti gli altri istituti del diritto di famiglia e ne forma, come è stato rilevato per altre esperienze storiche, ... lo sfondo e il supporto

<sup>144</sup> Cfr. G. OLIVERO: *Matrimonio concordatario, Costituzione e progetto Fortuna*, in *Giurisprudenza italiana*, 1969, IV, p. 9.

<sup>145</sup> G. OLIVERO: *Il più grave vulnus inferto al Concordato*, cit., p. 382 e s.

<sup>146</sup> Corte costituzionale, 11 dicembre 1973, n. 176, cit., p. 19.

comune»<sup>147</sup>. Ciò, indipendentemente da qualsiasi convinzione contraria al divorzio: circa le sue implicazioni, esaminate dal punto di vista etico-religioso; la conseguenziale crisi della famiglia; ... gli ulteriori effetti negativi che esso produce. Quella dell'autore è un'interpretazione del reale, la quale purtroppo non può essere contraddetta.

B) Per una più esatta cognizione dei problemi d'inquadramento sistematico inerenti ai profili costituzionali dell'art. 2 della legge italiana sul divorzio, conviene ora analizzare la lettera dell'art. 149 c. c., com'essa era prima della l. 19 maggio 1975 n. 151.

Per tale articolo, che riproduceva una parte del testo dell'art. 148 del vecchio codice, il matrimonio non poteva sciogliersi che con la morte di uno dei coniugi.

La norma, quindi, era applicabile solamente ai matrimoni civili e a quelli «acattolici», dato che, in riguardo del matrimonio canonico, il rapporto giuridico civile cessava, fino alla legge n. 898/1970 esclusa, per il venir meno dello stesso matrimonio canonico «oltre che con la morte, si intende, ... con la dispensa da matrimonio rato e non consumato»<sup>148</sup>, la quale è una tipica forma di scioglimento del vincolo.

Ove tutto ciò non basti, si veda la collocazione ed ancora la lettera dell'art. 52 del codice civile spagnolo, tenendo presente però che l'ambito in cui va considerato il paragone da istituire è quello rappresentato dall'ordinamento matrimoniale italiano.

Nel *codigo civil* la norma sull'indissolubilità è inserita fra le «*disposiciones comunes a las dos clases de matrimonio*». Detta norma per giunta stabilisce che «el matrimonio *se disuelve por* la muerte de uno de los cónyuges», a differenza dell'art. 149 del codice civile it., il quale, come si è visto, così recitava prima della modificazione relativa all'introduzione del divorzio: «Il matrimonio *non si scioglie che* con la morte di uno dei coniugi».

Maggiormente si coglie, dal confronto, il significato dell'argomentazione addotta, la quale permette di sostenere che lo Stato italiano non può aver affermato, con l'art. 149 c. c., la propria competenza sul regolamento della sorte del vincolo, prescindendo dal tipo di matrimonio, se si tien conto che quest'articolo di per sé riguardava l'istituto del matrimonio civile<sup>149</sup>.

<sup>147</sup> L. BARBIERA: *Il divorzio e il nuovo diritto di famiglia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 1247.

<sup>148</sup> R. BACCARI: *Il sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia civile del matrimonio canonico*, cit., p. 278.

<sup>149</sup> V. G. OLIVERO: *Matrimonio concordatario, Costituzione e progetto Fortuna*, cit., p. 10. *Contra*, A. C. JEMOLO: *Il divorzio, il Concordato, la Costituzione*, in *I problemi di Ulisse, Matrimonio e divorzio*, 1960, p. 89. Dello STESSO: *Il matrimonio*, cit., p. 416 e *Divorzio-Ordinamento italiano*, cit., p. 511. Indipendentemente dall'interpretazione letterale, non si deve dimenticare che, con l'art. 149 cod. civ., in realtà non si determinava «un caso di scioglimento», ma si dichiarava «in forma solenne che il matrimonio ... era indissolubile, perché solo il venir meno di un presupposto necessario di esso, cioè l'esistenza dei due coniugi, poteva farlo cessare» (M. MAZZIOTTI: *Ancora sull'illegittimità costituzionale del divorzio*, cit., p. 53). La morte, infatti, non è certo un caso di scioglimento del matrimonio in senso tecnico, pur producendone, inevitabil-

C'è, poi, qualcosa (o più di qualcosa) da dire circa le cause di separazione fra coniugi, disciplinate nel capo V del titolo VI del libro I cod. civ., le quali sono sottoposte alla giurisdizione dello Stato indipendentemente dal matrimonio prescelto dal cittadino (*art. 34, 7° comma, conc.*; *art. 19 l. 27 maggio 1929 n. 847*; *artt. 150-158 c. c.*).

mente, la fine. L'ordinamento giuridico, se non si va errati, prende atto di quel che avviene nell'ordine naturale delle cose e, quando si stabilisce che il matrimonio si scioglie esclusivamente per causa di morte, invero si sancisce, appunto come afferma il Mazziotti, il principio dell'indissolubilità del vincolo. Nemmeno così concepita la norma si adattava al matrimonio previsto dall'art. 34 del concordato. La lacuna, che poi non era effettivamente tale, non produceva inconveniente veruno, giacché, ferma la competenza dello Stato sull'accertamento della morte, questa non poteva che provocare l'effetto suo proprio anche rispetto al matrimonio canonico, con quel che d'altro il c. d. scioglimento implica nell'ordinamento civile. Più in là non si sarebbe dovuto andare, mentre non risulta che "l'autorità ecclesiastica, nelle pur amplissime rivendicazioni della sua competenza in materia matrimoniale, ha mai preteso che lo Stato considerasse esistente un matrimonio, quando esso avesse accertato che uno dei coniugi era morto" (M. MAZZIOTTI: *Op. loc. cit.*). Ciò valga altresì per la *morte presunta*, la cui dichiarazione giudiziale "non è una finzione, sibbene accertamento, per virtù di sentenza, di uno stato di fatto in base al quale è lecito presumere che la persona scomparsa sia morta" (R. DE RUGGIERO - F. MAROI: *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1967, I, p. 209). Circa appunto la morte presunta, dichiarata nei confronti di colui che è sposato canonicamente, se ad essa non segue la prova della morte, secondo il diritto della Chiesa, e se il coniuge del presunto morto contrae matrimonio civile o "acattolico" (v. art. 65 c. c.), sorge un conflitto di situazioni. Nulla più, nulla di paragonabile, inoltre, ai conflitti ingenerati dalla normativa sul divorzio a causa della disposta cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico, della quale, secondo taluni, l'art. 65 costituirebbe una premessa o un precedente, che non suscitò la protesta della S. Sede. Si rinvia al par. 11. Allo scopo di corroborare le argomentazioni prodotte nel testo — che servono però fin quando aiutino a capire l'autentica soluzione del problema (si pensa ancora all'istituto della presunzione di morte, limitatamente al nuovo matrimonio del coniuge vivente)—, giova ricordare che solo dopo l'introduzione del divorzio, con la riforma del diritto di famiglia, il legislatore prese in considerazione il fatto della morte relativamente al matrimonio canonico. Art. 149, II co., testo della novella: "Gli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso, ai sensi dell'articolo 82 o dell'articolo 83, e regolarmente trascritto, cessano *alla morte di uno dei due coniugi* e negli altri casi previsti dalla legge". Invece, per il matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti ammessi, del quale al citato art. 83, già s' applicava il vecchio art. 149 in forza dell'a. 11 della l. 24 giugno 1929, n. 1159. Per quel che concerne la Spagna, l'evidenza del riconoscimento totale della giurisdizione ecclesiastica sul rapporto matrimoniale, nell'attuale concordato, consente di ritenere superati in partenza eventuali ragionamenti del tipo di quelli fatti in Italia, a voler seguire ed applicare — rovesciandola — una certa argomentazione della corte costituzionale (sent. n. 176 del 1973, par. 9). Ma, principalmente, non si possono formulare giudizi sul disposto dell'art. 52 del c. c., né sulla sua collocazione, fin quando non si penetri il sistema matrimoniale di cui al concordato e al codice civile in vigore, sistema che si presenta ermeticamente chiuso al divorzio su matrimoni canonici ancor più, si direbbe, di quello italiano, illegittimamente violato. Tuttavia, il rilievo con il quale si apre questa nota permette di prendere atto, con maggiore consapevolezza, dell'importanza dell'art. 32, II comma, della nuova costituzione spagnola. Esso rappresenta almeno una porta sufficientemente aperta al divorzio. Si potrebbe anche ipotizzare una specie d'impegno di introdurlo, forse con esclusione dei matrimoni canonici iscritti nel registro civile, se l'indeterminabilità della formulazione — la quale sembra accuratamente studiata allo scopo di dire e di non dire — non consentisse perfino di avanzare l'ipotesi che la costituzione ha sancito il divieto d'introduzione del divorzio, pure tenendo conto del fatto che la morte di uno dei coniugi spesso vien reputata una forma di scioglimento del matrimonio, contrariamente all'opinione qui accolta. Però, quanto alla tesi della preclusione costituzionale, "...todo el mundo ve que no van las cosas por ese camino" (L. DE ECHEVERRÍA, intervista a P. Casado, cit., p. 4, nota 58).

Tuttavia, anche la giurisdizione statale sulle cause di separazione, proprio perché «puntualmente conforme» ad un'eloquente disposizione concordataria<sup>150</sup>, non doveva essere intesa come elemento di dimostrazione di quell' assunto secondo cui, esistendo una pregressa conferma di competenza su tutto il regime della società coniugale, da parte del legislatore del '42, si poteva con perfetta coerenza delineare la facoltà dello Stato di procedere, presentandosi l'occasione propizia, all'introduzione indiscriminata del divorzio<sup>151</sup>.

Giova ricordare, in proposito, il contenuto dell'art. 34, 7° comma, del concordato. Esso statuisce: «Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede *consente* che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile».

Dal fatto che le sentenze e i provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi «hanno valore anche nel foro canonico» —ma non quando «siano contrari alla legge divina o ecclesiastica» (art. 53 dell'istruzione del 1 luglio 1929 della sacra congregazione per la disciplina dei sacramenti)— la corte costituzionale ritenne di poter dedurre, meglio precisando, che questo ultimo comma dell'art. 34 sta a designare il *riconoscimento*, da parte della Santa Sede, della competenza dell'autorità giudiziaria civile a giudicare delle cause di separazione all'esame ed, in primo luogo, che l'efficacia nello Stato delle pronunzie ecclesiastiche sulla nullità del matrimonio e sulla sua inconsumazione in pratica non si differenzia da un siffatto, limitato valore che le sentenze e i provvedimenti sunnominati appunto hanno nel foro canonico<sup>152</sup>.

E' invece palmare la differenza che sussiste fra la riserva di giurisdizione facente capo ai tribunali e ai dicasteri ecclesiastici (art. 34, 4° comma, conc.) ed il principio difeso dalla S. Sede con la disposizione qui oggetto di considerazione.

Tale principio non si trova sancito solo nel concordato con l'Italia.

<sup>150</sup> G. OLIVERO: *Matrimonio concordatario, Costituzione e progetto Fortuna*, cit., p. 10.

<sup>151</sup> E' noto che del regime patrimoniale della famiglia il diritto canonico non si occupa, così dei rapporti successori fra coniugi e fra genitori e figli: trattasi di effetti propriamente qualificati *mere civiles*, di competenza dello Stato (can. 1016); circa gli effetti che la dottrina canonistica giudica *inseparabili* dalla sostanza del matrimonio, niun dubbio che lo Stato, già attraverso il concordato (art. 34, I comma) e la legge matrimoniale (art. 5), affermò la competenza che riteneva d'averne in materia. Ma ciò è troppo poco —si crede— perché possa portare alla conclusione avvertata nel testo. L'assunto ivi preso in considerazione (per il quale cfr. A. C. JEMOLO: *Il matrimonio*, cit., pp. 415-417) andrebbe formulato con maggior precisione se il pieno significato della tesi dissolubilista e di ciascuno dei suoi principali aspetti, che si va esaminando criticamente a seconda delle diverse proposizioni ad essi corrispondenti, non risultasse dal complesso delle argomentazioni contrarie prodotte nella presente trattazione. D'altronde l'analisi ora verte specificamente sul problema della giurisdizione esercitata dallo Stato sulle cause di separazione personale di quei cittadini, la maggior parte, i quali contraggono matrimonio c. d. concordatario. V., in relazione all'assunto di cui sopra, la soluzione del problema *de quo* fornita ancora dallo JEMOLO ne *Il matrimonio*, cit., loc. cit. Fa notare, in generale, l'Olivero che appunto allo Jemolo "...hanno assai spesso fatto capo i divorzisti nel condurre la impegnativa loro battaglia" (G. OLIVERO: *Op. ult. cit.*, p. 2 e s.).

<sup>152</sup> Corte costituzionale, 11 dicembre 1973, n. 176, cit., p. 19 e s. V. altresì il par. 9, dove è contenuta la parafrasi della decisione della corte.

Lo studio delle norme pattizie in materia matrimoniale, stipulate dopo la fine della prima guerra mondiale, ha permesso al Moneta di stabilire, recentemente, che «quando... le cause di separazione sono completamente rimesse ai tribunali civili, la S. Sede cerca... di salvare il principio della sua naturale competenza in materia e riesce a far inserire nei concordati delle formulazioni atte a dimostrare come la competenza statale su queste cause sia una mera concessione di una prerogativa spettante *iure proprio* alla Chiesa. Così nei concordati con l'Italia, l'Austria, la Jugoslavia e la Repubblica Dominicana...»<sup>153</sup>.

Nel concordato con la Colombia del 12 luglio 1973 invero si legge, semplicemente: «Le Alte Parti Contraenti convengono che le cause di separazione dei coniugi legati da matrimoni canonici siano trattate dai Giudici dello Stato, in prima istanza presso il Tribunale superiore rispettivo ed in seconda istanza presso la Corte Suprema di Giustizia» (art. IX, 1° comma).

La sostanza del criterio peraltro non muta con questo concordato, nel quale si prevede, al 2° comma dello stesso articolo IX, una sospensione di trenta giorni della causa in prima istanza per rendere possibile, a richiesta di uno dei coniugi, l'azione conciliatrice e pastorale della Chiesa. Non solo, ma nel protocollo finale vien precisato —ed è veramente significativo— che la disposizione del 1° comma dell'articolo IX non impedirà l'eventuale creazione, da parte dello Stato colombiano, d'una istanza speciale per esaminare e giudicare le cause relative al diritto di famiglia, purché essa abbia un grado equivalente a quello degli organi menzionati in tale disposizione<sup>154</sup>.

Scrivendo sempre il Moneta, nel medesimo contesto, che la formulazione basilare del primo comma dell'art. IX del concordato con la Colombia è «indubbiamente meno espressiva dell'affermazione dei principi ecclesiastici e più rispettosa dei principi di sovranità statale».

L'osservazione sembra pertinente ed abbastanza esatta; ma se così è, dovrebbe insieme apparire più chiaro, di nuovo dal confronto, il senso vero dell'art. 34, 7° comma, del concordato con l'Italia.

La corte costituzionale fa ancora notare, nella sentenza sopra citata, che lo stesso termine «consente», usato in questo comma dell'art. 34, risulta adoperato «poco oltre, nel successivo art. 36, ...: con riferimento, in entrambi i casi, ad una sorta di deroga, consensualmente stabilita, ad orientamenti per l'innanzi costantemente seguiti nei rispettivi ordinamenti».

Stante ciò, se *consentire* significasse *riconoscere* —come (si è visto) ritiene la corte—, ne deriverebbe che, attraverso l'art. 36, lo Stato «riconoscerebbe l'ulteriore sviluppo dell'insegnamento della religione nelle scuole medie»<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> P. MONETA: *La disciplina matrimoniale nei concordati*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Milano, 1976, III, p. 320.

<sup>154</sup> Cfr., a cura di P. CIPROTTI ed E. ZAMPETTI, la raccolta de *I concordati di Giovanni XXIII e dei primi anni di Paolo VI (1958-1974)*, Milano, 1976, pp. 121 e 129.

<sup>155</sup> L'obiezione è di R. BACCARI: *I "motivi" di diritto ecclesiastico con divagazioni canonistiche in una sentenza della corte costituzionale*, cit., p. 48.

Simili «disquisizioni filologiche», o pseudo-filologiche su base lessicale, non sono affatto convincenti: il valore del 7° comma dell'art. 34 del concordato con l'Italia è precisamente quello che emerge dai cenni comparativi svolti e può essere inteso da chiunque.

Tradotto in termini diversi, più significanti dal punto di vista giuridico, il comma conclusivo dell'art. 34 finisce col dire che la S. Sede, dati e fermi i principi circa la competenza giurisdizionale della Chiesa sul matrimonio canonico, *consente* (ovvero «permette», «concede», «accorda») che solo per tale aspetto secondario del rapporto matrimoniale, la separazione fra coniugi, la giurisdizione sia esercitata dai tribunali dello Stato.

L'art. 36, 1° capov., del concordato insomma non c'entrerebbe.

Comunque, se proprio si desidera istituire un paragone con l'art. 34, 7° comma, cercando l'equipollente comune — che ben potrebbe non esistere — del vocabolo su cui si sofferma la corte costituzionale, allora è d'uopo ricordare che *consentire* significa anche, e innanzi tutto, «essere di accordo, come del resto —argomenta il Baccari— si addice in un concordato». Pur così intesa, quanto naturalmente al 7° comma dell'art. 34, l'espressione considerata «nulla toglie —insiste il chiaro autore— alla limitazione della giurisdizione ecclesiastica in un campo, che a rigore, cioè senza la deroga esplicita, sarebbe di sua competenza»<sup>156</sup>, secondo quel che è formalmente ammesso dallo Stato spagnolo con l'art. XXIV. — 1 del concordato vigente.

11. In uno studio apparso su *iustitia*, immediatamente successivo alla sentenza n. 169 del 1971 sulla costituzionalità dell'art. 2 della legge Fortuna-Baslini, l'Olivero ribadiva, censurando il pronunziato della corte, che «il problema della solubilità del matrimonio cadeva... fuor dell'area disciplinata dall'art. 5 della legge matrimoniale» ed aggiungeva: «...niun direbbe che il divorzio, cioè la risoluzione... del vincolo, è *effetto* del matrimonio, quando, al contrario, trattasi ... di fattispecie estintiva del vincolo stesso»<sup>157</sup>... e, se si esamina la sentenza relativa, dell'atto processuale mediante il quale è realizzata l'estinzione prevista.

Nell'ordine concettuale già fatto oggetto di critica negativa va inequivocabilmente posto, infatti, pure il primo orientamento assunto dalla corte costituzionale, confermato, come non si è mancato di segnalare, con la decisione n. 176 del 1973.

Ciò ritenuto, si può procedere ad integrare le argomentazioni fino a qui prodotte con ulteriori chiarimenti e considerazioni.

Tanto il concordato (art. 34, comma III) quanto la sua legge d'applicazione (art. 8, comma I) impongono la lettura degli articoli del codice civile concernenti i diritti e i doveri dei coniugi. La legge matrimoniale indica, inoltre, i singoli articoli del codice che il ministro del culto, davanti al quale era celebrato il matrimonio, doveva ricordare agli sposi a conclusione dell'intera celebrazione liturgica: precisamente gli artt. 130-131-132. Successivamente,

<sup>156</sup> R. BACCARI: *Op. ult. cit., loc. cit.*

<sup>157</sup> G. OLIVERO: *Il più grave vulnus inferto al concordato*, cit., p. 383.

dopo l'approvazione del testo del codice civile del 1942, si leggevano gli artt. 143-144-145. Adesso, infine, a seguito della riforma del diritto di famiglia (v. l'art. 10 della l. 19 maggio 1975, n. 151, nonché l'istruzione della sacra congregazione dei sacramenti e del culto divino dell'8-9-1975), sono letti gli artt. 143-144-147, secondo il testo della legge di riforma.

Le norme menzionate non esauriscono —né esaurivano— neppure tutta la materia «Dei diritti e dei doveri...» (artt. 143-148 c. c.; 130-147 c. c. 1865): ma, come ognuno sa, il matrimonio canonico produce, una volta trascritto, gli effetti a cui rinvia l'art. 5 della l. n. 847 del 1929, spiegati dal sacerdote celebrante mediante la lettura esemplificativa di alcuni di questi diritti e doveri che nascono dal matrimonio.

Da essa era esclusa, prima della riforma del diritto di famiglia, la norma riguardante i «doveri verso i figli», ora inclusa (art. 147); non si leggeva ieri, e così oggi, quella intitolata «concorso negli oneri»; si ricordava che la moglie assume il cognome del marito, mentre attualmente non si fa cenno all'art. 143-*bis*, sul diritto della stessa di conservare il proprio cognome, a cui s'aggiunge quello del marito; e così via.

Orbene, sono innanzi tutto questi, insieme con gli altri diritti e doveri, taluni rammentati dal ministro del culto —ed inoltre la comunione legale dei beni, la potestà dei genitori, ecc. (par. 10/A)—, gli «effetti civili», *di competenza dello Stato*, ai quali fa riferimento l'art. 34, 1° comma, del concordato (e, in connessione, l'art. 5 della legge d'attuazione 27 maggio 1929 n. 847): onde l'ammissibilità delle modificazioni evidenziate dal punto di vista concordatario.

Invece la disciplina che incide sulla permanenza nel tempo degli effetti del matrimonio, stabilendo i limiti di tale permanenza in casi determinati, dà vita ad un istituto autonomo, il divorzio, che in senso tecnico-giuridico-sociologico significa scioglimento del matrimonio<sup>158</sup>, cessazione dei suoi effetti, la quale è retta da una normativa a struttura e finalità diverse da quelle che caratterizzano *tutte le disposizioni* circa gli effetti del matrimonio, atteso che quest'ultime presuppongono l'esistenza —non la frattura «irrimediabile»— del rapporto di coniugio<sup>159</sup>.

Non tocca la permanenza degli effetti civili, riconosciuti al matrimonio canonico, l'art. 65 c. c., sul passaggio a nuove nozze del coniuge di colui nei cui confronti sia stata dichiarata con sentenza la morte presunta<sup>160</sup>.

In proposito il Mazziotti ha giustamente chiarito che se a motivo di siffatta norma, in casi determinati, il matrimonio canonico non produce più gli effetti civili, «ciò non avviene perché lo Stato si sia arrogato alcuna competenza a privare di tali effetti un matrimonio canonico trascritto, ma perché

<sup>158</sup> Così A. PALLADINO - V. PALLADINO: *Il divorzio*, cit., p. 3.

<sup>159</sup> Cfr. il par. 10-A (in fine).

<sup>160</sup> Per la tesi opposta, si consiglia la breve lettura di A. C. JEMOLO: *Divorzio-Ordinamento italiano*, cit., p. 511; anche F. FINOCCHIARO: *Il matrimonio concordatario nelle sentenze della corte costituzionale*, cit., p. 308; oppure L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 44.

per il suo ordinamento quel matrimonio non esiste più, essendo venuto meno uno dei coniugi»<sup>161</sup>.

La validità del rilievo è confermata da una coerente interpretazione dell'art. 149, nella formulazione primitiva già esaminata, e dell'art. 68, 1° comma, cod. civ.<sup>162</sup>, coi quali l'art. 65 va opportunamente collegato. Del resto appare davvero «artificioso —come dice preliminarmente ancora il Mazziotti— sostenere che lo Stato, consentendo al coniuge di colui del quale è stata dichiarata la morte presunta di contrarre nuovo matrimonio, si sia attribuita una competenza attinente allo scioglimento del vincolo nato da precedente matrimonio, anche se concordatario»<sup>163</sup>.

In primo luogo, ora, la lettera dell'art. 65 del codice civile. Esso stabilisce solo che, a seguito della *morte* giudizialmente dichiarata, il coniuge superstite può risposarsi, e dal momento in cui la sentenza diviene eseguibile. Questo presunto scioglimento del vincolo, quindi, non dovrebbe nemmeno operarsi necessariamente, dipendendo piuttosto dalla successiva celebrazione di altro matrimonio valido agli effetti civili, ammessa sulla base del presupposto che la *morte naturale* sia di fatto intervenuta per la moglie od il marito.

Corrispondentemente, in virtù dell'art. 68, 1° co., il nuovo matrimonio è «nullo» —e l'annullabilità è assoluta— se la persona della quale fu dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia accertata l'esistenza.

Non è fissato, infine, alcun termine di decadenza per l'azione giacché il legislatore del '42 era indissolubilista ed in egual maniera si è regolato quello del '75, nonostante l'introduzione del divorzio.

Si obietta che, per il terzo comma del medesimo art. 68, la nullità non può essere pronunciata nel caso in cui è appurata la morte, anche se avvenuta in una data posteriore a quella del matrimonio. Ciò nient'altro significa, però, se non che nell'ordinamento giuridico italiano si dà un'ipotesi di lecita bigamia, limitata nel tempo, forse a cagione di un errore, che, comunque, non scalfisce —ben si vede— il sistema dell'efficacia civile del matrimonio canonico.

12. Da tutto quanto detto si deduce che la tesi, confermata dalla corte costituzionale, circa l'assenza di un impegno pattizio in ordine alla perma-

<sup>161</sup> M. MAZZIOTTI: *Ancora sull'illegittimità costituzionale del divorzio*, cit., p. 53.

<sup>162</sup> V. M. MAZZIOTTI: *Op. loc. cit.* e, nella stessa linea di pensiero, più avanti nel testo. Quanto all'articolo 149 c. c., cfr. la nota n. 149: ivi il pensiero dell'autore.

<sup>163</sup> M. MAZZIOTTI: *Op. cit.*, p. 52. Sul tema, R. BACCARI: *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico*, Bari, 1974, p. 74 e s. Circa la "presunzione" di morte nel diritto canonico (si tratta propriamente della sua prova, quando manca il documento pubblico previsto dal can. 1813, par. I, 4.°), v. *Tribunal Eclesiástico de Segorbe-Castellón*, ponencia de V. GUITARIE IZQUIERDO: *Declaración de praesumpta morte coniugis*, Decreto del 29 de junio de 1978, in *Colectanea de jurisprudencia canónica*, n. 9, Salamanca, 1978, pp. 217-233 (con interessanti indicazioni bibliografiche, a cui adde L. SPINELLI: *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma, 1943). Nel diritto civile italiano, M. GIORGIANNI: *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943. Cfr. pure D. BARILLARO: *La presunzione di morte (esame critico dell'art. 58 c. c.)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1967, I, p. 25 e ss.



nenza degli effetti civili, riconosciuti al matrimonio celebrato davanti al ministro del culto cattolico, si basa su di un'interpretazione perlomeno discutibile del concetto di effetti del matrimonio civile.

Non è da pensare parimenti ad antefatti, che suffraghino, in qualche modo, tale tesi.

Del resto lo stato delle cose spingeva la corte costituzionale a dichiarare infondate le questioni di legittimità dell'art. 2 l. d., sottoposte al suo giudizio, e non c'erano altre vie d'uscita per stornare l'alternativa, conforme alla legge fondamentale dello Stato ma di difficile attuazione, consistente nel ricorso allo «strumento delle leggi di revisione costituzionale»<sup>164</sup> per la modificazione unilaterale dell'art. 34 conc., come inserito nel diritto interno dall'art. 1 della l. n. 810 del '29, ovvero consistente, secondo una variazione radicale sul tema della revisione, nella modificazione, sempre attraverso l'apposito organo speciale, di tutta la «disciplina costituzionale della libertà religiosa nel suo aspetto collettivo»<sup>165</sup>, non del solo art. 7, per evitare sfasamenti nel sistema che garantisce questa libertà.

Senza pensar ora, più del necessario, alla procedura di revisione costituzionale e a quel che d'altro essa comporta, si aggiunge che il governo italiano avrebbe potuto (e dovuto), dimostrando maggiore senso di responsabilità, proseguire nella ricerca d'una «bilaterale soluzione della divergenza» sorta con la S. Sede, secondo quanto si desume dall'analisi dell'allocuzione al sacro collegio svolta dal sommo pontefice Paolo VI il 22 dicembre 1970<sup>166</sup>.

Non si deve però omettere di ricordare che la prospettiva d'una declaratoria d'incostituzionalità, la quale, come allora molti pensavano, sarebbe seguita all'approvazione definitiva della proposta di legge Fortuna e Baslini, o d'un risultato positivo del descritto referendum (par. 5), che da parte cattolica già si aveva in animo di promuovere, consentiva alla S. Sede di far affidamento su due soluzioni del problema del divorzio legate alla situazione oggettiva, più soddisfacenti di quelle a cui si poteva pervenire attraverso la via diplomatica e concordataria.

Ciò nonostante, partendo da posizioni di egual forza, una volontà di giungere al risultato concreto avrebbe certo stimolato, nell'ipotizzata fase successiva del dialogo — prematuramente interrotto (e troppo tardi organicamente impostato)—, la formulazione di proposte e controproposte sempre più ade-

<sup>164</sup> Corte costituzionale, 7 febbraio 1978, n. 16, cit., p. 8 (*Doc. Iust.*).

<sup>165</sup> Le espressioni fra virgolette sono prese da A. RAVÀ: *Verifica dei problemi residui e dei problemi nuovi in tema di libertà religiosa*, relazione al congresso *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, cit., p. 7.

<sup>166</sup> Per la parte, che qui interessa, concernente «*la protesta... contro la legge sul divorzio*», si confronti A. PIOLA: *Testi su Stato e Chiesa dallo statuto al divorzio*, cit., p. 143 e s. *Integralmente*, in AAS, 63, 1971, pp. 86-88. O v. *Communicationes*, 1971, pp. 19-21. Questa breve nota, con le successive nn. 167-168, e gli argomenti svolti in corrispondenza fuori di esse, si integrano a vicenda. Sarebbe quindi impossibile trarre conclusioni sull'interpretazione dei fatti e dei documenti ora oggetto d'esame astraendo dalla valutazione dell'insieme.

guate, fino ad arrivare a un accordo<sup>167</sup>, in cui non si sarebbe potuto evitare di tener conto, da parte italiana, che la c. d. dissolubilità degli effetti civili

<sup>167</sup> Per obiettività sono adombrate nel testo le remore che la S. Sede avrebbe potuto porre all'accordo, se gli "scambi di documenti e colloqui" con il governo italiano fossero proseguiti. Più a monte, trapela l'intenzione di mettere in discussione l'effettiva volontà delle due parti di stabilire i presupposti di una valida intesa, quantunque lo spirito che animava le ragioni e la protesta della S. Sede — parte lesa, in cui si incentrano gli interessi religiosi dei cattolici (anche di quelli che, in Italia, erano per il divorzio) — non fosse certamente da paragonare alla linea di condotta del governo, sorretta da valutazioni politiche ambigue e inconsistenti (nota 96). Sempre cercando di esser aderenti ai dati di fatto, si deve far presente che, secondo quanto la nota italiana del 30 maggio 1970 non mancò di sottolineare (A. PIOLA: *Testi su Stato e Chiesa*, cit., p. 82), vi furono quasi tre anni di silenzio della S. Sede, dal febbraio del '67 al gennaio del '70, durante i quali procedeva, giungendo quasi a compimento, l'iter dei progetti da cui germìnò l'istituto giuridico del divorzio. La Santa Sede spiegò il suo "atteggiamento", osservando che se "per diverso tempo si astenne dall'insistere nelle sue richieste, fu perché nel frattempo era intervenuta, da parte italiana, una iniziativa tendente ad avviare contatti... in vista della possibile revisione di talune clausole del Concordato: iniziativa che aveva trovato consenziente la Santa Sede stessa, come fu ufficialmente comunicato al Governo italiano. Stante tale iniziativa, concretatasi poi, da parte italiana, nella costituzione di una Commissione ministeriale incaricata di un previo esame dell'intera materia, nella quale era difficile supporre che non fosse compresa anche quella matrimoniale, la Santa Sede poteva fondatamente ritenere che, nel frattempo, non sarebbero intervenute decisioni dirette a disporre unilateralmente su di un punto di tanta importanza e in merito al quale la Santa Sede, come parte contraente del Concordato, aveva già fatto conoscere la propria contraria posizione. Avutosi il voto della Camera dei deputati e iniziatosi il corrispondente iter presso il Senato, la S. Sede si trovò invece nella necessità di compiere un altro passo formale presso il Governo" (Nota vaticana del 13 giugno 1970, in *Testi su Stato e Chiesa*, cit., p. 93 e s.). D'airtonde le note, già fatte pervenire dall'ambasciata italiana presso la S. Sede e dal ministero degli affari esteri in risposta a quelle della segreteria di Stato (22 agosto 1966-16 febbraio 1967) e del *consilium pro publicis Ecclesiae negotiis* (30 gennaio 1970), ebbero "carattere interlocutorio", come dichiarò il governo italiano con la nota del maggio del '70, precisando che le "ragioni di attesa" erano venute meno dopo la pronuncia sulla materia controversa da parte della camera dei deputati, della quale lo stesso governo aveva "l'onore di esporre la responsabile valutazione" (*Testi*, cit., p. 84). A prescindere da tutto ciò, nonostante le prospettive di soluzione spontanea (referendum-declaratoria di incostituzionalità) del problema del divorzio, un proposito della S. Sede di continuare nella via dell'accordo emerge, oltre che dalla citata allocuzione del sommo pontefice Paolo VI, proprio dalla nota vaticana del giugno 1970, in chiusura, dove è detto: "La Santa Sede... è sicura che —ove le sue ragioni non fossero ora accolte come decisive per risolvere la questione nel senso da essa sostenuto— lo Stato italiano converrà sulla necessità di proseguire nello sforzo volenteroso di ricerca delle vie possibili per procedere di comune intelligenza — come dispone l'art. 44 del concordato — ad un'amichevole soluzione della difficoltà sorta sull'interpretazione dell'art. 34 di quello stesso solenne accordo. Ciò, come ne è stato fatto cenno all'inizio della presente nota, sembra richiesto anche dalla ricordata disposizione d'entrambe le Parti a procedere ad un approfondito esame per la eventuale revisione — di comune accordo — di talune clausole del Concordato. Tale disposizione renderebbe evidentemente non comprensibile che una delle Parti prendesse una decisione che l'altra Parte non potrebbe non giudicare lesiva del suo diritto in uno dei punti più fondamentali del Patto. Si parla qui di "diritto" della Santa Sede perché il Concordato è pur sempre uno strumento di natura giuridica. Tuttavia ciò che muove la S. Sede nella presente vertenza... non è certo puramente un animo di rivendicazione di diritti, ma soprattutto il convincimento e l'intento di fare... nell'ambito che le è proprio, opera insieme di grande vantaggio spirituale per il popolo italiano" (*Testi*, cit., p. 115 e s.). Questo, del 13 giugno 1970, fu però il documento diplomatico con il quale si concluse lo scambio di note fra Italia e S. Sede sull'art. 34 conc. Il 15 giugno si svolgeva, poi, il secondo ed ultimo incontro (il primo avvenne il 1 giugno) fra i ministri Moro e Reale da una parte ed il card. Villot e mons. Casaroli dall'altra: "...stava per essere varata la legge introduttiva del divorzio"

del vincolo religioso è incompatibile con il tipo di regime matrimoniale concordato nel febbraio del '29.

Una possibilità, che sembra a ragion veduta consentita, sarebbe stata quella di riconoscere la facoltà propria della S. Sede di riaffermare, in una clausola da aggiungere all'art. 34 conc. — opportunamente modificato —, il valore perenne della dottrina della Chiesa cattolica circa il *matrimonio canonico* ovvero, addirittura, circa il *matrimonio*. Non è tutto: si sarebbe dovuto ammettere, del pari, che ancora la S. Sede ha ben il diritto-dovere di ricordare solennemente che la dottrina della Chiesa sul matrimonio canonico si traduce in una serie di norme giuridiche, le quali vanno rispettate, di fronte ad Essa, dai principali destinatari degli obblighi relativi (coloro che contraggono questo matrimonio), con speciale eppur implicito riferimento al disposto del can. 1013/2, che è il riflesso dei principi (unità-perpetuità) coi quali si pone direttamente in conflitto qualsiasi legge sul divorzio.

Un accordo tale non sarebbe stato di sicuro molto più arduo di quello, meno ampio, che, mutata la situazione, si può cercare di conseguire oggi, non scopertamente, a livello di trattative per la revisione del concordato lateranense.

Si teme, per essere più chiari e venire al dunque, che attualmente la S. Sede non sia in grado di ottenere, per la Chiesa cattolica in Italia, neppure una statuizione che solo s'avvicini a quella compresa nel protocollo addizionale del 15 febbraio 1975, modificativo dell'art. XXIV del concordato portoghese del 7 maggio 1940<sup>168</sup>.

(R. BACCARI, intervento su *I problemi della revisione od abrogazione del concordato italiano*, questionario della rivista *Il dir. eccl. e rassegna di dir. matr.* agli studiosi delle discipline ecclesiastiche, cit., p. 55).

<sup>168</sup> A seguito di tale protocollo, così recita il sopra riferito articolo: "Celebrando il matrimonio cattolico, i coniugi assumono per ciò stesso, di fronte alla Chiesa, l'impegno di attenersi alle norme canoniche che lo regolano e, in particolare, di rispettarne le proprietà essenziali. — La Santa Sede, mentre riafferma la dottrina della Chiesa cattolica circa l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, ricorda ai coniugi, che hanno contratto matrimonio canonico, il grave dovere, che ad essi incombe, di non valersi della facoltà civile di chiedere il divorzio" — cfr. la raccolta de *I concordati di Pio XII (1939-1958)*, a cura di P. CIPROTTI - A. TALAMANCA, Milano, 1976, p. 131, *appendice*—. Si veda, ora, l'art. 8, terzo comma, dell'ultima bozza di revisione (autunno 1978) del concordato stipulato fra la Santa Sede e lo Stato italiano l'11 febbraio 1929: "Nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale la S. Sede riafferma per altro il valore immutato della dottrina della Chiesa relativa al matrimonio canonico". Ugualmente aveva l'art. 8/3 della bozza precedente; nella prima, presentata alla camera dei deputati il 25/11/1976, la disposizione non compariva. Si potrebbe pensare che questo comma di chiusura dell'art. 8 sia strettamente connesso con la profonda modificazione della disciplina concordataria riguardante l'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio canonico trascritto e della dispensa dallo stesso matrimonio rato e non consumato, modificazione prospettata con il comma n. 2 dell'art. 8 della seconda e della terza bozza di revisione nel senso dell'instaurazione di un autentico giudizio di delibazione, concepito secondo lo schema di riferimento offerto dalle norme del codice di proc. civ. it., regolatrici della dichiarazione d'efficacia, nello Stato, delle sentenze straniere. Si dimenticherebbe, se così si pensasse, che la cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso, stabilita con la legge Fortuna-Baslini, si pone in grave e palese contrasto proprio con la "dottrina della Chiesa relativa al matrimonio canonico", mentre in riguardo di un siffatto contrasto non sembra inutile che la S. Sede, attraverso i futuri emendamenti consensuali del concordato lateranense, dica ancora

Quanto esposto, mentre permette d'individuare, sullo sfondo, le linee di un diverso, virtuale sviluppo delle ultime vicende relative all'introduzione del divorzio in Italia, nonché principalmente di valutare le pronunzie della corte costituzionale, in particolare la seconda (sottoscritta quasi alla vigilia del referendum), in relazione all'ambiente ed alle opposte aspettative createsi, nulla toglie al fatto che queste pronunzie siano state — si ribadisce traendo implicita conferma dal Ciprotti — «frutto di una sistemazione almeno molto singolare e anomala dei più elementari concetti giuridici»<sup>169</sup>.

### 13. La maggior parte delle argomentazioni addotte a sostegno delle ri-

qualcosa, anche solo velatamente, ai cattolici italiani. Se conveniva tacere in vista dell'ipotetica approvazione della normativa di base di cui all'art. 8 della prima bozza di revisione, le variazioni che lo concernono, invece, rendevano inopportuno, o senz'altro impossibile, il silenzio. E' vero che di per sé tali variazioni in effetti giustificano la formulazione essenziale del III comma dell'art. 8 del secondo e terzo progetto ad referendum, così come chiarisce la premessa ("nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale..."); tuttavia sia la lettera della disposizione allo studio sia quanto già enunciato, insieme con quel che appresso si dirà, consentono d'opinare che non si tratti, esclusivamente, delle specifiche modificazioni qui considerate ma pure, al di là d'ogni apparenza, del divorzio su matrimonio concordatario. Del resto il contenuto limitato dell'accordo in questione, raggiunto, salvo ulteriori accomodamenti, fra i membri delle due delegazioni, dipende, se ciò che si suppone è esatto, da intuitive resistenze che da parte italiana si è perfettamente in grado, oggi, di far valere. Proseguendo, si potrebbe ritenere che l'art. XXIV del concordato con il Portogallo ed il protocollo addizionale del 1975 assolutamente non c'entrino, in quanto che trattasi di Stato, il quale già ammetteva lo scioglimento del matrimonio prima della stipulazione del concordato del 7 maggio 1940: in altri termini, che sia inconcepibile sostenere la possibilità di discussione d'una clausola sul divorzio per un ordinamento in cui questo divorzio non è ancora istituito inserito nel quadro delle disposizioni vigenti (il caso dell'Italia, avanti che fosse approvata la legge Fortuna-Basiliini, o della Spagna nell'attuale momento storico). Così pensando, invece, si ometterebbe di prendere in considerazione che nessuna preclusione di carattere tecnico e dottrinale s'opponesse all'adozione d'una specie di clausola tacita sul divorzio civile quando la sua introduzione appaia quasi scontata e l'accordo sia inteso, per esempio, nel senso in precedenza manifestato (dichiarazione della S. Sede circa il *valore duraturo della dottrina della Chiesa cattolica sul matrimonio* — richiamo all'obbligo, esistente per chi contrae quello canonico, d'osservare la normativa che lo disciplina ed, in particolare, esplicito richiamo all'obbligo di *rispettare le proprietà essenziali del matrimonio*, naturalmente *senza impegno alcuno da parte dello Stato*). E', questa, una clausola tipo — la migliore, si potrebbe aggiungere — in previsione (e ad estrema prevenzione) dell'introduzione del divorzio, congegnata in maniera tale da evitare ogni seria supposizione d'acquiescenza della Chiesa, nonché tale da mostrare la sua utilità sia nel caso che il divorzio diventi legge, applicabile ai matrimoni concordatari — a questo punto sarebbe lecito pensare perfino ad un'ulteriore modificazione, alla stregua del nuovo art. XXIV del concordato con il Portogallo —, sia nel caso che, a seguito di un capovolgimento d'indirizzo, d'un divorzio siffatto si smetta di discutere, efficacemente, in ambiente politico. A tutto ciò si rinvia quando, concludendo, s'afferma nel testo che si teme che alla S. Sede non sia oramai possibile ottenere, per la Chiesa cattolica in Italia, nemmeno qualcosa di veramente analogo alla statuizione del protocollo addizionale con il Portogallo. Per una breve storia del divorzio in questo paese fino all'innovazione del '75 inclusa, A. LEITE: *O Protocolo adicional entre a Santa Se e Portugal sobre o casamento canonico*, in "Revista Española de Derecho Canónico", 1976, p. 77 e ss. Sull'eco suscitata in Italia dal protocollo menzionato, v. M. BERRI: *La fine dell'art. 34 del concordato*, cit., p. 309 (ove è posto l'accento su di un interessante articolo del d'AVACK, apparso ne *Il Tempo* del 16 febbraio 1975, all'indomani della firma del nuovo accordo fra la S. Sede e il governo portoghese, dal titolo suggestivo *Un problema risolto?*).

<sup>169</sup> P. CIPROTTI: *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze della Corte costituzionale sull'art. 34 del Concordato*, cit., p. 268.

spettive motivazioni, pertanto, proprio perché tendente a corroborare un concetto discutibile di «effetti del matrimonio civile», inclusivo della dissolubilità o meno del vincolo, si rivela inutile, una volta che appaia sufficientemente dimostrata la tesi contraria.

Se lo scendere in particolari, tuttavia, in qualche modo giova, possono qui essere ricordate alcune delle obiezioni mosse, o da muovere, avverso tali argomentazioni, a cui sopra si accennava.

Così, quanto alla mancata previsione del privilegio paolino (art. 34, 4° comma, conc.), va replicato che ad esso non fu data rilevanza nell'ordinamento italiano *solo* perché lo Stato, allora, si fece vindice dell'indissolubilità del matrimonio addirittura rispetto alla Chiesa: in particolare, si riteneva inammissibile che «un susseguente matrimonio» fosse in grado di «sciogliere un matrimonio civile validamente celebrato»<sup>170</sup>.

D'altra parte, come scrive il Baccari, «si dubita... che non possa aver efficacia civile lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato per solenne professione religiosa anzi che per dispensa, che in tal caso è *ex lege*, in pratica dichiarato pure con provvedimento ecclesiastico dopo l'accertamento dell'inconsumazione e della validità della professione per consentire all'altro coniuge il passaggio a nuove nozze»<sup>171</sup>.

Delle cause di separazione si è detto<sup>172</sup>. Quanto alla giurisdizione ecclesiastica, invece, essa rimane *esclusiva*, a prescindere dall'assenza dell'attributo nel testo concordatario: infatti, seppure la riserva di «giurisdizione e competenza», stabilita in favore dell'autorità ecclesiastica, non fosse generale,

<sup>170</sup> V. P. CIPROTTI: *Op. cit.*, p. 271 e s. A cura dello stesso A., *Atti della Commissione mista dei delegati della Santa Sede e del Governo italiano per predisporre l'esecuzione del Concordato*, Milano, 1968, p. 25.

<sup>171</sup> R. BACCARI: *I "motivi" di diritto ecclesiastico*, cit., p. 50. *Contra*, decisamente, G. CATALANO: *La giurisdizione ecclesiastica matrimoniale*, cit., p. 304 e s. Riferisce P. MONETA (*La disciplina matrimoniale nei concordati*, cit., p. 325) che «si tratta di un'ipotesi ormai caduta in disuetudine ed anzi, secondo alcuni, di non più possibile accadimento da quando lo stesso *codex* (can. 542, n. 1) ha vietato l'ammissione al noviziato durante il matrimonio senza previa dispensa della S. Sede». Secondo A. VERMEERSCH e I. CREUSEN (*Epitome iuris canonici*, Parisii-Bruxellis, 1954, tomo II, p. 297 e s.), la *licentia* della S. Sede «ad validitatem ingressus in religionem requisita... non videtur concedenda, nisi alter quoque coniugum castitatem velit profiteri vel simul dispensatio concedatur ut professio sollemnis statim post novitium emitti possit. Propter difficultates e lege civili oriundas, S. Sedes singulos casus accurate perpendit. Professio, invita aut ignara comparte emissa, eundem effectum produceret: etsi enim iniuriae labe inficeretur, non esset per se nulla. Nunc tamen talis professio vix emitti possit, cum necessaria sint dispensatio S. Sedis et consensus Superioris non decepti, quae in his adiunctis vix conceduntur. Imperatores romani, potestate sua abutentes aut ignorantia decepti, decreverant matrimonium etiam consummatum professione vitae monasticae dissolvi. In Ecclesia vero catholica, communis contra paucissimos sententia est matrimonium quod etiam dolo aut vi fuerit consummatum, dissolvi nequaquam posse». Perciò, ammesso e non concesso che l'art. 34, 4° comma, del concordato impedisca di prendere comunque in considerazione lo scioglimento per professione solenne, non si riesce a capire cosa trovarono di tanto «significativo» i giudici della consulta nell'escluso «riconoscimento di effetti civili» ad un caso di scioglimento, che, insieme con il privilegio paolino, essi medesimi ritenevano applicato ad un numero molto ristretto di situazioni concrete (sent. n. 176/73, cit., p. 20).

<sup>172</sup> Cfr. il par. 10-B.

come afferma la corte costituzionale<sup>173</sup>, tale «giurisdizione e competenza» sarebbe nondimeno esclusiva, cioè fondata su un'unica pertinenza, riguardo ai provvedimenti di cui all'art. 34, 4° comma, conc., tant'è vero che colui il quale contrae matrimonio canonico, civilmente riconosciuto, non può rivolgersi al giudice dello Stato per sentir pronunciare la nullità di questo matrimonio, né poteva, naturalmente prima della legge Fortuna-Baslini, adire il medesimo giudice per l'accertamento dell'inconsumazione.

Sull'art. 3 n. 2 lett. f) della l. n. 898 del 1970 grava, quindi, per quest'aspetto, il dubbio d'un autonomo conflitto con l'art. 34 del conc., come si vedrà.

Traendo le opportune conclusioni, si può notare che, con l'affermazione della costituzionalità dell'istituto divorzistico, s'accompagna «una scelta di fondo circa la definizione del sistema di collegamento scaturente dal concordato, in tema matrimoniale»<sup>174</sup>: dall'utilizzazione di quel mezzo tecnico di collegamento, consistente nel «rinvio formale al diritto canonico», accolto dalla corte costituzionale «nelle sentenze del marzo 1971 e in modo particolare nelle n. 31 e 32»<sup>175</sup>, si è passati, infatti, all'adozione dello «schema della presupposizione», accettato nelle decisioni n. 169 del 1971 e n. 176 del 1973, ora allo studio, nonché nella sentenza n. 175, sempre del 1973<sup>176</sup>. «Presupposto» sarebbe il matrimonio «celebrato secondo il rito cattolico»<sup>177</sup>, a cui lo Stato attribuisce quegli effetti che son propri del matrimonio civile. In altri termini, niente «recezione della disciplina canonistica» dell'istituto<sup>178</sup> ma solo riferimento ad «un fatto di natura religiosa» estraneo all'ordinamento italiano<sup>179</sup>.

Riconsiderando il nucleo centrale di questa tesi<sup>180</sup>, l'applicazione del diritto canonico si limiterebbe alla «formazione dell'atto»... e alle «sue condizioni di validità»<sup>181</sup>, mentre l'unione coniugale (o la sua parte sostanziale) resterebbe «interamente regolata» dal diritto dello Stato<sup>182</sup>.

Che dire, allora, del caso di *scioglimento* previsto dall'art. 34, 4° comma, conc.?

I chiarimenti, forniti dalla corte costituzionale<sup>183</sup>, non riescono a spiegare

<sup>173</sup> Corte costituzionale, 11 dicembre 1973, n. 176, cit., p. 19 e s.

<sup>174</sup> G. CATALANO: *Op. ult. cit.*, p. 307 e s.

<sup>175</sup> G. CATALANO: *Op. cit.*, p. 307.

<sup>176</sup> Così G. CATALANO: *Op. cit.*, loc. cit. e p. 301 s. V. il testo dell'ultima sentenza in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, pp. 5-11.

<sup>177</sup> Corte costituzionale, sent. 8 luglio 1971, n. 169, cit., p. 1753 e s.

<sup>178</sup> Corte costituzionale, sent. ult. cit., p. 1753.

<sup>179</sup> G. CATALANO: *Op. ult. cit.*, p. 302.

<sup>180</sup> Cfr. il par. 9 ed il par. 10-A.

<sup>181</sup> M. MAZZIOTTI: *Ancora sull'illegittimità costituzionale del divorzio*, cit., p. 27.

<sup>182</sup> V. G. CATALANO: *Op. ult. cit.*, loc. cit. E' opportuno precisare che l'A. reputa valido il criterio di collegamento stabilito dalla corte costituzionale con le tre menzionate sentenze n. 169/71 e nn. 175-176/73.

<sup>183</sup> Sent. 11 dicembre 1973, n. 176, cit., p. 20. Non si tratta in verità di chiarimenti, sebbene, piuttosto, si lascia intendere che, dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato, la dispensa *super rato* non rappresenta una forma propria di scioglimento del matrimonio e che, comunque, essa non mette in crisi la ripartizione della competenza giurisdizionale, come determinata in base alla distinzione fra matrimonio atto e ma-

veramente questo caso, *di nota rilevanza pratica*, il quale indubitabilmente palesa tutta la debolezza dei ragionamenti volti a dimostrare che il riconoscimento della giurisdizione ecclesiastica non riguarda il rapporto matrimoniale <sup>184</sup>.

D'altra parte, è inesatto ribadire —l'affermazione s'incontra nella nota italiana, indirizzata alla S. Sede il 30 maggio 1970— che, con l'art. 34, «le Parti hanno inteso unificare la celebrazione, il rito del matrimonio, in ciò proprio ispirandosi a quelle ragioni di dignità conformi alle tradizioni cattoliche del popolo italiano che sono invocate nel preambolo dell'art. 34»; ancora meno esatto è aggiungere, a mo' di precisazione: «L'unificazione del rito celebrativo non impedisce tuttavia che nell'unica celebrazione si possano idealmente distinguere due atti, ognuno dei quali assume rilevanza nel rispettivo ordine giuridico ed esclusivamente in esso» <sup>185</sup>.

Invero, ammessa tale «duplicità degli atti», non si spiega, questa volta, in qual maniera «l'accertamento della nullità dell'atto canonico importi anche la nullità di quello civile, a meno di ammettere —il che certo rappresenterebbe un'interpretazione in senso curialista del concordato— che questo abbia attribuito alla Chiesa il potere di dichiarare la nullità di atti regolati dalla legge dello Stato» <sup>186</sup>, oltre (come si è visto) al potere di sciogliere «rapporti» validamente sorti pure fuori del diritto canonico.

Qualora ciò non basti, sarà utile ricordare la nota vaticana del 13 giugno 1970, dove, in replica alle predette argomentazioni del governo italiano, opportunamente si pone l'accento sul «diverso modo di disporre dell'art. 82 del Codice Civile... e dell'art. 83 del medesimo codice», dai quali manifestamente si ricava che «il matrimonio concordatario non costituisce una forma diversa di celebrazione del matrimonio bensì un istituto autonomo per sé stante (Relazione del Guardasigilli Grandi al testo del Codice Civile, del 16 marzo 1942, n. 87)» <sup>187</sup>. Nella medesima nota, pertanto, si conclude —anche sulla

trimonio rapporto. Il problema non cadeva sotto l'esame diretto della corte, sicché questa ebbe la possibilità di eluderlo con un'argomentazione sfuggevole, allusiva di significati profondi, che merita una certa attenzione da parte del giurista, anche se si crede fermamente (v. par. 10-B e 23) che «la dispensa dal matrimonio rato e non consumato costituisce un caso di scioglimento... del matrimonio» (Tribunale Bologna, 16 aprile 1973, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, p. 57), con tutte le conseguenze che l'asserzione comporta sul piano civile.

<sup>184</sup> Pressoché in questi termini, R. BACCARI: *I "motivi" di diritto ecclesiastico*, cit., p. 50. Assai illuminante, in proposito, è il brano che segue, tratto dal volume *Il matrimonio*, cit., p. 501, dello JEMOLO, al cui pensiero già si è fatto più volte riferimento. Perfettamente in linea con il suo orientamento, l'autore nega «...che sia stata riconosciuta alla Chiesa la facoltà di sciogliere i vincoli matrimoniali religiosi che abbiano conseguito gli effetti civili...»; ma aggiunge: «Peraltro questo è eminentemente teorico, perché dei due soli casi conosciuti dal diritto canonico di scioglimento del matrimonio rato (del matrimonio cioè contratto tra cristiani, e nato quindi come sacramento), e che entrambi si riferiscono al matrimonio non consumato, quello più comune, lo scioglimento attraverso dispensa concessa dal Pontefice in via di grazia, è stato esplicitamente ammesso con il Concordato».

<sup>185</sup> A. PIOLA: *Testi su Stato e Chiesa*, cit., p. 87.

<sup>186</sup> M. MAZZIOTTI: *Op. cit.*, p. 27 (nota 31).

<sup>187</sup> A. PIOLA: *Testi*, cit., p. 102 e s.

base di altre, valide ragioni conseguenti<sup>188</sup> e in netta antitesi con l'opinione manifestata dal governo— insistendo sul fatto «che il matrimonio concordatario è, ed è solo, lo stesso matrimonio canonico, che lo Stato s'è impegnato a far vivere (per così dire) di propria vita... nel suo ordine. Sicché è vero, ancora, che nell'ordine proprio dello Stato vi sono due tipi di matrimonio aventi *gli stessi effetti*: quello canonico celebrato nelle forme concordatarie e quello civile»<sup>189</sup>.

L'art. 34, 1° comma, del concordato così infatti dispone: «Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili».

Ebbene, a prescindere dall'espressione «istituto del matrimonio», nella quale è compreso il rapporto di coniugio, oltre al suo «momento germinale»<sup>190</sup>, *l'actus*<sup>191</sup>, per la Chiesa cattolica è certo sacramento tanto il *matrimonium in fieri* quanto il *matrimonium prout in facto esse*<sup>192</sup>: «*dum enim coniuges vivunt semper eorum societas sacramentum est Christi et Ecclesiae*».

E' detto che sono riconosciuti gli effetti civili al «sacramento..., *disciplinato dal diritto canonico*». Le ultime parole, «disciplinato dal diritto canonico», rafforzano l'espressione precedente «sacramento...»: se questa mancasse, il contenuto fondamentale del disposto non muterebbe<sup>193</sup>.

In virtù di tale contenuto, il riconoscimento del matrimonio canonico è integrale, salve le «eccezioni espressamente determinate dalla l. matrimoniale che non hanno violato il Concordato perché stipulate d'accordo con la S. Sede»<sup>194</sup>.

D'altra parte, come si è tentato di dimostrare, fra gli effetti che produce nello Stato il matrimonio canonico —«per espressa disposizione» gli stessi di quello civile<sup>195</sup>— non può essere inclusa l'indissolubilità (e, in corrispondenza, la dissolubilità), mentre è ben noto che appunto la perpetuità, «secondo la dottrina cattolica», è, insieme con l'unità, un carattere essenziale, restaurato da Cristo, carattere che, in quanto dipendente dalla legge naturale, sussiste «non soltanto per i matrimoni dei cristiani, ma anche per quelli degli

<sup>188</sup> A. PIOLA: *Testi*, cit., pp. 103-105.

<sup>189</sup> A. PIOLA: *Testi*, cit., p. 105.

<sup>190</sup> E. GRAZIANI: *La Chiesa e il matrimonio*, relazione al Congresso internazionale di diritto canonico. *La Chiesa dopo il Concilio*, Roma, 14-19 gennaio 1970, Milano, 1972, I, p. 458.

<sup>191</sup> Analogamente, M. MAZZIOTTI: *Op. cit.*, p. 33.

<sup>192</sup> Come evidenza R. BACCARI: *Il sindacato di legittimità costituzionale*, cit., p. 277.

<sup>193</sup> Cade così l'argomentazione, addotta dalla sent. n. 169/71 della corte costituzionale (cit., p. 1754), basata sull'assenza dei termini "sacramento del matrimonio" nell'art. 5 della l. n. 847 del 27 maggio 1929.

<sup>194</sup> O. GIACCHI: *Contro la fine dell'art. 34 del Concordato*, in *Rivista di diritto civile*, 1974, II, p. 566.

<sup>195</sup> In altro senso, v. A. C. JEMOLO: *Divorzio-Ordinamento italiano*, cit., p. 510.



infedeli»<sup>196</sup> ed acquista peculiare fermezza nel matrimonio cristiano *ratione sacramenti* (can. 1013/2).

La figura del presupposto, nell'interpretazione elaborata dalla corte costituzionale con le sentenze sull'art. 2 della legge Fortuna-Baslini, sembra trovare, in alcune ricerche del Giacchi<sup>197</sup>, una più compiuta risposta, che non è lecito ignorare. Scendendo dal generale al particolare coordinato, cioè la relazione fra gli ordinamenti della Chiesa e dello Stato italiano circa il matrimonio canonico, lo scrittore precisa —si riportano solo piccole parti d'un ragionamento conclusivo unitario— che il matrimonio canonico, «fatto spirituale reso rilevante per l'ordinamento italiano dall'art. 34 Conc. e dalla sua applicazione con la l. 27 maggio 1929 n. 810»<sup>198</sup>, appartiene chiaramente al complesso dei fatti rientranti «nell'autonomia della Chiesa»<sup>199</sup>; che a questo fatto, *di natura spirituale* (v. art. 7, 1° comma, cost.), «lo Stato dà efficacia» e appunto perciò «poteva non dargli tale efficacia»<sup>200</sup>; che «una volta scelta la via del riconoscimento è impossibile mutilare o contraddire questo fatto estraneo all'ordinamento dello Stato»<sup>201</sup>.

La legge 1 dicembre 1970 n. 898, dunque, consentendo che «cessino per volontà dello Stato», ad istanza di parte, quegli effetti civili che lo Stato medesimo «s'era obbligato» invece a riconoscere al matrimonio canonico<sup>202</sup>, si pone, per tutte le ragioni finora esposte, in conflitto non solo con la lettera e lo spirito dell'art. 34 del concordato come della disposizione che immise tale norma nel diritto interno, ma altresì con l'art. 7 della costituzione, il quale esclude che i patti del Laterano possano essere «contraddetti o alterati», con l'ordinario procedimento di formazione delle leggi, «là dove si tratti di modificazioni unilateralmente decise dallo Stato italiano»<sup>203</sup>.

14. L'operazione conservativa, condotta a termine dalla corte costituzionale<sup>204</sup> in base ad un orientamento dottrinale non prevalente, ma che ha

<sup>196</sup> Si segue A. BERTOLA: *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, Torino, 1966, p. 12.

<sup>197</sup> Se ne veda il risultato nell'articolo *Contro la fine dell'art. 34 del Concordato*, cit., alle pp. 561-567.

<sup>198</sup> O. GIACCHI: *Op. ult. cit.*, p. 565.

<sup>199</sup> O. GIACCHI: *Op. cit.*, loc. ult. cit.

<sup>200</sup> O. GIACCHI: *Op. ult. cit.*, p. 566.

<sup>201</sup> O. GIACCHI: *Op. cit.*, loc. ult. cit.

<sup>202</sup> P. CIPROTTI: *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze*, cit., p. 268.

<sup>203</sup> Corte costituzionale, 7 febbraio 1978, n. 16, cit., p. 8 (*Doc. Iust.*).

<sup>204</sup> Sembra inutile addentrarsi in un'esposizione ragguagliativa sugli altri problemi di costituzionalità sollevati dalla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Ci si limita a fornire alcune informazioni essenziali. Con sentenza 10 luglio 1975, n. 202, fu dalla corte costituzionale dichiarata infondata —in relazione all'art. 24 (diritto di difesa) ed all'art. 3 (principio d'uguaglianza) cost.— la questione di legittimità dell'art. 9, Il comma, della legge n. 898 del 1970, il quale disponeva che, per la revisione delle disposizioni contenute nella sentenza di divorzio, «il tribunale *provvede in camera di consiglio*, assunte informazioni e sentite le parti ed il pubblico ministero». Fatta salva l'adozione del rito camerale, la corte però ritenne che il citato secondo comma dell'art. 9, nell'indicare i mezzi probatori consentiti, faceva riferimento alla sola «assunzione d'informazioni». La formula di legge sembrò giustamente carente perché espressa «in senso restrittivo, che solo con evidente forzatura del testo potrebbe essere ritenuto estensi-

bile ad ipotesi non contemplate". Onde la dichiarazione di illegittimità *in parte qua* della disposizione impugnata (Corte costituzionale, 10 luglio 1975, n. 202, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1975, pp. 1194-1201). Con sentenza 28 aprile 1976, n. 99, la corte costituzionale dichiarò, poi, non fondata — in relazione all'art. 42 cost. (riserva di legge per la tutela dei "diritti di libertà in materia economica") — la questione di legittimità sempre dell'art. 9, questa volta I comma, della legge in questione nella parte in cui stabiliva che "in caso di morte dell'obbligato (alla somministrazione dell'assegno periodico a favore dell'ex coniuge), il tribunale può disporre che una quota della pensione o di altri assegni spettanti al coniuge superstite sia attribuita al coniuge o ai coniugi rispetto ai quali sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio". La corte ritenne non congruo il richiamo all'art. 42 cost., il quale tutela "il regime della proprietà e degli altri diritti reali", non "il rapporto pensionistico", che si configura come "un'obbligazione *lato sensu* pecuniaria" (Corte costituzionale, 28 aprile 1976, n. 99, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, pp. 516-520). Le questioni, così risolte dalla corte costituzionale, hanno perduto importanza dopo la legge 1 agosto 1978, n. 436 (Gazz. uff. n. 227 del 16-8-1978, p. 5756), con la quale, fra l'altro, si è provveduto alla sostituzione dell'intero art. 9 della legge sul divorzio con altra norma che ha tenuto conto dell'orientamento della corte quanto all'unico punto da essa riconosciuto in conflitto con la costituzione. Continuando, mediante sentenza del 22 luglio 1976, n. 181, la corte costituzionale dichiarò inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità della legge 1 dicembre 1970, n. 898, in relazione agli artt. 2-3-29 e 31 cost., "in quanto le disposizioni impugnate, pur essendo collegate fra loro dal comune presupposto della sussistenza di circostanze obiettive dalle quali sia desumibile che la comunione spirituale e materiale fra i coniugi non possa essere mantenuta o ricostituita, sono tuttavia articolate in funzione di una casistica precisata dalla stessa legge che investe situazioni diverse fra loro ed assumenti diversa autonomia". Con la medesima sentenza fu dichiarata non fondata — in relazione agli artt. 2-3-29 e 31 cost. — la questione di legittimità dell'art. 3, n. 2, lett. b) della predetta legge "nella parte in cui prevede che le separazioni coniugali di fatto provocano effetti diversi a seconda della data del loro inizio poiché la previsione legislativa si appalesa razionale" (Corte costituzionale, 22 luglio 1976, n. 181, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1976, II, p. 94 — *massima* —). Infine, con sentenza del 2 febbraio 1978, n. 10, la corte costituzionale dichiarò infondata — in riferimento all'art. 24, 2.º comma, cost. — la questione di legittimità dell'art. 4, comma 3.º, della legge n. 898/70, in base al quale il presidente del tribunale adito per la pronuncia di divorzio "fissa con decreto il giorno della comparizione dei coniugi davanti a sé e il termine per la notificazione del ricorso e del decreto". Per l'ordinanza di rimessione della corte d'appello di Palermo (15-11-1974), tale articolo, al comma indicato, non pone alcun limite né stabilisce alcun criterio per la determinazione dell'intervallo di tempo necessario alle esigenze di difesa del convenuto. La corte costituzionale non condivise l'assunto in forza della considerazione secondo cui detta disposizione, pur conferendo al giudice un potere indubbiamente discrezionale, non implica che tale potere sia svincolato dall'osservanza del principio del contraddittorio. "Sicché, anche nell'ipotesi prevista dalla norma denunciata, la fissazione di un termine di comparizione che rendesse impossibile o anche estremamente difficile l'effettiva partecipazione delle parti al giudizio, sarebbe sicuramente inficiata di nullità ai sensi del combinato disposto degli artt. 164 e 101 c. p. c." (Corte costituzionale, 2 febbraio 1978, n. 10, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1978, II, pp. 103-107). Della costituzionalità dell'art. 1 della legge *de qua* si è detto e così del problema dello scioglimento del matrimonio per il mutuo consenso (par. 6). Si ricorda che il tribunale di Genova (21-3-1972), il quale fu "il primo" ad occuparsi dell'art. 3 (motivi di divorzio) dal punto di vista della sua legittimità costituzionale, dichiarò la manifesta infondatezza della questione innanzi ad esso sollevata sia in quanto tale articolo "non sottopone al consenso del coniuge convenuto la pronuncia di divorzio, in relazione all'art. 3 Cost.", sia soprattutto in relazione "alla garanzia che lo Stato deve fornire ad entrambi i coniugi sull'indissolubilità del vincolo..., secondo il principio vigente al momento in cui il vincolo (stesso) fu costituito" (L. GRASSI - P. GRASSI: *Il divorzio nella giurisprudenza. Rassegna critica delle sentenze costituzionali, di legittimità e di merito della legge 898/1970*, Napoli, 1978, p. 61 e s.). Sempre senza entrare nel merito, ancora si ricorda che, recentemente, la corte di cassazione, sez. I civ.-25 giugno 1977, n. 2714, ha dichiarato infondata "la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, per contrasto con l'art. 24 cost., sotto il profilo che la norma

finito di fatto col prevalere<sup>205</sup>, non consente, innanzi tutto per il suo oggetto reale —la dichiarazione di legittimità del divorzio civile su matrimonio canonico—, di restringere la critica negativa mediante una valutazione degli aspetti «politici» del problema interpretativo di fondo, esaminato nel quadro della recente giurisprudenza della corte costituzionale in materia ecclesiastica.

denunciata non prevede la partecipazione necessaria dei figli nel processo di divorzio, nel quale si discute e si decide dei loro interessi materiali e morali, in conflitto con quelli dei genitori titolari della potestà parentale; l'interesse dei figli alla persistenza del vincolo coniugale tra i genitori, infatti, non ha consistenza giuridica di diritto sostanziale e non può quindi trovare la garanzia nell'art. 24 cost., ...mentre la tutela dei figli rispetto all'evento dello scioglimento e alla stessa pendenza del relativo giudizio è completa e si esprime negli strumenti previsti in via generale dal codice civile... e nei provvedimenti opportuni nell'interesse della prole previsti dalla legge n. 898 del 1970..." (in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1978, II, p. 189 —*massima*—). Tutto ciò serve a dare un'idea della grande quantità di problemi giuridici e costituzionali sollevati dalla legge sul divorzio. A parte le sentenze sulla legittimità costituzionale dell'estensione della disciplina dei casi di scioglimento ai matrimoni concordatari, la più importante fra le pronunzie, qui brevemente passate in rassegna, è senz'altro quella della corte costituzionale del 22 luglio 1976, in relazione all'ordinanza di rimessione della corte d'appello di Roma del 25 febbraio 1974, per il tramite della quale si proponeva la questione "dello scioglimento automatico del matrimonio", secondo una regola sostenuta da parte della dottrina e in fondo attuata, di fatto, dai tribunali italiani. Per convincersene, basta tener conto della realtà della pratica del diritto in genere. Le opinioni dei singoli organi giudicanti non c'entrano; vero è, piuttosto, che l'accertamento della "cessazione e non ricostituibilità della comunione spirituale e materiale" tra i coniugi (del quale si dirà) comporta indagini delicate, la cui effettuabilità si contrappone, fra l'altro (par. 18), ad un modo di pensare il diritto alieno da complicazioni, confortato dalla tesi (giusta, ma da applicare *cum grano salis*) che valuta impossibile il fare d'ogni caso pratico un caso giuridico. L'ordinanza della "corte romana" poneva l'accento su quei "principi della tutela dei diritti della famiglia e dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi" di cui all'articolo 29, e poi sugli articoli 2 e 31 della costituzione, coi quali, principalmente con l'art. 29, confrontava, ravvisando le linee di un probabile conflitto, l'ipotizzato automatismo del divorzio. Tuttavia la corte costituzionale poté risolvere il problema brillantemente vuoi per il modo d'impostazione, invero un po' azzardato, della prima eccezione di illegittimità costituzionale vuoi col negare l'automatismo del divorzio, attraverso osservazioni che non valgono *per la sola separazione di fatto*, oggetto specifico di considerazione, ma esplicitamente estese alla separazione giudiziale e a quella consensuale omologata. Cfr. l'ordinanza di rimessione della corte d'appello di Roma nella rivista *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, pp. 106-108. In dottrina, V. FRANCESCHELLI: *La separazione di fatto*, Milano, 1978.

<sup>205</sup> Riassumendo quest'orientamento della dottrina dopo l'introduzione del divorzio, le due sentenze della corte costituzionale ed il referendum, lo Jemolo riconobbe che "...ad usare un linguaggio più appropriato, si sarebbe ben potuto dire che l'indissolubilità, al pari della monogamia, non è tanto un effetto civile, quanto una caratteristica (termine che peraltro nel linguaggio dei giuristi non assume un preciso significato) che individua un certo tipo di matrimonio; che peraltro quando si parla di tipo di matrimonio ci si rifà al tipo di società coniugale proprio di una determinata società; che in effetto con il Concordato si era lasciato alla Chiesa di stabilire la capacità a contrarre il vincolo ed il momento in cui questo nasceva (le cause di nullità matrimoniali sono dirette solo a stabilire che il vincolo non è mai nato), mentre quanto atteneva al regime della famiglia, separazione dei coniugi inclusa, era rimasto allo Stato; che non si erano cioè voluti introdurre due tipi diversi di famiglie, due regimi differenti di società coniugale. Che per questa ragione (espressa forse in modo meno perfetto col parlare di "effetti civili") l'art. 34 non garantiva la indissolubilità agli effetti civili" (A. C. JEMOLO: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 561). Resta così confermato, proprio dall'esponente più rappresentativo dell'indirizzo critico, che "...la battaglia sulla costituzionalità della legge n. 898 si è centrata, da parte dei suoi sostenitori, sul punto degli effetti

Del resto, il criterio del «bilanciamento», che si vuole — e si può — vedere applicato, «tra posizioni statualistiche e posizioni curialiste»<sup>206</sup>, se appare comprensibile, non è pure soddisfacente, anzi, in riguardo delle sentenze n. 169/71 e n. 176/73, suggerisce considerazioni pessimistiche sul valore dei concetti giuridici, la purezza della scienza del diritto (non la purezza assoluta che è un mito, sebbene quella relativa), perfino sulla vera consistenza dei limiti costituzionali della produzione normativa ordinaria.

Considerazioni tali sono, evidentemente, troppo generali per non dipendere anche da altri elementi paralleli di giudizio —nella descrizione dei quali è però impossibile indugiarsi—, estranei a queste sentenze della corte, nonché alla sopraccennata giurisprudenza, ed emergenti, *quanto all'ultimo punto*, il più emblematico, a cui si pensa di prestare una qualche attenzione, dall'analisi del complesso e complessivo svolgersi dell'odierna legislazione italiana: varrà infatti la pena di tener conto dei risultati dell'osservazione *circa i primi due* solo indirettamente, al fine della congruenza dello sviluppo della problematica.

Senza dubbio, le istanze d'una numerosa collettività nazionale in movimento, effettive od intese tali (non importa intanto distinguere, benché la distinzione costituisca *un tratto saliente* della questione), possono, superando l'apertura sociale della costituzione, trovarsi in disaccordo con valori oggettivamente protetti, in essa cristallizzati.

Non bastano, verificatosi il caso descritto, i sussidi di una brillante interpretazione evolutiva, avente ad oggetto la legittimità della riforma (o delle riforme): un'interpretazione siffatta si risolverebbe in una specie d'ermeneutica arbitraria di significati primitivi e congrui, in sintesi in una forzata *contra legem*, si direbbe al servizio delle ideologie dominanti od alla moda.

La soluzione coerente di problemi così sorti, *quando veramente si tratti di reali esigenze della comunità*, consiste —già si è chiarito il punto di vista, esemplificando la regola a proposito del divorzio su matrimonio concordatario— nell'esperimento della procedura di revisione costituzionale, secondo il modo più idoneo per il caso specifico. Se ciò non è possibile, l'affare deve

civili del matrimonio, fra cui tutto il regime del vincolo è stato fatto rientrare, per ricomprenderlo nell'ambito di disponibilità dello Stato..." (A. M. PUNZI NICOLÒ: *Il divorzio e i rapporti tra i coniugi*, cit., p. 342). In senso decisamente contrario, riferendosi ad uno scritto precedente della Punzi Nicolò, L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento*, cit., p. 42. Egli afferma che la dottrina in genere non ha mai ritenuto l'indissolubilità "effetto del vincolo, ma norma attinente al regime del vincolo". L'autrice ribatte che se le teorie facenti capo alla corrente del pensiero giuridico in discussione non sono "sempre convincenti", ciò "non è un buon motivo per negarne addirittura l'esistenza" (*op. cit.*, p. 343). Se poi sia sufficiente un linguaggio più appropriato per dar lustro alle tesi qui compulsate, che dunque sarebbero fondamentalmente esatte, giudicherà chi legga queste pagine o riesamini la questione "senza quelle remore e quegli stimoli, che inevitabilmente incidono anche sullo spirito più equanime, pregiudicando la serenità dell'indagine, quando sa che le sue opinioni varranno —per quel che possono valere le opinioni dottrinali, pure le più fondate—, come armi in una lotta politica in corso" (M. MAZZIOTTI: *Ancora sull'illegittimità costituzionale del divorzio*, cit., p. 13 e s.).

<sup>206</sup> F. FINOCCHIARO: *Matrimonio "concordatario", giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 58.

intendersi chiuso e si attenderanno tempi più propizi, giacché la violazione della costituzione non è giustificata *nemmeno dall'ipotesi presa in considerazione*.

Tuttavia, il moderno legislatore<sup>207</sup> illuminato può essere l'artefice dell'arricchimento dell'ordine giuridico positivo attraverso la formulazione di norme che non si distaccano dalla «coscienza comune del popolo», della quale egli è per definizione l'interprete pure quando solo ne colga, *autenticamente*, i germi in funzione del progresso, della civiltà e dell'educazione del popolo stesso, nei limiti —si ribadisce— segnati dalla legge fondamentale, risultante da momenti di grande tensione morale, che non si ripetono.

Ora, è difficile stabilire qual'è *il preciso stato* della vigente legislazione italiana sul piano della conformità al modello offerto dalla costituzione e, principalmente, verso quali stadi —s'opina involutivi— siamo avviati.

Il meno che si può asserire, sul fondamento di apposite riflessioni, di cui talune precedentemente esposte<sup>208</sup>, è che lo spirito della costituzione, così

<sup>207</sup> Con il termine ora si designa quell'organo complesso, che è il parlamento, ordinato secondo il sistema del bicameralismo perfetto, per il quale i suoi provvedimenti, che così si imputano allo Stato, sono il risultato della convergenza delle manifestazioni di volontà dei due organi semplici da cui il parlamento medesimo è costituito, reciprocamente distinti ed autonomi dal punto di vista soggettivo e in posizione giuridica di assoluta parità.

<sup>208</sup> Si tratta di vedere, nella parte I, il par. 5, specialmente le considerazioni sulla partitocrazia e le note 93 e 96. Questi richiami sono altresì utili per quanto si dirà appresso nel testo in un chiarimento che segna un passaggio preliminare del paragrafo, cioè il passaggio dal generale al particolare (il divorzio). Adesso, piuttosto che sintetizzare le opinioni espresse, si preferisce corroborarle con nuove argomentazioni, in un certo senso anticipando il prossimo svolgimento della tesi. Si pensino due poli. Da una parte c'è la costituzione, che parla di *camere*, i cui componenti, deputati e senatori, «eletti dai cittadini e rappresentativi della nazione», esercitano collettivamente la funzione legislativa; di *governo*, a cui appartengono ministri politicamente responsabili davanti al parlamento; di *pubblici impiegati* al servizio esclusivo della nazione; di *magistratura* come ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere. Dall'altra ci sono i partiti politici, che, praticamente incontrastati, esercitano, senza troppi scrupoli, il dominio sulla legislazione ed il governo, e tendono ad influire sull'amministrazione; per quanto riguarda la magistratura, si preferisce non entrare in merito (sebbene non proprio in tal senso ed in spirito diverso, per un'analogia impostazione, v. C. ESPOSITO: *I partiti nella costituzione italiana*, in *Saggi*, cit., p. 215; inoltre l'A. si limita qui a riferire «considerazioni largamente diffuse», concezioni che già ebbero un'eco «in forme più o meno accentuate e precise in Assemblea costituente» —p. 216—). Vale la pena di rammentare l'art. 67 cost., che dichiara: «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato» (principio del divieto di mandato imperativo). Si vuol subito citare un manuale di edizione non recente, per giunta di uno studioso molto autorevole di cui, sommessamente, non si condivide il pensiero *circa rem* e su altri aspetti della problematica dei partiti. Pur ritenendo che il surriferito principio debba reputarsi mantenuto, questi si domanda «se il legame che si è venuto ad instaurare fra i membri del Parlamento ed i partiti... abbia esercitato influenza sul principio del divieto di mandato imperativo sancito dall'art. 67, nel senso di farlo, in via di fatto, venir meno o indebolirlo» (C. MORTATI: *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 413). Ora, però, non preme di discutere se il principio abbia o no consistenza teorica e pratica (si discetterebbe all'infinito); importa stabilire se è da presumere che del mandato imperativo, «comunque camuffato», si faccia uso o, meglio, abuso. Lo stesso Mortati, nel motivare il suo assunto, ricorda «la dichiarazione di dimissioni diretta alla presidenza della camera, che spesso i partiti fanno sottoscrivere ai *candidati*, lasciando in bianco la data, onde poterla presentare in caso che *l'eletto* venga meno ai doveri di disciplina». Egli precisa che la dichiarazione

come essa si mostra, di sicuro oggi non domina, né ha dominato ieri, sulla scena politica italiana, con ripercussioni nella formazione delle leggi.

Si tratta di un giudizio deliberatamente limitato al fine di non scendere in dettagli, che aggraverebbero l'incoercibile intonazione polemica: di un giudizio, dunque, non corrispondente alla gravità e alla durata della conse-

è "priva di valore giuridico": non si può non essere d'accordo; che "può sempre essere revocata dall'interessato" e che "comunque, una volta conosciuta, è causa valida di non accettazione delle dimissioni" (p. 414: il corsivo non è dell'A.). Nulla più. E quando non è conosciuta ovvero l'interessato non la revoca, per intuitive ragioni, nonstante lo possa ben desiderare? Nella edizione del 1975-76 della medesima opera, il Mortati si sofferma ancora, *negli stessi termini*, su tale dichiarazione, menzionando inoltre "quella analoga di impegno anticipato di presentare le dimissioni in ogni momento, a richiesta della direzione del partito" (*Istituzioni*, tomo I, p. 490). Il Barile riferisce di "un uso, che si era andato diffondendo in Italia nel dopoguerra, e che adesso sembra quasi scomparso, e cioè l'uso, che certi partiti avevano introdotto, di farsi rilasciare dimissioni in bianco dai singoli parlamentari, il giorno stesso in cui venivano eletti. Queste dimissioni in bianco dovevano servire per l'ipotesi che i parlamentari, nel corso della legislatura, si dimettessero dal partito. In tal caso il partito avrebbe potuto presentare queste dimissioni, riempiendone la data, al presidente dell'assemblea, e quindi far decadere dalla carica i dimissionari dal partito stesso". Aggiunge: "In Italia comunque nessun partito ha finora utilizzato tali dimissioni in bianco, che sono sicuramente in contrasto con il principio del divieto del mandato imperativo" (*Istituzioni di diritto pubblico*, 1975, p. 148). Non si è in grado di dare un contributo personale alla precisazione dell'effettiva realtà: d'altronde le dichiarazioni *de quibus* rappresentano uno strumento intimidatorio, destinato indubbiamente a far presa, a cui si attribuisce solo il valore di simbolo di un notorio ed ambito vassallaggio, comunemente accettato insieme con le sue mortificanti implicazioni. Passando oltre, da questa parte (il polo dei partiti) c'è, immeritamente, l'art. 49 cost., ove è detto: "Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale". L'attuazione di questa regola, data la concentrazione dei poteri nell'*élite* dei dirigenti, dovrebbe essere intesa, oggi, in un sol modo: controllo dell' "interiore struttura" dei partiti, secondo una legge che tenga conto dell'*effettivo funzionamento* delle associazioni politiche in genere ("prassi", "costume", "oligarchie dei capi", "movimento di idee e rotazione del potere" affidati "alle congiure di palazzo e ai colpi di forza"... —v. la bella voce *Partito politico*, di G. PERTICONE, in *Novissimo digesto italiano*, 1965, vol. XII, pp. 519-535: ivi la bibliografia generale e nella penultima opera sopra cit., tomo II, p. 861 e s.—). Naturalmente, anche controllo dei fini, ma è il meno, considerando il problema dalla prospettiva da cui ci si muove. Si ricorda, invece, che alla costituente fu detto che, dovendosi procedere per la prima volta al riconoscimento dell'esistenza giuridica del partito, era d'uopo limitarsi a riconoscere che all'*esterno*, con metodo democratico, il *partito* deve concorrere a determinare la politica nazionale (quando, al contrario, sono i *cittadini* che si associano in partiti, liberamente, per concorrere con *metodo democratico* a determinare la politica nazionale —art. 49 cost.—). La volontà del costituente, seppure si fosse veramente formata in tal senso, non sarebbe vincolante per l'interprete, mentre si spiega l'orientamento accennato sia coi brutti ricordi lasciati dal "partito unico" sia con l'esistenza d'una pluralità di partiti al momento dell'approvazione della costituzione, in un'atmosfera certo molto diversa da quella odierna. In continuo procrastinare la normativa in attuazione della costituzione non giova a nessuno (i partiti non sono d'accordo) e permette ormai di parlare di *prassi*, di *costume*, etc., laddove si potrebbe discutere, e non necessariamente, solo di statuti se un maggiore senso di responsabilità si fosse fatto strada nel momento più opportuno, il periodo dei primi entusiasmi. Il pericolo maggiore che attualmente esiste è il progressivo consolidarsi dell'opinione per cui le cose debbono andare come vanno dato che il partito, il sistema dei partiti è quello che è; il resto sarebbe utopia. Ma non è quest'idea che deve alla fine prevalere. Il passo iniziale potrebbe consistere proprio nella riforma auspicata: sarebbe segno di buona volontà comune il non porre indugi o, se si preferisce, rompere un silenzio, che non può essere più giustificato dalla dubbia interpretazione del disegno del costituente, e che, quando se ne rende perfettamente conto, l'uomo del nostro tempo non condivide.

quenziale crisi intervenuta, la quale, per la vastità delle sue proporzioni, mina la compagine dell'istituzione, incrinandone l'attuale configurazione.

Questi cenni<sup>209</sup>, d'altronde, trovano adeguato riscontro nella convinzione, che si diffonde in settori sempre più larghi dell'opinione pubblica, secondo cui i primi responsabili della seria perturbazione nella vita della società sono proprio, oramai con certezza, tutti, o quasi tutti, i partiti, a cagione —si precisa— di un insieme di comportamenti riferibili ad una concezione distorta, e via via ad una prassi ed una consuetudine deludenti, costruite sul regime di libertà delle associazioni politiche previsto *nella* costituzione repubblicana (par. 5).

Per non uscire dal seminato, conviene esclusivamente aggiungere che l'assurdo si tocca quando tali partiti —nel presente scritto non mette conto dividere le colpe—, pur invocando e celebrando la costituzione, dimostrano di voler continuare a percorrere la solita strada, caratterizzata da una normalizzazione caotica, sovrabbondante, *almeno d'incerto effetto risanatore*, frutto non raro di poco limpide pattuizioni, nonché di arti demagogiche, e per ciò stesso corrosiva, a prescindere dalle palesi e latenti illegittimità, dello spirito della costituzione medesima, la cui autentica attuazione, dopo trent'anni, è invero un miraggio.

Si dirà che così si porta sul tappeto, più o meno direttamente o per implicito, il sistema dei rapporti fra parlamento e governo, tratteggiato tanto bene in ogni manuale *ad hoc*, e che, specie non menzionando il *legislatore*, si raffigura troppo crudamente persino la partitocrazia<sup>210</sup>. Ma sono appunto queste le intenzioni e poi, mutando i toni, non sarebbe cambiata la sostanza. Importante era tracciare —e si spera d'essere riusciti— un profilo della democrazia italiana, che, fermi i limiti comuni ad ogni tipo d'interpretazione, rappresentasse, senza travisare la realtà, un efficace paradigma con il quale confrontare la novella democrazia spagnola, in particolare allo scopo di determinare, dopo i difficili esordi, che non devono scoraggiare, ciò che essa ha da evitare<sup>211</sup>.

<sup>209</sup> Per una valutazione complessiva dello *status*, M. D'ANTONIO: *La Costituzione di carta*, Milano, 1977.

<sup>210</sup> Nella nota 96, del par. 5 due volte citato, si trovano ampi riferimenti ad un intervento scritto dell'on. G. Gonella, preparato per la seconda fase (10 ottobre - 28 novembre 1969) del dibattito, alla camera dei deputati, sul progetto di legge Fortuna e Baslini. Tale intervento informa sufficientemente intorno al tema dei rapporti fra governo-parlamento-partiti, dei compromessi legati alle pur necessarie alleanze politiche, delle inadempienze della classe politica riguardo all'attuazione della costituzione... Giova leggere anche tra le righe. Appunto dell'autonomia della funzione legislativa la democrazia cristiana si ricordò, mentre sembrava che se ne fosse scordata, a proposito del divorzio, come fa rilevare l'autore dell'intervento menzionato. Il significato dei suoi punti salienti è forse questo: date certe regole —che per la maggior parte non si condividono (non è chiaro fino a qual segno egli le accetti)—, la posta in gioco esige l'applicazione, almeno, delle più elementari di esse. D'altro canto, una volta che si continui a guardare gli eventi dall'unico punto di vista possibile, quello del sistema entro il quale si verificano, l'approvazione della legge sul divorzio appare *solo come un esempio* delle intime contraddizioni distinguenti la vita di un partito di massa il cui obiettivo è la conservazione a tutti i costi del potere e la cui egemonia è da moltissimi ritenuta, nonostante tutto, il minore dei mali.

<sup>211</sup> La norma costituzionale adatta c'è, l'art. 6. La sua formulazione sembra respon-

Alfine un chiarimento. Le considerazioni di cui sopra, al di là del loro significato autonomo, completano la descrizione, in precedenza effettuata, dell'ambiente politico-sociale nel quale si svolsero il dibattito parlamentare sul divorzio ed il referendum del '74. Conseguentemente, ogni elemento ed ogni valutazione di rilievo politico, che si possono trarre da tale descrizione, possono anche essere utilizzati per l'incremento dell'attuale problematica, secondo quanto si evince dai luoghi ove si rinvia al par. 5 della parte I. Si è in grado di meglio comprendere, così, insieme con l'assetto sistematico di un preciso ambito della trattazione, la decisione d'introdurre il discorso sul «sistema» dei partiti politici attraverso l'analisi del referendum sul divorzio, quantunque il tema non potesse, in quest'occasione, che essere svolto in riferimento alle questioni a cui si dedicava, principalmente, l'attenzione. Il tema dei partiti e tutti gli argomenti di carattere politico, allora proposti o ragionati, sono stati poi rimeditati e qui agitati sotto aspetti diversi vuoi, come appare, allo scopo di giungere a dimostrazioni di più largo respiro, vuoi pure in vista di un ulteriore approfondimento, che con esse si connette, della materia oggetto di specifico interesse.

Crisi delle istituzioni civili (o dello Stato) e legislazione divorzistica sono, infatti, termini che possono essere commisurati per individualizzare quei nessi che pongono l'instaurazione e la conservazione dell'istituto fra le componenti di tale crisi ed, ancor prima, fra le sue cause.

Certo alcuni problemi oggi sono divenuti più gravi, nuovi ne sono sorti, ma c'è chi dice, per esempio, e non a torto, che il referendum sul divorzio è stato il mezzo per imprimere una svolta nella condotta esterna della democrazia cristiana (l'arma degli aderenti ad una sorta di congiura di palazzo, insomma), con autonome conseguenze sull'andamento politico generale. Per fermo divorzio e referendum hanno segnato l'inizio di un differente modo di essere della coppia e della famiglia, l'inizio, inoltre, di un più netto rilassamento del costume, in virtù del quale, già da parte di parecchi, si fondano unioni astraendo dall'istituto del matrimonio, religioso o civile, unioni che, quindi, son fuori di qualsiasi regime di nullità o di annullamento e che, parimenti, son fuori dell'applicazione della legge sul divorzio.

Le statistiche sulle sentenze di scioglimento del matrimonio e di cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio religioso (daccapo par. 5) vanno esaminate anche prendendo nota delle osservazioni qui da ultimo effettuate, in forza di cui si vede quanta ragione aveva l'on. G. Gonella quando scriveva —per il discorso mai letto di fronte alla camera perché si voleva giungere alla «conclusione del dibattito nei tempi prestabi-

dente: "Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos". Una norma siffatta (massime per l'ultimo periodo) non dovrebbe dar àdito a dubbi di nessun genere sulla strada da seguire nell'interesse del popolo sovrano (art. 1/2).



liti»— che l'indissolubilità del matrimonio valeva assai più della formula di collaborazione tra il c. d. partito dei cattolici ed i socialisti e della frantumazione del governo di allora, di uno di quei molti governi che si succedono, senza lasciar rimpianti, nella nostra tormentata repubblica.

15. Chi è avverso al divorzio non dovrebbe distinguere fra il matrimonio civile e quello religioso. Se si crede all'antitesi fra un certo modo d'intendere il progresso e la civiltà del costume o non si considera un argomento positivo la presenza dell'istituto in quasi tutti gli Stati moderni; se, tralasciando alcune statistiche inquietanti, si pensa che il danno della famiglia, il quale s'ingenera dal divorzio, favorisce, insieme con altre simili conquiste, la formazione della più varia patologia individuale e sociale, con effetti diversamente gravi sull'organizzazione della struttura associativa; se non si ritengono valide le tesi contrarie sempre proposte (v. parte I), allora dev'essere pure manifesto che l'indissolubilità del vincolo costituisce un valore a prescindere dal tipo di matrimonio.

Si ricordava (par. 3), infatti, che il magistero ecclesiastico combatte la «piaga del divorzio» anche in difesa delle unioni soltanto civili.

Senz'entrare propriamente nel merito delle note ragioni, che comprovano questa ferma posizione della Chiesa, quanto in particolare alla cessazione degli effetti civili dei matrimoni «concordatari», qualora si obietti che lo Stato non arroga a sé la potestà di sciogliere il matrimonio canonico, sarà sufficiente aprire la mente al formalismo di tale affermazione<sup>212</sup> ovvero al fatto che il meccanismo della legge Fortuna-Baslini preclude ogni possibilità, al coniuge innocente, di proporre opposizione utile alla richiesta di divorzio civile dell'altro sul fondamento della sua convinzione religiosa.

Ancor più la posizione dottrinale della Chiesa cattolica si comprende, indipendentemente dalla specifica previsione concordataria, allorché si valutino le inevitabili ripercussioni dello scioglimento del rapporto giuridico-sociale sulla famiglia cattolica, tenuto conto che la facoltà offerta dalla legge civile rappresenta un incentivo alla costituzione di legami validi per lo Stato in presenza di un matrimonio religioso perfetto. Non vale replicare che la presenza del divorzio fra gli istituti dell'ordinamento civile è un'occasione di verifica del senso cristiano della vita: esistono gli spiriti deboli, nei cui confronti acquista tutto il suo vigore la concezione della funzione educativa della legge, specie quando questa tenga presenti quei principi ai quali si uni-

<sup>212</sup> "... il divorzio sovverte non soltanto la dignità dell'istituto, ma la sua stessa natura sacramentale che al matrimonio canonico è stata riconosciuta... la distinzione tra rapporto e atto a questo riguardo ci sembra speciosa perché, a differenza di quel che avviene negli altri casi, il divorzio incide solo apparentemente sul rapporto; in realtà influisce sullo stesso atto giacché estingue completamente il rapporto infirmando quindi la stessa esistenza giuridica dell'atto" (M. PETRONCELLI: *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 260 e s.). Per l'intelligenza del brano, è da notare che ciò l'A. sostiene nonostante accolga la teoria della distinzione fra disciplina dell'atto, di competenza della Chiesa, e del rapporto matrimoniale o degli effetti civili, di competenza dello Stato (*Op. cit.*, p. 259 e s.).

forma la legislazione canonica, così contribuendo a rendere più saldo, al posto di mettere alla prova, il patrimonio morale e religioso del popolo.

Stabiliti alcuni punti della fondatissima opposizione della Chiesa, non si deve dimenticare che, in certi casi, può diventare auspicabile perfino una specie di accordo sul divorzio, nel senso dianzi precisato<sup>213</sup>. Nulla di strano, inoltre, se, dopo averlo contrastato senza successo, la Chiesa affronta, ogni volta, il problema della sua «attuazione pratica», secondo una serie d'ipotesi che qui è inutile rimeditare<sup>214</sup>.

Anzi, di fronte all'ordinamento giuridico italiano fino alla conciliazione, ove non era data efficacia civile al matrimonio religioso, si potrebbe discutere se la mancata introduzione dell'istituto sia veramente stata, dal punto di vista cattolico, un bene oppure un inconveniente, da sopportare e preferire al divorzio per coerenza e nella speranza di tempi migliori. E' illuminante il senso del discorso, già riferito, del deputato D'Ondes-Reggio<sup>215</sup>: concepito il matrimonio civile—indissolubile quale unico fondamento della famiglia legittima davanti allo Stato, ne deriva una differenza incolmabile di situazioni, che si viene appunto a creare nell'area propria del diritto canonico—ad esempio— ed in quella del diritto civile, non solo a motivo dei provvedimenti pontifici di dispensa *super ratum*, per porre l'accento sul caso più comune di scioglimento canonico, ma anche del diverso sistema della nullità del matrimonio nell'uno e nell'altro ordinamento.

Dal punto di vista sociale, d'altra parte, ben poco danno avrebbe provocato la vigenza del divorzio nell'epoca di cui trattasi, a parte che, supponendone l'introduzione, la sua permanenza sarebbe stata tutt'altro che certa durante il regime fascista, e così la sua restaurazione, per un buon numero di anni dopo di esso, forse, precisamente, sino al 1970.

Poiché la storia non è fatta di sé né s'intende tessere alcun elogio implicito al fascismo, s'aggiunge che, con questo scorcio retrospettivo, si vuol dapprima insinuare —astruendo dalle preoccupazioni dottrinali, che, per un cattolico, il quale per di più si rivolge immediatamente a cattolici, tuttavia

<sup>213</sup> V. par. 12. L'opinione secondo cui tale genere d'accordo si riduce ad una vana riaffermazione di principi, da parte della S. Sede, sol perché non implica un impegno corrispondente dello Stato (P. MONETA: *La disciplina matrimoniale nei concordati*, cit., p. 326), s'ha da ritenere superata considerando che la clausola pattuita è destinata ad entrare nella legislazione civile attraverso una norma d'esecuzione, ma principalmente considerando i diversi contenuti che l'accordo può assumere, corrispettivi al ruolo riconosciuto alla Chiesa nella comunità politica in oggetto e, quindi, alla rimanente disciplina dei rapporti con lo Stato. Il Moneta si riferisce al protocollo addizionale al concordato fra la S. Sede ed il Portogallo del 7 maggio 1940 (nota 168). Circa l'eguaglianza di valore fra l'art. XXIV del concordato con il Portogallo, prima della modificazione del febbraio 1975, e l'art. 34, 1.º comma, di quello con l'Italia, G. OLIVERO: *Contro il divorzio*, in *Iustitia*, 1968, p. 64 ("... la norma, di carattere ricognitivo, del Concordato portoghese fa discendere l'indissolubilità, anche civile, del matrimonio religioso, dalle proprietà essenziali del matrimonio cattolico. E quest'espressione è senz'altro equivalente a quella usata dal Concordato italiano, secondo la quale *Lo Stato italiano riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili*" —il corsivo non è dell'A.—).

<sup>214</sup> Cfr. A. D'AVACK: *La Chiesa e l'attuazione del divorzio*, cit., p. 473 e ss.

<sup>215</sup> V. nota 13, parte I.

non cessano di esistere— la proposta d'approfondire il significato diverso che assume il movimento per il divorzio in Italia a partire dall'iniziativa dell'on. Sansone del 26 ottobre 1954, con cui lo scioglimento del matrimonio era, per la prima volta, progettato in regime concordatario.

Si vuol poi specificare, piuttosto, che non al mèrito di questo o quel sistema politico deve attribuirsi la saldezza della famiglia italiana tutto sommato (e difetti a parte) fino alla seconda guerra mondiale<sup>216</sup>, ma ad un costume non ancora inquinato dagli effetti negativi di quel generale progresso, non solo nazionale, di cui non preme di stare qui a ricordare le varie implicazioni, anche per ciò che più da vicino riguarda il matrimonio e la trasformazione della famiglia o lo scadimento del sentimento religioso.

Sempre riguardando il problema del divorzio dal punto di vista sociale e confrontando ora l'azione politica per la sua introduzione con la domanda popolare relativa, balza agli occhi, da tutte le considerazioni svolte, il tentativo di dimostrar meglio la non corrispondenza della prima con la seconda, in definitiva l'anticipazione disutile di tempi, che potevano pure non venire, solo che si fosse provveduto ad una serie di riforme, alcune di queste realizzate dopo la legge sul divorzio, e, comunque, in complesso non soddisfacenti (talora praticamente non ancora operanti), secondo il parere di molti.

Un regime dell'invalidità del matrimonio nel quale si fosse abbandonato l'istituto della decadenza dell'azione —i termini (oggi meno brevi) «si rivolgono in particolare contro gli umili e gli inesperti, cui l'accesso alla giustizia è sempre difficile e lento»<sup>217</sup>—, un sistema delle nullità veramente rispettoso della volontà individuale, di cui peraltro ha tenuto un maggior conto la l. n. 151 del 1975, sarebbe di sicuro stato, per esempio, uno degli strumenti di «profilassi» del divorzio.

Non si dica che ciò comporta la definitiva «privatizzazione» della famiglia. Si può immaginare qualcosa di più «pubblico» e, armonicamente, di più «privato» del matrimonio canonico? D'altro canto, che senso avrebbe il parlare di privatizzazione, limitatamente ad una congrua disciplina della nullità, quando esiste, fra i motivi di divorzio, la separazione consensuale e se

<sup>216</sup> Analogamente P. A. D'AVACK: *Rilievi giuridici preliminari sull'introduzione del divorzio in Italia*, in *Scritti giuridici in memoria di Marcello Barberio Corsetti*, Milano, 1965, p. 145. Quanto al divorzio, sembra opportuno ricordare, a chiarimento e completamento delle affermazioni prodotte, un passo delle cit. *Lezioni* dello JEMOLO. Assertore della sua possibilità giuridica, dimostrando rara obiettività, egli precisò che "... non si può parlare di un largo anelito ad ottenere l'istituto. Socialisti e comunisti non erano lontani dalle posizioni assunte all'inizio del secolo, quando il foglio socialista scriveva che il divorzio era un problema dei borghesi, che gli operai non avrebbero mai avuto i mezzi per procedimenti di divorzio...; c'erano però gruppi di esasperati per situazioni familiari che ritenevano insostenibili, in parte create dalla ristretta applicazione che la magistratura aveva dato, rispetto ai matrimoni contratti con rito civile, alle norme sulle nullità. Ma fu una mossa politica quella che indusse due deputati socialisti (che avevano una modesta posizione nel loro partito) a proporre una legge che introducesse i casi di scioglimento del vincolo matrimoniale (evitandosi il termine divorzio) ..." (p. 559). Il resto è noto, nell'interpretazione qui offerta, che invero diverge da altri giudizi contesti del medesimo autore (v. pp. 557-560).

<sup>217</sup> A. C. JEMOLO: *Il matrimonio*, cit., p. 158.

cotale divorzio può esser legato alla separazione giudiziale pronunciata a seguito di ciascun fatto idoneo a rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, anche dipendente dalla volontà di entrambi i coniugi o di uno solo dei due? Non basta il decorso del tempo e neanche l'ipotetico accertamento della «cessazione e della non ricostituibilità della comunione spirituale e materiale» a far dimenticare quanto poco c'è di pubblicistico in tutto questo.

La conformità alla costituzione del divorzio pei matrimoni civili —sostenuta al di là della convinzione dell'inopportunità dello stesso e riferendo le argomentazioni utili indipendentemente da ogni pregiudiziale di confessionalità— nulla toglie al valore specifico di tutti i possibili rimedi, invano segnalati, diretti a scongiurare l'introduzione dell'istituto<sup>218</sup>.

Per i matrimoni canonici, poi, non si vede legislazione più completa di quella che li disciplina o li potrà disciplinare.

Forse s'obietterà, tra l'altro, che è contraddittorio approvare i criteri di scioglimento del vincolo adottati dalla Chiesa quando si nega addirittura la convenienza dell'intervento radicale dello Stato perfino sul fallimento delle unioni regolate dal diritto civile.

Ma, da un lato, coerenza vuole che il cittadino si senta pago della legge a cui si sottopone con la libera scelta del tipo di matrimonio; dall'altro (a ragionare in termini selezionati per chi non è disposto ad accettare più valide spiegazioni di natura teologico-giuridica), si dovrà almeno ammettere che i casi della vita, risolti con il c. d. divorzio canonico, al pari di quelli oggetto di pronunziati positivi di nullità, non sono mai stati tali da provocare, nemmeno in piccola misura, quei danni sociali di cui son pieni, sebbene talvolta a torto, gli studi e le statistiche sulle conseguenze del divorzio civile.

Insomma, gli Stati non fanno buon uso del potere, semplicemente di fatto secondo la dottrina della Chiesa, di legiferare in materia: lo confermano le stesse normative divorzistiche conosciute, odierne e dei tempi passati, le quali, sempre secondo tale dottrina, son contrarie al diritto naturale, atte a produrre scandalo, pericolose nonché prive, interamente, di validità. Inoltre l'esperienza dimostra che i giudici civili non possiedono, in genere, la medesima saggezza degli organi ecclesiastici rispettivamente competenti nel trattare la problematica matrimoniale, specie il ramo di cui si discute.

Tuttavia, fermo l'insegnamento tradizionale della Chiesa, s'impongono accommodations, s'aprono continuamente nuove prospettive, esiste una pastorale dei divorziati e chi in Italia opinava, da parte cattolica, che valeva la pena di provare a salvare il salvabile attraverso la tattica (se così si può dire) della delimitazione del problema, distingueva fra l'introduzione del divorzio sui matrimoni diversi dal concordatario e l'inclusione di questo nella riforma.

Bene si riteneva, fra tanti giuristi cattolici, che la posizione da loro assunta non poteva che giovare alla società civile senza provocare, nel contempo, un conflitto quanto meno con il concordato; che, in riguardo dello Stato,

<sup>218</sup> Fra i tanti, G. OLIVERO: *Cattolici e divorzio*, cit., p. 100 e ss.

non si trattava d'operare discriminazioni tra i cittadini (par. 7); che la permanenza degli effetti civili, riconosciuti al matrimonio canonico, era l'unico principio per il quale conveniva combattere con le avverse opinioni. Ciò si riteneva, va detto, dal momento che gli argomenti di diritto positivo sarebbero stati molto meglio compresi di quelli fondati sul diritto naturale, come lo interpreta la Chiesa, vuoi dagli autentici paladini del divorzio vuoi da coloro che, consapevoli o meno, ostentavano indipendenza di giudizio per dar prova, pure a se stessi, d'un mal inteso spirito laico.

Trapelava, infine, la convinzione che un divorzio, il quale non comprendesse i matrimoni concordatari, sarebbe stato un istituto pressoché inesistente in uno Stato dove, nonostante tutto, il patrimonio spirituale del popolo ancora mostrava, certo con maggior chiarezza di adesso, alcuni dei segni, forse i più distintivi, dell'antica vitalità.

Il punto di riferimento è costituito dai matrimoni canonici. Le norme non consentivano di svolgere un discorso identico per quelli celebrati davanti ai ministri dei culti ammessi in Italia: i vincoli, che ne derivano, erano e sono veramente, per lo Stato, vincoli civili. Si auspicavano innovazioni. Oggi tutto il diritto ecclesiastico si appresta a cambiar volto, quasi completamente, e, agli auspici di allora, si sostituiscono prospettive comuni adeguate alla nuova realtà.

Dietro la soluzione delle questioni affrontate nella prima parte di questo capitolo della monografia si scorgerà l'adesione all'atteggiamento sopra in breve ricordato. Importa qui notare, esclusivamente, che esso non si pone in contrasto coi dettami della Chiesa in tema di divorzio e ciò sembra che debba risultare proprio dalle spiegazioni fornite.

Tale preoccupazione può essere mal compresa da chi vede le cose dall'angolo di visuale opposto, che, generalizzando, si suol qualificare laico oppure laicistico.

All'inizio della ricerca, uno dei quesiti che ci si pose fu questo: quale fosse il rischio, pur nell'epoca presente, d'essere aderenti a se stessi. Chiesa, Stato e divorzio, situazione politica a cui principalmente se ne deve l'introduzione e la conservazione, in Italia, dopo oltre cent'anni d'insuccessi...: valeva la pena che l'unico timore fosse quello di sbagliare, specie tenendo conto dell'importanza del momento che attualmente si vive in Spagna. E, poi, non conviene farsi schiavi del proprio tempo, di cui si è invece, inevitabilmente, soltanto i figli.

## PARTE TERZA

### COMMENTO DELLA L. 1 DICEMBRE 1970 N. 898 CON SPECIALE RIFERIMENTO ALLA GIURISPRUDENZA. IN PARTICOLARE: SU TALUNE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELL'INTRODUZIONE DELL'ISTITUTO NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 16. Le cause di divorzio: decorso del tempo di separazione; cause penali; comportamento all'estero (conseguito annullamento o scioglimento del matrimonio, nuove nozze) del coniuge cittadino straniero; inconsumazione del matrimonio.—17. Cenni sul processo di divorzio. La figura dell'assegno periodico e le recenti norme integrative della l. n. 898 del 1970. I provvedimenti relativi alla prole. Divorzio e riconoscimento dei figli adulterini. Garanzie degli obblighi patrimoniali.—18. L'accertamento della cessata comunione spirituale e materiale fra i coniugi.—19. Prova della separazione.—20. La separazione di fatto.—21. Interruzione della separazione.—22. L'opposizione del convenuto.—23. L'art. 3, n. 2, lett. f) ed alcune questioni collaterali.—24. Brevi considerazioni generali. L'art. 5, terzo comma, ed il problema del potere del pubblico ministero d'impugnare le sentenze che dichiarano l'efficacia o l'inefficacia in Italia di pronunce estere di divorzio (art. 72, 4° comma, c. p. c.).—25. Delibazione di sentenze straniere di divorzio. In specie: il limite dell'ordine pubblico.—26. Nuovi criteri di giurisdizione del giudice italiano e di competenza internazionale di quello straniero con particolare riferimento all'art. 4, 1° comma, l. d. — (art. 10).

16. La principale causa di divorzio, in Italia, si perfeziona con il decorso ininterrotto del tempo di separazione (cinque anni, o sei e sette, in caso di opposizione del coniuge convenuto), calcolato non dal passaggio in giudicato della sentenza o dalla definitività del decreto di omologazione della separazione consensuale, ma dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nel procedimento di separazione personale, tranne l'ipotesi della separazione di fatto, antecedente di almeno due anni l'entrata in vigore della legge, in cui il computo si effettua dalla cessazione reale della convivenza (art. 3 n. 2 lett. b).

Altri casi di divorzio sono quelli di cui subito si dirà, che assumono un ruolo *decisamente secondario* nei confronti del protrarsi della separazione, come si è constatato in questi anni di vigenza della legge Fortuna-Baslini.

Così, è prevista la condanna del coniuge all'ergastolo ovvero ad una pena superiore a quindici anni, anche con più sentenze, per uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici e quelli commessi per motivi di particolare valore morale a sociale. Si può annotare che già da tempo l'ergastolo praticamente non esiste e che con recenti riforme, pur se faticosamente o non del tutto attuate —l. 26 luglio 1975 n. 354 (modificata con l. 12 gennaio 1977

n. 1 e con l. 20 luglio 1977 n. 450)—, si è passati da una normativa improntata del concetto tradizionale di pena ad un'altra conforme allo spirito dell'art. 27, 3° comma, cost., secondo il quale «le pene... devono tendere alla rieducazione del condannato». Per quel che ora interessa, si pensa al regime di semilibertà, al regime dei permessi, all'affidamento in prova al servizio sociale, alla direttiva di dedicare particolare cura a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie, etc.

Segue la previsione di una serie di reati, alcuni richiamati col numero del corrispondente articolo di legge: l'incesto, la violenza carnale, gli atti di libidine violenti, il ratto a fine di libidine, il ratto di persona minore degli anni quattordici o inferma di mente sempre a fine di libidine, l'induzione e la costrizione alla prostituzione nonché lo sfruttamento e il favoreggiamento della stessa, l'omicidio volontario o il tentato omicidio, le lesioni personali gravissime, la violazione degli obblighi di assistenza familiare, i maltrattamenti in famiglia e la circonvenzione di persona incapace. Tali reati, per l'accoglimento della domanda di divorzio, devono esser commessi, variamente, in danno di un discendente, di figli adottivi e del coniuge.

Si tratta, in definitiva, di un insieme di casi limite<sup>219</sup>, menzionati per primi (art. 3 n. 1 lett. a - b - c - d) con il chiaro obiettivo di presentare meglio la legge all'opinione pubblica.

La sentenza di condanna dev'essere posteriore alla celebrazione del matrimonio, ha da passare in giudicato e può riguardare fatti commessi in precedenza. La domanda di divorzio non è proponibile dal coniuge che sia stato condannato per concorso di reato ovvero quando la convivenza coniugale è ripresa.

Nelle ipotesi di lesioni personali gravissime, violazione degli obblighi di assistenza, maltrattamenti, circonvenzione d'incapace (n. 1/d), è fatto carico al giudice d'accertare, anche sulla base del comportamento successivo del convenuto, la di lui inidoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare.

La cessazione degli effetti civili o lo scioglimento del matrimonio si produce, ancora, su domanda di uno dei coniugi, quando l'altro è stato assolto per vizio totale di mente dai delitti di cui al n. 1/b e c (incesto, violenza carnale, atti di libidine violenti, ratto al fine suindicato, omicidio volontario ovvero tentato) se il giudice del divorzio accerta, di nuovo, l'inidoneità del convenuto a mantenere o ricostituire la convivenza familiare (art. 3 n. 2 lett. a); quando il procedimento penale promosso per i reati di cui sopra si è concluso con sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, se il medesimo giudice ritiene che nei fatti commessi sussistano gli elementi costitutivi e le condizioni di punibilità dei reati stessi (n. 2 lett. c); quando il procedimento penale per incesto si è concluso con sentenza di proscioglimento o di

<sup>219</sup> Sui problemi, pure di natura costituzionale, che la "fattispecie" non manca di suscitare, M. JASONNI: *Il divorzio per condanna penale*, in *Studi sul divorzio*, cit., p. 257 e ss.

assoluzione che dichiara non punibile il fatto per mancanza di pubblico scandalo (n. 2 lett. d).

Tornando adesso, in particolare, ai delitti contro l'ordine familiare, è impossibile nascondere che si rivolge l'attenzione ad eventi molto gravi, oggetto di comune riprovazione. S'intende soltanto ed in breve osservare che questi delitti sono di frequente sintomo della presenza di profonde disarmonie caratteriali, tali da permettere l'inquadramento degli autori di essi fra le personalità psicopatiche o sociopatiche. Vengono in considerazione individui all'apparenza sani, ma con una personalità estremamente fragile a cagione di squilibri quasi sempre dipendenti da traumi psichici (che risalgono all'infanzia) e da situazioni ambientali determinate, forse con una componente ereditaria o costituzionale, della quale si continua a discutere. Altre volte si tratta di vere e proprie psicosi; raramente, infine, questi reati, così significativi dal punto di vista psichiatrico, sono commessi da persone normali. Nella maggior parte dei casi, perciò, il divorzio rappresenta una soluzione circoscritta del problema, che invece riguarda tutta la società. Si pensa ai soggetti con personalità abnorme, ai molti psicopatici non riconosciuti infermi o seminfermi di mente, pienamente liberi, dopo il divorzio, di contrarre matrimonio, quindi di formarsi una seconda famiglia, in cui porteranno quella carica patologica che costituì la causa dello scioglimento del primo matrimonio. Ed è la causa, non l'effetto (condanna penale), che va considerata per dare alla questione la sua giusta dimensione.

Resta da accennare alle ultime due lettere dell'art. 3 n. 2, per le quali il divorzio può essere domandato se l'altro coniuge, cittadino straniero, ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio (lett. e) e quando il matrimonio non è stato consumato (lett. f). Ambedue le disposizioni pongono delicati problemi. Con la seconda, il legislatore italiano ha tenuto presente un istituto tipico del diritto della Chiesa. Esistono invero differenze ineliminabili, ma non sembra che ci siano dubbi sulla «matrice canonistica»<sup>220</sup> della causa di divorzio in oggetto.

17. Ricordati i casi di scioglimento del matrimonio, è opportuno tratteggiare la rimanente disciplina contenuta nella l. n. 898 del 1970.

Nell'art. 4 si stabilisce dapprima la competenza del tribunale del luogo di residenza del convenuto ovvero del tribunale del luogo di residenza dell'attore se il convenuto è irreperibile o risiede all'estero.

Come anche a proposito dell'art. 3 n. 2 lett. e), dottrina e giurisprudenza hanno qui ravvisato un criterio speciale di giurisdizione, la residenza in Italia dell'attore, concorrente con quelli generali, contemplati dall'art. 4 del codice di procedura civile, fermo restando naturalmente che l'art. 4, 1° comma, l. d. si porrebbe, innanzi tutto, come norma regolatrice della competenza interna.

<sup>220</sup> Così L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 105.



Sempre nell'art. 4 vien regolata la fase iniziale del procedimento di divorzio.

Essa ricalca quella corrispondente del procedimento di separazione dei coniugi; *fase presidenziale*, cioè innanzi al presidente del tribunale competente, la quale può sfociare nella conciliazione, giacché è fatto obbligo d'esperire un tentativo in questo senso, spesso solamente formale, o nella dichiarazione di rinuncia all'azione; ovvero può concludersi con la nomina del giudice istruttore e la fissazione dell'udienza di comparizione delle parti davanti allo stesso, se la conciliazione non riesce o se il coniuge convenuto non compare.

Il presidente ha il potere-dovere di differire l'inizio della trattazione della causa dinanzi all'istruttore entro un termine non superiore ad un anno «qualora ritenga motivatamente che sussistono concrete possibilità di riconciliazione fra i coniugi, specie in presenza di figli minori».

Prevale l'opinione, per il procedimento di separazione, della natura volontaria della prima fase<sup>221</sup>. L'identica definizione autorevolmente si propone per quello di divorzio<sup>222</sup>, ma non è mancato chi, con ricchezza di argomentazioni, ha ricondotto alla volontaria giurisdizione tutto il processo di divorzio<sup>223</sup>.

Consentirebbe di propendere per la volontaria giurisdizione ad esempio l'art. 9 della legge, dove è prevista, quando sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza di divorzio, la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondersi da uno dei coniugi a favore dell'altro e dal coniuge non affidatario a favore dei figli. A tale revisione il tribunale provvede su istanza di parte, in camera di consiglio, assunte informazioni e sentite le parti ed il pubblico ministero.

L'art. 9 —si ripete— è stato recentemente modificato con legge 1 agosto 1978 n. 436<sup>224</sup>.

Caratteristica del processo di divorzio è la possibilità d'assunzione d'ufficio di mezzi istruttori (art. 4, 8° comma); che significa correzione del principio dispositivo, «con una parziale introduzione del principio inquisitorio»<sup>225</sup>.

<sup>221</sup> *Contra* F. CIPRIANI: *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970, p. 63 e ss., secondo cui l'intero procedimento di separazione dei coniugi ha carattere contenzioso.

<sup>222</sup> «La definizione —dice il Barbiera— non è frutto di un'aprioristica estensione di motivazioni espresse dalla giurisprudenza e dalla dottrina, con riferimento all'analoga fase del processo di separazione, ma è data dall'assenza in questa fase, in relazione agli atti del giudice, che pure hanno incidenza su peculiari interessi (rapporti patrimoniali, affidamento dei figli), del principio del contraddittorio che caratterizza il processo contenzioso» (L. BARBIERA: *Op. cit.*, p. 108).

<sup>223</sup> C. VOCINO: *Intorno all'oggetto e ad alcuni aspetti del processo di divorzio*, in *Studi in onore di P. A. d'Avack*, cit., IV, p. 651 e ss. Sulla specialità del procedimento, anche C. PUNZI: *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Studi sul divorzio*, cit., p. 391 e ss.

<sup>224</sup> Su di essa, F. DALL'ONGARO: *Il divorzio e le norme integrative della L. 1 agosto 1978, n. 436, in il diritto di famiglia e delle persone*, 1978, p. 1273 e ss. Cfr. nota 204.

<sup>225</sup> L. BARBIERA: *Op. cit.*, p. 139. V., pure, Tribunale di Salerno, 7 dicembre 1971, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1972, II, p. 67 e s.

Del pari, si registra la parziale ed implicita abrogazione dell'art. 72 c.p.c., terzo (ed anche quarto) comma, essendosi stabilito che l'impugnazione della sentenza di scioglimento e di cessazione degli effetti civili del matrimonio può, ai sensi dell'art. 72, esser proposta dal p. m. *limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci* (art. 5, 3° comma). A prescindere, intanto, dal problema dell'impugnativa contro le sentenze che dichiarino l'efficacia o l'inefficacia in Italia di pronunce di divorzio straniero, «si verifica —come ben dice la cassazione— una duplicità di posizioni del Pubblico Ministero: semplice intervento senza possibilità di proporre domande e senza la conseguente possibilità di restare soccombente e proporre gravame, nel caso di causa di scioglimento del matrimonio tra coniugi senza figli o senza figli minori (od incapaci); intervento a tutela dei figli minori o comunque incapaci con possibilità di spiegare domande nel loro interesse e proporre gravame nel caso in cui dal matrimonio siano nati figli che siano ancora minori o siano comunque incapaci»<sup>226</sup>. Sicché solo nel secondo caso il p. m. è «parte in senso proprio» nel processo di divorzio, mentre in questo principalmente consiste «l'intervento obbligatorio del pubblico ministero», previsto dall'art. 5, 1° comma, della legge<sup>227</sup>.

Ancora l'art. 5, 4° comma, stabilisce che, con la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, «il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro, periodicamente, un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in un'unica soluzione».

La norma ha dato luogo a numerosi pronunziati sul carattere, gli obiettivi ultimi ed i criteri di determinazione di tale assegno periodico, che si corrisponde col passaggio in giudicato della sentenza<sup>228</sup> in conseguenza dello scioglimento del matrimonio, onde il sorgere di «un nuovo tipo di obbligazione, il cui fondamento causale non risiede in un rapporto giuridico efficace ed operante, ma in un rapporto che, essendo stato tale, emana quale effetto residuo l'obbligazione da parte di uno degli ex coniugi di versare periodicamente all'altro una somma di denaro»<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 5 agosto 1977, n. 3529, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1978, II, p. 141.

<sup>227</sup> Criticamente, G. DALLA TORRE: *Il giudice di fronte alla legge sul divorzio*, in *Iustitia*, 1971, cit., p. 345 e s.

<sup>228</sup> V. Tribunale di Roma, 2 ottobre 1974, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, p. 366. *Contra*, il medesimo tribunale di Roma, il quale, con sentenza del 28 gennaio 1972 (nella stessa rivista, 1972, II, p. 64), aveva affermato che l'obbligo di corrispondere l'assegno in favore di un coniuge ha decorrenza dal momento della domanda. Sul tema, Cassazione, sez. unite, 26 aprile 1974, n. 1194 (nel senso che l'obbligo decorre, come detto nel testo, dal passaggio in giudicato della sentenza di divorzio) e Cassazione, sez. unite, 9 luglio 1974, n. 2008 (dal giorno dell'annotazione della sent. nei registri dello stato civile). La citazione della rivista a nota 232.

<sup>229</sup> L. GRASSI - P. GRASSI: *Il divorzio nella giurisprudenza*, cit., p. 123.

Scendendo al concreto, si volle in qualche modo tutelare la parte economicamente più debole, la donna, con l'introduzione di un principio corrispondente alla realtà della condizione femminile in Italia.

Nella prima sentenza con cui la cassazione affrontò il problema dell'assegno periodico di divorzio, escluso il carattere di obbligo di mantenimento ed alimentare in senso tecnico, accolse il criterio latamente indennitario, reputato «sufficiente a spiegare la funzione e la struttura dell'assegno di divorzio, la cui connotazione caratterizzante è quella di riequilibrare le condizioni economiche del coniuge impoverito dallo scioglimento del matrimonio»<sup>230</sup>. Ma questa tesi fu subito superata da quella —che si può dire oggi dominante<sup>231</sup>— della natura composita dell'assegno in questione, più precisamente assistenziale, risarcitoria (in senso lato) ed infine compensativa<sup>232</sup>. I criteri menzionati devono essere passati, tutti, in rassegna dal giudice, il quale può «con argomenti desumibili implicitamente dal complesso della motivazione, privilegiarne uno, ritenendo che nella fattispecie sottoposta al suo esame uno solo di detti criteri abbia in concreto decisiva rilevanza»<sup>233</sup>.

L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze (art. 5, V comma).

All'assegno periodico s'aggiunge, ora, con la cit. legge del 1 agosto 1978, n. 436, il diritto all'assistenza sanitaria, per chi non l'abbia (e fin quando non si risposi), nei confronti dell'ente mutualistico da cui sia assistito l'altro coniuge. Inoltre, in caso di morte dell'obbligato all'erogazione dell'assegno periodico, la pensione e gli altri assegni possono essere attribuiti dal tribunale, *in tutto o in parte*, al coniuge rispetto al quale è stato pronunciato il divorzio. Ciò se l'obbligato muore senza lasciare un coniuge superstite. In caso contrario, *una quota* della pensione e degli assegni può essere sempre devoluta, dal tribunale, in favore dell'ex coniuge. Se in tale condizione si trovano più persone, il tribunale provvede a ripartire fra tutti la pensione e gli altri assegni, nonché a ripartire tra i restanti le quote attribuite a chi sia successivamente morto o passato a nuove nozze. Non solo, ma qualora, dopo il decesso dell'obbligato, l'avente diritto alla corresponsione periodica versi in stato di bisogno, il tribunale potrà attribuirgli un assegno ponendolo a carico dell'eredità, quindi perfino a carico dei figli del defunto, che questi abbia avuto solo dalla seconda moglie, i quali nulla avrebbero da spartire con la prima. Il diritto all'assegno si estingue se il beneficiario passa a nuove nozze o viene meno il suo stato di bisogno, fermo il risorgere del diritto col ripresentarsi dello stato di bisogno.

Insomma, una normativa abbastanza equa, per questi aspetti, ma che

<sup>230</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 1 febbraio 1974, n. 263, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, p. 235.

<sup>231</sup> V. F. SANTOSUOSSO: *Delle persone e della famiglia - Il matrimonio*, cit., p. 804.

<sup>232</sup> Corte di cassazione, sez. unite, 26 aprile 1974, n. 1194, e poi 9 luglio 1974, n. 2008 (in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, pp. 620 e ss.; 635 e ss.).

<sup>233</sup> F. SANTOSUOSSO: *Op. loc. cit.*

prova quanto sia difficile l'impianto indolore del divorzio nell'ordinato svolgersi dei rapporti sociali; che consente di meditare, per altro verso, sui fondamenti sociali del principio dell'indissolubilità (v. par. 15), quand'esso si radica in ordinamenti giuridici ove non esiste, come in Italia, un'effettiva parità fra condizione maschile e femminile, a tutto svantaggio di quest'ultima, nonostante le modificazioni introdotte o da introdurre nella legislazione<sup>231</sup>.

<sup>234</sup> Compare su *Panorama* del 24 ottobre 1978, a p. 20, una significativa presa di posizione del "Gruppo Femminista per il Salario al Lavoro Domestico" e dei "Collettivo Femminista Separate e Divorziate" (Roma): "Troviamo sempre grosse difficoltà ad addentrarci negli oscuri meandri di una mente maschile discettante su problemi femminili. E questa volta ci areniamo completamente di fronte alla critica di Giorgio Galli che considera un preoccupante cedimento della sinistra una modestissima legge che quasi tutti i partiti avevano promesso al tempo del referendum sul divorzio e che con otto anni di ritardo attribuisce alle donne divorziate irrisori benefici economici (l'assistenza mutualistica; talvolta una quota di pensione di reversibilità da disputare alla moglie successiva; un assegno di mantenimento per le divorziate vicine alla mendicizia su una eventuale eredità da disputare agli eredi dell'ex-marito). Ancora più incomprensibile ci risulta l'ardente desiderio di G. G. di vedere eliminati gli effetti di un matrimonio fallito: ci auguriamo che questo desiderio non si estenda anche ai figli nati per effetto di tali matrimoni, quasi sempre cresciuti con tanta fatica dal quotidiano lavoro domestico, oltre che con assegni paterni quasi sempre irrisori e con gli scarsi proventi di lavori extra-domestici, magari neri e comunque sottopagati. *Come femministe riteniamo inoltre doveroso riaprire il discorso sul "no" espresso dal Movimento Femminista nel suo complesso all'abrogazione della legge Fortuna. Per lo meno da parte nostra tale "no" fu detto con il proposito di fare di quell'occasione solo l'inizio di una battaglia per il diritto effettivo, e non solo formale, delle donne al divorzio. Il Movimento Femminista era allora all'inizio del suo boom, nella fase di entusiasmo che ci sembrava dovesse travolgere tutto. A quattro anni di distanza possiamo anche ammettere di non aver saputo valutare l'enorme distanza che purtroppo esisteva tra le nostre intenzioni e le possibilità reali: di conseguenza la legge Fortuna, non garantendo alla maggior parte delle donne la possibilità di divorziare senza rischi per la propria sopravvivenza (e di quella dei propri figli), si è risolta in una licenza di ripudio per l'uomo. Riteniamo, tuttavia, che ben altra autocritica dovrebbe fare una sinistra degna di questo nome, per aver sempre abbandonato le donne alla totalità del loro sfruttamento, che inizia dal lavoro domestico non pagato, benché parte integrante del ciclo produttivo necessario a produrre e reintegrare la forza lavoro". Nella risposta, altrettanto significativa, si parla di "processo di accesso al lavoro meno diseguale rispetto agli uomini (iniziato con lo sviluppo degli ultimi anni Cinquanta e primi anni Sessanta)... bloccato dalla successiva stagnazione dell'economia italiana, sempre più controllata dalla borghesia di Stato incapace di svilupparla"; della "parità formale della donna in questo campo"; degli effetti giuridici dei matrimoni falliti, quelli che "l'assistenzialismo cattolico vuol prolungare oltre la morte del coniuge in cambio del negato accesso alla donna a un lavoro regolare, retribuito e normato". Si dice che "non solo le donne, ma molti altri sono rimasti delusi della speranza che il voto sul divorzio sarebbe stato l'inizio di un processo di rinnovamento della società italiana, del quale sarebbe stato parte integrante uno sviluppo economico che garantisse parità di accesso al lavoro". Si aggiunge che "la sinistra ha responsabilità ben maggiori che non il voto su questa modesta legge assistenziale" e che "tra queste responsabilità è anche la frustrazione diffusa in chi, dopo aver votato no il 12 maggio, oggi ritiene che la legge Fortuna sancisca quella licenza di ripudio per l'uomo di cui allora parlava il redivivo Fanfani". Ma si rimane dell'opinione "che sia stato un ulteriore cedimento della sinistra accettare il perdurare di effetti giuridici di un matrimonio risolto. E accettare che la donna possa ottenere un'irrisoria assistenza purché non si infranga il dominio della borghesia di Stato che le toglie il lavoro" (*loc. cit.*). Si dimentica, proprio al punto giusto, che la disoccupazione non è, in Italia, fenomeno limitato al mondo femminile e che, una volta introdotto il divorzio, illusorio momento di progresso del popolo, senza nemmeno quest' "irrisoria assistenza" e in attesa di debellare "il dominio della borghesia di Stato", molte donne sarebbero gettate sul lastrico in virtù di una legge di cui, peraltro,*

Continuando nell'esposizione della l. n. 898 del 1970, permangono, dopo il divorzio, gli obblighi dei genitori nei confronti della prole (artt. 147-148 c. c.), pur dopo il passaggio di uno o di entrambi a nuove nozze. L'affidamento e i provvedimenti riguardanti i figli, hanno, come esclusivo riferimento, *l'interesse morale e materiale degli stessi* —*divorcio quiebra*, si ricordi<sup>235</sup>—. In particolare, spetta al tribunale il compito di stabilire la misura e le modalità del contributo del coniuge non affidatario al mantenimento, l'istruzione, l'educazione dei figli<sup>236</sup> e, se i genitori trascurino i loro doveri nei confronti dei figli minori o incapaci, o ne mettano in pericolo gli interessi, può essere nominato un tutore (art. 6).

Ciascun genitore esercita la potestà sui figli affidatigli. Il genitore al quale sono affidati i figli ne amministra i beni con l'obbligo di rendere annualmente conto dell'amministrazione al giudice tutelare. Tuttavia l'altro genitore conserva il diritto di vigilare e il dovere di collaborare all'educazione dei figli e, se ritiene pregiudizievoli i provvedimenti presi dall'esercente la potestà, può ricorrere, prospettando la sua opinione in merito, al giudice tutelare, che dichiara quale dei provvedimenti è adeguato all'interesse del figlio, dopo averlo *sentito* se maggiore degli anni quattordici (art. 11).

I figli minori possono essere ancora *sentiti*, dal presidente del tribunale, prima che questi pronunci con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole (art. 4, 5° comma).

Al di là di questi casi, la legge n. 898 non prevede che i figli possano essere altrimenti sentiti. I figli non sono parti del processo di divorzio né si riesce a configurare lo schema dell'intervento di terzo, neppure in riguardo di essi, a prescindere dall'accoglimento o meno della tesi del carattere volontario del procedimento in questione<sup>237</sup>.

non si riuscirà mai ad eliminare le conseguenze sociali negative (il corsivo adottato sopra non sta nel periodico).

<sup>235</sup> Su tale "parametro di valutazione", G. CAPUTO: *La tutela dei figli*, in *Studi sul divorzio*, cit. p. 331 e ss.

<sup>236</sup> E' stato ritenuto, sul presupposto che l'obbligo di mantenere i figli non cessa con la maggior età, che "la materia del mantenimento dei figli maggiori rientra... nell'oggetto del giudizio di divorzio, dato che la legge (art. 6) espressamente prevede, con la persistenza dell'obbligo di mantenimento dei figli dopo il divorzio, l'emissione di statuizioni sui contributi per tale mantenimento". Se ne è fatto discendere che il soggetto incaricato dell'attuazione del mantenimento del figlio maggiorenne ha diritto, *in proprio*, a richiedere all'altro coniuge l'erogazione di un assegno periodico per il mantenimento del figlio che, quantunque maggiorenne, non sia economicamente indipendente a motivo, ad esempio, di studi universitari in corso (Tribunale di Firenze, 28 marzo 1974, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1976, II, p. 68 e ss.). V. anche Tribunale di Roma, 27 giugno 1973, *ibid.*, p. 80 e s. In corrispondenza, Corte di cassazione, 11 agosto 1977, n. 3709, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1978, p. 150 e s.

<sup>237</sup> V. C. VOCINO: *Intorno all'oggetto e ad alcuni aspetti del processo di divorzio*, cit., pp. 681 e 687-695. Secondo il Tribunale di Roma l'intervento principale —*ad irringenda iura utriusque competitoris*—, "sempre inammissibile in ordine alle domande di cessazione del vincolo matrimoniale (come domanda immutativa dello *status personale* dei coniugi), può considerarsi ammissibile, nella causa di divorzio, per i figli minorenni, i quali vedano pregiudicate, dal regolamento dei rapporti economici tra i genitori, da cui giuridicamente ed economicamente dipendono, loro legittime aspettative; mentre, allorché i figli siano già maggiorenni, e quindi giuridicamente ed economica-

Men che un cenno, adesso, sull'art. 7. Tale articolo dava la possibilità di riconoscere i figli adulterini anche al genitore che, al tempo del concepimento, era unito in matrimonio, qualora ne fosse pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili.

La norma aveva suscitato ampie polemiche. Oggi resta tacitamente abrogata dall'art. 250 (nuovo testo) del codice civile, il quale dispone, al primo comma, che il figlio naturale può essere riconosciuto (nei modi previsti dall'art. 254) dal padre e dalla madre, pur se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Va ricordato, in proposito, l'art. 230 della legge di riforma del diritto di famiglia, secondo cui le disposizioni della novella relative al riconoscimento dei figli naturali (così quindi l'art. 250 c. c. —102 della l. n. 151 del 1975—) s'applicano anche ai figli nati o concepiti prima della sua entrata in vigore.

Infine l'art. 8. Il tribunale che pronuncia il divorzio può condannare il coniuge obbligato a corrispondere l'assegno periodico (art. 5), o tenuto a versare il contributo per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli (art. 6), a prestare idonea garanzia reale o personale (pegno, fideiussione di persona solvibile, etc.) se esiste il pericolo che costui possa sottrarsi all'adempimento degli oneri patrimoniali posti a suo carico. La sentenza di condanna costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 del codice civile.

Il funzionamento della prima parte della norma è praticamente legato alla volontà dell'obbligato<sup>238</sup>. Peraltro, l'ultimo comma dell'art. 8 dispone che il tribunale ha facoltà di ordinare, anche con successivi provvedimenti in camera di consiglio, che una quota dei redditi di lavoro (subordinato, pubblico o privato) oppure —quando risulti possibile— dei proventi di lavoro (autonomo) dell'obbligato venga versata direttamente agli aventi diritto alle prestazioni di cui alle norme predette (criterio della distrazione alla fonte). Non sembra che l'applicazione della disposizione dipenda, necessariamente, dall'inadempimento<sup>239</sup> e dalla richiesta di parte.

Altri aspetti della disciplina all'esame, lasciati con intenzione in ombra, saranno illustrati in forma meno schematica a cominciare dal paragrafo seguente.

mente indipendenti, per poter ritenere l'ammissibilità dell'intervento nella causa di divorzio, occorre poter configurare nella domanda degli interventori una *causa petendi* autonoma rispetto alle reciproche posizioni dei coniugi e, al tempo stesso, connessa oggettivamente al regolamento della loro posizione economica in armonia al principio processuale secondo cui l'intervento realizza, pur sempre, un'ipotesi di comunanza di causa" (Tribunale di Roma, 17 luglio 1972, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1973, II, p. 45). Cfr. infine Corte di cassazione, I sez. civ., 25 giugno 1977, n. 2714, nella stessa rivista, 1978, II, pp. 191-193 (alla nota 204 la *massima*).

<sup>238</sup> Diffusamente, A. M. PUNZI NICOLÒ: *Il divorzio e i rapporti tra i coniugi*, cit., pp. 382-387; A. PALLADINO - V. PALLADINO: *Il divorzio*, cit., p. 270 e ss. V. altresì L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 165.

<sup>239</sup> Cfr. A. PALLADINO - V. PALLADINO: *Op. cit.*, p. 276 (gli autori, però, parlano di "pericolo di inadempimento").

18. Uno dei problemi, che più hanno impegnato dottrina e giurisprudenza, è fuor di dubbio quello dell'*automatismo* o meno del divorzio.

Si tratta in sostanza di rivedere se, perché questo sia pronunciato, basti la presenza di una delle cause previste dall'art. 3 ovvero occorra che il giudice verifichi, inoltre, l'irreversibilità del disfacimento della comunione spirituale e materiale tra i coniugi (artt. 1 - 2).

Si scrive dopo che perfino la corte costituzionale ha avuto occasione di manifestare il suo orientamento, nel secondo senso, come si è chiarito<sup>240</sup>. La cassazione, d'altronde, già aveva negato, costantemente, tale automatismo<sup>241</sup> e, ancor prima, la stessa posizione aveva pure assunto la prevalente giurisprudenza di merito, secondo quel che appare dalle sentenze èdite<sup>242</sup>.

Il problema, comunque, è sempre aperto; il solo atteggiamento della dottrina<sup>243</sup> meriterebbe una spiegazione a parte, se non fosse indispensabile passar presto ad altre questioni, di maggiore rilievo pratico.

Quando, infatti, si afferma che la legge prescrive una duplice valutazione, sul risultato della prova circa l'esistenza d'uno dei motivi di divorzio e sulla disgregazione della comunione di vita, si dice cosa esatta dal punto di vista

<sup>240</sup> Parte II, nota 204 (in fine). Vale la pena di tornare brevemente sull'argomento. L'analisi della consulta verteva sulla separazione di fatto: le altre due ipotesi di separazione sono state considerate di passaggio, ma esplicitamente, e in qualità di termini di confronto, al fine che adesso conta (Corte costituzionale, 22 luglio 1976, n. 181, cit., p. 100). Sarebbe assurdo pensare che quel che vale per la separazione non valga, secondo la corte, per le rimanenti fattispecie di divorzio; e poi, per escludere lo scioglimento automatico del matrimonio quanto alla separazione di fatto, essa formalmente s'appella alla "logica della legge n. 898 del 1970" (Corte cost., n. 181/76, cit., p. 99 —il corsivo non sta nella sentenza—).

<sup>241</sup> Corte di cassazione, 12 aprile 1974, n. 1025; 19 dicembre 1975, n. 4178; 7 maggio 1976, n. 1595, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, p. 611 e ss.; 1976, pp. 90 e ss., 1129 e ss. (ed altre sent., fra cui Cassazione, 17 febbraio 1975, n. 623, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1975, II, p. 326 e ss.).

<sup>242</sup> Fra le tante conformi. Tribunale di Arezzo, 20 aprile 1971, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1972, II, p. 80 e ss.; Tribunale di Trieste, 3 agosto 1971, *ibid.*, p. 70 e ss.; Tribunale di Biella, 21 marzo 1972, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1973, p. 769 e ss. *Contra*, segnatamente, Tribunale di Roma, 29 marzo 1973, in *Il diritto ecclesiastico...*, 1974, II, p. 58 e ss.

<sup>243</sup> M. GIORGIANNI: *Cinque note sul divorzio - I*, in *Politica e diritto*, 1970, p. 354 e s.; P. RESCIGNO: *Cinque note... - II*, *ibid.*, p. 356 e ss.; G. AMATO: *Cinque note... - IV*, *ibid.*, p. 362 e ss.; S. RODOTÀ: *Cinque note... - V*, *ibid.*, p. 366 e ss.; L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 45 e ss.; G. DALLA TORRE: *Il giudice di fronte alla legge sul divorzio*, cit., p. 337 e ss.; A. TRABUCCHI: *Matrimonio e divorzio*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, I, p. 12 e s.; P. ZATTI: *La legge sul divorzio: contenuti e spunti problematici*, *ibid.*, II, p. 42 e ss.; G. BALBI: *Affectio maritalis e divorzio*, nella stessa rivista, 1972, I, p. 217 e ss.; R. POGGI: *La legge italiana sul divorzio nelle sue prime applicazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1972, IV, p. 96 e ss.; A. GIUFFRÈ: *Considerazioni su alcuni orientamenti giurisprudenziali in materia di divorzio*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1972, I, p. 194 e ss.; C. PUNZI: *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, cit., p. 397 e ss.; A. F. PANZERA: *Delibazione di sentenze straniere di divorzio nei confronti di cittadini italiani e cause di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 411 e ss.; ed altri. Recentemente C. VOCINO: *Intorno all'oggetto e ad alcuni aspetti del processo di divorzio*, cit., pp. 653-676; M. STASSI-G. MORMINO: *La legge sul divorzio e l'accertamento dell'indoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 878 ss. e, con ampi riferimenti alla giurisprudenza della cassazione, F. SANTOSUOSSO: *Delle persone e della famiglia - Il matrimonio*, cit., p. 602 e ss.

interpretativo ma priva di consistenza sul piano reale, essendo egualmente esatto che quest'ulteriore valutazione trascende, nella maggior parte dei casi, la preparazione e la mentalità dei magistrati competenti, non specializzati in materia di matrimonio e di famiglia, per giunta pressati o disorientati dalle querele di parti e di legali convinti d'aver diritto d'ottenere automaticamente il divorzio, di legali, in particolare, che spesso non conoscono nemmeno il problema enunciato né trovano, in ogni modo, recise smentite delle loro convinzioni durante i processi e nelle decisioni che reclamano.

Giusta l'ottavo comma dell'art. 4, «il giudice... può disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi istruttori», anche rivolti all'accertamento della cessazione e non ricostituibilità della comunione spirituale e materiale fra coniugi, nonché *contra partes*<sup>244</sup>. Una vecchia sentenza del tribunale di Bari serve a mostrare come in concreto vanno le cose, benché essa non affronti da vicino l'argomento che si vaglia.

Si doveva decidere della costanza dello stato di separazione, non per ultimo dunque della sua attualità, al fine dell'accoglimento della domanda di divorzio. «...Quanto all'attualità dello stato di separazione —conclude il tribunale— non è da sottovalutare l'importanza delle stesse dichiarazioni delle parti: pur se si tratta di comportamenti meramente volontari, essi sono così importanti nella vita dei soggetti... che escludono ogni dubbio sulla loro corrispondenza alla realtà... Ciò va detto indipendentemente dalla ovvia difficoltà dell'acquisizione di una prova contro i concordi interessi delle parti, onde l'eventuale ammissione della medesima d'ufficio rischierebbe di risolversi in una inutile celebrazione rituale... La situazione sopra delineata, in aggiunta all'inutile esperimento del tentativo di riconciliazione, rende evidente l'impossibilità di ricostituire la comunione materiale e spirituale fra i coniugi. Questa non può, in definitiva, fondarsi che sulla concorde volontà delle parti, la quale, quando manchi, non può trovare equipollenti in alcunché di diverso»<sup>245</sup>. Con la stessa sentenza si ammise l'istanza di scioglimento del matrimonio sebbene congiuntamente proposta da entrambi i coniugi<sup>246</sup>, separati consensualmente, che vuol dire, *in concreto*, assenza di qualsivoglia conflitto d'interessi e perciò, nuovamente, divorzio consensuale<sup>247</sup>.

<sup>244</sup> Sul tema, C. PUNZI: *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, cit., p. 398 e s. V. Corte di cassazione, 9 maggio 1977, n. 1784, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1977, p. 126 e s.; infine il par. 17, nota 225.

<sup>245</sup> Tribunale di Bari, 2 aprile 1971, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1972, II, p. 275. Le parole "La situazione sopra delineata" si riferiscono a tutti gli elementi presi in esame dal tribunale barese (*ivi*, p. 274 e s.) non solo alle valutazioni che le precedono, riportate nel testo.

<sup>246</sup> *Contra*, Tribunale di Palermo, 20 gennaio 1972, *ibid.*, p. 270 e ss. (nella specie marito e moglie, separati di fatto, avevano inoltre conferito mandato ad un unico patrocinatore).

<sup>247</sup> Così, almeno sembra, F. CIPRIANI: *Dalla separazione al divorzio*, cit., p. 168 e s. (nota 24). V. par. 6 e C. PUNZI: *Op. cit.*, p. 420 ("... il rispetto del contraddittorio impone che i due coniugi siano rappresentati da due diversi difensori, ... non impedisce che gli stessi sottoscrivano un ricorso congiunto"). Ma ciò nulla toglie —si pensa— alla sostanza dell'affermazione prodotta nel testo.



Tanto premesso, resta però fermo che, a livello d'interpretazione, nessun valido ragionamento può opporsi alla tesi della cassazione e della corte costituzionale, per esempio argomentando (a soffermarci solo su alcune delle obiezioni variamente mosse) dal combinato disposto degli artt. 1 - 2 - 3 n. 1 d e 2 a - 5, 1° co., della legge.

Sul punto, l'indirizzo contrario è ben riassunto, quantunque parzialmente, in una delle sentenze poco fa ricordate: «Una attenta esegesi delle varie norme della legge del 1970 n. 898, sia nella loro formulazione originaria che in quella emendata dopo le modifiche apportate al Senato, induce questo Collegio a ritenere che la sostanza normativa è rimasta quella che già risultava nel testo approvato dalla Camera dei deputati, e cioè il potere-dovere del giudice di pronunciare lo scioglimento del vincolo qualora indizi positivi e concreti facciano fondatamente ritenere che la comunione fra i coniugi debba considerarsi compromessa in maniera definitiva ed irreversibile. Sotto questo profilo è stato osservato dalla dottrina che nell'ipotesi normale di divorzio, a seguito di separazione di fatto, giudiziale e consensuale (art. 3 n. 2 lett. b), non è fatto alcun riferimento all'accertamento che dovrebbe compiere il giudice. Tale considerazione trova conferma nell'art. 5, in cui si afferma semplicemente che il tribunale adito, accertata la sussistenza di uno dei casi di cui all'art. 3, pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Pertanto l'art. 1 che parla di accertamento da parte del giudice dell'effettiva esistenza della comunione materiale e spirituale, dovrebbe, alla luce degli artt. 3 e 5, interpretarsi nel senso che il giudice deve pronunciare lo scioglimento del vincolo quando tale comunione non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3. Qualora, pertanto, sia presente una delle cause di cui all'art. 3, ne consegue automaticamente la inesistenza della comunione materiale e spirituale tra i coniugi, e quindi la verifica di tale condizione che è demandata al giudice può soltanto formalmente attenuare l'automatismo quale risultava dal testo originario dell'art. 1, che resta... immutato nella sostanza»<sup>248</sup>.

Per il resto (art. 3, numeri e lettere indicate), si rinvia al volume del Barbiera, il quale scrive: «Che il giudice non possa apprezzare il fatto concreto al fine di negare che, pur di fronte ad una delle fattispecie descritte dall'art. 3 della legge, vi sia il disfacimento della comunione di vita, è confermato... da due considerazioni inerenti al sistema della legge in esame. Questa prevede, infatti, specificamente, che il giudice possa e debba effettuare un'indagine di tal sorta nelle ipotesi di cui all'art. 3 n. 1 d e 2 a: si esclude indirettamente quindi una volontà della legge intesa a concedere un potere di apprezzamento al giudice per le altre ipotesi di divorzio...»<sup>249</sup>.

C'è da precisare, in contrario, che sia l'art. 1 sia l'art. 2 si riferiscono a tutte le «cause previste dall'articolo 3». Per cui non si vede la necessità di un apposito richiamo a proposito delle singole fattispecie di cui all'art. 3, *sub* 2 b.

<sup>248</sup> Tribunale di Roma, 29 marzo 1973, cit., p. 60 e s.

<sup>249</sup> L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 47 e s.

D'altra parte, l'accertamento dell' «inidoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare», demandato al giudice *in caso di* condanna di un coniuge per i reati di lesione personale gravissima, violazione degli obblighi di assistenza familiare... (art. 3 n. 1 d) e *di* assoluzione per vizio totale di mente dai delitti d'incesto, violenza carnale, etc. (art. 3 n. 2 a), è certo molto diverso da quello comune (artt. 1-2), relativo al disfacimento della comunione di vita («Il giudice pronuncia lo scioglimento —e la cessazione degli effetti civili— del matrimonio... quando... accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'articolo 3»).

In un caso il divorzio si fonda su «un difetto di attitudine soggettiva», nell'altro, invece, su di una «più generale impossibilità (anche per motivi oggettivi) di mantenere o ricostituire detta comunione»<sup>250</sup>.

Cosicché, com'è stato puntualmente osservato, «supponibile è soltanto... che la legge abbia inteso facultizzare il giudice ad indagare *assieme* alla persistenza e alla restaurabilità della comunione coniugale, magari in via complementare o sussidiaria, *anche* le condizioni personali del coniuge convenuto per l'accettabilità della convivenza con l'altro che ha preso l'iniziativa del processo di divorzio»<sup>251</sup>. Cioè l'indagine va estesa per comprendere, nelle singole ipotesi di cui all'art. 3 n. 1 d e 2 a, l'inidoneità del convenuto alla convivenza familiare, ma, acclarata l'irrimediabile frattura della comunione fra coniugi (artt. 1-2), non è possibile negare il divorzio pur se il tribunale sia convinto della «capacità del coniuge condannato o infermo di mente di vivere insieme con quello che lo ha chiesto»<sup>252</sup> e coi figli.

Sulla base delle considerazioni svolte, si ritiene che il disposto dell'art. 5, 1° co., stia ad evidenziare che la «discrezionalità» del giudice trova un correttivo nella determinazione tassativa delle cause di divorzio, funzionando esse come presupposti della pronuncia di scioglimento del matrimonio, nel senso che, sebbene insufficienti per ottenere una sentenza favorevole, tuttavia vincolano il potere del giudice. In difetto di una di queste, perciò, la sussistenza di altre cause, che dirompano la comunione coniugale (*consortium vitae affectio*), è giuridicamente irrilevante in ordine al divorzio.

Così in teoria. In pratica, si chiede la separazione consensuale o per intollerabilità della convivenza, la si consegue mentre il tempo necessario decorre e, passati i cinque anni, si giungerà inevitabilmente al divorzio. E' sufficiente che uno dei coniugi continui a volerlo; meglio se ambedue erano e sono d'accordo o se l'altro, da ultimo, non fa storie.

19. L'onere della prova, com'è noto, spetta all'attore. Egli esibisce la sentenza di separazione o il decreto di omologazione. Questi titoli, documentando pienamente lo stato di crisi della coppia, non andrebbero subordinati,

<sup>250</sup> F. SANTOSUOSSO: *Delle persone e della famiglia - Il matrimonio*, cit., p. 606 e s.

<sup>251</sup> C. VOCINO: *Intorno all'oggetto e ad alcuni aspetti del processo di divorzio*, cit., p. 674.

<sup>252</sup> C. VOCINO: *Op. loc. cit.*

proprio per la fisionomia attribuita alla legge n. 898/70, al decorso del tempo; né rileva che, per accelerare il divorzio, si sia preferito fissare il *dies a quo* in un momento diverso da quello più logico, il passaggio in giudicato della sentenza e la definitività del decreto di omologazione<sup>253</sup>.

Accertata la data dell'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale ed accertata pure la maturazione del termine finale, avendo riguardo alla proposizione della domanda, poiché il provvedimento provvisorio del presidente «pone in essere una presunzione *iuris tantum* che i coniugi hanno sempre vissuto separati successivamente...», spetta al convenuto «la prova contraria circa l'avvenuta interruzione della separazione»<sup>254</sup>. Ovvero si può affermare, altrettanto esattamente ed applicando un principio generale dell'ordinamento, che «ai fini della legge sul divorzio si deve... presumere, allorché risulti... l'inizio di uno stato di separazione personale fra coniugi in un determinato momento e la persistenza attuale di tale stato, che questo sia esistito pure nel periodo intermedio, a meno che un qualsiasi elemento emerso nel corso dell'istruzione non osti a tale presunzione: in tale ultima ipotesi soltanto è evidentemente possibile pretendere l'acquisizione di prove idonee»<sup>255</sup>. Che sono quelle consentite dalla legge, non escluse, appunto, le presunzioni, «alle quali anzi si farà ampio ricorso in una materia particolare come quella relativa alle situazioni materiali e spirituali tra coniugi»<sup>256</sup>. La persistenza attuale dello stato di separazione si può ricavare anche dal fallimento del tentativo di conciliazione, compiuto dal presidente del tribunale competente per la causa di divorzio<sup>257</sup>.

Conclusioni conformi s'impongono in caso di separazione di fatto, iniziata anteriormente all'entrata in vigore della legge da almeno due anni, una volta dimostrata la «cessazione effettiva della convivenza» e quando per esempio sia fallito il tentativo di conciliazione predetto.

Come si può desumere da quest'esposizione sommaria e preliminare, relativa alla *fattispecie normale* di divorzio, se non fosse per il prescritto accertamento della cessazione e non ricostituibilità della comunione spirituale e materiale (alla cui piena e diffusa effettuabilità è però impossibile credere) per l'attore o i due coniugi sarebbe fin troppo semplice pervenire alla meta agognata.

Comunque, si ribadisce (v. par. 18, in chiusura), non si danno eccezioni.

Il principio dissolubilista, al giorno d'oggi, non patisce limitazioni di sorta. Se quel che vale è il *disfacimento* della comunione di vita, perché non dare rilevanza giuridica a tutti i suoi motivi?

Infatti, dopo la trasformazione della separazione giudiziale, nessuno di tali motivi è, alla fin fine, bandito dalla legge Fortuna-Baslini.

<sup>253</sup> Altrimenti, L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 87 e s.

<sup>254</sup> Tribunale di Arezzo, 20 aprile 1971, cit., p. 82.

<sup>255</sup> Tribunale di Bari, 2 aprile 1971, cit., p. 275.

<sup>256</sup> F. SANTOSUOSSO: *Delle persone e della famiglia - Il matrimonio*, cit., p. 679.

<sup>257</sup> F. SANTOSUOSSO: *Op. loc. cit.*

Sicché suona ancor più falsa la minuziosa casistica delle cause penali, si ridomanda perché, in regime dichiarato di divorzio-rimedio, il tribunale debba tener conto delle ragioni della decisione nella determinazione dell'assegno periodico, per tacere dell'opposizione del coniuge convenuto<sup>258</sup> e, sotto altro rispetto, della stessa, più volte ricordata cessazione della *comunione spirituale e materiale*, espressione spesso interpretata in chiave indissolubilista, ma non per questo meno ingannevole ed altisonante, nella quale, a motivo della loro formazione, si rifugiano specialmente alcuni alti magistrati, invero senza accorgersi di conciliare l'inconciliabile, in più di mostrare, in materia, scarso senso del reale.

20. Sono poche le sentenze, anche *édite* (è opportuno insistere sull'aggettivo), in cui si legge che l'istanza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è stata rigettata.

Messi da parte i risultati già acquisiti, c'è da dire che le decisioni si fondano, in genere, su interpretazioni possibili della normativa, talvolta un po' ardite, in ogni caso aderenti, se non sempre alla lettera, perlomeno al suo spirito.

E' particolarmente interessante soffermarsi sul concetto di separazione di fatto e di interruzione dello stato di separazione, che, secondo la legge, dev'essere *continuo* per consentire la pronuncia di divorzio.

Quantunque non possa sostenersi, come qualche volta si sostiene, che la separazione di fatto fosse fenomeno ignorato dall'ordinamento, tuttavia l'interesse per la figura è enormemente aumentato a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 898 del 1970<sup>259</sup>, con la quale, oltre alla separazione giudiziale pronunciata con sentenza passata in giudicato e alla separazione consensuale omologata, fu presa in considerazione, come ipotesi legittimante il cittadino al divorzio, la *separazione di fatto*, iniziata anteriormente a detta entrata in vigore da almeno due anni e durata per cinque, con decorrenza dalla cessazione effettiva della convivenza (par. 16).

Più che di «norma transitoria», si tratta di disposizione che regola situazioni destinate a scomparire con il passare del tempo, e pure così importante, anche per le frodi a cui si presta e anche perché l'esame di essa rientra strettamente nel tema delle conseguenze giuridiche dell'introduzione del divorzio, da non poter essere trascurata, specie in questa sede.

Qual'è, dunque, la *situazione* che la legge considera rilevante ai fini della pronuncia di divorzio?

Le risposte della dottrina e della giurisprudenza —qui preme di riferire qualcosa circa gli orientamenti della seconda— sono state molto discordi.

La disposizione fu praticamente consegnata alla libera interpretazione degli operatori del diritto. Con tutto ciò, non si vuol certo accusare il legislatore di non aver delineato gli elementi della separazione di fatto, ma solo

<sup>258</sup> Cfr. par. 22.

<sup>259</sup> Per tutti, v. la monografia di V. FRANCESCHELLI: *La separazione di fatto*, cit. (a nota 204).

premettere un'osservazione di carattere generale prima di procedere nel senso indicato.

Il tribunale di Ravenna, con sentenza del 31 gennaio 1972, dopo aver affermato che la separazione di fatto «si identifica con una situazione determinata volontariamente da uno o entrambi i coniugi, senza intervento di giudici, che assume giuridica rilevanza a far tempo dalla cessazione effettiva della convivenza», ritenne —introducendo un criterio di valutazione poi confermato dal medesimo tribunale<sup>260</sup>— che «può ravvisarsi separazione di fatto quando, nonostante la permanenza dei coniugi nello stesso domicilio, si accerta che è venuto meno, in modo inequivocabile e totale, il dialogo di amore, di stima, di confidenza, di simpatia e di collaborazione, e che la comunione spirituale e materiale ha subito da tempo una definitiva e irreversibile frattura»<sup>261</sup>.

Non esistono, naturalmente, solo i giudicati del tribunale di Ravenna. In senso difforme, alcune magistrature hanno reputato eccessivo questo non tener conto del rapporto di coabitazione, parte integrante dell'*honor matrimonii*, di quel trattarsi, cioè, «come marito e moglie nelle forme sociali»<sup>262</sup>. In senso conforme, peraltro, si sono pronunziate le corti d'appello di Catanzaro<sup>263</sup> e di Palermo. Quest'ultima ha affermato che la coabitazione mantenuta dai coniugi per provvedere all'educazione dei figli, ma nel disinteresse reciproco, non può valere ad escludere la cessazione della convivenza spirituale e perciò ad impedire la configurazione della separazione di fatto prevista dall'art. 3 n. 2 lett. b) della legge n. 898 del 1970<sup>264</sup>.

La controversia è agevolmente risolvibile.

Quando il legislatore detta che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può esser chiesto nel caso in cui è intervenuta la *separazione di fatto...*, aggiungendo che i cinque anni decorrono dalla *cessazione effettiva della convivenza*, chiaramente distingue una cosa dall'altra, facendo riferimento, per la proposizione della domanda, «ad un elemento concreto ed esterno, facilmente dimostrabile»<sup>265</sup>.

La permanenza della coabitazione induce fortemente a presumere che la convivenza non è cessata: sta a significare che non tutto andava male; o che un *quid* spingeva i due coniugi a vivere sotto lo stesso tetto. Essa non è conciliabile «col senso pieno» del vocabolo *separazione*<sup>266</sup>. D'altronde, il rap-

<sup>260</sup> Tribunale di Ravenna, 7 aprile 1973, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, p. 111 e ss.

<sup>261</sup> Tribunale di Ravenna, 31 gennaio 1972, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1973, II, p. 306.

<sup>262</sup> Tribunale di Palermo, 7 marzo 1973; Tribunale di Biella, 28 dicembre 1973; Tribunale di Palermo, 11 marzo 1974, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1973, pp. 1054 ss. e 1095 ss.; 1974, p. 738 e ss.

<sup>263</sup> Appello Catanzaro, 8 settembre 1973, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, p. 254 e s.

<sup>264</sup> Corte di appello di Palermo, 24 aprile 1975, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1975, p. 841 e ss. Inoltre Tribunale di Arezzo, 16 febbraio 1976, nella stessa rivista, 1977, p. 601 e ss.

<sup>265</sup> Corte costituzionale, 22 luglio 1976, n. 181, cit., p. 99.

<sup>266</sup> F. SANTOSUOSSO: *Delle persone e della famiglia - Il matrimonio*, cit., p. 664.

porto di coabitazione fa parte del concetto di convivenza: questa non può ritenersi cessata se è presente uno dei suoi elementi.

Separazione di fatto significa, dunque, «distacco» fisico e spirituale senza ricorrere al giudice.

La corte di cassazione, con una prima sentenza, richiese il concorso dell'elemento intenzionale da parte di entrambi i coniugi e *non di uno solo* «perché rispetto a questi l'altro verrebbe a subire, contro la propria volontà o prescindendo da questa, le conseguenze di un fatto imposto in violazione dell'obbligo di convivenza che deriva dal vincolo matrimoniale (art. 143 cod. civ.) e che, essendo reciproco, può cessare soltanto per reciproca volontà dei coniugi o per decisione giudiziaria»<sup>267</sup>. Insomma, «una separazione consensuale non omologata»<sup>268</sup>, giacché, in caso contrario, «se... dovesse avere rilevanza il mero fatto della separazione senza il suo consensuale supporto, esso si risolverebbe in un ingiustificato abbandono che darebbe luogo ad una forma di ripudio non previsto dalla legge e perciò non consentito»<sup>269</sup>.

Poi se ne dimenticò o, piuttosto, corresse l'orientamento assunto con diverse sentenze successive<sup>270</sup>, secondo cui è sufficiente l'esistenza dell'*animus derelinquendi* in uno dei coniugi perchè possa darsi separazione di fatto, ma occorre, insieme, che l'altro sia consapevole della situazione.

Questo schema viene applicato pure in caso di allontanamento forzato di uno dei coniugi dalla famiglia o, comunque, non volontario (ricovero in ospedale psichiatrico, detenzione, etc.) o per cause estranee all'abbandono.

Certamente non esiste separazione di fatto se permane l'*affectio*: nessuno lo contesta.

Ma allorché alla lontananza fisica seguano il disamore o la stanchezza e la volontà di non ripristinare la convivenza, si configura tale specie particolare di separazione: *rectius*, la si considera iniziata dal momento in cui sorge detta volontà, anche in uno solo dei coniugi, purché l'altro, come si è riferito, sia divenuto consapevole della situazione. E quando la consapevolezza di questi sia obiettivamente impossibile, la situazione di rottura —si dice— dev'essere manifesta nell'ambiente in cui i coniugi convivevano attraverso il comportamento non equivoco di colui che domanda il divorzio<sup>271</sup>.

<sup>267</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 4 giugno 1975, n. 2226, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1975, II, p. 132.

<sup>268</sup> P. ZATTI: *La legge sul divorzio: contenuto e spunti problematici*, cit., p. 39. V. altresì L. DE LUCA: *Casi di scioglimento del matrimonio civile o di cessazione di effetti civili del matrimonio concordatario*, in AA. VV.: *Matrimonio, famiglia e divorzio*, a cura di G. Concetti, Napoli, 1971, p. 154.

<sup>269</sup> Corte di Cassazione, 4 giugno 1975, n. 2226, cit., *loc. cit.*

<sup>270</sup> V. Corte di cassazione, 19 dicembre 1975, n. 4178; 9 maggio 1977, n. 1784; 11 agosto 1977, n. 3709 (riferimenti a Cass. 18 maggio 1976, n. 1757, a cui si ascrive il mutamento d'indirizzo); 25 maggio 1978, n. 2624, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 90 e ss.; 1977, p. 1125 e ss.; 1978, pp. 145 e ss., 818 e ss. Il tribunale di Palermo, 2 dicembre 1975, nella stessa rivista, 1975, p. 1436 e ss., aveva già respinto, apertamente, il principio enunciato dal supremo collegio con la cit. sentenza del 4 giugno 1975.

<sup>271</sup> Così Cassazione, 21 ottobre 1977, n. 4519. V. A. GALOPPINI: *Riflessioni in tema di malattia mentale, separazione e divorzio*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*,

Il nuovo orientamento della cassazione disconnette l'abbandono mascherato da buone intenzioni apparenti da quello imposto dal marito alla moglie e viceversa.

L'unica discriminazione confacente riposerebbe sulla giusta causa; ma se si ritiene che la separazione di fatto sia uno di quei casi in cui la legge fa discendere conseguenze giuridiche da situazioni di fatto, anche illegittime o parzialmente volontarie<sup>272</sup>, non si capisce cosa cambia quando si dimostri la slealtà di chi, allontanatosi dalla residenza familiare adducendo (per esempio) motivi di lavoro all'estero, abbia poi domandato il divorzio allo scadere dei cinque anni di valida separazione.

E' inutile moraleggiare: la consapevolezza dell'altro coniuge non rende meno illecito l'abbandono, mentre il suo contrario nulla aggiunge alla sostanza del fenomeno che si vuol includere nel concetto di separazione di fatto.

Ciò maggiormente si chiarisce rammentando il caso dell'allontanamento involontario dalla famiglia per detenzione o ricovero coattivo.

Se, come afferma ancora la cassazione (21 ottobre 1977 n. 4519), il modello è costituito dalla situazione di intollerabile convivenza che la riforma del diritto di famiglia pone a fondamento della separazione giudiziale e quel che conta è la frattura della comunione spirituale e materiale, non si comprende la ragione per cui deve essere tollerabile la prosecuzione della convivenza quando, insieme con la malafede di un coniuge, si accerti l'esistenza di eventi simili a quelli che sono in genere la base delle pronunce di separazione giudiziale; né si comprende come possa precludersi l'accertamento sulla dissoluzione della comunione di vita quando, esempligrizia, il coniuge dell'innocente conviva all'estero con un'altra donna dalla quale, inoltre, abbia avuto dei figli.

In definitiva, una volta introdotto il divorzio, anche per chi l'avversa si pone l'obbligo dell'interpretazione corretta della legge: per quel che ora importa e per quanto ci riguarda, è illogico ed incoerente costituire limiti là dove, stante le premesse da cui si parte, non c'è disuguaglianza effettiva di situazioni dal punto di vista giuridico.

Questo vale specialmente se si ammette che la previsione della separazione di fatto come ipotesi di scioglimento di matrimonio altro non rappresenta se non una sanatoria generale<sup>273</sup>.

E' inevitabile tornare alla detenzione ed al ricovero coattivo.

L'orientamento della cassazione in materia è parte d'un insieme che non

1978, pp. 1105-1117 (a p. 1113 e ss. il testo della sentenza, nei suoi punti salienti, ed il commento dell'A.). Cfr. pure, ottimo interprete del pensiero della cassazione, F. SANTOSUOSSO: *Delle persone e della famiglia - Il matrimonio*, cit., pp. 665 e s.; 668 e ss. In precedenza, su ricovero per malattia mentale e separazione di fatto, sostanzialmente conforme, ma esigendo soltanto "che la separazione si sia realizzata in una carenza di convivenza... ininterrottamente per il tempo voluto dalla legge", Tribunale di Arezzo, 18 febbraio 1974, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1976, II, p. 72 e ss.

<sup>272</sup> Corte di cassazione, 11 agosto 1977, n. 3709, cit., p. 148.

<sup>273</sup> Corte di cassazione, sez. un. civ., 23 novembre 1974, n. 3802, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1975, II, p. 17.

si può condividere. Giunge quando il coniuge sano dispone della nuova separazione giudiziale per conseguire il suo scopo e con essa si connette (*retro*).

E' da ricordare che il legislatore del '70 non incluse la malattia mentale fra le fattispecie di divorzio.

Quanto alla detenzione, la disciplina precedente consentiva la separazione in caso di condanna all'ergastolo o alla reclusione per un tempo superiore ai cinque anni. Non solo, ma la giurisprudenza scendeva sotto i limiti indicati dall'abrogato art. 152 c. c. quando o gli illeciti in sé o la gravità delle circostanze (oppure considerazioni connesse sulla personalità del reo, la sua assenza dalla famiglia, l'inosservanza che ne deriva dei doveri coniugali) inducevano a pronunciare la chiesta separazione per colpa.

Quel che si vuol dire, con un esempio, è che molte delle situazioni create fino all'entrata in vigore della legge Fortuna-Baslini non avevano bisogno della separazione di fatto per essere sistemate col divorzio; d'altronde la loro irregolarità dipendeva, in gran parte, solo dalla volontà degli interessati.

La separazione di fatto, però, rafforzava la retroattività della legge e si sa che le leggi divorziste sogliono avere efficacia retroattiva<sup>274</sup>.

Ma perché prendere a modello una norma di formulazione recente (art. 151 c. c., nuovo testo) per una figura destinata a regolare situazioni maturatesi in tempi diversi, permettendo ad alcuni ciò che a tutti gli altri si consente solo attraverso le separazioni giudiziali pronunciate dopo l'entrata in vigore della legge di riforma del diritto di famiglia?

Il ricovero per malattia mentale, insieme con gli altri fatti, prima irrilevanti, che s'inquadrano nella formula onnicomprensiva dell'art. 151 c. c. (intollerabilità della convivenza; grave pregiudizio all'educazione della prole), solo oggi — si è visto — viene preso in considerazione, implicitamente, ai fini del divorzio.

Non si nega la serietà dei casi risolti con pronunce negative quando ferveva la polemica sulla volontarietà o meno della separazione di fatto.

A prescindere dalle osservazioni, che si desidererebbe fare, su quest'impietoso *divorzio rimedio* (rimedio, certo, per chi lo chiede e l'ottiene), s'intende esclusivamente affermare che tali pronunce, e così la sentenza della cassazione n. 2226 del 1975, non sono frutto d'un sentire volto ad assegnare «premi e condanne»<sup>275</sup> o di «eccessivo rigore»<sup>276</sup>, ma di una sensibilità interpretativa non ancora adattatasi all'idea della sanatoria, conforme — eppure non proprio come la cassazione medesima adesso vorrebbe — all'intenzione del legislatore.

Problemi particolari sorgono a proposito della separazione temporanea in pendenza di causa di nullità del matrimonio (artt. 126 c. c. - 19 l. 27 maggio

<sup>274</sup> G. GARCÍA CANTERO: *El divorcio*, cit., p. 121 e ss.

<sup>275</sup> A. GALOPPINI: *Riflessioni in tema di malattia mentale, separazione e divorzio*, cit., p. 1117.

<sup>276</sup> L. GRASSI - P. GRASSI: *Il divorzio nella giurisprudenza*, cit., p. 77.



1929, n. 847) e della separazione autorizzata con ordinanza del presidente del tribunale (art. 189 disp. att. c. p. c.) «in un giudizio poi non proseguito o conclusosi col rigetto della domanda di separazione»<sup>277</sup>.

Le sezioni unite della corte di cassazione hanno ravvisato un caso di separazione di fatto nell'ipotesi d'interruzione della convivenza risultante dalla pendenza di un giudizio di separazione legale non esaurito dopo sei anni dalla sua instaurazione (c'era stata sentenza di rigetto in primo grado), anteriore di un biennio all'entrata in vigore della legge<sup>278</sup>.

Non è possibile approfondire l'argomento in questa sede.

Giova tuttavia considerare, circa la separazione temporanea di cui all'art. 126, che, se la si equipara alla separazione di fatto, essa costituirà condizione valida per ottenere la pronuncia di divorzio solo qualora sia iniziata prima dell'entrata in vigore della legge da almeno due anni.

Lo stesso dicasi, naturalmente, per lo stato di separazione autorizzato con ordinanza presidenziale.

Sarebbe opportuno riflettere su tale conseguenza. A nostro avviso, nonostante l'opinione contraria della dottrina, la legge non prevede né l'uno né l'altra. Del resto, come scrisse lo Jemolo per un caso analogo<sup>279</sup>, non pare sia dato correggere la legge o aggiungervi quel che più piace.

21. La riconciliazione tra coniugi separati, determinando il venir meno dello stato di separazione, vieta di stimare utilmente decorso lo *spatium temporis* richiesto per lo scioglimento del matrimonio.

I principi affermati dalla giurisprudenza in materia d'interruzione della separazione (legale o di fatto) non si distaccano in genere da quelli formulati intorno agli artt. 154 e 157 del codice civile, con riguardo all'istituto della separazione dei coniugi.

Il tribunale di Roma, con la ricordata sentenza del 29 marzo 1973, proprio facendo riferimento alla giurisprudenza in tema di separazione e ad una decisione, pure qui ricordata, del tribunale di Arezzo, stabilì che lo stato di separazione s'interrompe solo con una riconciliazione seguita dal completo ripristino della convivenza coniugale «mediante la ripresa di tutti quei rapporti materiali e spirituali che caratterizzano il vincolo». Aggiunse: «Si potrà, quindi, ritenere intervenuta una riconciliazione fra due coniugi separati solo quando essi, dopo aver concordemente deciso di porre fine allo stato di separazione, abbiano ripreso ad interessarsi l'uno alla vita, agli interessi ed ai progetti dell'altro ed a prestarsi mutua assistenza con amore, rispetto e simpatia, dimostrando con tale loro inequivocabile comportamento di aver in effetti ripristinato, in modo serio e duraturo, la normale e completa convivenza materiale e con essa quella spirituale che ne costituisce la base. La temporanea ripresa della coabitazione, pertanto, il trascorrere insieme una o più notti, i saltuari avvicinamenti, le frequenti visite o gli occasionali rapporti

<sup>277</sup> L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 89.

<sup>278</sup> Corte di cassazione, sez. un. civ., 23 novembre 1974, n. 3802, cit., *loc. cit.*

<sup>279</sup> A. C. JEMOLO: *Il matrimonio*, cit., p. 500.

sessuali fra due coniugi separati... non costituiscono certamente un indice univoco e sicuro di riconciliazione dovendosi essi ritenere rapporti esterni e formali non animati da una ferma, seria e cosciente volontà di ripristino dell'*affectio maritalis*, una parentesi irrilevante nel contesto del fallimento della loro comunione di vita»<sup>280</sup>.

Per il tribunale di Arezzo, nella sentenza da cui prende lo spunto il collegio romano, l'interruzione della separazione «non deve essere soltanto temporanea o saltuaria, giacché una siffatta interruzione dello *spatium temporis*... non può essere idonea a porre in essere quell'*animus conciliandi* e quella ripresa di convivenza che in materia di separazione fra coniugi sono necessari, per giurisprudenza costante, a estinguere il diritto di chiedere la separazione o a farne cessare gli effetti (artt. 154 e 157 codice civile)»<sup>281</sup>.

Lo stesso tribunale di Roma, con sentenza 11 ottobre 1972, aveva giudicato che «la presunzione di effettività, continuità e permanenza dello stato di separazione dei coniugi, desumibile dalla preesistente separazione legale degli stessi, non è contrastata dalla nascita di un figlio durante la separazione suddetta, qualora non si tratti di una ripresa della convivenza coniugale, ma soltanto di un rapporto intimo tra i coniugi avvenuto nel corso di un loro fugace incontro»<sup>282</sup>.

In senso conforme a queste statuizioni si sono pronunciati altri tribunali, mentre la corte di cassazione, con sentenza del 24 ottobre 1975 n. 3520, ha ritenuto che «se una differenza si vuole ravvisare nel ricorso del fenomeno della riconciliazione nei due regimi (di separazione e di divorzio), ... la differenza è nel senso della maggiore consistenza che la riconciliazione deve acquistare in regime di divorzio per avere il potere di annullare il significato di un precedente stato di separazione»<sup>283</sup>.

D'accordo che l'interruzione della separazione non può essere soltanto temporanea o saltuaria. Tuttavia eventi come il concepimento di un figlio non debbono assolutamente essere sottovalutati, anche di fronte alla lunga durata della separazione ed alle dichiarazioni e allegazioni delle parti, contro le quali, in virtù dell'ultimo comma dell'art. 4, il giudice ha il potere di disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi istruttori.

Per altro verso, non va dimenticato che *affectio coniugalis* non significa necessariamente amore: è un dato dell'esperienza, recepito dall'ordinamento giuridico, che ci sono matrimoni senza amore nel senso proprio del termine. Esiste il pericolo di richiedere, per il ripristino della convivenza ostativo della pronuncia di divorzio, ciò che non si richiede per la costituzione della famiglia.

Si può condividere, sebbene parzialmente, un recente orientamento del

<sup>280</sup> Tribunale di Roma, 29 marzo 1973, cit., p. 61 e s.

<sup>281</sup> Tribunale di Arezzo, 20 aprile 1971, cit., p. 82.

<sup>282</sup> Tribunale di Roma, 11 ottobre 1972, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1973, II, p. 41 (massima).

<sup>283</sup> Corte di cassazione, 24 ottobre 1975, n. 3520, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 74.

supremo collegio, secondo cui, in materia d'interruzione dello stato di separazione, deve distinguere la separazione legale da quella di fatto.

Se è vero, come qui pure si è detto, che per aversi separazione di fatto occorre sia il distacco fisico sia quello spirituale, «...*a contrario*, per l'esclusione o per l'interruzione dello stato di separazione di fatto, è sufficiente che sussista o sia ristabilito il solo *animus* di non troncare la comunione di vita familiare»<sup>284</sup>.

Queste conclusioni, secondo la corte, non valgono nel caso d'interruzione di una separazione legale (giudiziale o consensuale) esistente fra i coniugi. «Ed invero, mentre per la separazione di fatto basta il venir meno di uno dei requisiti del fatto stesso (quello materiale o quello spirituale) perché non s'integri la fattispecie da cui la legge fa derivare limitate conseguenze giuridiche, per rimuovere invece la situazione giuridica determinata dall'accertamento costitutivo della separazione legale... devono sopravvenire circostanze obiettive da cui inequivocabilmente si evinca l'*animus conciliandi*, e quindi la ricostruzione del consorzio familiare in tutti i suoi rapporti materiali e spirituali»<sup>285</sup>.

Resta a vedere se la distinzione è conciliabile con il concetto di comunione spirituale e materiale.

La cassazione medesima, con altra sentenza, rileva che «avendo la legge condizionato la pronuncia di divorzio all'accertamento dell'irrimediabile cessazione sia della comunione materiale che di quella spirituale, per escludere il definitivo fallimento del matrimonio è sufficiente che continui a sussistere anche uno solo dei due aspetti della comunione di vita»<sup>286</sup>.

Stante ciò, dovrebbe essere contraddittorio o formalistico sostenere che la ricostituzione della convivenza non preclude il divorzio quando manchi l'«inequivoca ripresa della comunione spirituale di vita tra i coniugi»<sup>287</sup>.

22. Si è accennato all'opposizione del coniuge convenuto.

Come sappiamo, il periodo di cinque anni di separazione costituisce il termine ordinario per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Intervenuta l'opposizione di cui sopra, il termine è elevato «ad anni sette, nel caso di separazione pronunciata per colpa esclusiva dell'attore; ad anni sei, nel caso di separazione consensuale omologata in data anteriore alla entrata in vigore della... legge o di separazione di fatto».

Abolita la separazione per colpa, l'art. 212 della l. 19 maggio 1975 n. 151 dispone: «Il termine di sette anni previsto dall'articolo 3, n. 2, lettera b), terzo comma della l. 1 dicembre 1970, n. 898, ... si applica nei confronti del coniuge a cui con sentenza passata in giudicato è stata esclusivamente adde-

<sup>284</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 18 agosto 1976, n. 3051, in *Il foro italiano*, 1977, I, p. 918 e s.

<sup>285</sup> Corte di cassazione, *sent. ult. cit.*, p. 919.

<sup>286</sup> Corte di cassazione, 7 maggio 1976, n. 1595, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 1135.

<sup>287</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 18 agosto 1976, n. 3051, *cit.*, *loc. ult. cit.*

bitata la separazione personale ai sensi dell'articolo 151, secondo comma, del codice civile, quando vi sia opposizione dell'altro coniuge».

Cade qui opportuno precisare che l'opposizione dei coniugi separati consensualmente o di fatto già da parecchio tempo risulta priva dell'effetto indicato. Questo, infatti, è sancito solamente per separazioni omologate od iniziate prima dell'entrata in vigore della legge ed è chiaro che l'opposizione non può essere più proposta allorché il termine di sei o sette anni sia maturato, anche durante il processo<sup>288</sup>. L'unica opposizione oggi consentita, pertanto, è quella dei coniugi separati giudizialmente con addebito di colui che ricorre per ottenere il divorzio.

Utili elementi di valutazione emergono dalla seconda relazione di maggioranza alla camera, dove si legge: «Di maggiore portata è l'emendamento aggiuntivo che segue e che prevede, quando vi sia opposizione del coniuge convenuto, l'elevazione del termine di cinque anni richiesto per la domanda di divorzio rispettivamente a sette, nel caso di separazione pronunciata per colpa esclusiva dell'attore, e a sei, nel caso di separazione consensuale omologata in data anteriore all'entrata in vigore della presente legge o di separazione di fatto. Con la prima di queste due disposizioni si è cercato di stabilire un compromesso tra quanti sostenevano che il divorzio non potesse essere in alcun caso concesso quando fosse stato richiesto contro il coniuge non colpevole e coloro i quali, all'opposto, ritenevano che non fosse opportuno fondare alcuna discriminazione sull'elemento della colpa. La soluzione adottata concede un trattamento particolare al coniuge incolpevole che differenzia da quello colpevole, sia pure in termini quantitativi e non qualitativi, come avrebbero voluto i sostenitori della prima tendenza. La seconda disposizione estende tale trattamento, in limiti ragionevolmente contenuti, nei confronti di quel coniuge che, comunque, si oppone al divorzio in base alla considerazione che il consenso prestato alla separazione non comporta necessariamente il consenso al divorzio, soprattutto nel caso in cui la separazione consensuale sia stata omologata prima dell'entrata in vigore della legge»<sup>289</sup>.

L'ultimo periodo qui trascritto conferma la validità della tesi che nella separazione di fatto vede una separazione dipendente dalla volontaria decisione di entrambi i coniugi. Ma ora conta la premessa, implicitamente posta attraverso l'intera citazione. Sono, infatti, òvvi i limiti dell'attività interpretativa di fronte ad una legge, «la quale, come risultato di compromessi politici, non è certo un modello di perfezione tecnico-giuridica»<sup>290</sup>: l'opposizione del coniuge convenuto ne costituisce una prova<sup>291</sup>, tenuto conto di quanto

<sup>288</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 14 aprile 1976, n. 1307, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1976, II, p. 126.

<sup>289</sup> Seconda relazione di maggioranza alla camera dei deputati (Lenoci, rel.), in L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., appendice n. 10, p. 354.

<sup>290</sup> Tribunale di Camerino, 13 luglio 1971, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1972, II, p. 76.

<sup>291</sup> Tale opposizione dimostra che è difficile individuare con precisione i criteri

risulta anche dagli sforzi compiuti dalla giurisprudenza e dalla dottrina per tentare di spiegare la natura dell'elevazione del termine di cinque anni al lume di taluni concetti della scienza del processo civile.

S'intende trattare brevemente dell'argomento con riferimento quasi esclusivo alla giurisprudenza, in conformità dell'impostazione finora generalmente serbata nella terza parte del lavoro e dell'incarico con esso affidatoci.

Alcune sentenze ritengono che il quinquennio di separazione oppure il termine maggiore e quello ordinario devono precedere l'instaurazione del processo di divorzio<sup>292</sup>; altre distinguono il termine normale dalla sua elevazione, sostenendo che solo per il primo s'impone il completo decorso al momento della proposizione della domanda<sup>293</sup>; qualcun'altra afferma che perfino i cinque anni possono maturare nel corso del giudizio<sup>294</sup>.

La cassazione, infine, dopo aver stabilito che «il decorso del periodo di

della legge sul divorzio. Inoltre serve a ben poco, è occasione di ricatti ed, in particolare, non si riesce a giustificarla inducendo a pensare ad eventuali motivi etici o religiosi, che travagliano il coniuge convenuto. Come scrive il Cipriani, "i motivi etici e/o religiosi sembrano estranei al nostro istituto. La legge non ne fa parola, né, nel silenzio della lettera, sembra lecito sottintenderli, a tacer d'altro perché non avrebbe senso rispettare l'etica o la religione solo per uno o due anni" (F. CIPRIANI: *L'opposizione del convenuto nel processo di divorzio*, estratto da *Il foro italiano*, vol. CII, fasc. 4, Roma, 1979, p. 12). L'articolo cit. sostanzialmente riproduce la relazione svolta dall'autore al seminario *I rapporti tra separazione e divorzio*, tenutosi il 16 febbraio 1979 presso la facoltà di giurisprudenza dell'università di Bari. Altri temi: *La giurisprudenza della Cassazione sui rapporti tra separazione e divorzio* (F. MOROZZO DELLA ROCCA) e *Il governo delle crisi coniugali dopo la riforma del diritto di famiglia* (L. BARBIERA).

<sup>292</sup> V. Tribunale di Firenze, 19 maggio 1971, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1972, II, p. 79 e s. (*presupposto processuale*); Tribunale di Roma, 26 giugno 1971, *ibid.*, p. 76 (*presupposto processuale*); Tribunale di Roma, 20 gennaio 1972, *ibid.*, p. 66 (*condizione di ammissibilità dell'azione*); Tribunale di Firenze, 8 aprile 1972, *ibid.*, p. 62 e ss. (*requisito sostanziale della domanda*); Tribunale di Roma, 30 novembre 1973, nella stessa rivista, 1974, II, p. 162 e ss. (*condizione dell'azione sui generis*; nota di dissenso di D. BARILLARO: *Opposizione del coniuge convenuto nel giudizio di scioglimento del matrimonio e decorso del periodo di separazione*); Tribunale di Crotone, 6 maggio 1974, *ibid.*, p. 277 e s. (*requisito attinente all'ammissibilità della domanda*).

<sup>293</sup> Così Tribunale di Roma, 17 luglio 1972, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1973, II, p. 286 e s. (*criterio della condizione dell'azione*, nel senso che, "stabilita la natura del termine quinquennale di separazione, ... e tenuta presente l'espressa disposizione, eccezionale rispetto alla regola generale, secondo cui... la condizione *de qua* deve esistere, per la proposizione della domanda, alla data di questa, appare legittimo argomentare che l'ulteriore compimento del più lungo termine di sei o sette anni, previsto per il caso di opposizione del convenuto alla domanda, ... possa efficacemente avvenire nel corso del giudizio"). Cfr., altresì, Tribunale di Bari, 21 agosto 1972, nella stessa rivista, 1972, II, p. 269 e s. (*condizione di proponibilità della domanda — particolare condizione dell'azione nelle ipotesi specificamente previste*).

<sup>294</sup> V. Tribunale di Forlì, 7 giugno 1972, in *Giurisprudenza di merito*, 1973, I, pp. 249 e 254 s. (*condizione dell'azione*), nonché Tribunale di Napoli, 20 settembre 1976, in *Diritto e giurisprudenza*, 1977, p. 315 e ss. (per il COLELLA — nota di commento alle pp. 315-316 — la sentenza rispetta "con precisione la *ratio legis* della norma, considerando sia il fatto che non si vuole far dipendere il divorzio dal comportamento processuale della controparte sia che il decorso del termine è una condizione dell'azione, cioè una condizione attinente al merito, alla fondatezza della domanda, che è sufficiente sussista all'atto della decisione").

ininterrotta separazione, richiesto dalla legge nella sua diversificazione quantitativa per le tre ipotesi considerate, deve essere terminato prima della proposizione della domanda», precisa che l'opposizione del coniuge convenuto, «determinando... il prolungamento del termine minimo per la trattazione della causa, non viene ad incidere retroattivamente sulla validità della domanda già proposta nel momento in cui non era stata ancora manifestata l'opposizione, ma paralizza il compimento di ulteriori atti processuali, e quindi rende improseguibile il giudizio»<sup>295</sup>.

Le perplessità che ingenerano le soluzioni prospettate in sede di giurisprudenza di merito non cessano per il richiamo alla fattispecie della improseguibilità operato dal supremo collegio. Questo, d'altronde, avverte pienamente «le difficoltà di inquadramento tecnico del fenomeno nel vigente sistema processualistico»<sup>296</sup> e sente il bisogno di ammonire che «sono le categorie scientifiche e gli inquadramenti sistematici che devono adeguarsi alla legge, non viceversa»<sup>297</sup>.

A prescindere dalla dubbia validità del richiamo suddetto<sup>298</sup>, pare che la cassazione dimentichi il suo stesso ammonimento quando asserisce, facendo appello alla lealtà e all'economia processuali, che «l'opposizione deve essere proposta, sotto comminatoria di decadenza, in *limine litis* con la comparsa di risposta o, in genere, nel primo atto difensivo del giudizio di primo grado», alla prima udienza dinanzi al giudice istruttore<sup>299</sup>. Osserva difatti il Cipriani che «la lealtà e l'economia processuali sono principi troppo evanescenti per consentire all'interprete di dedurne addirittura l'esistenza di una decadenza, della quale, nella disciplina della prima udienza davanti al giudice istruttore, non c'è traccia, neppure a livello implicito»<sup>300</sup>.

Non sembra però lecito affermare, in contrario, che il convenuto «deve opporsi entro l'udienza presidenziale»<sup>301</sup> appunto perché, nonostante tutte le argomentazioni addotte a sostegno della tesi ora enunciata, si esclude che esistano nella legge chiari elementi da cui possa desumersi che il termine ultimo per manifestare l'opposizione sia proprio quello voluto dall'autore.

Si può, invero, serenamente convenire solo su un punto, che essa è inconcepibile a maturazione del termine di sei o sette anni<sup>302</sup>.

<sup>295</sup> Corte di Cassazione, sez. I civ., 29 marzo 1976, n. 1116, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1976, II, p. 131 e s. *Adde*: Cassazione, sez. I civ., 14 aprile 1976, n. 1307, cit., pp. 124 e 126; 25 gennaio 1977, n. 364, in *Il foro italiano*, 1977, I, p. 848 e s.; 22 giugno 1978, n. 3086, nella stessa rivista, 1978, I, p. 2136.

<sup>296</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 29 marzo 1976, n. 1116, cit., p. 129.

<sup>297</sup> Cfr. le sentenze di cui alla nota 295 (tranne l'ultima): rispettivamente alle pp. 132, 125 e s., 848 delle riviste ivi menzionate.

<sup>298</sup> V. le annotazioni di D. BARILLARO a Cass. 29 marzo e 14 aprile 1976 (cit.), in *Il diritto ecclesiastico...*, 1976, II, p. 121 e di A. LENER a Cass. 25 gennaio 1977 (cit.), in *Il foro italiano*, 1977, I, p. 846 e s.

<sup>299</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 14 aprile 1976, n. 1307; 29 marzo 1976, n. 1116, cit., pp. 126 s. e 128 s.

<sup>300</sup> F. CIPRIANI: *L'opposizione del convenuto*, cit., p. 15 e s.

<sup>301</sup> F. CIPRIANI: *L'opposizione*, cit., pp. 20 e 23.

<sup>302</sup> F. CIPRIANI: *Op. ult. cit.*, p. 15 e s. Secondo il BARBIERA, «per quel che concerne l'opposizione del convenuto alla domanda di divorzio, proposta prima che siano trascorsi

Si lamenta il difetto di un onere d'interpello del coniuge circa il suo futuro comportamento processuale (e di risposta all'eventuale interpello)<sup>303</sup>. Se così non fosse, mentre si finirebbe col sottoporre la domanda di divorzio al beneplacito dell'altro coniuge, con il primo come con il secondo suggerimento «si incoraggerebbero turpi mercati», che la legge non può sicuramente favorire<sup>304</sup>.

Ed allora bisognerebbe rivalutare l'assunto secondo cui, qualora il divorzio sia chiesto con rispetto del quinquennio ma prescindendo dal decorso del termine maggiore, in caso di opposizione del convenuto «il termine eccedente i cinque anni... potrà maturarsi nel corso del giudizio, anche in fase di impugnazione»<sup>305</sup>. Ma tale assunto, attentamente considerato pure dalla casazione<sup>306</sup>, contrasta con la formulazione letterale della norma, che prescrive il compimento del periodo di separazione (cinque, sei e sette anni) prima della presentazione della domanda di divorzio.

In conclusione, da qualunque angolo di visuale ci si ponga, vuoi sul terreno sostanziale vuoi su quello processuale —è qui impossibile scendere in ulteriori dettagli—, nessuna soluzione della questione risulta soddisfacente, onde l'opportunità di pensare, anche per questo, all'abrogazione di quel che ancora resta dell'«istituto» contemplato nell'art. 3 n. 2 lett. b) della legge n. 898 del 1970.

23. Problemi non trascurabili, d'altra natura, solleva la fattispecie *sub* lett. f) del nominato art. 3 n. 2, consistente nell'inconsumazione del matrimonio.

Supposta la costituzionalità dell'art. 2 l. d. e pur ammesso, specialmente, che la riserva di giurisdizione, garantita ai tribunali e dicasteri ecclesiastici, non abbia carattere generale, tale riserva sarebbe indubbiamente lesa dall'attribuzione al giudice italiano della competenza su una causa di scioglimento identica a quella sottoposta alla cognizione della giurisdizione ecclesiastica.

Il dubbio d'un autonomo conflitto con l'art. 34 del concordato (par. 13) diventerebbe insuperabile se si accogliesse la tesi secondo cui, in virtù dell'art. 3 n. 2 lett. f), sopra citato, s'opera un rinvio al diritto della Chiesa e perciò «occorre... rifarsi alla elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale del can. 1119 del *codex j. c.*»<sup>307</sup>.

Suffragherebbero questa tesi del rinvio da una parte l'*occasio legis* —«...

1 termini di cui al n. 2 b, e in genere per qualsiasi opposizione che si fondi su eccezione in senso tecnico, il convenuto potrà proporla in qualunque momento del giudizio di primo grado ed anche in appello, non operando riguardo alle eccezioni (come pure riguardo alle difese) la preclusione posta per le domande dall'art. 345 cod. proc. civ." (*Disciplina dei casi di scioglimento*, cit., p. 131).

<sup>303</sup> V. particolarmente Tribunale di Bari, 21 agosto 1972, cit., p. 269.

<sup>304</sup> L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento*, cit., p. 95.

<sup>305</sup> L. BARBIERA: *Op. ult. cit.*, p. 94.

<sup>306</sup> Cfr. le quattro sentenze della nota 295 (pp. 131, 125, 848 e s., 2136 delle riviste cit.).

<sup>307</sup> V. Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, p. 379.

eliminare una causa di ineguaglianza tra coloro che, essendo uniti in matrimonio con rito religioso cattolico, avevano a disposizione l'istituto della dispensa dal matrimonio rato e non consumato, e coloro che, avendo contratto matrimonio con il solo rito civile, di tale istituto non potevano fruire» —, dall'altra il fatto che la norma indicata «non precisa... cosa debba intendersi per matrimonio non consumato»<sup>308</sup>.

Famoso quanto remoto, ed invero di dubbio valore, è il precedente stabilito dalla corte d'appello di Roma<sup>309</sup>, la quale, applicando le norme canoniche, pronunciò lo scioglimento del matrimonio, rato e non consumato, contratto religiosamente dal generale Giuseppe Garibaldi con Giuseppina Raimondi, e che, per «la legislazione austriaca, allora vigente nelle province lombarde, ... aveva efficacia civile» — il matrimonio era stato celebrato il 24 gennaio 1860 in Fino, nei pressi di Como —<sup>310</sup>.

Tempi diversi, situazioni differenti: oggi «il legislatore italiano *ha voluto prevedere* quale causa di scioglimento l'inconsumazione del matrimonio»<sup>311</sup>, mentre in quel tempo la corte ritenne di potersi sostituire all'autorità ecclesiastica in base alla convinzione che ciò appunto comportasse l'esclusività della legislazione italiana in materia matrimoniale ed, insieme, la conseguente abolizione di qualsivoglia competenza religiosa, quindi che fosse da applicare al caso il diritto anteriormente in vigore, con riferimento all'epoca della celebrazione del matrimonio.

D'altronde, contro la tesi in parola è d'uopo direttamente obiettare, con il Barillaro, che «l'*occasio legis* non può di per sé, o anche nel concorso con altre circostanze, operare un rinvio ad altro ordinamento: qualunque rilievo si possa dare ad essa, anche a volerla fare assurgere (se mai fosse possibile) a principio informatore della disposizione (*ratio legis*), non sarà mai tale da indurre l'interprete a ravvisare nella norma un richiamo ad una disposizione di un diverso ordinamento. Poiché il rinvio al diritto straniero implica una limitazione dell'ordinamento statale, esso non si può dedurre da un certo fatto storico o anche dalla *mens* della norma, ma bisognerà che sia espresso dal legislatore attraverso la dichiarazione che una data materia è regolata dal diritto straniero come tale»<sup>312</sup>.

Se questo è esatto, nessun argomento a sostegno può trarsi dal difetto d'una definizione di matrimonio non consumato, la riconosciuta «matrice canonistica» (par. 16) della causa di divorzio in esame strettamente significando, del resto, che il legislatore ha voluto ancorare la stessa «alla realizzazione di

<sup>308</sup> Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, cit., *loc. cit.*

<sup>309</sup> Udienza 14 gennaio 1880, in *Il foro italiano*, 1880, I, p. 161 e ss.

<sup>310</sup> Cfr. V. DEL GIUDICE: *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 325 e s., nota 20, ove trovasi succintamente narrata l'intera vicenda.

<sup>311</sup> F. FALCHI: *Riflessioni sulla rilevanza della inconsumazione nella dispensa dal matrimonio rato e non consumato e nel divorzio*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Aback*, cit., II, p. 67. Il corsivo non è dell'A.

<sup>312</sup> D. BARILLARO: *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, p. 378 e s. (nota alla sentenza del Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, cit.).



un rapporto sessuale tra i coniugi che si ritiene idoneo a consumare il matrimonio»<sup>313</sup>.

Pare verosimile che tale idoneità sia da porre in rapporto, essenzialmente, con la nozione medico-biologica di unione sessuale, cioè con un dato appartenente ad ambito scientifico distinto dal diritto, come in altri casi analoghi, pei quali la legge fa riferimento a ordini concettuali, conoscenze o fatti di vario genere, così inseriti nella previsione normativa.

A conferma dell'orientamento assunto, è utile ricordare che una ricerca all'interno della legislazione, di cui il disposto dell'art. 3 n. 2 lett. f) veniva a far parte, ha condotto il Mirabelli all'individuazione d'un concetto giuridico di consumazione conforme a quello unanimemente accolto in medicina: «comportamento che realizza la *potentia coeundi*, ... consistente pertanto nella penetrazione dell'asta virile nella vagina e nella effusione in essa di liquido seminale, nel quale non si richiede tuttavia sia presente il così detto vero seme, ... sì che rimane estranea al diritto statutale la ... problematica canonistica incentrata su questo tema»<sup>314</sup>.

Attualmente, però, dopo il decreto della s. congregazione per la dottrina della fede del 13 maggio 1977 circa *impotentiam quae matrimonium dirimit*, il *verum semen* (o *semen in testiculis elaboratum*) non è più elemento essenziale della copula coniugale<sup>315</sup>.

Dunque, qualora si considerino i requisiti «fisici» della copula —a prescindere da quelli «psicologici», di cui peraltro si discute anche in seno all'apposita commissione di studio per l'aggiornamento dei canoni riguardanti il matrimonio<sup>316</sup>—, si dovrà concludere, nonostante le premesse di partenza, che esiste, in teoria, uno stesso concetto di copula coniugale nel diritto civile e nel canonico<sup>317</sup>, concetto conforme ai risultati dell'osservazione scientifica medica, che include l'eiaculazione ordinaria fra i momenti del rapporto sessuale o coito, inteso quale atto fisiologico complesso<sup>318</sup>.

<sup>313</sup> F. FALCHI: *Op. cit.*, p. 68 (a p. 67 e s., nota 45, la sintesi dei lavori parlamentari su cui la tesi si fonda).

<sup>314</sup> C. MIRABELLI: *Inconsumazione del matrimonio e divorzio*, in *Studi sul divorzio*, cit., p. 303 e s.

<sup>315</sup> V. il testo del decreto, con in margine la prolusione di C. LEFEBVRE: *La questione del "verum semen". Evoluzione della dottrina e della prassi*, in *Monitor ecclesiasticus*, 1977, p. 355 e ss. V., altresì, O. FUMAGALLI CARULLI: *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Milano, 1978, p. 65 e ss. Prima del decreto, fra gli altri, P. FEDELE: *Problemi di diritto canonico - L'impotenza*, Romae, 1962, p. 109 e ss.; F. BERSINI: *La dibattuta questione del "verum semen"*, in *Monitor ecclesiasticus*, 1976, p. 256 ss. e, per l'inquadramento storico, S. GHERRO: *Il problema del "verum semen" nel breve Cum frequenter di Sisto V*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1966, I, p. 98 e ss. Intorno al decreto, Tribunale regionale flaminio, 30 dicembre 1977 (nota di N. CAPPONI: *Impotenza maschile e decreto del 13 maggio 1977 della S. Congregazione per la dottrina della fede*), in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1978, II, p. 53 e ss.

<sup>316</sup> Cfr. in dottrina, esaurientemente, U. NAVARRETE: *De notione et effectibus consummationis matrimonii*, in *Periodica de re morali, canonica, liturgica*, 1970, p. 636 e ss.

<sup>317</sup> *Contra* Tribunale di Parma, 11 aprile 1972, in *Giurisprudenza italiana*, 1972, I, 2, p. 805 e s., nel senso della necessità, per il diritto civile, della sola penetrazione in vagina. Nel senso della *copula perfecta*, con effusione di *semen verum*, invece Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, cit., p. 380.

<sup>318</sup> Così G. COTTE: *Les troubles fonctionnels de l'appareil génital de la femme*,

Se ne deve dedurre l'identità, sul piano concettuale, fra divorzio per inconsumazione e dispensa *super rato*?

Com'è risaputo, per la concessione della grazia pontificia di dispensa è necessario che al fatto dell'inconsumazione si aggiunga l'esistenza di una causa giusta *seu proportionaliter gravis*<sup>319</sup>: «La separazione dei coniugi senza possibilità di riconciliazione, il divorzio civile, il pericolo di incontinenza per la giovane età, il matrimonio civile contratto da uno o da ambedue i coniugi, ecc.»<sup>320</sup>.

L'equivalente della *iusta causa* potrebbe consistere nell'accertamento, demandato al giudice civile, dell'impossibilità di comunione spirituale e materiale dei coniugi<sup>321</sup>. Ma da un canto sono note le riserve, qui manifestate, in ordine all'effettività di tale accertamento; dall'altro è sufficiente la breve elencazione di cui sopra per comprendere che si andrebbe certo fuori strada se si volesse istituire un confronto su questa base con l'obbiettivo di dimostrare il parallelismo delle due situazioni.

Inoltre diverso è il rapporto fra impotenza *coeundi* e causa di scioglimento nell'ordinamento civile e in quello canonico, dato che la prima non costituisce più, nel diritto dello Stato, un autonomo motivo d'invalidità del matrimonio, ma è considerata tra i possibili errori sulle qualità personali (art. 122, nuovo testo, c. c.).

Molto diverso, soprattutto, è il matrimonio canonico da quello civile per inferire, da alcune somiglianze, una conformità di cause di scioglimento in materia che riafferma, nell'ordinamento della Chiesa, il principio dell'indissolubilità del matrimonio, con implicazioni teologiche estranee al diritto statale.

Ferme le insopprimibili differenze, non dovrebbe però essere preclusa l'analisi della giurisprudenza ecclesiastica e della dottrina, in evoluzione<sup>322</sup>,

Paris, 1949, p. 504 e ss.; G. SANTORI: *Compendio di sessuologia*, Saluzzo, 1960, p. 150 e ss.; A. FRANCHINI: *Medicina legale in materia civile*, Napoli, 1968, p. 108 e ss.

<sup>319</sup> La terminologia è adottata nell'*Instructio dispensationis matrimonii*, 7 martii 1972 (AAS, 64, 1972, pp. 244-252).

<sup>320</sup> F. BERSINI: *La pastorale dei matrimoni falliti e le cause di nullità*, Bari, 1975, p. 177.

<sup>321</sup> L'ulteriore verifica del disfacimento della comunione matrimoniale, desunto in fatto dall'atteggiamento dei coniugi, è valorizzata da Tribunale di Pisa, 23 dicembre 1974, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, p. 404. In precedenza, Tribunale di Roma, 11 aprile 1973, *ibid.*, p. 403 e, nonostante qualche esitazione, Id., 7 maggio 1974, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, p. 1100. *Contra*, Tribunale di Parma, 11 aprile 1972, cit., p. 806 ("...la non consumazione del matrimonio risalta come il dato elementare più evidente del disfacimento dell'unione naturale, perché attinente all'essenza stessa del matrimonio visto quale intersoggettività e comunione di vita"), nonché Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, cit., p. 385, per il quale nell'ipotesi si realizza, "con l'inadempimento, anche se involontario, di un obbligo coniugale primario, quel disfacimento della comunione matrimoniale che costituisce... *iusta ratio* di cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso". Conforme al primo indirizzo, Corte di cassazione, 14 gennaio 1976, n. 108, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 99.

<sup>322</sup> Per la bibliografia, si rinvia all'indice elaborato da I. GORDON: *De processu super rato*, 1974, II, pp. 75-83. Fra le opere segnalate è bene evidenziare, per il suo oggetto, la disamina di A. RAVΛ: *Cinquanta anni di giurisprudenza rotale in tema di*

partendo dal combinato disposto dei cann. 1015 par. 1-2, 1081 par. 2, 1118 e 1119 c. i. c., al fine di determinare gli elementi utili per un sobrio raffronto, dal quale escano arricchite l'esperienza giuridica secolare e, in particolare, le decisioni delle magistrature civili competenti.

Ma questo è problema di metodo, in un certo senso non dissimile da quello, ben più vasto, posto dalla scuola laica italiana ed incentrato sul nodo dell'applicabilità o meno, all'ordinamento della Chiesa, di concetti e criteri elaborati dalla comune dogmatica giuridica sui capisaldi delle norme vigenti da cui son tratti. Esso di sicuro non tocca, qualunque sia la soluzione alla quale si pervenga, gli artt. 34 concordato e 7 della costituzione repubblicana relativamente ai matrimoni canonici trascritti.

Fatto sta che giurisprudenza e dottrina civili formulano generalmente tesi molto vicine, spesso addirittura identiche, alle elaborazioni sul tema compiute in sede ecclesiastica.

Vale la pena di esporre, brevemente, taluni indirizzi fondamentali per completare il quadro della situazione globale.

Legittimati a chiedere il divorzio per inconsumazione sono ambedue i coniugi<sup>323</sup>. Questa è da reputare un *mero fatto*, «valutato dall'ordinamento indipendentemente dalla riferibilità alla volontà dei coniugi del comportamento che la determina»<sup>324</sup>, per cui non assume «alcun rilievo l'indagine sui motivi che resero impossibile... la consumazione»<sup>325</sup>; c'è chi dice —ma l'opinione è tutta da verificare— con eccezione dei matrimoni di vecchi e di persone consapevoli *ante nuptias* dell'impotenza di uno o di entrambi<sup>326</sup>.

Il comportamento dei coniugi riguardante la congiunzione sessuale potrebbe al contrario configurare, in forza dell'art. 143 c. c., «un'ipotesi di adempimento di un dovere e correlativo esercizio di un reciproco potere»<sup>327</sup>, con la conseguenza dell'inquadramento della loro condotta «fra gli atti giuridici, pei quali è rilevante la volontarietà del comportamento»<sup>328</sup>.

*dispensatio super matrimonio rato et non consummato*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1957, II, p. 130 e ss. Adde, utilmente, G. FELICIANI: *Il problema dell'actus hominis e dell'actus humanus nella consumazione del matrimonio e la rilevanza giuridica del vaginismo*, in *Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, 1965, p. 404 e ss.; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO: *Ipotesi di sviluppo della dottrina del matrimonio dopo il Concilio Vaticano II*, Milano, 1971, p. 48 e ss.; A. ABATE: *Lo scioglimento del vincolo coniugale nella giurisprudenza ecclesiastica*, Napoli, 1972; P. MONETA: *Riflessioni critiche e spunti innovatori in tema di scioglimento del matrimonio non consumato*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973, p. 444 e ss.; E. GRAZIANI, voce *Matrimonio rato e non consumato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1975, vol. XXV, p. 950 e ss.; O. FUMAGALLI CARULLI: *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit., p. 13 e ss.

<sup>323</sup> V. F. SANTOSUOSSO: *Delle persone e della famiglia - Il matrimonio*, cit., p. 703.

<sup>324</sup> C. MIRABELLI: *Inconsumazione del matrimonio e divorzio*, cit., p. 308.

<sup>325</sup> Tribunale di Ravenna, 24 dicembre 1975, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 2, p. 239. Cfr., in margine alla sentenza, la nota di M. E. POGGI: *Sull'inconsumazione come causa di divorzio*, pp. 235-240, con ampi richiami di letteratura e giurisprudenza.

<sup>326</sup> F. SANTOSUOSSO: *Op. cit.*, p. 702.

<sup>327</sup> C. MIRABELLI: *Inconsumazione del matrimonio e divorzio*, cit., p. 307.

<sup>328</sup> C. MIRABELLI: *Op. loc. cit.*

Per la consumazione, quindi, si richiede «la capacità dell'agente, nonché la coscienza e la volontà dell'azione»<sup>329</sup>.

Traendo lo spunto «da quella dottrina canonistica che si sforza di ricollegare il concetto di consumazione a quei principi che il Concilio Vaticano II ha posto a fondamento del matrimonio cristiano...», ad altri<sup>330</sup> è parso difficile —nel medesimo ordine di idee appena riferito, sebbene in spirito e con argomenti diversi— «ritenere idonea a consumare il matrimonio una unione tra i coniugi che, pur fisicamente completa, presenta aspetti assolutamente abnormi dal punto di vista sessuale (violenza, incapacità d'intendere e volere, sofferenze intollerabili, traumi psichici ecc.)».

Di questa concezione, comunque, non v'è traccia in giurisprudenza.

E' stato invece affermato, dal tribunale di Parma, che non realizzano il congiungimento «i semplici atti di libidine e la copula contro natura, perché insufficienti e contrari a costituire la comunione di vita, la società coniugale, che è la prima forma di comunione tra persone»<sup>331</sup>.

Per il tribunale di Roma lo scioglimento del matrimonio non consumato «non esige necessariamente lo stato di verginità della moglie prima del matrimonio, mentre è essenziale e sufficiente la prova della mancata consumazione dopo la sua celebrazione»<sup>332</sup>.

Circa la tecnica della prova, che nel diritto canonico è molto più raffinata, la giurisprudenza avverte l'importanza della concorde deposizione delle parti<sup>333</sup>; pur con qualche perplessità<sup>334</sup>, attribuisce valore alla prova testimoniale di merito e così, naturalmente, ai documenti, nonché a fatti o circostanze comunque utili per la decisione della causa —sono ignoti i testi di credibilità—<sup>335</sup>; oltre alla consulenza tecnica sulla donna<sup>336</sup>, reputa ammissibile quella sull'uomo<sup>337</sup> e l'interrogatorio formale delle parti senza effetti confessori<sup>338</sup>.

Dà, infine, autonomo rilievo all'inconsumazione in caso di mancata coabi-

<sup>329</sup> F. SANTOSUOSSO: *Op. loc. cit.*

<sup>330</sup> P. MONETA: *Considerazioni sugli aspetti psicologici della consumazione del matrimonio* (nota a Tribunale di Roma, 29 settembre 1975), in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1975, II, p. 345 e s.

<sup>331</sup> Tribunale di Parma, 11 aprile 1972, cit., p. 806. Ma già, in dottrina, L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 104.

<sup>332</sup> Tribunale di Roma, 19 aprile 1975, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 2, p. 272 (*massima*).

<sup>333</sup> V., specialmente, Tribunale di Roma, 19 aprile 1975, cit., *loc. cit.*; 29 settembre 1975, cit., p. 340 (*massima*).

<sup>334</sup> Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, cit., p. 381 e s.

<sup>335</sup> V. Tribunale di Parma, 11 aprile 1972, cit., p. 803; Tribunale di Pisa, 23 dicembre 1974, cit., p. 404; Tribunale di Roma, 19 aprile 1975, cit., p. 272 e s.; 29 settembre 1975, cit., pp. 341-346; Tribunale di Ravenna, 24 dicembre 1975, cit., p. 240.

<sup>336</sup> Cfr. Tribunale di Parma, 11 aprile 1972, cit., p. 803 e s.; Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, cit., p. 381; 19 aprile 1975, cit., p. 272 (non ha rilevanza che essa, «dichiaratasi disposta... a sottoporsi a ispezione corporale per provare la sua integrità fisica, abbia poi mutato avviso»).

<sup>337</sup> V. Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, cit., *loc. cit.*; Tribunale di Ravenna, 24 dicembre 1975, cit., p. 240.

<sup>338</sup> Tribunale di Roma, 20 maggio 1974, cit., *loc. cit.*

tazione (la c. d. prova *per coarctata tempora*), pure quando risulti che le parti abbiano avuto rapporti carnali prima del matrimonio <sup>339</sup>.

E' stato deciso, sempre dal tribunale di Roma, che la prova come sopra raggiunta non è incrinata dalla presenza di un figlio concepito a seguito di tali rapporti e nato pochi mesi (circa sei) dopo la celebrazione nuziale <sup>340</sup>. Com'è stato osservato, ma nel caso non erano trascorsi i centottanta giorni previsti, la presunzione di concepimento durante il matrimonio (art. 232 c. c.) è assoluta solo in materia di legittimità della prole, *iuris tantum* allorché si controverta di altre questioni <sup>341</sup>.

Tenuto conto della situazione descritta, c'è da chiedersi, ancora una volta in riguardo dei matrimoni canonici trascritti, se possa conseguire gli effetti civili la dispensa pontificia *super ratum* ove il giudice statale abbia respinto la domanda di divorzio per inconsumazione.

Trattandosi di ipotesi diverse, malgrado gli aspetti comuni qui evidenziati, è facile rispondere che non è valido il richiamo all'autorità della cosa giudicata. Né va dimenticato, d'altronde, che la corte d'appello nessuna indagine può espletare sulla corrispondenza fra le due cause e che, principalmente, esiste un obbligo dello Stato di dar efficacia alle sentenze e ai provvedimenti di cui all'art. 34, 4° comma, conc. <sup>342</sup>.

Si può chiedere con queste considerazioni, ed individuati i caratteri della fattispecie finale dell'art. 3, il tema delle possibili interferenze sul concordato?

Si ipotizzi una pronuncia positiva di divorzio, per qualsiasi causa — non solo per inconsumazione —, ed, insieme, un caso in cui poi si chieda, di nuovo, la concessione di dispensa *super ratum*. Dopo la trascrizione della sentenza di divorzio, pronunziata per qualsiasi causa, sembra che sia impossibile l'esecuzione agli effetti civili del successivo provvedimento canonico. Un problema simile è stato posto perfino per le sentenze di nullità <sup>343</sup>, ma la giurisprudenza ben si è espressa in senso favorevole all'esecutorietà di queste <sup>344</sup>.

<sup>339</sup> Tribunale di Roma, 11 aprile 1973, cit., p. 402 e s.; 29 settembre 1975, cit., pp. 340-342 e 346.

<sup>340</sup> Tribunale di Roma, 7 maggio 1974, cit., p. 1099.

<sup>341</sup> C. SCHWARZENBERG: *Divorzio per matrimonio non consumato, concepimento ante nuptias e presunzione ex art. 232 c. c.*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, p. 1100 (nota alla sentenza del Tribunale di Roma sopra citata).

<sup>342</sup> Su tutta la questione, diffusamente, F. FALCHI: *Op. cit.*, pp. 82-89.

<sup>343</sup> V. A. C. JEMOLO: *Divorzio e validità del matrimonio*, in *Rivista di diritto civile*, 1975, II, p. 104; D. BARILLARO: *Cessazione degli effetti civili ed annullamento del matrimonio canonico trascritto*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1975, I, p. 92 e ss.; L. M. DE BERNARDIS: *Divorzio civile e nullità canonica nel nostro sistema di diritto matrimoniale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 1231 e ss.

<sup>344</sup> Appello Roma, 22 dicembre 1973 (ord.), in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1974, II, p. 113 e s.; Corte di cassazione, sez. un. civ., 13 ottobre 1975, n. 3257, nella stessa rivista, 1975, II, p. 320 e ss. V., in connessione, Appello Roma, 13 febbraio 1976 (ord.), nella stessa rivista, 1976, II, p. 163 e ss. (contrario, D. BARILLARO: *Esecutorietà di sentenza canonica di nullità di matrimonio e pendenza di giudizio di divorzio*, nella stessa rivista, 1976, I, p. 135 ss.) e Corte di cassazione, sez. I civ., 9 agosto

Resta il primo problema, a nostro avviso insolubile sul piano della normativa vigente. Ciò conferma che può bastare anche un solo caso di riconoscimento dell'esercizio della giurisdizione ecclesiastica sul rapporto matrimoniale per escludere analoghe competenze nazionali, almeno sotto il profilo indicato.

Più a monte, la previsione del divorzio per inconsumazione mostra, con chiarezza, come l'incidenza della pronuncia statutale non si limiti agli effetti giuridici, giacché, per espresso disposto di legge, «lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili... può essere domandato da uno dei coniugi... nei casi in cui: ... f) il matrimonio non è stato consumato». Qui lo Stato, cioè, s'arrogava il diritto di accertare e dichiarare l'inconsumazione del *matrimonio canonico* mediante l'introduzione di una fattispecie concorrente con quella disciplinata dal diritto della Chiesa, la cui efficacia nello Stato avrebbe dovuto importare, al massimo, l'eliminazione della supposta sperequazione fra cittadini, non un inconseguente conflitto, sicuramente evitabile, con il concordato<sup>345</sup>.

In un certo senso attinente alla materia finora riguardata è il tema delle conseguenze patrimoniali del provvedimento di dispensa da matrimonio rato e non consumato.

E' sufficiente ricordare, in questa sede, che il tribunale di Bologna ha giustamente dichiarato applicabile all'ipotesi di specie, in via analogica, la norma dell'art. 5, 4° comma (assegno periodico), della legge 1 dicembre 1970 n. 898<sup>346</sup>.

Sul punto, confermato in appello, si è pronunciata la corte di cassazione, stabilendo che «il potere del tribunale di sancire l'obbligo per uno dei coniugi divorziati di corrispondere all'altro un assegno periodico non è tassativamente ed esclusivamente collegato alle cause di scioglimento del matrimonio previste dall'art. 3 legge n. 898 del 1970, ma è espressione di un principio generale relativo a tutti i casi di scioglimento diversi dalla morte, onde il detto obbligo può essere sancito anche quando il matrimonio concordatario sia sciolto per dispensa pontificia *super rato et non consumato*, senza dover interpretare l'art. 5 citata legge in via analogica, e la misura dell'assegno ben potrà essere determinata con riferimento alle ragioni della decisione dell'autorità ecclesiastica»<sup>347</sup>.

1977, n. 3638, nella stessa rivista, 1978, II, p. 133. Infine, Ead., 29 novembre 1977, n. 5188, *ibid.*, p. 116 e s. (conforme a Cassazione, 13 ottobre 1975, n. 3257).

<sup>345</sup> Nel senso dell'illegittimità, dal punto di vista concordatario e quindi costituzionale, dell'art. 3, n. 2, lett. f) della legge Fortuna-Baslini, v., con argomentazioni diverse, R. BOTTA: *Matrimonio rato e non consumato e divorzio: una nuova eccezione di incostituzionalità*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1973, I, p. 255 ss.; F. FINOCCHIARO, voce *Matrimonio concordatario*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1975, vol. XXV, p. 868.

<sup>346</sup> Tribunale di Bologna, 16 aprile 1973, cit., p. 55 e ss.

<sup>347</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 10 marzo 1976, n. 819, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1977, II, p. 382 (*massima*). Successivamente, Ead., sez. un., 13 gennaio 1978, n. 153, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1978, p. 473 e ss.

Con la stessa sentenza la cassazione ha affermato che gli artt. 128, 129 e 129-*bis* del codice civile, i quali «consentono al giudice di imporre, anche dopo pronunce di nullità del vincolo matrimoniale, obblighi di periodiche prestazioni a favore dell'altro coniuge», ... «sono applicabili, ai sensi dell'art. 18 legge 27 maggio 1929, n. 847, ai matrimoni canonici nel caso di annullamento della trascrizione e di esecutività della pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio»<sup>348</sup>.

Qualche dubbio ingenera il richiamo all'art. 129-*bis* —responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo—<sup>349</sup>; equo, peraltro, è il principio, confermato dalla corte di cassazione, secondo il quale «il rapporto matrimoniale, ancorché dichiarato nullo —ed a maggior ragione quando sia sorto validamente ed abbia avuto un certo periodo di efficacia— può produrre effetti giuridici anche per il tempo successivo alla declaratoria di nullità o alla pronuncia di scioglimento»<sup>350</sup>.

Per quel che concerne i matrimoni canonici trascritti, all'interpretazione del supremo collegio e del tribunale di Bologna fa riscontro l'art. 8 n. 2, ultimo comma, della terza bozza di revisione del concordato lateranense, dove è previsto che «la Corte d'appello potrà..., nelle sentenze intese a rendere esecutivi una sentenza o un provvedimento canonico, statuire provvisoriamente provvedimenti economici a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo o dispensato, rimandando le parti al giudice competente per la decisione della materia».

Da respingere, se si accetta quanto or ora esposto e generalmente condiviso, è un recente disegno di legge, presentato il 14 gennaio 1977, con cui, non ritenendosi opportuno far riferimento agli articoli 129 e 129-*bis* del codice civile «date le differenze delle motivazioni di nullità tra il diritto canonico e l'ordinamento giuridico italiano», si propone un articolo unico per il quale «quando un matrimonio celebrato con rito religioso e regolarmente trascritto venga dichiarato dai tribunali ecclesiastici nullo, o dispensato perché rato e non consumato, si applicano, per regolare le relazioni patrimoniali tra ex coniugi e per tutelare gli eventuali figli, le norme della legge 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5, commi quarto e quinto, articoli 6, 8, 9, 11»<sup>351</sup>.

24. Giova precisare che in questo studio, condotto sotto il profilo dell'introduzione del divorzio e delle sue implicazioni (sociali, politiche, in tema di rapporti fra Stato e Chiesa, sul sistema giuridico), esigenze di vario genere hanno talvolta imposto di superare i limiti usuali dell'oggetto della tratta-

<sup>348</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 10 marzo 1976, n. 819, cit., p. 387.

<sup>349</sup> Scrive lo Jemolo che la norma non è «direttamente applicabile al caso di matrimonio contratto in forma religiosa; ma sicuramente anche per il diritto canonico lo sposo che sia causa di una nullità lasciata ignorare all'altra parte rappresenta la *pars culpabilis*, e valgono comunque i principi in tema di colpa extracontrattuale». Ugualmente interessanti sono le considerazioni successive, che per brevità non si riportano (v. A. C. JEMOLO: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 553 e s.).

<sup>350</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 10 marzo 1976, n. 819, cit., *loc. ult. cit.*

<sup>351</sup> *Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, Legislatura VII, Disegni di legge e relazioni - Documenti*, n. 454, p. 2.

zione, stante l'impegno di valutare, oltre a certi peculiari aspetti evidenziati nel primo e nel secondo capitolo, anche il dato normativo principalmente nella sua non facile applicazione.

Risulta impossibile, peraltro, salvo violando l'accordo sulle dimensioni ideali del medesimo studio, esaurire la grossa questione relativa alle conseguenze giuridiche dell'accoglimento dell'istituto divorzistico nella legislazione italiana. Si pensa ad alcuni degli argomenti considerati solo di sfuggita nei paragrafi sedici e diciassette, al problema specifico dei rapporti (personali e patrimoniali) fra coniugi dopo la legge n. 898 del 1970<sup>352</sup>, specialmente alla relazione esistente fra questa ed il nuovo diritto di famiglia<sup>353</sup>.

Non sono mancati gli opportuni riferimenti, tuttavia sempre pochi<sup>354</sup> tenuto conto della complessità della riforma e delle intenzioni, praticamente irrealizzabili nell'attuale contesto.

Fra gli argomenti prescelti, che ancora resta da esaminare al fine di completare la presente analisi, uno concerne l'art. 5, menzionato a piè del paragrafo precedente, comma terzo, ove è sancito che «il pubblico ministero può, ai sensi dell'art. 72 del codice di procedura civile, proporre impugnazione limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci».

Il valore derogativo della disposizione, già nota perché vista sotto altro

<sup>352</sup> Cfr. partic. A. M. PUNZI NICOLÒ: *Il divorzio e i rapporti tra i coniugi*, cit., pp. 339-390.

<sup>353</sup> Benché sulla base di presupposti ideologici diversi da quelli qui tanto chiaramente manifestati, anzi proprio per tal motivo, v., molto bene, L. BARBIERA: *Divorzio e nuovo diritto di famiglia*, cit., pp. 1247-1262 (dell'A., le cui opinioni sono state particolarmente seguite o tenute presenti dalla giurisprudenza, è in corso di pubblicazione l'aggiornamento dell'opera *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, più volte cit., pure secondo la legislazione sulla famiglia). Sul tema, dopo l'introduzione del divorzio e prima della riforma, v. P. BELLINI, C. CARDIA, F. MARGIOTTA BROGLIO, E. PERNA, P. RESCIGNO: *Divorzio e diritto di famiglia*, Tavola rotonda, in *Democrazia e diritto*, 1974, p. 9 e ss. Per l'istituto in oggetto nel quadro della nuova realtà normativa, cfr., in altro ordine di idee, il volume di F. SCARDULLA: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, cit. (a nota 84).

<sup>354</sup> Si vuol qui ricordare, allo scopo di non lasciare un vuoto difficilmente spiegabile nell'esposizione, l'art. 12 della legge in parola, secondo il quale "le disposizioni di cui agli articoli 155, 156, 255, 258, 260, 261, 262 del codice civile si applicano, per quanto di ragione, anche nel caso di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio". Gli articoli richiamati sono stati tutti sostituiti dalla legge n. 151/1975, di riforma del diritto di famiglia, ad eccezione dell'art. 255, che è rimasto invariato (l'art. 260, infatti, non è stato abrogato, come si legge nella novella, ma in realtà sostituito dall'art. 261, che sostituisce pure l'articolo di egual numero preriforma). L'art. 155 contiene *provvedimenti riguardo ai figli* dei coniugi che si separano, mentre il 156 disciplina *gli effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*. L'art. 255 statuisce l'ammissibilità del riconoscimento del figlio naturale premorto (in favore dei suoi discendenti legittimi e dei suoi figli naturali riconosciuti); gli altri regolano, rispettivamente, *gli effetti del riconoscimento* (art. 258), *i diritti e doveri derivanti al genitore dal riconoscimento* (art. 261) e *il cognome del figlio* (art. 262). La premessa con cui s'inizia questa nota rivela l'obbiettivo di non omettere, là dove possibile, alcuna disposizione della l. 898/70. Circa il nominato art. 12, peraltro, non c'è da aggiungere nulla, che possa particolarmente interessare, tranne che il progetto era di collegare, attraverso le disposizioni richiamate, la normativa sul divorzio con il diritto di famiglia. Ulteriori approfondimenti, per dimostrare l'inutilità del collegamento evidenziato nel contesto della legge in considerazione, pur dopo quella del '75, sono marginali nell'economia del presente studio.



rispetto accennando al processo di divorzio, appare diverso a seconda che si accetti o meno la tesi per cui tale disposizione, a prescindere dalle sentenze riconducibili all'art. 72, 3° comma, cod. proc. civ., riguarda pure il potere del p. m. di impugnare quelle che dichiarano l'efficacia o l'inefficacia nella repubblica di pronunce estere di divorzio (art. 72, 4° comma)<sup>355</sup>.

A riprova «dell'insidia interpretativa... presente in quasi tutte le norme» della legge Fortuna-Baslini<sup>356</sup> sembra lecito addurre proprio il problema descritto, sollevato dall'art. 5, 3° comma, sopra daccapo riportato.

La prima volta che la corte suprema (sezioni unite civ.) ebbe ad occuparsi dell'ammissibilità del ricorso del procuratore generale presso la corte d'appello, decise la questione in senso positivo, ritenendo «conforme ad una maggiore coerenza del sistema... l'interpretazione secondo la quale l'esclusione del potere d'impugnazione del P. M. contro le pronunce di divorzio si estende alle sentenze che dichiarano l'efficacia o l'inefficacia in Italia delle pronunce di divorzio straniere»<sup>357</sup>. Sulla base, fra le altre, di questa considerazione: «Venuto meno il principio dell'indissolubilità del matrimonio, e insieme cessata, perché al P. M. non si consente di impugnare le sentenze interne di divorzio», la possibilità di collegamento fra il terzo ed il quarto comma dell'art. 72 c. p. c., «il potere di impugnazione del P. M. nei giudizi di deliberazione non può trovare idonea giustificazione nell'esigenza di evitare che siano rese efficaci in Italia le pronunce straniere di divorzio fondate su concezioni profondamente diverse da quelle che ispirano la legge italiana. Questa esigenza non pare infatti qualificarsi in maniera particolare rispetto a quella generale della salvaguardia dell'ordine pubblico italiano, a garanzia del quale la legge impone, ma considera sufficiente, l'intervento in giudizio del P. M. (art. 796, ult. comma, c. p. c.) al quale non conferisce il potere di impugnare»<sup>358</sup>.

A breve distanza di tempo sorse una controversia interna. La prima sezione civile della corte di cassazione, chiamata a giudicare su di un caso analogo, invocando anche i lavori preparatori della legge<sup>359</sup>, ritenne espressamente il contrario. Fece osservare che «le sentenze di divorzio pronunciate in Italia, ai sensi della legge n. 898/70, non esauriscono... le *sentenze relative*

<sup>355</sup> Art. 72, 3.º co., c. p. c.: Il pubblico ministero può proporre impugnazioni contro le sentenze relative a cause matrimoniali, salvo che per quelle di separazione personale dei coniugi. — 4.º co.: Lo stesso potere spetta al pubblico ministero contro le sentenze che dichiarano l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali, salvo che per quelle di separazione personale dei coniugi.

<sup>356</sup> Onde "...la massa dei giudicati contraddittori sia dei giudici di merito sia di alcune sentenze tra loro difformi della Corte regolatrice" (L. GRASSI - P. GRASSI: *Il divorzio nella giurisprudenza*, cit., p. 1).

<sup>357</sup> Corte di cassazione, sez. un. civ., 27 marzo 1975, n. 1155, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1977, II, p. 377.

<sup>358</sup> Sent. 27 marzo 1975, n. 1155, cit., p. 376 e s.

<sup>359</sup> In specie le "dichiarazioni del sen. Trabucchi, dove si chiariva che la proposta del sen. Leone mirava non già a rivedere l'istituto (dell'impugnazione) del Pubblico Ministero, ma a disciplinarlo in relazione alle cause di cui trattasi" (Corte di cassazione, sez. I civ., 18 luglio 1975, n. 2845, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1977, II, p. 367 e s.).

a cause matrimoniali per le quali l'art. 72, comma 3, c. p. c. conferisce al Pubblico Ministero potere di impugnazione. Tra dette cause vanno anche annoverate quelle di nullità del matrimonio e quelle di divorzio estranee alla disciplina della citata legge 898/70. Né, per queste ultime, può ritenersi totalmente superata la ratio animatrice della norma che riconosceva potere di impugnazione al P. M., essendo note le possibilità di ottenere all'estero pronunce di divorzio per svariate ipotesi o forme, in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento, oppure come espedienti elusivi degli stessi criteri essenziali della legge introduttiva del divorzio in Italia». Aggiunse che l'art. 5, 3° comma, l. d. «non fa riferimento... alle sentenze pronunciate all'estero; onde continua ad avere vigore il comma 4 dell'art. 72 c. p. c., che attribuisce al Pubblico Ministero potere di impugnazione contro le sentenze che dichiarano l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali»<sup>360</sup>.

Senonché, a occasione data, la stessa prima sezione civile, in considerazione della troppo palese «difformità» delle sentenze *de quibus*<sup>361</sup>, reputò conveniente adeguarsi all'orientamento delle sezioni unite. Ribadì, pertanto, che «il potere del P. M. di impugnare le pronunce di delibazione delle sentenze straniere relative a cause matrimoniali è stato escluso, limitatamente alle sentenze di divorzio, dall'art. 5, 3° comma, della legge n. 898 del 1970, restando salvo, tuttavia, ... il diritto di impugnare i capi riguardanti gli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci»<sup>362</sup>.

Non basta. Attraverso una sentenza successiva, ancora una volta della prima sezione, si può constatare, addirittura, la conferma del consolidato ritorno al primitivo indirizzo. Si legge, infatti: «Dopo un iniziale contrasto, la giurisprudenza di questa Sezione si è orientata, con una serie di pronunce conformi (in alcune delle quali la questione dell'ammissibilità del ricorso per cassazione del P. M. contro la sentenza di delibazione di sentenze straniere di divorzio è stata peraltro risolta affermativamente solo in modo implicito), nel senso che il potere, riconosciuto al P. M. dal comma 4 dell'art. 72 c. p. c., di impugnare le sentenze che dichiarano l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere di divorzio, non è venuto meno in seguito all'entrata in vigore della legge 1° dicembre 1970, n. 898»<sup>363</sup>, la quale, «nel limitare il potere di impugnazione del pubblico ministero, salvo che per i capi riguardanti gli interessi dei figli minori o legalmente incapaci, si riferisce unicamente alle sentenze di divorzio pronunciate in Italia»<sup>364</sup>.

<sup>360</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 18 luglio 1975, n. 2845, cit., p. 366 e s. Il corsivo sta fra virgolette nel testo della sentenza.

<sup>361</sup> Così S. BORDONALI: *Giudizio di delibazione, divorzio straniero e sua pretesa contrarietà con l'ordine pubblico nazionale*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1977, II, p. 361.

<sup>362</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 13 marzo 1976, n. 903, *ibid.*, p. 357 (*massima*).

<sup>363</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 8 luglio 1977, n. 3037, nella stessa rivista, 1978, II, p. 183.

<sup>364</sup> Dalla *massima*, sent. 8 luglio 1977, n. 3037, cit., p. 182.

Il principio fu immediatamente riaffermato con altra sentenza<sup>365</sup>, invero molto elaborata, ma subito dopo, con calzanti argomentazioni contrarie, di nuovo negato, sempre dalla prima sezione civile della cassazione<sup>366</sup>. Sicché il potere di cui si discute (d'impugnare le sentenze che dichiarino l'efficacia o l'inefficacia di pronunce estere di divorzio) è soggetto, secondo l'ultima sentenza, ai «limiti fissati dall'art. 5, 3° comma, citata legge, ... e, pertanto, va riconosciuto esclusivamente per i capi... relativi agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci»<sup>367</sup>.

Dev'essere chiarito (v. par. 17) che si condivide pienamente questa tesi. Da una parte, in relazione ai punti qui ricordati, non dice nulla l'argomento fondato sul rilievo che le sentenze di divorzio pronunciate nello Stato, ai sensi della legge n. 898/70, non esauriscono le sentenze «relative a cause matrimoniali», di cui al terzo (e quarto) comma dell'art. 72 c. p. c.; dall'altra nemmeno è probante un'esile citazione dei lavori preparatori quando la stessa interpretazione logica, nel suo insieme, induce a pensare il contrario. Alfine, ma solo perché così risulta più convincente, l'interpretazione letterale.

Certo, l'art. 5, 3° comma, l. d. non fa diretto riferimento «alle sentenze pronunciate all'estero»; tuttavia, come ribatte cass. 4061/77, se il legislatore «avesse voluto veramente introdurre una disciplina differenziata e discriminare le sentenze in ragione della loro provenienza dai giudici, nazionali o da quelli esteri, avrebbe richiamato espressamente soltanto il comma 3° dell'art. 72 (che riguarda le pronunce emesse in Italia), lasciando così in vigore il comma 4° dello stesso articolo (concernente le pronunce emesse all'estero)»<sup>368</sup>. Il testo della disposizione, invece, per l'espressione «ai sensi dell'art. 72 del codice di procedura civile», non può che essere collegato con tutta la disciplina pertinente, quindi con il terzo e quarto comma, in più —si badi— con il quinto, il quale recita: «Nelle ipotesi prevedute nei commi terzo e quarto, la facoltà d'impugnazione spetta tanto al pubblico ministero presso il giudice che ha pronunciato la sentenza, quanto a quello presso il giudice competente a decidere sull'impugnazione».

Va sottolineato che nella locuzione «cause matrimoniali» dell'art. 72 son comprese le cause di nullità, mentre l'art. 5, 3° comma, riguarda unicamente il potere d'impugnazione del p. m. in materia di divorzio. Ciò significa che per tali cause la disciplina non è mutata.

Sembra inutile andare oltre. Rimane il significativo conflitto registrato in seno alla corte di cassazione.

E' interessante notare, in chiusura, che l'impugnazione del pubblico ministero contro le sentenze di cui all'art. 72, 3° e 4° comma, fu introdotta (con

<sup>365</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 28 luglio 1977, n. 3361, *ibid.*, p. 147 e ss.

<sup>366</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 24 settembre 1977, n. 4061, *ibid.*, pp. 126-131.

<sup>367</sup> *Massima*, sent. 24 settembre 1977, n. 4061, cit., p. 126.

<sup>368</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 24 settembre 1977, n. 4061, cit., p. 128. Sarebbe stato, però, più esatto dire "...lasciando così salvo" al posto di "lasciando... in vigore", giacché i termini usati fanno pensare alla piena abrogazione attuale del comma 4° dell'art. 72, cosa che non è, come si ribadirà avanti nel testo.

legge 30 luglio 1950 n. 534) anche per ovviare alle interpretazioni non ortodosse di alcune corti d'appello, ad esempio quella di Torino nel secondo dopoguerra<sup>369</sup>, in tema di delibazione di sentenze straniere di scioglimento del matrimonio. Tale delibazione, peraltro, era comunemente ammessa, prima dell'entrata in vigore della l. 898 del 1970, «solo allorché entrambi i coniugi avessero la cittadinanza straniera ed il matrimonio non fosse stato celebrato in Italia col rito concordatario»<sup>370</sup>.

Con l'art. 5 (3° comma) cessa dunque, e non a sproposito, quella sottintesa funzione di difesa dell'indissolubilità del vincolo, attribuita al pubblico ministero dalla legge del '50, legata al potere eccezionale d'impugnazione di cui s'è trattato.

25. La riscontrata tendenza del legislatore a porre problemi di competenza dell'internazionalista è comprovata dall'art. 3 n. 2 lett. e), inoltre dall'art. 4, 1° comma, della legge Fortuna-Baslini, come si evince dagli accenni già fatti nel delineare le cause ed il procedimento di divorzio<sup>371</sup>.

Non si crede d'abbandonare, per il commento di tali articoli, il metodo, generalmente adottato, d'esporre i singoli temi riguardanti l'oggetto della monografia curando di lasciar ampio spazio al lettore nella valutazione delle conseguenze, anche giuridiche, man mano evidenziate.

Prima di passare alle disposizioni in questione, è tuttavia opportuno affrontare, usando lo stesso metodo, un argomento obbligato in tema di delibazione di sentenze estere di divorzio, relativo a quel necessario effetto della legge n. 898/70 costituito dalla decisa flessione (o dalla sostanziale eliminazione, *dal venir meno*, a seconda delle varie opinioni) del principio, «ritenuto di ordine pubblico internazionale, dell'indissolubilità del matrimonio, quale sancito dall'art. 149 cod. civ.»<sup>372</sup> anteriormente alla sua modificazione.

Giusta l'art. 797 c. p. c., la corte d'appello dichiara l'efficacia nella repubblica della sentenza straniera quando accerta, a prescindere dagli altri requisiti di legge, che la sentenza medesima non contiene disposizioni contrarie all'*ordine pubblico italiano*, consistente nei «principi fondamentali della nostra legislazione e della nostra civiltà»<sup>373</sup> ovvero consistente, come pure e non solo si dice, «nel complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico e nei principi inderogabili che sono immanenti nei più importanti istituti giuridici»<sup>374</sup>.

Ora, in materia di divorzio, la cassazione ritiene salvi i sopra ricordati

<sup>369</sup> «...finché... fu presieduta da quel convinto e pugnace sostenitore del divorzio che fu Peretti-Griva» (A. MARONGIU: *Divorzio-Storia dell'istituto*, cit., p. 500).

<sup>370</sup> A. F. PANZERA: *Delibazione di sentenze straniere di divorzio nei confronti di cittadini italiani e cause di scioglimento del matrimonio*, cit., p. 405 e s. V. par. 6 a nota 104.

<sup>371</sup> V. par. 16 (in fine) e par. 17 (a principio): *ivi* il contenuto delle due disposizioni.

<sup>372</sup> A. F. PANZERA: *Op. cit.*, p. 406.

<sup>373</sup> Appello Roma, 8 novembre 1974, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 2, p. 939.

<sup>374</sup> Corte di cassazione, 7 maggio 1976, n. 1593, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 1126.

principi<sup>375</sup> quando la sentenza straniera, ancorché fondata su cause differenti da quelle previste dalla legge dello Stato, abbia pronunciato lo scioglimento del matrimonio, nei confronti di cittadini italiani, a seguito d'accertamento dell'irreversibile frattura della comunione materiale e spirituale fra i coniugi, in conformità di corrispondenti atti normativi dello Stato estero, che facciano carico all'organo giudiziario di procedere nella direzione indicata<sup>376</sup>.

Per converso, alcune magistrature non pongono l'accento su quest'indagine relativa alla comunione di vita. Ferma l'irrilevanza dell'identità dei motivi, si ravvisa un contrasto con l'ordine pubblico nei casi in cui il divorzio, «anche se effettuato tra cittadini italiani», si basi sulla mera volontà di uno dei coniugi (ripudio unilaterale), sulla mancanza di affetto, l'incompatibilità di carattere, ecc.<sup>377</sup>.

Un altro orientamento, sicuramente da respingere, reputa infine che «le sentenze di divorzio pronunciate all'estero tra cittadini italiani sono contrarie all'ordine pubblico qualora le stesse siano state emesse per cause diverse da quelle previste dalla legge n. 898 del 1970»<sup>378</sup>, unici sintomi, dunque, dai

<sup>375</sup> Identificati "...nei valori essenziali che le norme costituzionali ed ordinarie tendono a tutelare nell'istituto del matrimonio, come quello della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, della unità familiare, intesa come stabile comunione spirituale e materiale tra i componenti della famiglia, della responsabilità degli stessi in ordine agli impegni liberamente assunti per detta società naturale" (Corte di cassazione, 7 maggio 1976, n. 1593, cit., p. 1128). E' da avvertire, per la comprensione del brano qui riprodotto, che, ovviamente generalizzando, per coloro i quali difendono, in Italia, l'istituto disciplinato dalla legge che si commenta, "dissolubilità del vincolo non è... sinonimo di instabilità; il divorzio non mira a togliere la stabilità del matrimonio ma a tutelare la stabilità del vincolo, il divorzio sta a significare che l'unione coniugale è un'unione volontaria che richiede responsabilità e una costante volontà di vivere insieme all'altro coniuge l'esperienza familiare" (così, sinteticamente, S. RUNFOLA TESTINI: *La separazione con addebito tra diritto e processo*, cit., p. 87 — nota 5—).

<sup>376</sup> Corte di cassazione, 12 gennaio 1977, n. 154, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1977, p. 131; 8 luglio 1977, n. 3037, cit., p. 186. Per Cass. 28 luglio 1977, n. 3361, cit., p. 153, è necessario valutare se "le statuizioni contenute nella decisione straniera riguardo a cittadini italiani si riferiscano... a cause collegate a precise e gravi circostanze obiettive, come base per l'accertamento giudiziale dell'irrimediabile disfacimento della comunione spirituale e materiale della famiglia, e comunque a cause che trovino sostanziale rispondenza nelle fattispecie di divorzio previste dall'ordinamento giuridico italiano". Conforme, in precedenza, anche Cassazione, 7 maggio 1976, n. 1593, cit., p. 1129. V. Ead., 14 maggio 1975, n. 1859, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, p. 1954 (sostanziale rispondenza). La cassazione, inoltre (ad esempio 7 maggio 1976, cit.), ritiene che la delibazione vada rifiutata, a parte "i casi in cui essa deve escludersi, per motivi di ordine pubblico internazionale, anche riguardo a cittadini stranieri, quando la sentenza estera abbia pronunciato il divorzio di un matrimonio di cittadini italiani per cause non legislativamente predeterminate, accertate con procedimenti privi delle garanzie processuali accolte dal nostro sistema o con fraudolenta violazione dei criteri di collegamento previsti anche da norme internazionali" (*loc. cit.*).

<sup>377</sup> Cfr. Appello Roma, 8 novembre 1974, cit., p. 939 e s. Prefigura lo stesso genere d'ipotesi, ostante alla delibazione di sentenze straniere, in un caso di divorzio fra un cittadino italiano e una cittadina olandese di origine, divenuta italiana a seguito del matrimonio, pure Appello Lecce, sent. del 14 febbraio 1972 (vedine il testo in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1972, p. 842 e ss.).

<sup>378</sup> Così, nel mettere a fuoco la questione, Corte di cassazione, sez. I civ., 28 luglio 1977, n. 3361, cit., p. 151.

quali sarebbe lecito dedurre l'irrimediabile disgregazione del consorzio coniugale<sup>379</sup>.

Le opinioni esposte sembrano sufficienti ad inquadrare la situazione, non senza aggiungere, però, che in Italia, oggi, quasi tutte le sentenze di divorzio straniere vengono di fatto deliberate, al di là dei criteri di volta in volta accolti.

In riguardo di essi, e con riferimento alle ipotesi della «mancanza di affetto», «incompatibilità di carattere»..., sopra menzionate, mette conto soffermarsi sull'inciso «anche se effettuato tra cittadini italiani», di cui alla prima sentenza in corrispondenza citata<sup>380</sup>.

Va notato, a questo proposito, che l'art. 3 n. 2 lett. e) della legge n. 898 del 1970 ha notevolmente influito, modificandolo, sul nostro ordine pubblico in campo matrimoniale.

La fattispecie, difatti, non pone alcun limite, in merito alla possibilità di pronunciare il divorzio, ai tribunali italiani, tant'è vero che i pratici consigliano di non instaurare il giudizio di delibazione in presenza dei casi in cui essa è applicabile.

Ne dovrebbero discendere convinzioni conformi almeno in tema di delibazione di sentenze estere di divorzio tra stranieri.

Il ragionamento, comunque, vale altresì per quelle nei confronti di italiani, giacché —è bene precisare— se vi sono dei casi in cui, sulla base di un provvedimento estero, quantunque «assunto come mero presupposto di fatto»<sup>381</sup>, ogni ipotesi di divorzio finisce con l'acquistare implicita rilevanza per l'ordinamento italiano, non si può non ammettere che il detto ordine pubblico matrimoniale abbia subito l'influsso rilevato, proporzionale all'entità del fenomeno in questione.

Ciò sarebbe vero —è stato affermato— partendo dal presupposto dell'automatismo del divorzio, dato che solo in questo caso si giustificerebbe che,

<sup>379</sup> In tal senso, Corte d'appello di Milano, 14 dicembre 1973, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1975, p. 830 —“...La diversa durata del periodo di separazione sancita dai due ordinamenti (italiano e belga) non rileva ai fini del quesito che ne occupa, poiché, trattandosi di cittadini stranieri, la presente indagine si riferisce unicamente ai principi informatori del nostro sistema e, sotto questo aspetto, la validità delle argomentazioni fin qui svolte non sembra possa essere contestata” (ammissibilità della delibazione di sentenza estera di divorzio per mutuo consenso, data “la necessaria durata biennale del matrimonio, il congruo periodo di riflessione, il ripetuto intervento del magistrato ed il periodo di separazione” richiesti dalla legge belga)—. V., circa un caso di divorzio ottenuto all'estero in matrimonio misto, diffusamente, ancora Appello Milano, 6 dicembre 1974, *ibid.*, pp. 831-838.

<sup>380</sup> Appello Roma, 8 novembre 1974, cit., p. 939 (nota 377). All'incontro, la Corte d'appello di Torino, 25 gennaio 1972, in un caso di divorzio pronunziato a Londra per adulterio tra una cittadina italiana di origine, divenuta inglese *iure matrimonii*, ed un cittadino inglese, s'era limitata ad affermare, lasciando supporre la formulazione di un principio valido per tutti i divorzi decisi all'estero, che “il provvedimento delibando non è contrario all'ordine pubblico, atteso che l'istituto dello scioglimento del matrimonio per cause diverse dalla morte è stato introdotto in Italia...” (v. la sentenza in *Giurisprudenza italiana*, 1974, I, 2, p. 187 e ss.). Nel senso dell'accettabilità di qualsiasi motivo di divorzio, in un caso di pronuncia estera fra italiani, v. Appello Bari, 6 ottobre 1971, in *Le corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1972, p. 13 e ss. (nota di dissenso di A. ROTTOLA).

<sup>381</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 28 luglio 1977, n. 3361, cit., p. 153.

in sede di deliberazione, sia riconosciuta l'irrilevanza del motivo per cui il giudice straniero dichiarò sciolto il matrimonio<sup>382</sup>.

L'argomento non è privo di valore intrinseco. Tuttavia, qualora si condiscutano i dubbi espressi in merito alla realizzabilità dell'accertamento sulla cessazione e l'impossibilità di ricostruzione della comunione materiale e spirituale fra coniugi<sup>383</sup>, risulterà chiaro che tale argomento fa da base a una tesi<sup>384</sup>, accolta pure dalla cassazione (*retro*), che s'inquadra fra quelle analoghe, in virtù delle quali sarebbe lecito pensare che il divorzio quasi non esiste nella legislazione italiana, mentre tutto è cambiato, ad eccezione della mentalità di molti fra gli interpreti formati in regime di indissolubilità (par. 19).

Se si riguarda la legge cercando di superare questa mentalità, che poi appartiene anche a chi scrive, si è in grado di valutar meglio le conseguenze dell'introduzione del divorzio.

A prescindere da ciò, si consideri «l'apertura alla varietà delle cause di rottura..., implicita nel sistema che collega separazione e divorzio»<sup>385</sup>, specialmente oggi, dopo la riforma della prima; il fatto che, in realtà, il decorso del tempo è, tutto sommato, un «termine di attesa»<sup>386</sup>; si considerino, infine,

<sup>382</sup> Così A. F. PANZERA: *Delibazione di sentenze straniere*, cit., p. 411.

<sup>383</sup> Scriveva lo Jemolo, in epoca antecedente all'entrata in vigore della l. n. 898/70: «Alle ipotesi che più ai divorzisti apparivano pietose e degne di rimedio (il coniuge pazzo o condannato all'ergastolo) si va sovrapponendo per frequenza (e probabilmente più si sovrapporrà se sempre più s'infittiranno le relazioni fra i popoli) quella dell'italiano e dell'italiana che sposa uno straniero appartenente a Paese divorzista; in caso d'insuccesso del matrimonio, questi torna al suo Paese, si ricostituisce una famiglia legittima, senza alcuna nota di riprovazione nell'opinione pubblica: l'italiano resta vincolato. E' il caso più iniquo, dove non si possono addurre le ragioni etiche che è dato portare a contrastare lo scioglimento del vincolo per l'infermità mentale o la condanna dell'altro coniuge» (A. C. JEMOLO: *Divorzio-Ordinamento italiano*, cit., p. 510). Si può effettivamente convenire sul punto, con la precisazione, però, che si tratta dell'unico caso per il quale non esiste valida risposta sul piano umano-sociale, lasciando evidentemente da parte quello religioso-naturale e, perfino, il piano giuridico. Ma proprio per questo, per la gravità e la specialità del caso che ci occupa, è lecito pensare che, nell'applicazione della fattispecie di cui all'art. 3, n. 2, lett. e), non vi sia spazio per la temuta "discrezionalità" del giudice, cioè che la valutazione sulla disgregazione della comunione di vita l'abbia, una volta per tutte (bene o male, nei termini prescelti), compiuta il legislatore, senza tuttavia che tale singola e singolare eccezione (l'altro caso, l'inconsumazione del matrimonio —v. nota 321—, in realtà dà luogo a dubbi solo apparenti) possa inficiare la validità (formale) della tesi —qui difesa dal punto di vista meramente interpretativo (par. 18)— del c. d. non automatismo del divorzio.

<sup>384</sup> A. F. PANZERA: *Op. cit.*, pp. 411-414. «Deve ritenersi (conclude l'autore) che il riconoscimento di sentenze straniere di divorzio nei confronti di cittadini italiani possa aver luogo —nel concorso, beninteso, degli altri ordinari presupposti— nei casi in cui la pronuncia straniera risulti fondata sull'accertamento dell'impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione spirituale e materiale fra i coniugi e quindi che la causa per cui il divorzio è stato pronunciato all'estero assume rilevanza solo quale indice dell'impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione medesima. Ciò importa che la mancanza di identità fra la causa per cui il divorzio è stato pronunciato all'estero e una delle cause di cui all'art. 3 della legge 1 dicembre 1970 n. 898 non è di per sé sufficiente a negare la deliberazione della sentenza straniera, dovendosi accertare a tal fine che la diversa causa posta a base di quest'ultima sia inidonea a rivelare l'impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione coniugale» (p. 413 e s.).

<sup>385</sup> P. ZATTI: *La legge sul divorzio: contenuto e spunti problematici*, cit., p. 38.

<sup>386</sup> Corte di cassazione, sez. I civ., 22 giugno 1978, n. 3086, cit., p. 2186.

gli aspetti della legge incoerenti con l'idea di base (divorzio-rimedio), vicini ad altre idee (divorzio consensuale; divorzio-sanzione) e perfino, ma non si vuole calcare le parole sul punto, a quella del divorzio-ripudio<sup>387</sup>.

Se le cose stanno così —inoltre si vuol insistere sul dato della piuttosto facile delibazione di pronunce straniere di divorzio, a prescindere dalla diversità delle tesi addotte a sostegno delle rispettive motivazioni—, varrebbe la pena di riconoscere, candidamente, che l'ordine pubblico costituisce oramai, tranne casi estremi, difficilmente inquadrabili nella genuina figura dello scioglimento del matrimonio, una barriera solo formale *in subjecta materia*.

Ricollegandosi alla sua giurisprudenza, dopo una lunga premessa (che non si condivide) sull'inderogabilità della legge nazionale in un caso di sentenza estera di divorzio fra una cittadina svizzera (attrice) e un cittadino italiano per causa non ammessa da tale legge, la corte d'appello di Milano ritenne possibile la delibazione della sentenza *de qua* sotto il profilo dell'art. 3 n. 2 lett. e) della legge n. 898 del 1970. Sul fondamento delle seguenti osservazioni: «...la reiezione della pretesa... nonostante sussista una situazione che legittimerebbe una pronuncia di divorzio da parte del giudice italiano, importerebbe, da una parte, quella inutile reiterazione di giudizi che il legislatore patrio al pari di quelli esteri vuole evitare, e postulerebbe, dall'altra, una concezione inesatta del concetto di ordine pubblico. Esso, come è ormai noto, tende ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali preposti al nostro sistema. Ora, se si procede al vaglio della situazione posta in essere dalla sentenza in esame con tale parametro, appare evidente che si introduce con l'*exequatur* una fattispecie già codificata come possibile *causa petendi* di una domanda di divorzio. Lo scioglimento specifico è, in altri termini, per implicito riconosciuto in Italia poiché esso può, di per sé, e senz'alcun esame ulteriore, fare ottenere un provvedimento di uguale contenuto dai tribunali italiani. Non si vede, allora, per quale motivo il riconoscimento espresso e diretto, solo perché tale, debba essere qualificato contrario ai postulati del sistema nella soggetta materia»<sup>388</sup>.

Questa parte della sentenza si adduce al fine di consentirne il confronto col ragionamento svolto, in prospettiva diversa, intorno alla stessa disposizione del citato art. 3.

Per quel che concerne, da ultimo, i matrimoni canonici trascritti, è stato osservato che, parlando la legge di cessazione degli effetti civili, «lo Stato non potrebbe in nessun caso delibare... sentenze straniere di divorzio» che li riguardino<sup>389</sup>.

Sarebbe inutile andar in là, dopo aver annotato che le cose vanno altri-

<sup>387</sup> Analogamente P. ZATTI: *Op. cit.*, p. 42.

<sup>388</sup> Corte d'appello di Milano, 6 dicembre 1974, cit., p. 839 (alla premessa di cui sopra nel testo si riferiscono le pagg. indicate alla nota 379 a proposito della medesima pronuncia, ora di nuovo in considerazione).

<sup>389</sup> R. BACCARI: *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico*, cit., p. 98. *Contra*, P. COLELLA: *Riflessi della legge sul divorzio in tema di delibazione in Italia delle sentenze straniere di scioglimento del vincolo matrimoniale*, in *Studi sul divorzio*, cit., p. 463 e ss.



menti, se l'acuta riflessione, così modestamente esposta, non desse il via ad ulteriori considerazioni, le quali, a loro volta, s'aggiungono alle altre, del medesimo genere, che s'incontrano nel testo e nelle note del presente studio, specialmente nella sua parte seconda.

Invero, il fatto che le sentenze straniere in oggetto sono deliberate rivela, in modo ancor più chiaro, l'artificiosità della distinzione fra scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio (artt. 1-2), «giacché —si è ben detto— il *petitum* e l'oggetto della pronuncia giudiziale sono in ambedue i casi lo scioglimento del vincolo matrimoniale»<sup>390</sup>.

Al senso di tale precisazione tecnica, di facile acquisizione (giacché quanto ora riferito appunto comporta l'altra distinzione già nota fra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto), s'oppone il titolo della legge «Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio» (par. 6).

Chi voglia esaminare l'odierno problema delle competenze ecclesiastica e civile alla luce della conoscenza storica, si accorgerà che di questo precisamente si tratta, cioè lo Stato scioglie, per quanto lo riguarda, anche i matrimoni canonici, onde pure la varietà dei termini qui adoperati per esprimere, sempre, lo stesso concetto e, viceversa, l'inutilità dell'accorgimento usato (cessazione degli effetti civili), volto in sostanza, ai nostri occhi, a dimostrare il contrario.

26. Per la dichiarazione d'efficacia nello Stato della sentenza straniera, oltre all'assenza di contrasto delle disposizioni in questa contenute con l'ordine pubblico —art. 797, 7) c. p. c.—, la corte d'appello deve accertare: «1) che il giudice dello Stato nel quale la sentenza è stata pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano».

Prima della legge disciplinante i casi di scioglimento del matrimonio, per principi sulla *competenza giurisdizionale* e, quindi, *internazionale* applicabili, s'intendevano quelli di cui all'art. 4 c. p. c.<sup>391</sup>.

Dopo l'entrata in vigore della sopra detta legge, una serie di considerazioni discutibili —che saranno parzialmente ricordate in seguito— ha in-

<sup>390</sup> C. PUNZI: *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, cit., p. 393 (nota 1).

<sup>391</sup> Art. 4 c. p. c.: *Giurisdizione rispetto allo straniero*. — Lo straniero può essere convenuto davanti ai giudici della Repubblica: 1.º se quivi è residente o domiciliato anche elettivamente, o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 67, oppure se ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero; 2.º se la domanda riguarda beni esistenti nella Repubblica o successioni ereditarie di cittadini italiani o aperte nella Repubblica, oppure obbligazioni quivi sorte o da eseguirsi; 3.º se la domanda è connessa con altra pendente davanti al giudice italiano, oppure riguarda provvedimenti cautelari da eseguirsi nella Repubblica o relativi a rapporti dei quali il giudice italiano può conoscere; 4.º se, nel caso reciproco, il giudice dello Stato al quale lo straniero appartiene può conoscere delle domande proposte contro un cittadino italiano. Devesi tuttavia osservare —come ben diceva il Satta— che tale articolo "non trova integrale applicazione" in sede di deliberazione, "perchè si esclude dai criteri di competenza la reciprocità, e si ammette l'accettazione soltanto nei limiti in cui non incida nel divieto di deroga alla giurisdizione italiana stabilito dall'art. 2" (S. SATTA: *Diritto processuale civile*, Padova, 1959, p. 625).

dotto parte della dottrina e, principalmente, della giurisprudenza a mutare opinione.

La stessa corte di cassazione —sezioni unite, 27 marzo 1975, n. 1155<sup>392</sup>; sezione semplice, 5 aprile 1976, n. 1170<sup>393</sup>— ha ritenuto di poter confermare l'operatività, in materia di divorzio, di alcuni criteri speciali di giurisdizione, la cittadinanza italiana dell'attore e la sua residenza in Italia, desunti dagli artt. 3 n. 2 lett. e) e 4, 1° comma, legge 1 dic. 1970, n. 898<sup>394</sup>.

Una precedente sentenza della cassazione —sezioni unite, 15 luglio 1974, n. 2126<sup>395</sup>— appare invero di avviso contrario all'orientamento ora menzionato limitatamente all'art. 4, 1° comma, cit.; ma c'è chi ha affermato che «le enunciazioni e la motivazione della sentenza non sembrano escludere che tale disposizione legislativa possa porre, oltre ad un criterio di competenza, un criterio di giurisdizione speciale, concorrente con quelli generali dell'art. 4 cod. proc. civ.»<sup>396</sup>.

A prescindere dal primo orientamento surriferito, registrato in sede di giurisprudenza di legittimità, quella di merito s'era già avviata, come s'è detto, nell'identica direzione.

Esistono, infatti, corrispondentemente all'oggetto dei due pronunciati del supremo collegio, alcuni precedenti, «anche se... non del tutto significativi»<sup>397</sup>, tendenti ad assumere come criterio speciale di giurisdizione, traendolo appunto dall'art. 3 n. 2 lett. e), la cittadinanza italiana dell'attore. Altri, forse ancor oggi inediti<sup>398</sup>, si riferiscono, congiuntamente, alla cittadinanza italiana, sempre dell'attore, ed alla sua residenza in Italia.

Quanto al terzo indirizzo, infine, poiché esso è il più cospicuo per numero di giudicati e, probabilmente, anche il più emblematico, merita d'essere qui particolarmente considerato in tema di conseguenze giuridiche dell'introduzione del divorzio in Italia.

Secondo tale consolidata giurisprudenza, in specie del tribunale di Milano, la residenza in Italia dell'attore è criterio di per sé idoneo a consentire, autonomamente, il valido esercizio della giurisdizione italiana in tema di scioglimento del vincolo matrimoniale<sup>399</sup>.

<sup>392</sup> V. la sentenza, già cit., in *Il diritto ecclesiastico...*, 1977, II, p. 370 e ss.

<sup>393</sup> Vedila in *Rivista di diritto internazionale*, 1976, p. 829 e ss.

<sup>394</sup> V. il par. 25, inizio, nonché le parti dello scritto oggetto del rinvio effettuato alla nota 371, che s'intendono qui di nuovo richiamate anche per il contenuto delle disposizioni di cui sopra.

<sup>395</sup> In *Rivista di diritto internazionale*, 1975, p. 781 e ss.

<sup>396</sup> R. PISILLO MAZZESCHI: *Sulla giurisdizione italiana in materia di divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, p. 321 (v., in particolare, la nota 48, *op. cit.*, p. 321 e s., ove l'A. dà ragione del suo convincimento). *Contra*, rammentando anche l'opinione dello Zucconi Galli Fonseca, "estensore della sentenza n. 1155 del 1975", V. STARACE: *Giurisdizione italiana e domande di divorzio fondate su divorzio pronunciato all'estero*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1976, p. 768.

<sup>397</sup> V. STARACE: *Op. loc. cit.*

<sup>398</sup> "...costituiti dalle sentenze... della Corte d'appello di Roma, 17 luglio 1972 e 26 agosto 1972, citate dalla sentenza della stessa Corte 14 aprile 1973, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 132 ss." (così V. STARACE: *Op. cit.*, p. 768 e s.).

<sup>399</sup> Cfr.: Tribunale di Milano, 20 dicembre 1971, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1973, p. 423 e ss.; 27 marzo 1972, *ibid.*, p. 433 e ss.; 13 marzo

Si adducono, in particolare, le seguenti argomentazioni.

A) L'art. 4 della legge «non reca alcun titolo..., dimodoché, in difetto di distinzioni di sorta, non può escludersi che nell'intenzione del Legislatore esso abbia ad adempiere ad una duplice funzione, di regolare cioè ad un tempo la giurisdizione e la competenza». B) «E'... improbabile che il Legislatore, nell'atto in cui affrontava la creazione di un istituto mai prima d'ora sancito nell'ordinamento nazionale, ... abbia trascurato un problema che non è per nulla secondario e marginale». C) Non esiste antinomia nel fatto che una medesima norma «regoli insieme la giurisdizione e la competenza» e si cita a conferma l'esperienza germanica. D) «...la costruzione proposta è l'unica che consente di pervenire ad una pronuncia nel merito allorché il cittadino straniero convenuto in giudizio trascuri —e così accade di frequente— di costituirsi in esso: il che soprattutto avviene allorquando abbia già conseguito all'estero lo scioglimento o l'annullamento, onde non ha alcun interesse al processo analogo che si svolge in Italia».

E) Ulteriore prova sarebbe data dal «carattere organico ed autonomo della nuova legge, anche sotto il profilo processuale», onde, significativamente, «il difetto del foro alternativo del domicilio del convenuto sancito invece in materia di separazione personale dei coniugi dall'art. 706 cod. proc. civ.»; che dimostra —si aggiunge— «il consapevole intendimento del legislatore di creare disposizioni del tutto peculiari per il nuovo istituto, in coerente, necessaria relazione con le finalità perseguite».

F) La tesi della giurisprudenza secondo cui l'art. 4, 1 comma, legge n. 898/70 provvede a disciplinare sia la competenza c. d. interna che la giurisdizione potrebbe invero apparire quasi convincente attraverso l'argomento, tuttavia non bastevole, per il quale, altrimenti, la suddetta norma sarebbe «un inutile duplicato» dell'art. 18 c. p. c., che, «stabilendo al secondo comma come foro sussidiario generale quello del luogo di residenza dell'attore, già regolamenta la competenza territoriale in modo identico all'art. 4 della legge n. 898». Quest'ultimo articolo, perciò, dovrebbe rappresentare qualcosa di diverso: dovrebbe, cioè, regolare proprio la competenza giurisdizionale, oltre naturalmente a quella interna, «mediante un criterio speciale», costituito precisamente «dalla residenza in Italia di uno dei due coniugi»<sup>400</sup>.

1972, nella stessa rivista, 1974, p. 166 e s.; Tribunale di Bari, 16 febbraio 1973, in *Le corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1973, p. 49 e ss. (con nota adesiva di A. F. PANZERA); Tribunale di Milano, 7 gennaio 1974, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, p. 324 e s.; 28 febbraio 1974, *ibid.*, p. 520 e ss.; 18 marzo 1974, n. 2247, *ibid.*, p. 322 e s.; 18 marzo 1974, n. 2273, *ibid.*, p. 332 e ss.; 16 aprile 1974, *ibid.*, p. 528 e s. Più recentemente, a conferma del perdurare del medesimo indirizzo, Tribunale di Milano, 19 maggio 1977, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1977, p. 1238 e ss.

<sup>400</sup> Per le argomentazioni di cui alle lettere A-B-C-D, v. Tribunale di Milano, 20 dicembre 1971, cit., p. 426. Per quella *sub* lettera E, v. Tribunale di Milano, 18 marzo 1974, n. 2273, cit., p. 333 ed, altresì, Tribunale di Bari, 16 febbraio 1973, cit., p. 50. Per l'opinione di cui alla lettera F, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI: *Op. cit.*, p. 318 e s. (con riferimenti alla giurisprudenza ed anche bibliografici).

Se, quindi, si accettasse che l'art. 4, primo comma, della legge n. 898/70 si pone in posizione cumulativa rispetto all'art. 4 del cod. proc. civile, conformemente agli orientamenti segnalati, il nuovo criterio di giurisdizione, nei confronti dello straniero, creato dall'art. 4, 1 co., sarebbe costituito dalla residenza in Italia del ricorrente, giacché l'art. 4 cod. proc. civ. prevede, al n. 1), il criterio della residenza in Italia del convenuto.

Con gli opportuni adattamenti —com'è noto, scambiando i termini della formula, alla stregua di quanto avviene per le disposizioni dell'art. 4 cod. proc. civ.—, il criterio speciale di giurisdizione individuato dovrebbe funzionare anche quale criterio di competenza internazionale del giudice straniero al fine della dichiarazione d'efficacia in Italia di sentenze estere di divorzio.

In altri termini, il giudice dello Stato nel quale è stata pronunciata la sentenza, nei confronti di un cittadino italiano, dovrebbe essere reputato capace di conoscere della causa, secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano (art. 797 c. p. c., n. 1), allorché il ricorrente risieda all'estero e purché, naturalmente, si tratti di domanda di divorzio.

Quanto dedotto in ordine all'art. 4, 1 comma, l. d., ed in riferimento all'art. 797 n. 1 c. p. c., non sembra sia stato finora affermato in giurisprudenza, sebbene costituisca l'applicazione di un principio, che si ritiene generale *in subjecta materia*, ben delineato dalle sezioni unite della cassazione e, poi, anche dalla corte d'appello di Roma a proposito dell'art. 3 n. 2 lett. e), per le quali la cittadinanza dell'attore è non solo criterio di giurisdizione del giudice italiano ma anche, correlativamente, di competenza internazionale di quello straniero <sup>401</sup>.

Come ben si vede, si è giunti, nell'esplicazione di una tesi che non si condivide, alla determinazione del suo punto terminale logico, rappresentato dallo sconvolgimento dell'odierno assetto della competenza giurisdizionale e internazionale del giudice in tema di divorzio.

Per soffermarci su alcune delle critiche mosse avverso i nuovi criteri in discussione, mentre è facile ironizzare (a prescindere dalla sua inesattezza) sull'argomento secondo cui «la norma dell'art. 3 n. 2 lett. e) ... troverebbe applicazione in Italia soltanto in rarissimi casi, se dovessero seguirsi i criteri generali di giurisdizione dettati dal codice di procedura civile...» <sup>402</sup>, si può obiettare che, in assenza di «una inequivoca indicazione legislativa in tal senso», non è consentito «elevare a criterio di giurisdizione un presupposto di applicabilità della norma sostanziale», qual'è comunemente ritenuta la cittadinanza italiana dell'attore in rapporto all'art. 3 n. 2 lett. e) della legge n. 898/70 <sup>403</sup>.

Inoltre, quanto alla stessa disposizione, sempre secondo l'autorevole opinione che qui si segue, pur se si condividesse la tesi per cui la cittadinanza dell'attore funziona quale criterio di giurisdizione, si dovrebbe negare che

<sup>401</sup> Corte di cassazione, sez. un. civ., 27 marzo 1975, n. 1155, cit., p. 377 e ss.; Appello Roma, 24 gennaio 1977, *ibid.*, p. 413.

<sup>402</sup> Corte di cassazione, sez. un. civ., 27 marzo 1975, n. 1155, cit., p. 378.

<sup>403</sup> Così V. STARACE: *Giurisdizione italiana e domande di divorzio*, cit., p. 772.

sul medesimo criterio possa fondarsi la competenza internazionale del giudice straniero, atteso che l'art. 3 n. 2 lett. e) ha evidente «carattere di norma speciale» e che, pertanto, non è possibile includerlo fra i «*principi* sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano»<sup>404</sup>.

Circa infine la residenza in Italia dell'attore, trattandosi «di un criterio desunto da una norma sulla competenza interna per territorio —qual'è certamente l'art. 4, 1° comma, della legge n. 898 del 1970—, possono proporsi riguardo ad esso i dubbi e le riserve prospettati in genere circa la possibilità che nel *nostro ordinamento* norme di siffatta natura siano utilizzate per la determinazione della giurisdizione»<sup>405</sup>.

Negata la natura di criterio speciale di giurisdizione alla residenza in Italia dell'attore, ne discende che la sua residenza all'estero non può, ovviamente, essere considerata quale criterio di competenza internazionale del giudice straniero.

Più di tutto preme di rilevare, infine, sul filo logico delle conseguenze dell'introduzione del divorzio, che alla riscontrata cautela, prevalentemente formale, nell'ammettere fattispecie aliene di divorzio, residuo della comprensibile mentalità indissolubilistica di cui si è parlato, corrisponde, per converso, sempre in giurisprudenza, un'ingiustificata apertura in quest'altro specifico settore del diritto processuale civile internazionale<sup>406</sup>, una specie di compenso raggiunto su un terreno all'apparenza neutro, lontano dalla sfera d'influenza dei principi etici o religiosi, governato, così pare generalmente, solo da quelli giuridici<sup>407</sup>.

<sup>404</sup> V. STARACE: *Op. cit.*, p. 774.

<sup>405</sup> V. STARACE: *Op. cit.*, p. 773. Il corsivo non è dell'A.: in risposta, partic., all'argomentazione di cui *retro*, *sub* lettera C (Tribunale di Milano, 20 dicembre 1971, cit., p. 426).

<sup>406</sup> Si notano, tuttavia, diverse resistenze, talvolta interessanti talaltra criticabili. Ad esempio la Corte d'appello di Bari, 29 giugno 1978, n. 375, *inedita*, trovandosi di fronte ad una sentenza di divorzio tedesca, pronunciata dal Tribunale di Heidelberg fra cittadini italiani, dalla quale (come del resto da tutti gli atti) chiaramente risultava che detto tribunale aveva affermato la propria competenza in base al criterio della residenza dell'attrice (convenuta nel giudizio di delibazione) in Germania ovest, pur di non pronunciarsi sulla competenza internazionale del giudice tedesco in base al criterio della residenza dell'attrice (il convenuto, si badi, risiedeva a Parigi), ma non volendo respingere la domanda di delibazione, scelse la strada del travisamento del fatto ed affermò che dalla sentenza delibanda risultava che, «all'epoca del giudizio, entrambe le parti avevano la residenza nello Stato tedesco».

<sup>407</sup> Benché non c'entri con l'argomento qui ora trattato, ma su quel filo logico (poco fa invocato) delle conseguenze, in merito a cui era ed è necessario insistere, si vuol chiudere la terza ed ultima parte di questo studio ponendo l'accento su di una norma circa la quale qualche collega spagnolo che l'abbia già letta potrebbe pensare che nessun problema essa sia in grado di suscitare o abbia suscitato. Si pensa all'art. 10 della legge (mai finora menzionato) dove è stabilito che la sentenza di divorzio, oltre ad esser passata in giudicato, per produrre i suoi effetti dev'essere trascritta nei registri dello stato civile. Ebbene, in tema dei molti problemi sollevati dalla legge n. 898/70 e della sua incidenza sul sistema giuridico, par consentaneo ricordare che perfino in riguardo di questa disposizione è stato possibile dire qualcosa che qui specialmente interessa. Ha scritto, infatti, esattamente il FINOCCHIARO (voce *Matrimonio*, cit., p. 845) che «la dipendenza degli effetti del giudicato dall'annotazione ha introdotto una deroga, difficilmente spiegabile in verità, al principio generale di cui all'art. 2909 c. c.». Sulla questione si è pronunciata la Corte di cassazione, chiarendo —ma senza nulla togliere

## APPENDICE

A) Durante la compilazione del presente lavoro, che resta aggiornato (salvo rare eccezioni) alla fine del '78<sup>408</sup>, quasi contemporaneamente alla firma degli accordi fra Stato spagnolo e S. Sede veniva presentata ai capigruppo parlamentari la quarta bozza di revisione del concordato italiano.

Pur non sembrando che le trattative per la modificazione di quest'ultimo volgano al termine, è opportuno fare un breve confronto, in relazione agli argomenti di cui alla nota 168, fra l'art. 8 della bozza e l'art. VI del recente *acuerdo juridico*.

Fermo il riconoscimento degli effetti civili al matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico, l'efficacia nello Stato dei provvedimenti ecclesiastici è concettualmente modellata, anche per la Spagna, sulla delibazione delle sentenze straniere; comunque non si tratta, nei due testi, di giurisdizione esclusiva e, quanto all'Italia, emerge l'orientamento di limitare tale *possibile* efficacia alle sole sentenze di nullità, con esclusione della dispensa *super rato*, andando perfino oltre, a ben vedere, la tesi dell'atto e del rapporto.

Sempre in ambedue i testi, è da notare che non si fa menzione delle cause di separazione; infine, mentre è riprodotto l'art. 8/3 della terza bozza, l'art. VI, par. 3, dell'accordo giuridico così dispone: «*La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales*».

alla validità di quanto osservato e alla sostanza di quel che con esso si è inteso da parte nostra dimostrare— che “tutti gli effetti della sentenza di divorzio, sia quelli personali che quelli patrimoniali, si producono fra le parti, i loro eredi o aventi causa, dal momento del suo passaggio in giudicato, secondo i principi generali contenuti negli artt. 2908 e 2909 cod. civ., mentre l'annotazione (o meglio, la trascrizione) nei registri dello Stato civile, a norma dell'art. 10 legge n. 898 del 1970, attiene unicamente agli effetti *erga omnes* della pronuncia stessa, in considerazione dell'efficacia meramente dichiarativa, e non costitutiva dello *status* delle persone fisiche, che è propria dei registri dello stato civile, verificandosi in tal caso una scansione temporale tra la decorrenza dell'efficacia *inter partes*, che promana dall'accertamento costitutivo contenuto nel giudicato, e quella *erga omnes*, comportante la opponibilità ai terzi, che deriva dall'effettuazione dei prescritti adempimenti integrativi della pubblicità (dichiarativa)” (Corte di cassazione, sez. I civ., 8 luglio 1977, n. 3038, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1978, II, p. 163 —dalla *massima*—).

<sup>408</sup> Quanto all'appendice, suo scopo è da un lato di prendere in separata considerazione talune modificazioni intervenute dopo la conclusione dei lavori della XVI *semana* spagnola di diritto canonico, avendo come termine ultimo di riferimento la data di pubblicazione degli atti; dall'altro quello, autonomamente determinato, di evidenziare ulteriori aspetti del problema del divorzio, attinenti all'oggetto della trattazione.

Dopo quanto asserito, circa la possibilità di un'identica clausola a proposito dell'Italia prima dell'instaurazione del divorzio, non si può omettere di rilevare che la soluzione adottata è corrispondente all'odierna situazione spagnola, quantunque essa non sia la più conforme al sistema matrimoniale, pienamente facoltativo, introdotto con l'istruzione del 26 dicembre 1978 della direzione generale *de los registros y del notariado*, come in Italia, dove un sistema del genere esiste fin dall'entrata in vigore dei patti del Laterano.

Vero è, difatti, che perfettamente adeguata ad un regime giuridico basato sul principio della libera scelta appare soltanto una disciplina del divorzio ristretta a coloro che celebrano matrimonio civile, a somiglianza del « *anti-guo sistema portugués* ». Così appunto scrive il Portero, a cui sembra, in modo egualmente esatto, che il paragrafo terzo dell'art. VI si collochi, invece, « *en la línea del Protocolo firmado entre la Santa Sede y Portugal en 1975* »<sup>409</sup>.

Questo protocollo e, similmente, l'art. 8/3, rimasto immutato, della terza bozza di revisione del concordato italiano, nonché l'art. VI, par. 3, dell'accordo spagnolo, consentono di registrare un comune atteggiamento di fondo della S. Sede circa il problema del divorzio. Un atteggiamento equilibrato, consapevole della realtà del nostro tempo, ma fermo, coerente e non inutile. Fra le principali differenze, si nota che la S. Sede riafferma, in Spagna, il valore permanente della *sua* dottrina sul matrimonio. L'espressione adottata non è la stessa nel protocollo portoghese e nelle bozze italiane, ponendosi l'accento, nell'uno e nelle altre, sulla dottrina della Chiesa cattolica. Tale differenza non dovrebbe incidere sulla sostanza; giova, tuttavia, segnalare per il suo probabile significato, consistente nell'identificazione della vera dottrina della Chiesa sul matrimonio con quella della S. Sede.

B) L'autore sopra citato ci ha chiesto se, fra le conseguenze giuridiche dell'introduzione del divorzio in Italia, possa includersi un sensibile aumento delle sentenze dichiarative di nullità per esclusione dell'indissolubilità del vincolo.

Ora, è ben noto il collegamento esistente fra questo capo e l'odierno diffondersi della c. d. mentalità divorzistica: trattasi di fenomeno la cui disamina, limitata all'esperienza italiana, non riserva sorprese.

E' opportuno mettere in luce, peraltro, che una siffatta mentalità non porta séco, necessariamente, l'eventuale accusa del matrimonio per il capo in considerazione.

Chi, in conseguenza del suo modo di pensare, ingenerato dalla vigenza del divorzio, desidera ottenere la nullità solo per liberarsi del coniuge e per raggiungere altri obbiettivi, diversi da quelli tutelati dal legislatore canonico, non esita infatti a piegare lo schema normativo al suo scopo, indirizzando l'impostazione della causa nel modo valutato più sicuro, tenuto conto delle circostanze che fanno al caso suo e della disponibilità dei testi.

<sup>409</sup> L. PORTERO SÁNCHEZ: *Constitución y política familiar*, in *El hecho religioso...*, *Trabajos de la XVI semana española de Derecho canónico*, cit., p. 327.

Prova ne sia l'aumento dei giudizi di nullità, sottoposti all'esame dei tribunali ecclesiastici, sui quali grava l'ingiusto sospetto di far concorrenza ai tribunali civili, competenti a pronunciare il divorzio, dimenticando che giudici e avvocati possono pur essi diventare vittime d'inganni, abilmente orditi da persone di pochi scrupoli.

Riflessioni simili hanno spinto il Graziani, in uno studio che ben risponde al quesito del Portero, a porre criticamente in risalto una nuova tendenza, abbastanza consolidata, «che sembra aver abbandonato il criterio del *positivus voluntatis actus*»<sup>410</sup>, «...in quanto l'esclusione dell'indissolubilità del vincolo viene prevalentemente, e talora unicamente, riferita al *falsus conceptus*, il quale, se inveterato e pertinace, conterrebbe implicita la volontà esclusoria»<sup>411</sup>.

In effetti, come chiarisce ed anticipa il medesimo scrittore nella premessa, il dilagare della mentalità divorzistica, «se può fornire la ragione del rilevante numero —in questi ultimi anni cresciuto a dismisura— dei processi di nullità del matrimonio pendenti presso i tribunali ecclesiastici, non vale a spiegare il fenomeno circoscritto al motivo specifico di nullità qui considerato, mentre più plausibile sembra attribuirne la causa ad un certo indirizzo dottrinario e giurisprudenziale che, allontanatosi da alcune salde posizioni..., ha finito col rendere meno ardua la prova della positiva esclusione del *bonum sacramenti*; sicché a questo capo, quasi attraverso un dischiuso canale, vengono di preferenza a convogliarsi le istanze di quanti desiderano liberarsi comunque del legame coniugale, servendosi dell'accusa di nullità in sostituzione o ad integrazione del divorzio civile»<sup>412</sup>.

E' utile precisare che il nominato indirizzo può cogliersi solo mediante un'analisi attenta della giurisprudenza ecclesiastica, ed anche della dottrina, penetrando nel cuore del fatto e delle soluzioni in diritto, nelle quali, conformemente al prescritto del can. 1086 par. 2 —che d'altronde non subirà modificazione veruna in materia—, si continua a ribadire, «con espressioni sostanzialmente analoghe, il principio della giuridica irrilevanza del *falsus conceptus*, se non evase *ex orbe intellectus* per divenire *positiva determinatio voluntatis*»<sup>413</sup>.

C) Nelle more della pubblicazione di questo saggio, destinato a comparire dapprima negli atti del congresso di Murcia ed in seguito nella rivista spagnola *de derecho canónico*<sup>414</sup>, è stata finita la stampa della seconda edizione del libro di L. Barbiera, opera senza dubbio fondamentale per chi vo-

<sup>410</sup> E. GRAZIANI: *Mentalità divorzistica ed esclusione della indissolubilità del matrimonio*, in *Studi in onore di P. A. d'Avack*, vol. II, cit., p. 699.

<sup>411</sup> E. GRAZIANI: *Op. cit.*, p. 694 e s.

<sup>412</sup> E. GRAZIANI: *Op. cit.*, p. 682.

<sup>413</sup> E. GRAZIANI: *Op. cit.*, p. 694. Le parole in corsivo, come nelle tre citazioni precedenti, sono fra virgolette nell'articolo in oggetto.

<sup>414</sup> V. la presentazione del volume *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, *Trabajos*, cit., p. 10.



glia approfondire lo studio del divorzio in Italia dopo la riforma del diritto di famiglia.

E' inutile insistere sui presupposti ideologici che informano il pensiero dell'autore <sup>415</sup>. Qui importa di rilevare, per coloro i quali da parte cattolica siano perplessi in ordine alla valutazione politica del divorzio, così come offerta in alcune delle pagine del presente studio, che, se esatta, essa è l'unica in grado di toglier vigore ad una tesi, intelligentemente sostenuta dal Barbiera, che valorizza il risultato della votazione popolare del 12 maggio 1974 in vista della piena collocazione dell'istituto fra i principi dell'ordinamento italiano.

Si è lieti di trovare conferma, proprio nella recente edizione del suo volume, dell'importanza che assume il referendum per la comprensione della normativa sul divorzio <sup>416</sup>; ma altre considerazioni note, circa il significato di tale strumento di democrazia diretta in regime di partitocrazia, inducono a respingere la tesi sopra enunciata, pur quando si pensi, come noi, che la l. n. 898 del 1970 abbia esercitato un influsso superiore a quello generalmente ritenuto sull'ordine pubblico matrimoniale, sicché esistono, per esempio, limiti solo formali in tema di delibazione di sentenze estere di divorzio per motivi diversi da quelli previsti dalla legge nazionale (par. 25).

D) In merito al referendum è doveroso ricordare, di proposito per ultimo e in appendice, una decisione del pretore di La Spezia, del 7 marzo 1978 <sup>417</sup>, con la quale vennero condannati quattro parroci del luogo ritenuti colpevoli di aver abusato delle proprie attribuzioni (art. 98 d. p. r. del 30 marzo 1957, n. 361, richiamato dalla legge 25 maggio 1970, n. 352) per il solo fatto di aver mantenuto esposti «nelle bussole d'ingresso o nelle bacheche poste nelle chiese loro affidate manifesti contenenti la Dichiarazione dei Vescovi liguri e la Notificazione del Consiglio di Presidenza della CEI, entrambe contenenti chiari inviti a votare in favore dell'abrogazione della legge sul divorzio».

Contro questa sentenza, subito fatta oggetto di critiche vivaci, è stato fra l'altro obiettato che i parroci spezzini si mantennero, invece, precisamente «nell'ambito delle attribuzioni loro proprie, quali appunto nel caso concreto illuminare le coscienze dei fedeli, porli in grado di compiere una scelta libera, cosciente, responsabile, coerente con i principi della dottrina cristiana in materia di unità ed indissolubilità del matrimonio» <sup>418</sup>.

Fra le tante parole scritte, si desidera in particolare sottolinearne alcune di P.A. d'Avack, in un commento reso pubblico quando non si conosceva la

<sup>415</sup> Cfr. la nota 353.

<sup>416</sup> L. BARBIERA: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro Primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1979, p. 51 e s.

<sup>417</sup> In *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1978, II, pp. 305-317 (con note bibliografiche di T. Marvasi).

<sup>418</sup> G. DALLA TORRE: *Ancora sui "parroci con le manette"*, in *Documentazioni di Iustitia*, 30 giugno 1978, 7/8, p. 14 (da *Studi cattolici*, n. 208, giugno 1978).

motivazione della sentenza in questione: «...Ora io voglio augurarmi per il bene del Paese che il pretore abbia avuto torto nel giudicare questo comportamento... quale un comportamento criminoso a tenore della Costituzione, del Concordato e delle nostre leggi. Perché, se viceversa egli avesse avuto ragione nel giudicarlo tale e nel punirlo come un reato, se cioè egli avesse avuto veramente il diritto d'interpretare legittimamente le nostre norme legislative vigenti nel senso da lui giudicato, allora direi che si sta davvero verificando... nel momento presente una anacronistica reviviscenza della più rigida e pericolosa intolleranza in materia religiosa...»<sup>419</sup>.

Fatto, invero, non del tutto fuori discussione, anche tenendo conto di quell'anticlericalismo di base, resistente al mutare dei tempi, dal quale l'Italia non riesce a liberarsi dopo oltre trent'anni di vita democratica<sup>420</sup>.

<sup>419</sup> P. A. D'AVACK: *In pericolo la libertà religiosa?*, in *Documentazioni di Iustitia*, 23 aprile 1978, 5, p. 22 (da *Il tempo* del 22 febbraio 1978).

<sup>420</sup> Sempre nelle more di pubblicazione, durante la correzione delle bozze, è stata divulgata la sentenza di appello del tribunale di La Spezia, 26 gennaio 1979, di riforma della decisione pretorile considerata, ritenendosi che, riguardo al ministro del culto, "... la nozione di abuso debba essere determinata con riferimento all'ordinamento giuridico canonico". L'art. 98 d. p. r. 30 marzo 1957, n. 361, infatti, "non determina gli elementi per i quali all'autore del fatto contemplato compete la veste di ministro del culto e neppure ne indica le attribuzioni. Di qui la necessità di attingere ad altra fonte giuridica i dati presupposti: nella specie, l'ordinamento giuridico canonico, che viene in tal modo a collegarsi con l'ordinamento giuridico statale. La norma incriminatrice, anche senza espresso richiamo, postula l'esistenza di altro ordinamento e delle sue istituzioni. Chiariti tali concetti, ne discende che non abusa delle sue attribuzioni il ministro del culto il quale tratti di materia spirituale, anche se la materia sia oggetto di competizione elettorale". Stabilito poi che il libero esercizio del potere spirituale di cui all'art. 1 del concordato non può superare il limite derivante dall'ordine pubblico (art. 31 delle preleggi) e che è principio generale dell'ordinamento, costituzionalmente protetto, quello della libertà di voto, il tribunale passa ad esaminare la notificazione del consiglio di presidenza della CEI e la dichiarazione dei vescovi liguri, con il risultato d'escludere la sussistenza degli elementi costitutivi del reato mancando l'abuso ma mancando "assolutamente" anche l'altro estremo di questo reato, *l'adoperarsi a vincolare i suffragi*, "perché in nessun modo si coarctisce la coscienza dei fedeli: non espressa indicazione di voto, e, tanto meno una sanzione, sia pure di natura spirituale" (Tribunale La Spezia, 26 gennaio 1979, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1979, II, pp. 343-374, partic. 366-368, 373-374. V. altresì le note di commento di V. MASCIONE: *Diritti di libertà dei cittadini "ministri di culto" e tutela dell'autodeterminazione dell'individuo in materia elettorale* e L. ZANNOTTI: *Reati elettorali dei ministri di culto e principi della Costituzione*, *ibid.*, pp. 343 ss., 351 ss.). Assolvendo i quattro parroci, la sentenza di appello compie opera di sostanziale giustizia. Tuttavia sembra erroneo il riferimento all'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale, il quale ha per destinatario esclusivo il giudice italiano prima d'applicare la legge straniera a cui rinvia una delle norme denominate *di diritto internazionale privato*. Sono frequenti gli equivoci in materia. Non va insieme trascurato il rilievo che sottolinea l'occasione perduta, quella del tribunale di approfondire i profili costituzionali dell'art. 98 in esame prospettando il conflitto tra tale articolo e, segnatamente, l'art. 21 cost. (libertà di manifestazione del pensiero), "proprio come suggeriva, anche se in via meramente ipotetica, la prima sentenza, e risolvere il caso in principio piuttosto che in specie". Il disposto sull'abuso elettorale dei ministri di culto pare inoltre altamente diseducativo nell'attuale ordinamento democratico, "residuo di un periodo storico nel quale lo Stato riteneva di dover proteggere i propri cittadini-elettori anche da minacce di tipo spirituale e di dare rilevanza al fatto che gli ammonimenti del clero sono forniti di particolare efficacia persuasiva" (L. ZANNOTTI: *Op. cit.* pp. 367 e 368).

## TESTI LEGISLATIVI

### *Costituzione della Repubblica italiana*

Art. 7. Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani.

I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

Art. 8. Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

Art. 29. La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

### *Concordato fra la Santa Sede e l'Italia*

Art. 34. Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili.

Le pubblicazioni del matrimonio come sopra saranno effettuate, oltre che nella Chiesa parrocchiale, anche nella casa comunale.

Subito dopo la celebrazione il parroco spiegherà ai coniugi gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti ed i doveri dei coniugi e redigerà l'atto di matrimonio, del quale entro cinque giorni trasmetterà copia integrale al comune, affinché venga trascritto nei registri dello stato civile.

Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici.

I provvedimenti e le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti.

I detti provvedimenti e sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di Appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in Camera di Consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio.

Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile.

*Legge 27 maggio 1929, n. 847, per l'applicazione del Concordato nella parte relativa al matrimonio*

Art. 5. Il matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico, secondo le norme del diritto canonico, produce, dal giorno della celebrazione, gli stessi effetti del matrimonio civile, quando sia trascritto nei registri dello stato civile secondo le disposizioni degli articoli 9 e seguenti.

*Legge 1 dicembre 1970, n. 898. Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*

Art. 1. Il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile, quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo articolo 4, accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'articolo 3.

Art. 2. Nei casi in cui il matrimonio sia stato celebrato con rito religioso e regolarmente trascritto, il giudice, quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo art. 4, accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'articolo 3, pronuncia la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio.

Art. 3. Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi:

1) quando, dopo la celebrazione del matrimonio, l'altro coniuge è stato condannato, con sentenza passata in giudicato, anche per fatti commessi in precedenza:

a) all'ergastolo ovvero ad una pena superiore ad anni quindici, anche con più sentenze, per uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici e quelli commessi per motivi di particolare valore morale e sociale;

b) a qualsiasi pena detentiva per il delitto di cui all'articolo 564 del codice penale e per i delitti di cui agli articoli 519, 521, 523 e 524 del codice penale commessi in danno di un discendente o figlio adottivo, ovvero per induzione o costrizione del coniuge o di un figlio anche adottivo alla prostituzione, nonché per sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione di un discendente o di un figlio adottivo;

c) a qualsiasi pena per omicidio volontario in danno di un discendente o figlio adottivo ovvero per tentato omicidio in danno del coniuge o di un discendente o figlio adottivo;

d) a qualsiasi pena detentiva, con due o più condanne, per i delitti di cui all'articolo 582, quando ricorra la circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'articolo 583, e agli articoli 570, 572 e 643 del codice penale, in danno del coniuge o di un figlio anche adottivo.

Nelle ipotesi previste alla lettera d) il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio accerta, anche in considerazione

del comportamento successivo del convenuto, la di lui inidoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare.

Per tutte le ipotesi previste nel numero 1) del presente articolo la domanda non è proponibile dal coniuge che sia stato condannato per concorso nel reato ovvero quando la convivenza coniugale è ripresa;

2) nei casi in cui:

a) l'altro coniuge è stato assolto per vizio totale di mente da uno dei delitti previsti nelle lettere b) e c) del numero 1) del presente articolo, quando il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio accerta l'inidoneità del convenuto a mantenere o ricostituire la convivenza familiare;

b) è stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale fra i coniugi, ovvero è stata omologata la separazione consensuale ovvero è intervenuta separazione di fatto quando la separazione di fatto stessa è iniziata anteriormente all'entrata in vigore della presente legge da almeno due anni.

In tutti i predetti casi, per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, le separazioni devono protrarsi ininterrottamente da almeno cinque anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale; nella separazione di fatto iniziata ai sensi del comma precedente, i cinque anni decorrono dalla cessazione effettiva della convivenza.

Quando vi sia opposizione del coniuge convenuto il termine di cui sopra è elevato:

ad anni sette, nel caso di separazione pronunciata per colpa esclusiva dell'attore;

ad anni sei, nel caso di separazione consensuale omologata in data anteriore all'entrata in vigore della presente legge o di separazione di fatto:

c) il procedimento penale promosso per i delitti previsti dalle lettere b) e c) del numero 1) del presente articolo si è concluso con sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, quando il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ritiene che nei fatti commessi sussistano gli elementi costitutivi e le condizioni di punibilità dei delitti stessi;

d) il procedimento penale per incesto si è concluso con sentenza di proscioglimento o di assoluzione che dichiara non punibile il fatto per mancanza di pubblico scandalo;

e) l'altro coniuge, cittadino straniero, ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio;

f) il matrimonio non è stato consumato.

**Art. 4.** La domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si propone con ricorso, contenente l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata, al tribunale del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza oppure, nel caso di irreperibilità o di residenza all'estero, al tribunale del luogo di residenza del ricorrente. Del ricorso il cancelliere dà comunicazione all'ufficiale dello stato civile del luogo dove in matrimonio fu trascritto, per l'annotazione in calce all'atto.

Nel ricorso è indicata l'esistenza dei figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio.

Il presidente del tribunale fissa con decreto il giorno della comparizione dei coniugi davanti a sè e il termine per la notificazione del ricorso e del decreto e nomina un curatore speciale quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace.

I coniugi devono comparire davanti al presidente del tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi. Il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente tentando di conciliarli. Se i coniugi si conciliano o, comunque, se il coniuge istante dichiara di non voler proseguire nella domanda, il presidente fa redigere processo verbale della conciliazione o della dichiarazione di rinuncia all'azione.

Se il coniuge convenuto non compare o se la conciliazione non riesce, il presidente, sentiti, se lo ritenga opportuno, i figli minori, anche d'ufficio dà con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole, nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione delle parti avanti a questo. L'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'articolo 177 del codice di procedura civile.

Il presidente del tribunale, qualora ritenga motivatamente che sussistono concrete possibilità di riconciliazione tra i coniugi, specie in presenza di figli minori, fissa la udienza di comparizione davanti al giudice istruttore entro un termine non superiore ad un anno.

L'ordinanza con la quale il presidente fissa la udienza di comparizione davanti al giudice istruttore è notificata a cura dell'attore al convenuto non comparso nel termine perentorio stabilito nell'ordinanza stessa, ed è comunicata al pubblico ministero.

Il giudice istruttore può disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi istruttori.

Art. 5. Il tribunale adito, in contraddittorio delle parti e con l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, accertata la sussistenza di uno dei casi di cui all'articolo 3, pronuncia con sentenza lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ed ordina all'ufficiale dello stato civile del luogo ove venne trascritto il matrimonio di procedere alla annotazione della sentenza.

La moglie riacquista il cognome che essa aveva antecedentemente al matrimonio.

La sentenza è impugnabile da ciascuna delle parti. Il pubblico ministero può, ai sensi dell'articolo 72 del codice di procedura civile, proporre impugnazione limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci.

Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione.

L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze.

Art. 6. L'obbligo, ai sensi degli articoli 147 e 148 del codice civile, di mantenere, educare ed istruire i figli nati o adottati durante il matrimonio di cui sia stato pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili, permane anche nel caso di passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori.

Il tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio dispone a quale dei coniugi i figli debbono essere affidati sotto la vigilanza del giudice tutelare ovvero come, per gravi motivi, si debba altrimenti provvedere sull'affidamento, ed assume ogni altro provvedimento relativo alla prole. In ogni caso il

padre e la madre conservano il diritto e l'obbligo di vigilare sulla educazione della prole.

L'affidamento e i provvedimenti riguardanti i figli avranno come esclusivo riferimento l'interesse morale e materiale degli stessi.

In particolare il tribunale stabilisce la misura ed il modo con cui l'altro coniuge deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e alla educazione dei figli, e dà inoltre disposizioni circa l'amministrazione dei beni di questi.

Il tribunale, nel caso in cui i genitori trascurino i loro doveri nei confronti dei figli minori o legalmente incapaci o ne mettano in pericolo gli interessi, può nominare un tutore, indipendentemente dal verificarsi di fatti che costituiscano motivo di decadenza dalla patria potestà.

Art. 7. Il secondo comma dell'art. 252 del codice civile è così modificato:

"I figli adulterini possono essere riconosciuti anche dal genitore che, al tempo del concepimento, era unito in matrimonio, qualora il matrimonio sia stato sciolto per effetto della morte dell'altro coniuge ovvero per pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso".

Art. 8. Il tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può imporre all'obbligato di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 5 e 6.

La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 del codice civile.

Il tribunale può ordinare, anche con successivi provvedimenti in camera di consiglio, che una quota dei redditi o dei proventi di lavoro dell'obbligato venga versata direttamente agli aventi diritto alle prestazioni di cui alle norme predette.

Art. 9. Qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, su istanza di parte, può disporre la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondersi ai sensi degli articoli 5 e 6. In caso di morte dell'obbligato, il tribunale può disporre che una quota della pensione o di altri assegni spettanti al coniuge superstite sia attribuita al coniuge o ai coniugi rispetto ai quali sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentite le parti ed il pubblico ministero.

Art. 10. La sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, quando sia passata in giudicato, deve essere trasmessa in copia autentica, a cura del cancelliere del tribunale o della corte che l'ha emessa, all'ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio fu trascritto, per le annotazioni e le ulteriori incombenze di cui al regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238.

Lo scioglimento e la cessazione degli effetti civili del matrimonio, pronunciati nei casi rispettivamente previsti dagli articoli 1 e 2 della presente legge, hanno efficacia, a tutti gli effetti civili, dal giorno dell'annotazione della sentenza.

Art. 11. Dopo lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio,

se il tribunale non ha disposto altrimenti, ciascun genitore esercita la patria potestà sui figli affidatigli. Il genitore al quale sono affidati i figli ne amministra i beni con l'obbligo di rendere conto annualmente al giudice tutelare e ne ha l'usufrutto fino a quando non passi a nuove nozze. L'altro genitore conserva il diritto di vigilare e il dovere di collaborare alla educazione e all'istruzione dei figli.

L'altro genitore, se ritiene pregiudizievoli per il figlio i provvedimenti presi dall'esercente la patria potestà, può ricorrere al giudice tutelare prospettando i provvedimenti che considera adeguati.

Il giudice, sentito il figlio che ha compiuto il 14° anno di età, dichiara quale dei provvedimenti è adeguato all'interesse del figlio.

Art. 12. Le disposizioni di cui agli articoli 155, 156, 255, 258, 260, 261, 262 del codice civile si applicano, per quanto di ragione, anche nel caso di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

*Legge 1 agosto 1978, n. 436. Norme integrative della legge 1 dicembre 1970, n. 898, sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*

Art. 1. All'articolo 5 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, è aggiunto il seguente comma:

“Il coniuge, al quale non spetti l'assistenza sanitaria per nessun altro titolo, conserva il diritto nei confronti dell'ente mutualistico da cui sia assistito l'altro coniuge. Il diritto si estingue se egli passa a nuove nozze”.

Art. 2. L'articolo 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, è sostituito con il seguente:

“Qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, su istanza di parte, può disporre la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura ed alle modalità dei contributi da corrispondersi ai sensi degli articoli 5 e 6.

Se l'obbligato alla somministrazione dell'assegno periodico di cui all'articolo 5 muore senza lasciare un coniuge superstite, la pensione e gli altri assegni che spetterebbero a questo possono essere attribuiti dal tribunale, in tutto o in parte, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

La parte della pensione e degli altri assegni non attribuiti ai sensi del comma precedente spetta, nei limiti stabiliti dalla legislazione vigente, ai figli, genitori o collaterali aventi diritto al trattamento di reversibilità.

Se l'obbligato alla somministrazione dell'assegno periodico di cui all'articolo 5 muore lasciando un coniuge superstite, una quota della pensione e degli altri assegni a questo spettanti può essere attribuita dal tribunale al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Se in tale condizione si trovano più persone, il tribunale provvede a ripartire fra tutti la pensione e gli altri assegni, nonché a ripartire tra i restanti le quote attribuite a chi sia successivamente morto o passato a nuove nozze.

Il tribunale provvede in camera di consiglio, sentite le parti indicate nei commi terzo e quarto e, nel caso indicato nel secondo comma, l'ente tenuto all'erogazione della pensione e degli altri assegni”.



Art. 3. Dopo l'art. 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, è aggiunto il seguente articolo *9-bis*:

“A colui al quale è stato riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica di somme di denaro a norma dell'articolo 5, qualora versi in stato di bisogno, il tribunale, dopo il decesso dell'obbligato, può attribuire un assegno periodico a carico dell'eredità tenendo conto dell'importo di quelle somme, della entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche. L'assegno non spetta se gli obblighi patrimoniali previsti dall'articolo 5 sono stati soddisfatti in unica soluzione.

Su accordo delle parti la corresponsione dell'assegno può avvenire in unica soluzione. Il diritto all'assegno si estingue se il beneficiario passa a nuove nozze o viene meno il suo stato di bisogno. Qualora risorga lo stato di bisogno l'assegno può essere nuovamente attribuito”.

RAFFAELE COPPOLA

*Incaricato di Diritto Ecclesiastico  
nell'Università di Bari*