

NULLITA' DEL MATRIMONIO CONCORDATARIO E DIVORZIO NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA E NELLE RIFLESSIONI DOTTRINALI

1. MATRIMONIO CONCORDATARIO NULO: QUALE DIRITTO APPLICABILE? PREMESSA

La qualificazione del rapporto intercorrente tra la giurisdizione civile e la giurisdizione ecclesiastica ha notevoli effetti sul piano pratico: dopo il Trattato Lateranense del 1929, che riconosceva giurisdizione esclusiva ai tribunali ecclesiastici relativamente alla dichiarazione di nullità di matrimoni concordatari¹, il rigoroso silenzio serbato dall'Accordo di modifica del 1984 ha portato alla proliferazione di interpretazioni differenti. Da un lato si collocano coloro² che ritengono ancora sussistente la riserva di

1 Art. 34, IV comma- Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa da matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici.

2 Vedi Luigi De Luca, *Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale esclusiva o concorrente?*, in *Diritto Ecclesiastico*, I, 1985, pp. 312 ss. in cui l'autore desume la permanenza della riserva di giurisdizione ecclesiastica da un'analisi letterale: dall'articolo determinativo «il» dell'art. 8.2 lett. a) si desumerebbe che l'unico giudice competente è quello ecclesiastico; dello stesso autore, *La trascrizione del matrimonio canonico: disciplina sostanziale*, p. 271, in *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, a cura di Enrico Vitali e Giuseppe Casuscelli; l'autore evidenzia che l'Accordo esprime il principio della libertà dei cittadini di scegliere il matrimonio civile o quello religioso con o senza effetti civili. L'attribuzione degli effetti civili costituisce il riconoscimento del valore religioso che il matrimonio canonico ha per i fedeli, esso è, a giudizio dell'autore, un atto religioso che, in quanto tale, rimane subordinato alla giurisdizione esclusiva ecclesiastica; vedi Ombretta Fumagalli Carulli, *Profili di libertà*, in AA. VV., *Il nuovo Accordo tra l'Italia e la Santa Sede*, 1987, pp. 126-130; l'autrice ha ritenuto che l'ambiguità del testo normativo, causata da una scelta oscura in sede legislativa, avrebbe perciò portato incertezza nei rapporti giuridici; sembra schierarsi contro l'impostazione delle giurisdizioni concorrenti tra Stato e Chiesa Fernando Santosuosso, in *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, a cura di Enrico Vitali e Giuseppe Casuscelli, pp. 175 ss.; in cui l'autore segnala i numerosi problemi introdotti dall'Accordo di revisione; vedi anche Sandro Gherro, *Dalla 18/82 all'Accordo di modificazione*, in AA. VV., *Il nuovo Accordo tra l'Italia e la Santa Sede*, 1987, pp. 315-325; l'autore sostiene che il mancato riconoscimento della riserva esclusiva di giu-

giurisdizione ecclesiastica come regola di chiusura derivante dal riconoscimento degli effetti civili del matrimonio canonico, dall'altro coloro³ che, viceversa, sostengono la configurazione di un sistema di concorso di giurisdizioni, che tuteli lo *ius poenitendi* del coniuge che non condivide più la scelta di riconoscere al vincolo matrimoniale un valore religioso.

risdizione ai Tribunali ecclesiastici verrebbe a concretizzarsi come un privilegio odioso per il *civis-Christifidelis*, ponendo la giurisdizione ecclesiastica in uno stato di inferiorità rispetto alle altre giurisdizioni straniere.

3 Vedi Carlo Cardia, *Stato e confessioni religiose*, 1992, pp. 359 ss.; l'autore ritiene che si possano adire anche i Tribunali civili per la dichiarazione di nullità dei matrimoni concordatari poiché nel testo concordatario non c'è la volontà di escludere tale ipotesi; vedi Francesco Finocchiaro, *Diritto Ecclesiastico*, IV ed., pp. 448 ss., in cui si sottolinea che se lo Stato riconoscesse l'esclusività della giurisdizione dell'ordinamento in cui le sentenze sono state emesse non richiederebbe il procedimento di delibazione per la loro esecutività; vedi Raffaele Botta, *Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, 1993, pp. 56 ss; l'autore ritiene che la disciplina neoconcordataria, non disciplinando la materia relativa alla riserva di giurisdizione ecclesiastica, abbia inteso prospettare il problema dei rapporti tra la giurisdizione dello Stato e la giurisdizione della Chiesa in termini di separazione delle giurisdizioni, ciascuna destinata ad esaurirsi nel proprio ordine: il diritto concesso ai *cives fideles* ad ottenere un provvedimento che accerti la cessazione materiale e spirituale del matrimonio in una forma compatibile con la loro fede costituisce una sorta di «obiezione di coscienza» al divorzio; dello stesso autore, *Materiali di diritto ecclesiastico*, 1997, pp. 84-89; dove egli sottolinea che il richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico, previsto dal Protocollo addizionale, è volto unicamente a non ostacolare il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche, essendo al contrario finalizzato a promuovere la delibabilità di esse, così come l'articolo 10 della Convenzione dell'Aja del giugno 1970 agevola la delibabilità delle sentenze di separazione e di divorzio, prevedendo come unico elemento impeditivo un'eventuale manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico; cfr. Antonio Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico*, VI ed., 1992; l'autore ritiene che la competenza degli organi giudiziari dell'ordinamento confessionale non può essere esclusiva perché i soggetti che hanno contratto matrimonio religioso cattolico sono fedeli della Chiesa ma, contemporaneamente, cittadini italiani. Essi godono, dunque, di tutte le garanzie previste dal nostro ordinamento (in particolare del diritto di difesa e del diritto di libertà religiosa); dello stesso autore, *Corso di diritto ecclesiastico*, IX ed., 1998, pp. 463 ss.; l'autore è per il superamento della riserva di giurisdizione esclusiva ecclesiastica: la concorrenza della disciplina canonistica e di quella civile non pregiudica il fatto che il matrimonio concordatario costituisce comunque uno *status* unitario per il cittadino italiano, una condizione unica e rilevante nel nostro ordinamento che deve essere tutelata; vedi anche Sergio Lariccia, *Diritto Ecclesiastico*, III ed., 1986, pp. 305-306, in cui l'autore ritiene superato il principio di riserva di giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e considera un pregio tale innovazione alla luce di una più accentuata separazione degli ordinamenti dello Stato e della Chiesa in materia matrimoniale. Egli, però, sottolinea che coloro i quali abbiano contratto matrimonio concordatario conservano il diritto di far valere le sentenze ecclesiastiche di nullità nel foro civile e considera tale diritto come un inammissibile privilegio dei soli cittadini cattolici che possono scegliere tra il giudizio canonico e il giudizio civile per ottenere l'invalidazione del vincolo matrimoniale. Tale privilegio appare in palese contrasto con il principio di uguaglianza e quindi le norme che disciplinano tale privilegio sono costituzionalmente illegittime; vedi poi Enrico Vitali- Giuseppe Casuscelli, *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, 1988, pp. 406 ss.; gli autori sottolineano che è essenziale chiarire se si tratta di un giudizio di delibazione, anche se speciale, oppure se è un procedimento che applica in via analogica le norme sul procedimento di delibazione. Infatti, nel primo caso la sentenza canonica dovrebbe trovare esecuzione in ogni suo contenuto, nel secondo sarebbe efficace solo la dichiarazione di nullità e l'effetto discenderebbe dalla pronuncia della Corte d'Appello. Gli autori sembrano schierarsi nel primo senso ed accogliere la tesi della cessazione della riserva esclusiva ecclesiastica.

Dalla determinazione dell'assetto tra le due giurisdizioni, civile ed ecclesiastica, discende una significativa conseguenza sul piano pratico: se si accoglie la tesi maggioritaria della concorrenza di giurisdizione tra giudice civile e giudice ecclesiastico occorre, però, individuare in base a quale diritto —civile o canonico— dovrà giudicare il giudice civile adito per la dichiarazione di nullità di un matrimonio canonico trascritto. E tale scelta comporta significativi effetti pratici poiché, com'è noto, il diritto canonico contempla numerose cause di nullità estranee al diritto civile ed, inoltre, l'azione di nullità in sede civile è sottoposta ad un termine di decadenza annuale mentre essa è imprescrittibile per il diritto canonico⁴.

Convivono ancora oggi interpretazioni divergenti⁵: da un lato coloro che propendono per l'applicabilità del diritto statale ritengono che, da

4 Per una breve ma efficace analisi delle differenze concettuali nella disciplina del matrimonio civile rispetto a quella del matrimonio canonico, differenze derivanti dalle diverse esigenze del legislatore civile (di ordine temporale) e di quello canonico (di ordine spirituale), vedi Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, pp. 140-144.

5 Già prima dell'entrata in vigore della legge di riforma di d.i.pr., infatti, vi era discordia relativamente all'individuazione del diritto applicabile dal giudice civile in ordine alle cause di matrimoni concordatari; cfr. Francesco Finocchiaro, *Relazione conclusiva*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di Franco Cipriani, p. 250; l'autore ritiene che il giudice italiano non dovrebbe applicare il diritto canonico in quanto applicherebbe un diritto di un altro ordinamento che, in quanto tale, sarebbe soggetto ai limiti posti dall'articolo 31 delle preleggi, limiti più stretti rispetto a quelli posti per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche. Inoltre, in tale giudizio disciplinato dal Concordato, occorre tenere conto della specificità dell'ordinamento canonico, specificità che non rilevarebbe ex art. 31 preleggi; è per l'inapplicabilità anche Paolo Moneta, *Matrimonio religioso*, 1991, p. 96; secondo il quale la giurisdizione del giudice italiano sui matrimoni concordatari deve esplicarsi con l'applicazione del diritto italiano in quanto il giudice è chiamato a giudicare sulla validità di un rapporto coniugale che vincola cittadini italiani e che trae origine da un ordinamento confessionale ma produce effetti in virtù di disposizioni contenute nell'ordinamento italiano; l'applicazione di una legge confessionale avrebbe potuto trovare legittimazione solo in forza di un'esplicita disposizione legislativa che sarebbe comunque stata in contrasto con il principio costituzionale della distinzione e della reciproca indipendenza tra Stato e Chiesa, ex art. 7 Cost. Al contrario, per l'applicabilità del diritto canonico si schierano Vincenzo Carbone, *La giurisprudenza della Cassazione sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 15; Giampiero Balena, *La condizione per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, *ibidem*, p. 54; Vincenzo Starace, *Intervento*, *ibidem*, p. 157; in cui l'autore sottolinea che il diritto canonico è comparato sostanzialmente al diritto statale straniero, al quale si riconosce la competenza a disciplinare un certo rapporto, in armonia con l'equiparazione delle sentenze ecclesiastiche di annullamento di matrimonio alle sentenze straniere, in forza del primo comma dell'articolo 8 n. 2 dell'Accordo del 1984. Si pone in una posizione particolare Maria Cristina Folliero, *Giurisdizioni in materia matrimoniale e diritti confessionali*, op. cit., pp. 220-226, in cui l'autrice ritiene che si dovrebbe utilizzare il diritto canonico per quanto riguarda l'elaborazione delle cause di nullità, mentre per quanto riguarda gli effetti conseguenti alla dichiarazione di nullità, nel caso in cui il giudice non riesca a rinvenire elementi utili in questo ambito, potrà riferirsi al diritto di un terzo Stato, creando però il rischio di una serie di rinvii all'infinito. Diversamente il giudice adito potrà utilizzare gli altri criteri di collegamento, indicati dalla norma di diritto internazionale privato a titolo cumulativo, che gli consentiranno di rifarsi alla legislazione concordataria convenuta tra lo Stato e la Chiesa. (In tal modo, in virtù di quanto dis-

un punto di vista meramente pratico, il giudice italiano incontrerebbe molte difficoltà nell'applicazione del diritto canonico, che, essendo un diritto confessionale, è permeato da un carattere sacramentale difficilmente conciliabile con l'ordinamento civile; inoltre, sarebbe violato il principio di libertà religiosa, tutelato dell'articolo 19 della Costituzione, in quanto il soggetto che adisce il giudice statale dimostra di volersi sottrarre all'ordinamento canonico. D'altro lato, coloro che propendono per l'applicabilità del diritto canonico non ravvisano particolari difficoltà pratiche in quanto il giudice civile si trova nella medesima situazione quando deve applicare un diritto straniero⁶.

Ha contribuito a complicare ulteriormente tale problematica l'entrata in vigore della nuova legge di diritto internazionale privato, la legge n. 218 del 1995, il cui articolo 73 abroga gli articoli 796-805 del c.p.c., mentre l'articolo 64 dispone che le sentenze straniere, se ricorrono le condizioni fissate dalla legge stessa, sono riconosciute in Italia senza la necessità di alcun procedimento. Solo in caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera, chi vi abbia interesse può adire, *ex art.* 67, la Corte d'Appello competente affinché accerti la sussistenza dei requisiti necessari per il riconoscimento.

In base a tale normativa, infatti, il giudice italiano cui spetti il controllo di validità di un matrimonio concordatario dovrebbe preventivamente procedere alla qualificazione, ossia dovrebbe decidere in quale ordinamento, tra quello civile e quello canonico, ricercare le norme sostanziali idonee a disciplinare la fattispecie concreta. Egli potrebbe, in base agli articoli 31 e 32 della l. n. 218 del 1995, che riconducono alla giurisdizione italiana tutte le azioni in materia matrimoniale in cui uno dei coniugi è cittadino italiano o quando il matrimonio è stato celebrato in Italia, utilizzare progressivamente i vari criteri di scelta della legge applicabile: la legge nazionale comune dei coniugi al momento della separa-

posto dall'articolo 8 n. 2 lett. c), il giudice potrà applicare alle sentenze ecclesiastiche delibate gli articoli 128 e 129 -bis c.c.).

⁶ Cfr. Giampiero Balena, *Sui problemi derivanti dal «concorso» tra la giurisdizione ecclesiastica e le giurisdizione civile in materia di nullità del matrimonio*, in *Foro It.*, 1995, I, pp. 282-283; l'autore si schiera per l'applicabilità del diritto canonico in quanto ritiene che violerebbe il principio di uguaglianza lasciare ai coniugi la possibilità, *a posteriori*, di far valutare la validità del matrimonio in base ad una legge diversa da quella originariamente scelta; vedi anche Franco Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, p. 10 in cui l'autore prospetta la possibilità che nell'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto il legislatore statale non abbia disciplinato la materia ma ne abbia delegato la disciplina a norme che hanno fonti di produzione non statali, in particolare a norme proprie di una confessione religiosa: la delega operata dall'ordinamento statale imprime a quel diritto il carattere di statualità richiesto dalle norme di d.i.pr., rendendolo così suscettibile di richiamo per mezzo delle norme di conflitto.

zione o del divorzio, la prevalente localizzazione della vita matrimoniale; in mancanza, la legge italiana se la normativa richiamata non prevede gli istituti in questione.

In base ai criteri prescelti, sarebbe prevalentemente designata la legge italiana come disciplina sostanziale delle azioni di nullità instaurate in sede civile. L'applicazione della legge canonica potrebbe forse ipotizzarsi per mezzo di un'interpretazione estensiva del criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, così da designare l'ordinamento canonico come la comunità con la quale la vita matrimoniale ha presentato i più stretti legami, in ragione di una vita familiare vissuta nel rispetto dei principi della legge confessionale. Il giudice che designi il diritto canonico come legge da applicare nella fattispecie sottoposta al suo esame, dovrebbe rispettare i criteri fissati dagli artt. 14 e 15 della l. n. 218 del 1995, relativi all'applicazione della legge straniera, ossia egli dovrà applicare tale normativa come essa è interpretata ed applicata nel tempo nello stesso ordinamento canonico⁷.

E', però, da rilevare che, ad oggi, dottrina maggioritaria⁸ e giurisprudenza maggioritaria⁹ propendono per l'inapplicabilità della legge di riforma di diritto internazionale privato alla materia concordataria poiché l'art. 2 della legge stessa fa salva l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia.

7 Cfr. Maria Cristina Folliero, *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale*, pp. 142-152; l'autrice ritiene che probabilmente, una volta individuata la legge canonica come la legge da applicare nel caso di specie, il giudice farà intervenire l'eccezione di ordine pubblico, così da legittimare l'applicazione del più familiare diritto italiano; della stessa autrice vedi *Concordato e riforma del sistema italiano di d.i.pr.: la questione matrimoniale ovvero un grande sviluppo senza progresso*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, pp. 691-692.

8 Cfr. Enrico Sarti, *Le ragioni dell'inapplicabilità della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alle sentenze canoniche di nullità matrimoniale*, in *Diritto Ecclesiastico*, II, 1998, pp. 333-344, in cui si evidenzia che l'inapplicabilità della legge di riforma del d.i.pr. alle sentenze ecclesiastiche si fonda in primo luogo sugli articoli 7 e 10 della Costituzione: i Patti Lateranensi e le successive modificazioni godono di una copertura costituzionale e, per questo motivo, non possono essere modificati da una legge ordinaria. Inoltre, l'articolo 7 contiene una norma sulla produzione giuridica in forza della quale è necessario un accordo tra Santa Sede e Italia per poter modificare i rapporti tra Stato e Chiesa. Il Sarti sottolinea che le norme concordatarie hanno natura di norme di diritto internazionale e che, come tali, sono sottoposte alla clausola di salvaguardia prevista dall'articolo 2 della legge n. 218 del 1995, in applicazione del principio *pacta sunt servanda*; cfr. Mario Ricca, *Sopravvivenza della delibazione matrimoniale e riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1997, pp. 671-700, nel senso della sopravvivenza del vecchio regime delibatorio.

9 Vedi per tutte Corti di Cassazione n. 7276 del 10 luglio 1999; la sentenza è rinvenibile in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999/3, pp. 743-748 e, da ultimo, Corte di Cassazione n. 8764 del 30 maggio 2003.

2. La posizione della giurisprudenza

La giurisprudenza ha dovuto autonomamente trovare una soluzione che non pregiudicasse, da un lato, i fedeli in quanto tali e, dall'altro, i cittadini.

Nella pratica i giudici si sono determinati ad applicare la legge sostanziale italiana, probabilmente a causa della difficoltà di interpretare le ipotesi di nullità previste dal diritto canonico e a causa della difficoltà di pronunciarsi sull'esistenza o meno del sacramento del matrimonio, così che il matrimonio concordatario sarà dichiarato nullo solo se ricorre uno dei motivi di nullità disciplinati dal nostro codice civile¹⁰.

La Corte di Cassazione a sezioni unite, il 13 febbraio 1993 con la sentenza n. 1824¹¹, nell'ammettere l'istanza di regolamento di giurisdizione ex artt. 41 e 37 c.p.c., rilevando che l'elemento di estraneità nelle cause di nullità sussiste, sul piano soggettivo per il fatto che il matrimonio attinge la sua disciplina sostanziale ad un ordinamento diverso ed estraneo dall'ordinamento dello stato e che le parti, assoggettandosi a quella disciplina ed accettandone anche le regole processuali si collocano, per quel rapporto nell'ambito dell'ordinamento che lo regola, ha ritenuto che l'Accordo di revisione dei Patti Lateranensi del 1984 non contiene alcuna disposizione che qualifichi la giurisdizione in materia matrimoniale come una prerogativa dell'ordinamento canonico e non, invece, come espressione di sovranità riconosciuta correntemente a entrambi gli ordinamenti. La Corte di Cassazione si è espressa, in via incidentale, in ordine al problema della scelta del diritto sostanziale applicabile dal giudice civile adito per la dichiarazione di nullità del matrimonio concordatario, ritenendo che l'attribuzione all'ordinamento canonico della disciplina sostanziale del matrimonio non implica necessariamente la necessaria attribuzione della giurisdizione esclusiva ai tribunali ecclesiastici e non anche

10 Cfr. Antonio Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico*, IX ed., 1998, pp. 468- 470; l'autore si schiera contro questo orientamento, sostenendo che l'applicazione del diritto canonico da parte del giudice italiano discende dall'art. 8 n. 1 dell'Accordo del 1984 che statuisce che sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico ed in base all'art. 4 lett. b) del Protocollo Addizionale secondo cui il vincolo matrimoniale è regolato dall'ordinamento canonico.

11 In *Foro It.*, 1993, I, pp. 722 ss. La sentenza è accompagnata da un'interessante nota di Franco Cipriani, «*Requiem per la riserva di giurisdizione*», in cui l'autore evidenzia che tale sentenza rappresenta, in un certo senso, la fine della «questione romana» che interessò il popolo italiano dal 1870 al 1929 e che, solo apparentemente, appariva conclusa con la stipulazione dei Patti Lateranensi. L'autore auspica che, alla luce dell'articolo 8 dell'accordo del 1984, si pervenga alla soluzione per cui ogni coniuge, se e finché non sia stata accolta con sentenza passata in giudicato la domanda di delibazione della sentenza ecclesiastica, è libero di adire il giudice italiano.

ai giudici dello Stato, che sarebbero chiamati ad applicare il diritto canonico. Questo non sarebbe comunque d'ostacolo alla configurabilità del concorso di giurisdizioni, statale e canonica, in quanto il giudice civile si troverebbe nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato in base agli allora vigenti artt. 17-27 delle disposizioni preliminari al codice civile o in base alle norme di diritto internazionale privato convenzionale: egli dovrebbe, cioè, applicare la legge straniera regolatrice del rapporto sostanziale, pur rimanendo disciplinate dalla legge italiana la competenza e la forma del processo. A tal proposito, la Corte ha sottolineato che il riconoscimento degli effetti civili ai matrimoni celebrati secondo le norme di altri ordinamenti confessionali non comporta necessariamente la riserva di giurisdizione a favore di quegli ordinamenti.

In realtà, la giurisprudenza di merito si è mostrata propensa ad applicare il diritto civile, ai fini dell'annullamento del matrimonio concordatario, già negli anni immediatamente precedenti all'introduzione della l. n. 218 del 1995.

Con la sentenza n. 118 del 6 marzo 1990, il Tribunale di Benevento¹², dopo aver precisato che le cause di nullità del matrimonio concordatario non sono più riservate, in base all'Accordo del 18 febbraio 1984, alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici¹³, si è pronunciato nel senso che la legge sostanziale applicabile è quella italiana.

12 La sentenza è pubblicata in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1990, I, pp. 606-610.

13 Preliminarmente i giudici di merito si propongono di confutare la tesi della permanenza della riserva di giurisdizione: a giudizio dei giudici questa dottrina poggia su tre assunti:

1. l'art. 8 n. 2 lett. a) statuisce che il giudice ecclesiastico è il giudice competente;
2. il n. 4 lett. b) del Protocollo addizionale precisa che in sede di deliberazione occorre avere riguardo alla specificità dell'ordinamento canonico
3. il n. 4 lett. b, n. 3 del Protocollo addizionale specifica che nel giudizio di deliberazione non si procede al riesame nel merito.

A giudizio del Tribunale tutti questi assunti poggiano su un errore di fondo: le norme su cui essi si fondano si riferiscono al procedimento di deliberazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, ma non attengono alla giurisdizione sulla domanda di nullità proposta direttamente ed autonomamente al giudice civile. I giudici beneventani ritengono, infatti, che il richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico è una raccomandazione alla Corte d'Appello affinché valuti la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per la dichiarazione di efficacia delle sentenze ecclesiastiche, mentre il divieto di riesame del merito, presente peraltro in molte convenzioni internazionali sull'assistenza giudiziaria, è volto ad agevolare il riconoscimento delle sentenze di altri ordinamenti. Per quanto riguarda l'articolo 7 della Costituzione, invocato a sostegno dell'esclusività della giurisdizione ecclesiastica, il Tribunale di Benevento ha ritenuto che esso non fosse sufficiente, in assenza di un'espressa norma com'era l'art. 34 comma 4 dei Patti Lateranensi, per ammettere una così incisiva limitazione alla sovranità, di cui la funzione giurisdizionale è massima espressione. Non riconoscere il concorso di giurisdizioni equivarrebbe così a compromettere i diritti di libertà religiosa e di uguaglianza di chi non sia più fedele o abbia contratto matrimonio

L'interpretazione del Tribunale è alquanto singolare in quanto poggia sull'assunto che, ai sensi dell'articolo 8 n. 1 dell'Accordo del 1984, il matrimonio concordatario altro non è che un matrimonio civile caratterizzato dalla particolare forma di celebrazione, quella religiosa. Il Tribunale desume tale convinzione da tre circostanze: in primo luogo le Parti contraenti hanno omesso di qualificare il matrimonio canonico trascritto come sacramento (per cui le Parti danno ciascuna al matrimonio la qualifica che ad esso compete nell'ambito del rispettivo ordinamento); dalla formulazione dell'articolo 8 n. 1 il Tribunale esclude che vi sia un rinvio ricettizio all'istituto matrimoniale canonico ed alle sue norme regolatrici; inoltre, a differenza di quanto disposto dalla legge matrimoniale del 1929, il procedimento per la trascrizione inizia subito dopo la celebrazione (mediante l'attività richiesta dallo Stato al ministro di culto), ossia in un momento in cui il matrimonio canonico è già costituito; un ulteriore elemento è ravvisato nel fatto che il Nuovo Accordo ha subordinato l'attribuzione degli effetti civili al matrimonio canonico agli stessi requisiti fondamentali richiesti per la celebrazione del matrimonio civile (circa l'età e circa l'inesistenza di impedimenti che la legge civile considera inderogabili).

Un'altra sentenza che ha esaminato il profilo del diritto applicabile è la n. 72 del 17 febbraio 1992 del Tribunale di Cremona¹⁴: premettendo che è venuta meno la riserva di giurisdizione ecclesiastica e che sussiste il concorso di giurisdizioni —canonica e civile— sulla base del criterio di prevenzione, i giudici hanno dichiarato la nullità del matrimonio concordatario ex art. 122, II e III comma n. 1 poiché il consenso di una parte era stato prestato per effetto di errore essenziale sull'*impotentia generandi* dell'altra parte, conosciuta soltanto dopo la celebrazione del matrimonio. Il Tribunale ha ritenuto sussistenti gli estremi di cui all'art. 122 c.c. poiché *l'error in qualitate personae* concerne l'esistenza di un'anomalia sessuale, quale è *l'impotentia generandi*.

Il Tribunale di Padova¹⁵, con la sentenza n. 14 del 7 gennaio 1995, ha ritenuto che, venuta meno l'esclusività della giurisdizione ecclesiastica sui matrimoni concordatari¹⁶, fosse utile soffermarsi sul problema della scelta del diritto applicabile. La posizione del Tribunale media tra le due

concordatario non per convinzioni religiose: solo con le giurisdizioni —civile ed ecclesiastica— concorrenti si garantirebbe la libertà di scelta in materia matrimoniale, sia nel momento della formazione del vincolo, sia in quello di contestazione sulla sua validità.

¹⁴ In *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1992, III, pp. 827-828.

¹⁵ In *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1996, III, pp. 796-804.

¹⁶ I giudici di merito si richiamano alla sentenza della Corte di Cassazione n. 1824 del 1993 per sostenere il superamento della riserva di giurisdizione ecclesiastica.

contrapposte posizioni in quanto, da un lato, ritiene che l'applicabilità del diritto canonico sia la più idonea a garantire i principi che regolano i rapporti tra fonti normative diverse, dall'altro, però, in base alla norme di diritto internazionale privato allora vigenti, ritiene che si debba prospettare l'applicazione diretta del diritto civile, richiamato dall'art. 17 disp. prel. c.c., come legge dello Stato cui appartengono le persone nei confronti delle quali è stata pronunciata la nullità. Il Tribunale, in particolare, sostiene che il fatto che le norme pattizie menzionino espressamente come legge regolatrice del matrimonio il diritto canonico non esclude che la legge regolatrice del rapporto sia anche il diritto dello Stato, che concorre a formare la disciplina del matrimonio in forza dell'art. 8.1 dell'Accordo e dell'art. 4 lett. a) del Protocollo Addizionale. Questo perché diverse cause di nullità proprie dell'ordinamento canonico incontrano il limite dell'ordine pubblico dello Stato italiano, che è laico. Il Tribunale rileva, inoltre, che l'operatività dell'art. 17 preleggi in favore della legge italiana, quale *lex substantiae* regolatrice del rapporto, non trova ostacolo in alcuna norma di diritto privato internazionale convenzionale, né nell'Accordo del 1984 poiché l'impegno assunto dall'Italia nei confronti della Santa Sede di tenere conto della specificità dell'ordinamento canonico rileva solo con esclusivo riferimento alla diversa ipotesi di delibazione di sentenze ecclesiastiche, nell'applicazione degli artt. 796-797 c.p.c.

Il Tribunale sostiene, inoltre, che la parte interessata, quando propone la domanda di nullità del matrimonio concordatario davanti al giudice italiano, possa elettivamente dedurre, in via alternativa o cumulativa, l'applicazione delle norme disciplinanti la validità del vincolo matrimoniale alla stregua dell'uno o dell'altro ordinamento, con il limite dell'art. 31 disp. prel. c.c., relativamente all'applicazione del diritto canonico, che non sia, cioè, in contrasto con l'ordine pubblico interno.

In seguito a tale premessa, i giudici valutano, nel caso concreto, l'annullabilità del matrimonio a norma dell'art. 122, II e III comma n. 1 c.c., sottolineando che la malattia rileva solo in quanto oggetto di errore essenziale; l'impotenza, in particolare, non è autonoma causa di nullità, ma si presume che il coniuge caduto in errore, conoscendo tale malattia, non si sarebbe sposato. Il Tribunale specifica che, ai fini probatori, non bastano dichiarazioni conformi dei coniugi ma possono essere sufficienti presunzioni gravi, precise e concordanti.

In seguito all'introduzione della legge di riforma del d.i.pr., la giurisprudenza si è nuovamente trovata ad affrontare il problema della disci-

plina sostanziale applicabile dinnanzi al giudice civile adito per la dichiarazione di nullità di un matrimonio concordatario.

Con la sentenza n. 12671 del 16 novembre del 1999¹⁷, la Corte di Cassazione, nel precisare i confini del principio di prevenzione, si pone il quesito se il giudice italiano adito per l'accertamento della validità o invalidità del matrimonio concordatario debba compiere tale verifica sulla base del diritto nazionale o canonico, ovvero sulla base di una disciplina risultante dagli elementi comuni all'uno e all'altro ordinamento. La Corte ha ritenuto che non ci sarebbe ragione di negare l'identità tra l'oggetto del giudizio di delibazione e quello pendente davanti ad un giudice italiano, quando l'accertamento richiesto a quest'ultimo sulla validità o invalidità del matrimonio sia basato sull'invocazione delle norme canoniche: così, i giudici di legittimità interpretano il principio di prevenzione, cassando con rinvio la sentenza di merito che aveva escluso l'identità tra i due giudizi, senza accertare quale fosse il diritto invocato dinnanzi al giudice italiano. Al di là di queste osservazioni, tuttavia, la Corte non si schiera né per l'applicabilità del diritto civile né per l'applicabilità del diritto canonico¹⁸.

La giurisprudenza di merito non ha modificato la posizione già consolidata circa l'applicabilità del diritto civile.

Un'altra sentenza significativa sul punto è quella del Tribunale di Torre Annunziata¹⁹ del 25 gennaio 1996, nella quale i giudici hanno ritenuto che sussista la giurisdizione del giudice italiano a conoscere delle cause di invalidità di matrimoni contratti da cittadini italiani secondo il diritto canonico in quanto non è possibile, neppure mediante un'interpretazione letterale o sistematica, rilevare nell'Accordo del 1984 nessuna norma che preveda la riserva di giurisdizione ecclesiastica. In accordo con quanto ritenuto, il Tribunale di Torre Annunziata ha rigettato la domanda di nullità di un matrimonio concordatario, proposto dal coniuge sul presupposto di uno stato di malattia che lo riguardava e che aveva celato all'altro coniuge. In base all'articolo 122 c.c., infatti, la legittimazione attiva per l'azione di nullità spetta al coniuge caduto in errore sulle qualità essenziali dell'altro coniuge.

17 La sentenza è pubblicata in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, III, 2000, pp. 909-914.

18 Sembra, forse, potersi desumere che, a giudizio della Corte, le parti possano decidere in base a quale diritto far giudicare il proprio matrimonio dinnanzi al giudice civile.

19 In *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1996, III, pp. 804-806.

Per l'applicabilità del diritto civile si sono schierati implicitamente i giudici milanesi, con la sentenza n. 6101 del 17 giugno del 1996²⁰. Il Tribunale ha dichiarato la nullità di un matrimonio canonico con effetti civili in base al secondo e al terzo comma, punto 5, dell'art. 122 c.c., in quanto ha ritenuto sussistenti i requisiti richiesti da tale norma: nel caso di specie, il consenso di una parte era stato prestato per effetto di errore sullo stato di gravidanza dell'altra, causato da un terzo e la parte lesa aveva già intrapreso l'azione per il disconoscimento di paternità.

Successivamente, il Tribunale di Milano, con la sentenza n. 5518 del 14 maggio 1998²¹, ha ritenuto che il giudice italiano adito per la dichiarazione di nullità di un matrimonio concordatario deve applicare il diritto civile poiché egli è chiamato ad emettere una sentenza nei confronti di cittadini italiani che, per scelta personale, hanno optato per la pronuncia statale di scioglimento del matrimonio, consapevoli che tale sentenza non ha effetti circa l'integrità del vincolo religioso. Il Tribunale ha rilevato che i giudici statali possono decidere della validità del vincolo poiché, anche se esso si forma secondo le norme canoniche, la sua efficacia ed esistenza nell'ordinamento italiano è subordinata ai requisiti sanciti dal diritto statale: solo il giudice canonico può decidere sulla nullità del matrimonio canonico, ma non su quello concordatario che nasce dalla volontà negoziale tra Stato e Chiesa. I giudici milanesi sottolineano, poi, che solo da un'espressa volontà negoziale può derivare una limitazione alla giurisdizione Stato.

Nella fattispecie i giudici hanno, quindi, dichiarato la nullità del matrimonio concordatario sulla base dell'art. 122, 2-3 comma punto 1 c.c. poiché il consenso di una parte era stato prestato per effetto di errore essenziale sulla *impotentia coeundi* dell'altro coniuge, conosciuta soltanto dopo la celebrazione del matrimonio.

3. LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA

Gli studiosi di diritto ecclesiastico non hanno trovato un accordo sulla questione del diritto applicabile: sono pertanto individuabili due teorie contrapposte, l'una che sostiene l'applicabilità del diritto canonico, l'altra che, viceversa, ritiene applicabile il diritto civile. E' utile analizzare

²⁰ Tale sentenza è pubblicata in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1997, III, pp. 836-837.

²¹ La sentenza è disponibile in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, pp. 754-755.

su quali presupposti si basano queste due contrapposte tesi al fine di poter prendere posizione sul problema attinente il diritto applicabile dal giudice civile adito per la dichiarazione di nullità di un matrimonio concordatario.

3.1. *La tesi dell'applicabilità del diritto canonico*

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²² hanno incidentalmente indicato il diritto canonico come legge sostanziale in base alla quale il giudice civile deve valutare la nullità di un matrimonio canonico con effetti civili e questa appare la soluzione più aderente alla formulazione delle norme pattizie²³: così, l'impugnazione del matrimonio concordatario dinnanzi all'autorità statale per i motivi previsti dal codice civile sarebbe inammissibile poiché la validità o l'invalidità dell'istituto canonico del matrimonio dovrebbe essere valutata sulla base del diritto canonico²⁴.

Ai sensi dell'articolo 8 dell'Accordo del 1984, infatti, i matrimoni concordatari sono disciplinati dal diritto canonico, per cui da un'interpretazione letterale si dovrebbe desumere che anche il giudice civile adito per la dichiarazione di nullità di un matrimonio concordatario dovrebbe applicare il diritto canonico²⁵. Inoltre, l'articolo 4 lett. b) del Protocollo Addizionale all'Accordo del 1984 ribadisce la specificità dell'ordinamento canonico in cui si forma e da cui è regolato il vincolo matrimoniale.

²² Vedi *supra*.

²³ Franco Anelli, *Il matrimonio*, 1998, pp. 114-115; l'autore controbatte alle obiezioni poste da coloro che ravvisano nel diritto civile il diritto applicabile al giudizio di nullità di matrimoni concordatari in sede civile: la tesi secondo la quale oggetto del giudizio da parte dello Stato non sarebbe il matrimonio canonico in sé ma la validità dell'atto di scelta tra matrimonio canonico e matrimonio civile (atto impugnabile qualora il giudice ravvisi un impedimento o un vizio che rendono invalido il matrimonio civile) non considera l'orientamento della Corte di Cassazione che ammette la giurisdizione statale non solo sull'atto di scelta del rito, ma sul matrimonio-atto e sulla sua rilevanza giuridica. Inoltre, l'autore non condivide l'opinione secondo cui il principio di laicità dello Stato impedirebbe ai giudici di valutare sulla base di un ordinamento confessionale: il sistema concordatario ammette che gli atti compiuti e le sentenze emanate nell'ordinamento canonico producano effetti giuridici nell'ordinamento statale. Da ciò consegue che i giudici statali decidono sulla costituzione del rapporto per l'ordinamento civile in base alle norme sostanziali che, *ab origine*, regolano l'atto matrimoniale, ossia in base alle norme canoniche.

²⁴ Luigi De Luca, *Scritti vari di diritto ecclesiastico*, 1997, pp. 401-408; l'autore sarebbe più propenso a considerare ancora sussistente la riserva di giurisdizione ecclesiastica.

²⁵ Cfr. Luciano Musselli e Valerio Tozzi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, pp. 197- 198; gli autori ravvisano come possibile soluzione quella di rimettere la scelta del diritto applicabile, con il consenso della controparte, alla parte attrice: si potrà scegliere cioè tra il diritto italiano come diritto convenzionalmente scelto, ovvero il diritto canonico.

A giudizio di chi²⁶ sostiene l'applicabilità del diritto canonico, il riferimento alle norme di diritto canonico (art. 8 dell'Accordo e art. 4 del Protocollo Addizionale) non sembrerebbe, infatti, limitarsi alla forma di celebrazione dell'istituto matrimoniale, ma alla disciplina sostanziale del matrimonio canonico, che viene riconosciuto nell'ordinamento italiano con la fisionomia che esso acquisisce nell'ordinamento canonico. Tali disposizioni sembrerebbero, cioè, riferirsi non solo alle formalità della celebrazione, ma anche a tutti i requisiti di validità del vincolo religioso: il giudice civile, nel giudicare sulla nullità di un matrimonio concordatario, non potrebbe far riferimento alle norme del codice civile.

In tale prospettiva, non avrebbe molto senso neanche rinviare alla legge del luogo di conclusione del negozio (*forum contracti*) in ragione della particolare natura della Chiesa e dell'applicabilità universale delle sue norme al di là di limiti territoriali²⁷; potrebbe invece essere più utile soffermarsi sulla volontà delle parti contraenti che, avendo scelto il matrimonio religioso, hanno voluto contrarre il matrimonio così come disciplinato dal diritto canonico e sottoporre ad esso il sindacato in ordine alla sua validità. Da ciò discende che se il matrimonio canonico nasce e si costituisce nell'ordinamento della Chiesa, le cause attinenti alla sua validità non possono essere giudicate sulla base del diritto civile dai tribunali statali, che operano all'interno di un ordinamento distante dalla concezione sacramentale dell'istituto matrimoniale, così come disciplinato nell'ordinamento canonico²⁸.

E' stato così sostenuto²⁹ che l'applicazione del diritto canonico da parte del giudice italiano investito della nullità di un matrimonio concordatario non sia altro che un logico corollario del superamento della riserva di giurisdizione ecclesiastica e del riconoscimento della giurisdizione statale: ragionando *a contrario*, volendo, cioè, sostenere l'applicabilità del diritto civile da parte del giudice italiano chiamato a pronunciarsi sulla nullità di un matrimonio concordatario e permanendo comunque la concorrente giurisdizione dei tribunali ecclesiastici, si arriverebbe a prospet-

26 Cfr. Luigi De Luca, *ibidem*, pp. 444 ss.

27 Sul concetto di giurisdizione della Chiesa vedi Joan Carreras, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, 1998, pp. 59 ss.

28 Cfr. Piero Pellegrino, *La riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici*, 2001, pp. 85-98; l'autore si sofferma sulla necessità di rispettare il diritto di una parte di mutare opinione religiosa ed il diritto della controparte di non mutare il suo credo religioso, essendo in gioco il valore della libertà religiosa.

29 Cfr. Raffaele Botta, *Materiali di diritto ecclesiastico*, p. 79.

tare un sistema in cui uno stesso fatto, a seconda del giudice adito, sarebbe regolato da leggi diverse sotto il profilo sostanziale³⁰.

3.2. *La tesi dell'applicabilità del diritto civile*

Viceversa il superamento della giurisdizione esclusiva ecclesiastica è stato interpretato come un segnale di apertura laica: esso sarebbe, cioè, volto a tutelare lo *ius poenitendi* dei coniugi che non condividono più la scelta religiosa di costituirsi coniugi *in facie Status* nella forma del matrimonio contratto secondo le norme del diritto canonico. L'esercizio dello *ius poenitendi* implicherebbe che i coniugi non riconoscono più il valore religioso del matrimonio³¹. L'abolizione della riserva esclusiva dei tribunali ecclesiastici avrebbe consentito a coloro che abbiano mutato il loro orientamento religioso di non essere sottoposti all'ordinamento confessionale (ed ai rispettivi tribunali) in cui non si identificano più³².

Il problema del diritto applicabile, in particolare, si inserisce nell'ambito della più ampia problematica circa i rapporti tra il momento del matrimonio contratto secondo le norme di diritto canonico e il momento della trascrizione, che può essere concepita come un autonomo atto negoziale attributivo degli effetti civili. La trascrizione può anche essere effettuata dopo la celebrazione del matrimonio religioso: nella pratica, essa assume una fisionomia molto simile a quella del matrimonio civile, con la necessaria sussistenza della volontà delle parti e l'intervento dell'ufficiale di stato civile.

E' stato anche ritenuto³³ che l'intento delle Parti nello stipulare il Nuovo Accordo fosse proprio quello di tutelare le esigenze dei non fedeli: la libertà di scelta in ambito matrimoniale, tra disciplina canonica e disciplina civile, non si esaurisce nel momento della formazione del vinco-

30 Cfr. Marco Canonico, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, 1996, pp. 67-68.

31 Cfr. Raffaele Botta, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, 2002, pp. 233-235.

32 Cfr. Carlo Cardia, *Manuale di diritto ecclesiastico*, II ed., 1996, pp. 460-461; l'autore considera «curioso» il fatto che il cittadino che decida di adire il tribunale civile perché dichiari la nullità del suo matrimonio (e vi ricorra perché non crede più nel valore confessionale del vincolo), constati che il giudice civile applica il diritto canonico cui egli desiderava sottrarsi.

33 Francesco Finocchiaro, *Diritto Ecclesiastico*, VIII ed., 2000; l'autore sostiene che questa impostazione sia l'unica in grado di tutelare il rispetto del principio di libertà religiosa. Inoltre, egli ritiene che per l'ordinamento italiano il matrimonio canonico sia un fatto esterno, che deriva dall'ordinamento canonico: la giurisdizione statale riguarda le modalità con cui tale fatto acquisisce rilevanza civile, per mezzo della trascrizione, e non il fatto canonico in sé considerato.

lo, ma permane oltre, anche nel momento di un'eventuale contestazione della validità del vincolo stesso. Questo deriva dal fatto che la tutela della libertà religiosa comprende la necessità di garantire alle parti il diritto di cambiare il loro precedente orientamento, non essendo inderogabile la giurisdizione ecclesiastica una volta scelta la celebrazione religiosa.

Il giudice statale, in questi casi, non giudicherebbe sulla validità del matrimonio canonico, ma egli valuterrebbe unicamente la validità dell'atto di iniziativa del procedimento di trascrizione, che costituisce il concretizzarsi della scelta tra matrimonio civile e matrimonio canonico. Questo autonomo atto di volontà è interamente disciplinato dal diritto civile e sarà dunque impugnabile per la sussistenza di impedimenti alla trascrizione, perché siano matrimoni non previsti dal Concordato o per l'esistenza di cause che permettono l'impugnazione del matrimonio civile (art. 117 -124 c.c.).

Ecco perché si potrebbe rinvenire una netta distinzione tra il matrimonio canonico, negozio che nasce all'interno dell'ordinamento della Chiesa e che è disciplinato dal diritto canonico, e la trascrizione che attribuisce ad esso gli effetti civili. La necessità dell'applicazione del diritto civile discenderebbe, cioè, dal fatto che è diverso l'ambito della giurisdizione dello Stato rispetto a quello della giurisdizione della Chiesa: vi è una sorta di doppio vincolo, uno religioso ed uno civile, ognuno dei quali esaurisce la propria vicenda all'interno del rispettivo ordinamento.

In quest'ottica il giudice dello Stato non sarà chiamato a dichiarare la nullità del vincolo religioso, che, in quanto tale è estraneo all'ordinamento dello Stato, e, di conseguenza, egli dovrà applicare non il diritto canonico ma il diritto civile³⁴.

4. RIFLESSIONI IN MERITO AL DIRITTO APPLICABILE

Il tema dell'esecutività delle sentenze ecclesiastiche di nullità in materia matrimoniale è soggetto ad incessanti mutamenti, sia a causa dell'eterogeneo sistema delle fonti, sia a causa della legge matrimoniale, risalente al 1929, ormai obsoleta.

³⁴ Cfr. Raffaele Botta, *Manuale di diritto ecclesiastico*, II ed., Torino, pp. 200-219; in cui l'autore si domanda quali conseguenze abbia avuto sul tema l'introduzione della legge di riforma del d.i.pr., che ha ripudiato la visione nazionalistica alla base del sistema previgente.

La scelta del diritto applicabile (diritto civile-diritto canonico) è, com'è noto, un problema alquanto complesso, viste le molteplici diversità tra la disciplina civilistica e quella canonica. Il fatto che la giurisprudenza, nella pratica, si sia schierata per l'applicabilità del diritto civile non risolve la questione in via definitiva.

La tesi dell'applicabilità del diritto civile da parte del giudice italiano adito per la dichiarazione di nullità di un matrimonio concordatario si basa certamente sulla tendenza attuale che tende a concepire come separati l'ambito religioso e quello temporale, in modo tale che lo stesso matrimonio concordatario viene concepito come composto dal matrimonio civile e da quello canonico, separati ed indipendenti l'uno dall'altro. Da ciò discende che si tende a tutelare il diritto di libertà religiosa, compreso il diritto di cambiare religione, anche concedendo al cittadino che abbia contratto matrimonio concordatario e che si sia poi allontanato dalla religione la possibilità di sottrarsi definitivamente all'ordinamento canonico, instaurando un giudizio di nullità dinnanzi al giudice civile ed essendo giudicato in base alle norme di diritto civile.

Venuta meno la riserva esclusiva di giurisdizione ecclesiastica e ammettendo la sussistenza del concorso di giurisdizioni tra giudice civile e giudice ecclesiastico, ritengo che sia ragionevole ritenere che il giudice civile adito per la dichiarazione di nullità di un matrimonio concordatario applichi il diritto civile: solo così si tutelerebbe veramente lo *ius poenitendi* dei coniugi che non si riconoscano più nella scelta compiuta. Il fatto che la sentenza dichiarativa di nullità del matrimonio concordatario pronunciata dal giudice civile non sortisca alcun effetto nell'ambito canonico prova che i due ambiti sono e rimangono separati: è data al cittadino la possibilità di scegliere quale via percorrere, senza costringerlo ad essere vincolato all'ordinamento confessionale che aveva scelto e che ha poi abbandonato.

Occorre peraltro rilevare che non è facile reperire sentenze relative al problema del diritto applicabile dal giudice civile. La carenza di materiale potrebbe stare a significare che solo raramente i cittadini si rivolgono al giudice civile affinché valuti la validità di matrimoni concordatari, preferendo affidarsi al foro civile per sentenze di separazione e divorzio e al foro ecclesiastico per la sentenze di nullità del matrimonio canonico, eventualmente, poi, chiedendone la delibazione, cosicché acquistino efficacia civile. D'altro canto, molti cittadini si rivolgono ai tribunali ecclesiastici affinché dichiarino la nullità del loro matrimonio concordatario poiché il diritto canonico prevede molto più cause di nullità ed inoltre l'azione di nullità canonica è imprescrittibile.

E' quasi superfluo rilevare, poi, che non privo di effetti sulla scelta dei cittadini, più o meno fedeli, è il diverso regime patrimoniale che consegue alla dichiarazione di nullità del matrimonio e la sentenza di divorzio, cui consegue un regime patrimoniale decisamente più incisivo³⁵.

Oltre a tale aspetto materiale, il proliferare di un grande numero di sentenze ecclesiastiche di nullità può forse essere spiegato da una sorta di recupero del sentimento religioso dei soggetti colpiti dal fallimento del proprio matrimonio. Costoro, infatti, in un momento di tale sofferenza, preferiscono affidarsi alla Chiesa, contraria all'istituto del divorzio in forza del valore dell'indissolubilità dell'istituto matrimoniale. Da ciò discende che la Chiesa non riconosce gli effetti dello scioglimento del matrimonio concordatario pronunciato da un giudice civile; al contrario, il fedele che abbia ottenuto un giudizio definitivo *pro nullitate matrimonii* potrà celebrare nuove nozze in forma religiosa e, avendo ottenuto la delibazione di tale sentenza, potrà nuovamente utilizzare il rito concordatario.

D'altro canto, dal proliferare di sentenze ecclesiastiche dichiarative della nullità di matrimoni concordatari discende un'altra questione di non scarsa rilevanza: come deve essere disciplinato il rapporto tra la sentenza delibata di nullità pronunciata dal giudice ecclesiastico e la sentenza di divorzio pronunciata dal giudice civile, già passata in giudicato? Anche questa questione è molto interessante sia dal punto di vista pratico (conseguenze patrimoniali), che dal punto di vista teorico.

2. NULLITÀ DEL MATRIMONIO CANONICO E DIVORZIO CIVILE

Quando le parti manifestano la volontà di conseguire lo *status* di coniugato di fronte alla Chiesa ed anche di fronte allo Stato contraggono il matrimonio concordatario; quando poi, ottenuta una sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio canonico, le parti chiedono il riconoscimento alla Corte d'Appello competente, intendono revocare la volontà precedentemente espressa di essere considerati coniugi davanti allo Stato. Se le parti non chiedono la delibazione o essa non è concessa, continuano ad essere coniugi per lo Stato, non essendolo comunque più nell'ordinamento canonico³⁶, verificandosi in tal caso una

³⁵ Vedi *infra*.

³⁶ Cfr. Luigi De Luca, *Cessazione degli effetti civili e successiva delibazione di sentenza canonica relativa alla invalidità dello steso matrimonio*, in *Diritto Ecclesiastico*, 2001, p. 1203; l'autore da questa considerazione desume che il negozio da cui discende il matrimonio canonico e quello da cui nasce il matrimonio civile sono due atti logicamente distinti perché possono sorgere in momenti diversi e avere una vita autonoma.

vera e propria separazione tra l'ambito civile, che li considera ancora coniugi a tutti gli effetti, e l'ambito canonico che, viceversa, ha accertato la nullità del vincolo.

Quando accade il contrario, ossia che una parte richieda la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità dopo il passaggio in giudicato della sentenza di scioglimento agli effetti civili del matrimonio, occorre tutelare da un lato il sentimento religioso della parte che ha adito il tribunale ecclesiastico e dall'altro il coniuge economicamente più debole che benefici dell'assegno di mantenimento disposto con la sentenza di divorzio. In tale ambito l'ordinamento appare carente in quanto prevede conseguenze diverse per la dichiarazione di nullità e per la sentenza di divorzio: nel primo caso, sono applicate le norme previste per il matrimonio putativo; nel secondo, sono applicate le norme sul divorzio.

Già negli anni passati, è stato rilevato³⁷ che il riconoscimento della dichiarazione di nullità di un matrimonio canonico trascritto, pronunciata dal tribunale ecclesiastico, dopo una sentenza di divorzio, ha l'unico fine di pubblicizzare il fatto che le parti sono libere anche dinnanzi alla Chiesa.

Il problema è quello di stabilire se la pronuncia di divorzio contiene un implicito riconoscimento della validità del matrimonio in quanto, in tal caso, essa precluderebbe l'ingresso nell'ordinamento civile della successiva sentenza ecclesiastica di nullità, essendo la nullità del vincolo pregiudiziale al suo scioglimento.

Parte della dottrina³⁸, che, peraltro, mi trova perfettamente d'accordo, ritiene che lo scioglimento agli effetti civili del matrimonio si basa sul presupposto della validità originaria del vincolo: non è logicamente pro-

37 Arturo Carlo Jemolo, *Gli occhiali del giurista, divorzio e invalidità del matrimonio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1975, II, p. 104; egli evidenzia che spesso il fine perseguito dalla parte divorziata che decide di adire il tribunale ecclesiastico perché dichiari la nullità del vincolo è quello di non essere più tenuto a corrispondere l'assegno periodico previsto dall'art. 5 della l. n. 898 del 1970. Tuttavia, egli rileva che il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio preclude alle parti l'esercizio dell'azione volta ad ottenere la nullità del vincolo stesso dai tribunali ecclesiastici: l'attore che domanda, in sede civile, lo scioglimento del vincolo riconosce implicitamente l'esistenza dello stesso, così come il convenuto che non eccepisca l'inesistenza del vincolo e non chieda la sospensione del giudizio perché si pronunci il tribunale ecclesiastico. Si tratterebbe di meri errori processuali che, in quanto tali, non devono essere tutelati. L'autore, dopo l'annotazione nei registri dello stato civile della sentenza di divorzio, sarebbe contro la possibilità di ammettere una seconda annotazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del vincolo. Se si volesse comunque procedere a tale seconda annotazione, essa avrebbe appunto solo fini pubblicitari.

38 Vedi Francesco Finocchiaro, *Diritto Ecclesiastico*, op. cit., che ritiene sussistente un'incompatibilità logica tra la sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità e la sentenza di divorzio in quanto quest'ultima copre il dedotto ed il deducibile e si basa sulla validità del vincolo matrimoniale.

spettabile la cessazione di qualcosa che non esiste³⁹. Anzi, sarebbe configurabile⁴⁰ un vero e proprio onere di deduzione dei fatti integranti le ipotetiche cause di nullità, a carico delle parti, nel giudizio di divorzio. Se tale onere non viene esercitato, la pronuncia di scioglimento del vincolo matrimoniale preclude la questione di validità dello stesso. Al contrario, è stato ritenuto⁴¹ che, se le parti nel giudizio divorzile non sollevano questioni relative alla validità del matrimonio, essa rimane un mero presupposto della sentenza di divorzio, ma non è configurabile su tale aspetto un accertamento idoneo a passare in giudicato: da ciò, deriverebbe che la sentenza di scioglimento non preclude la delibazione della successiva sentenza ecclesiastica di nullità. Se, infatti, la sentenza di divorzio facesse realmente stato ad ogni effetto, *ex art. 2909 c.c.*, sulla validità del vincolo, ci sarebbe un'incongruenza dal momento che la questione relativa allo *status* non può essere decisa dal giudice *incidenter tantum*, mentre nella fattispecie sarebbe risolta in modo implicito ed idonea a pregiudicare una serie di situazioni soggettive, non dedotte nel giudizio di divorzio⁴².

Nel matrimonio concordatario, però, la sentenza di divorzio dichiara cessati gli effetti del matrimonio *ex nunc*, cioè dal passaggio in giudicato della sentenza stessa. La successiva sentenza di delibazione di una sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità modificherebbe la situazione, sancendo che gli effetti civili non sono mai venuti in essere, in quanto la nullità produce i suoi effetti *ex tunc*⁴³. Con tale delibazione si andrebbe ad incidere su una materia, cioè la decorrenza degli effetti civili di un

39 *Ibidem*; a giudizio dell'autore, il principio è lo stesso che si applica in materia contrattuale per cui non è possibile dichiarare l'inesistenza di un contratto che sia stato precedentemente risolto per colpa con sentenza passata in giudicato.

40 In tal senso vedi Concetta Marino, *Ancora in tema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000, p. 720.

41 Cfr. Umberto Roma, *Delibazione di sentenza ecclesiastica e sentenza civile di divorzio*, in *Studium Iuris*, 2003, pp. 230-231.

42 Cfr. Giampiero Balena, *Sui problemi derivanti dal «concorso» tra la giurisdizione ecclesiastica e la giurisdizione civile in materia di nullità del matrimonio*, *op. cit.*, p. 291.

43 A tal proposito vedi Luigi De Luca, *Cessazione degli effetti civili e successiva delibazione di sentenza canonica relativa alla invalidità dello stesso matrimonio*, in *Diritto Ecclesiastico*, 2001, *cit.*, p. 1208; l'autore sottolinea il carattere di «*mero astrattismo giuridico*» della motivazione che sancisce l'incompatibilità di una sentenza di divorzio passata in giudicato e di una successiva sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità sulla base del fatto che la prima si è già pronunciata sullo *status* dei coniugi e, in quanto *res iudicata*, copre il dedotto ed il deducibile. L'autore evidenzia come nella conoscenza parallela della sfera laica ciò che è percepito nella comunità, al di là di una sentenza di divorzio o di annullamento, è che vi è stata una comunione coniugale che è finita, ma che è comunque esistita. Da questo dato fattuale il giudice non dovrebbe prescindere ed ecco perché è necessario che mantenga ferma la prima decisione con la quale aveva disposto la regolamentazione economica tra le parti.

matrimonio canonico, che era già stata risolta con sentenza passata in giudicato⁴⁴.

Anche se parte della dottrina⁴⁵ ritiene che il riconoscimento di una sentenza ecclesiastica di nullità successiva al giudicato di divorzio corrisponda non solo al fine di tutelare i diritti soggettivi delle parti, ma sia doveroso alla luce dell'impegno internazionale assunto dall'Italia con la Santa Sede di riconoscere tali sentenze, occorre comunque rilevare che l'ordinamento italiano si è tutelato dall'eventualità in cui vengano in esso recepite valutazioni in contrasto con altre contenute in sentenze italiane: l'art. 64 lett. e), corrispondente al n. 5 dell'art. 797 c.p.c., richiamato dall'art. 8.2. dell'Accordo di riforma dei Patti Lateranensi del 1984, prevede come presupposto del riconoscimento che la sentenza straniera non sia contraria ad altra sentenza, passata in giudicato, pronunciata da un giudice italiano. La portata di tale norma non deve essere intesa nel senso che è inibito il riconoscimento in Italia di una sentenza che abbia deciso la medesima causa⁴⁶, ma nel senso che non è ammesso il riconoscimento nell'ordinamento civile italiano di una sentenza straniera che presenti un contenuto o determini effetti incompatibili con altra sentenza passata in giudicato ed emanata dal giudice italiano. Nel caso in esame, il riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale comporterebbe un'incompatibilità con la precedente sentenza di divorzio passata in giudicato, che si basa sul presupposto fondamentale della validità del matrimonio. Inoltre, avendo riguardo agli effetti prodotti, la sentenza ecclesiastica inciderebbe sui provvedimenti economici, disposti con la sentenza di divorzio, comportandone l'eliminazione, perché fondati sul presupposto della validità del vincolo⁴⁷.

E', poi, da rilevare che i provvedimenti economici attengono al matrimonio rapporto (e non all'atto di matrimonio): essi vengono adottati in considerazione della durata della convivenza o dell'apporto di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune. La sentenza ecclesiastica di nullità, al contrario, attiene unicamente al matrimonio atto e, mancando un'espressa disposizione al riguardo, è dubbio che ad essa possa essere attribuito l'effetto di travolgere disposizioni precedentemente assunte dal giudice italiano. Per cui, anche volendo ammettere il riconoscimento di essa, dovrebbe essere pacifico che questa non produrrà

44 Cfr. Luciano Musselli - Valerio Tozzi, *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, op. cit., p. 206.

45 Cfr. Tito Ballarino, *Divorzio, riconoscimento di annullamento ecclesiastico e adattamento*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di Franco Cipriani, op. cit., pp. 70-73.

46 Vista l'oggettiva differenza tra scioglimento ed invalidità non opererebbe in questo caso tale preclusione.

47 Vedi *infra*.

alcun effetto sui provvedimenti economici disposti dal giudice italiano con la sentenza di divorzio⁴⁸.

Il giudicato di divorzio, con le statuizioni personali e patrimoniali in esso contenute, rimarrebbe in tal modo immutato anche dopo la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità: sarebbe configurabile una sovrapposizione naturale⁴⁹ della sentenza di nullità a quella di divorzio, senza che quest'ultima impedisca la delibazione della prima e questa non travolga le statuizioni patrimoniali della sentenza di divorzio, visto che il giudicato non può essere vanificato dall'allegazione di fatti che potevano essere dedotti nel giudizio relativo. La sentenza *pro nullitate*, quindi, ammettendone la delibabilità anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, non è idonea a pregiudicare o ad assorbire il contenuto della pronuncia che dichiara la cessazione degli effetti civili del matrimonio: sono così salve le disposizioni economiche⁵⁰.

2.1. Il profilo del giudicato

Quando viene dichiarata da un tribunale ecclesiastico la nullità di un matrimonio concordatario e tale pronuncia viene resa efficace nell'ordinamento italiano, il passaggio in giudicato della sentenza di delibazione preclude l'emanazione di una sentenza statale di cessazione degli effetti civili del vincolo matrimoniale, in quanto non sarebbe consentito dichiarare lo scioglimento di un vincolo già dichiarato inesistente⁵¹.

Viceversa appare dubbia la possibilità di procedere al riconoscimento civile di una sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità in presenza di una sentenza di divorzio già esistente tra le parti medesime e passata in

48 Vincenzo Starace, *Sul diritto applicabile al matrimonio concordatario nel giudizio italiano di annullamento e sull'ammissibilità della delibazione della sentenza ecclesiastica di annullamento del matrimonio di cui sia stato pronunciato il divorzio in Italia*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di Franco Cipriani, *op. cit.*, pp. 158-160; l'autore ritiene applicabile al caso in esame l'istituto della delibazione parziale, istituto che ha trovato applicazione nel caso di sentenze straniere di condanna del genitore naturale al pagamento degli alimenti al figlio minore, riconosciute limitatamente alla statuizione concernente gli alimenti; sulla sorte dei provvedimenti economici vedi *infra*.

49 In tal senso vedi Elisa De Feis, *Ordine pubblico matrimoniale e sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *Famiglia e diritto*, 2000, p. 575.

50 Cfr. Antonio Ingoglia, *Ancora sul rapporto tra sentenza ecclesiastica di nullità e giudicato civile di divorzio*, in *Diritto Ecclesiastico*, 2001, p. 92.

51 Da ultimo Corte di Cassazione n. 10055/2003 che ribadisce che il passaggio in giudicato della sentenza di delibazione, sancendo il venir meno del vincolo coniugale, comporta la cessazione della materia del contendere nel processo di divorzio instaurato dopo l'introduzione del procedimento volto al riconoscimento della sentenza ecclesiastica.

giudicato: la sentenza di divorzio produce effetti *ex nunc*, mentre con il riconoscimento della sentenza ecclesiastica gli effetti cessano retroattivamente, decorrendo dalla data di celebrazione del matrimonio.

E', dunque, necessario valutare se vi sia un'incompatibilità di ordine giuridico che impedisce il riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità, ai sensi dell'art. 797 c.p.c. o dell'art. 64 della l. n. 218 del 1995. Parte della dottrina ritiene sussistente un'incompatibilità di ordine logico⁵², dal momento che la sentenza di divorzio si basa sul presupposto della validità della trascrizione e della volontà degli effetti civili, mentre il riconoscimento della sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità travolgerebbe entrambe.

Infatti, mentre con la sentenza di divorzio si accerta il disfacimento della comunione coniugale, nei casi previsti dalla legge, la dichiarazione di nullità è volta ad acclarare che il vincolo non è mai sorto validamente.

Preliminarmente è comunque necessario affrontare il profilo del giudicato e dei suoi limiti oggettivi: alla luce di esso, una sentenza successiva non può più far venire meno gli effetti quesiti promananti da una precedente sentenza passata in giudicato. Correntemente si afferma che il giudicato copre il dedotto e il deducibile: si verifica la copertura dall'autorità della *res iudicata* di tutto quanto abbia formato oggetto di accertamento da parte del giudice e che, in quanto tale, non potrà più essere dedotto in altro giudizio tra le medesime parti e il comportamento omisivo di una parte è sanzionato nel senso che ad essa sarà precluso riproporre successivamente ciò che non ha dedotto, anche se avrebbe potuto, nel corso del giudizio. I confini del giudicato sostanziale⁵³ sono quelli della domanda decisa e, dal fatto che esso copre il dedotto ed il deducibile, discende che sono precluse alle parti tutte le domande e le eccezioni che, se accolte nel nuovo processo, darebbero luogo a risultati incompatibili con la decisione precedente, passata in giudicato (in tal caso si parla di giudicato implicito)⁵⁴. Oltre a tali limiti oggettivi, l'art. 2909 c.c. enuncia i limiti soggettivi per cui il giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi ed aventi causa.

52 Francesco Finocchiaro, *Diritto Ecclesiastico*, VII ed., *op. cit.*, pp. 455-456; nello stesso senso, Concetta Marino, *Ancora in tema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000, p. 717; anche a giudizio dell'autrice vi è un contrasto logico tra la questione della validità e il giudicato di scioglimento.

53 Al contrario, per giudicato formale si intende la definitività della sentenza non più soggetta ad impugnazioni ordinarie (vedi art. 324 c.p.c.).

54 Cfr. Luigi Comoglio, Corrado Ferri, Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, pp. 868-875.

Un'ulteriore considerazione deve essere fatta avendo riguardo al principio del *ne bis in idem*, in forza del quale è precluso un nuovo giudizio tra le medesime parti, se vi è identità di *petitum* e se esso si basa sulla stessa *causa petendi*: se vi è identità di tali elementi, dunque, si verificherà l'identità dei giudizi e la conseguente intangibilità e prevalenza del giudicato anteriore⁵⁵.

2.2. Coincidono il *petitum* e la *causa petendi* nell'azione di nullità ecclesiastica ed in quella di divorzio?

Un problema controverso attiene al rapporto intercorrente tra l'azione di nullità ecclesiastica e quella di scioglimento agli effetti civili del matrimonio concordatario: occorre, cioè, valutare se nelle due azioni coincidono o meno il *petitum* e la *causa petendi*. Parte della dottrina⁵⁶ ritiene che sussista un'effettiva diversità tra le due azioni. In base all'art. 2 della l. n. 898 del 1970, infatti, può essere pronunciata la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario se il giudice accerta l'impossibilità di mantenere o ricostruire la comunione spirituale o materiale tra i coniugi. Il *petitum* di questo giudizio è dunque la pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto, pronuncia che determina la modificazione dello *status* coniugale. In base all'art. 17 della l. n. 847 del 1929, è prevista la possibilità di trasmettere alla Corte d'Appello competente la sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità matrimoniale, munita del decreto di esecutività della Segnatura

55 Cfr. Marco Canonico, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, op. cit., pp. 155-160; l'autore sottolinea come il problema del rapporto tra giudizio di nullità e scioglimento si pone anche all'interno dell'ordinamento italiano: il matrimonio civile, infatti, può essere impugnato o con un'azione di nullità prevista dal codice civile, oppure con la domanda volta ad ottenere la sentenza di divorzio, che è uno scioglimento. Per cui, nonostante i termini di prescrizione rendano remota tale ipotesi, si potrebbe ipotizzare che una parte, dopo aver ottenuto una sentenza di divorzio, passata in giudicato, chieda una sentenza civile di nullità del matrimonio o l'esecutività di una sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità matrimoniale. Egli si schiera per la diversità delle due azioni e quindi per la conseguente ammissibilità di una domanda di nullità anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio: il *petitum* è diverso nei due casi (dichiarazione di nullità/scioglimento del matrimonio) e anche la *causa petendi* (impedimenti dirimenti/il venir meno della comunione coniugale). In questo caso, non opererebbe nemmeno il giudicato implicito in quanto la sentenza di divorzio non pronuncia sulla validità del matrimonio, che, quindi, potrà essere travolta da una successiva sentenza dichiarativa della nullità.

56 Alberto Mariani, *Contemporanea pendenza dei giudizi di divorzio e di esecutorietà della sentenza canonica di nullità*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1978, pp. 660-667; nello stesso senso Gaetano Dammacco, *Giudizio di esecutività e giudizio di divorzio tra aperture ed incertezze*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di Franco Cipriani, op. cit., pp. 153-155.

Apostolica, perché proceda al riconoscimento di essa. Il *petitum* di questo giudizio è la pronuncia di efficacia agli effetti civili del provvedimento giudiziario che ha sancito l'inesistenza del vincolo matrimoniale. Da ciò si dovrebbe desumere la diversità del *petitum* nelle due procedure⁵⁷.

Per quanto riguarda il profilo della *causa petendi*, è da rilevare che la modifica di *status* conseguente alla sentenza di scioglimento del matrimonio agli effetti civili discende dalla volontà delle parti di risolvere il rapporto, se ricorrono i presupposti previsti dalla legge; mentre, nel caso di riconoscimento della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del vincolo matrimoniale, il mutamento di *status* discende dall'avvenuto accertamento dell'inesistenza del rapporto, che non è mai sorto perché privo fin dall'origine degli elementi essenziali.

Un'altra dottrina⁵⁸ ritiene, al contrario, che l'oggetto del giudizio sia comunque il vincolo matrimoniale: nel caso di sentenza di divorzio si contesta la validità del rapporto matrimoniale perché è venuta meno la comunione spirituale e materiale tra i coniugi, mentre nel caso di sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità si contesta la validità giuridica dell'atto di origine del matrimonio. L'effetto prodotto da entrambe le sentenze è quello di porre termine al rapporto matrimoniale. Quando il giudice pronuncia lo scioglimento di un matrimonio civile, infatti, fissa lo stato libero degli ex coniugi, per cui una nuova decisione che, attraverso la dichiarazione di nullità, statuisca lo stato libero delle stesse parti costituirebbe *bis in idem*: da ciò risulta che la sentenza di divorzio costituisce *res iudicata* su tutte le questioni che attengono allo *status* coniugale delle parti ed inibisce così il riconoscimento nell'ordinamento italiano di una sentenza ecclesiastica di nullità successiva al divorzio⁵⁹.

Un'altra considerazione deve essere fatta in ordine agli effetti delle due azioni. Infatti, anche se l'effetto di entrambe i giudizi è quello di far

57 Nello stesso senso Paolo Moneta, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, op. cit., pp. 118-119; l'autore esclude l'esistenza di una contrarietà ostativa alla delibazione tra il giudicato civile di divorzio e la successiva sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del vincolo matrimoniale.

58 Francesco Finocchiaro, *Il concorso di giurisdizioni sul matrimonio c.d. concordatario*, in *Giust. Civ.*, 1993, pp. 877-822.

59 Cfr. Domenico Barillaro, *Esecutorietà di sentenza canonica di nullità di matrimonio e pendenza di giudizio di divorzio*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1976, pp. 135-139; di opinione opposta vedi Alberto Mariani, *Contemporanea pendenza dei giudizi di divorzio e di esecutorietà della sentenza canonica di nullità*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1978, pp. 659-667; l'autore scrive nella vigenza dell'art. 34 relativo alla giurisdizione esclusiva dei tribunali ecclesiastici e sottolinea come l'azione volta ad ottenere il divorzio non comporta uno spostamento di giurisdizione, per cui il giudice civile adito per la dichiarazione della sentenza di divorzio dovrebbe sospendere il giudizio, in attesa che la Corte d'Appello si pronunci sul riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità.

ottenere alle parti il riacquisto dello *status* di libero, l'oggetto dei due giudizi è differente e tale effetto è solo una conseguenza indiretta di essi⁶⁰. Da ciò non si può che desumere che dalla delibazione successiva a sentenza di divorzio discende la caducazione degli effetti patrimoniali come conseguenza giuridicamente ineccepibile: l'unica soluzione per tutelare il coniuge economicamente più debole sarebbe, secondo alcuni⁶¹, quello di riformare l'art. 129 c.c., tramite una legge *ad hoc*.

2. LE CONSEGUENZE PATRIMONIALI

Il problema principale della qualificazione del rapporto tra il giudicato civile di divorzio e la sentenza ecclesiastica di nullità è rappresentato dalle diverse conseguenze economiche derivanti dal divorzio e dalla nullità: la sussistenza di due regimi patrimoniali diversi può comportare situazioni di ingiustizia, oltre a minare l'immagine della giurisdizione ecclesiastica dinnanzi all'opinione pubblica⁶².

⁶⁰ Cfr. Marco Canonico, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, op. cit., pp. 155-160; l'autore sottolinea che l'oggetto del giudizio di divorzio è l'accertamento della sussistenza di uno dei presupposti che consentono al giudice di emanare questo tipo di decisione, mentre l'oggetto del giudizio della sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità del vincolo matrimoniale è la dichiarazione della nullità dell'atto originario del matrimonio stesso. Dalla diversità delle due azioni discende la diversità delle relative pronunce: il divorzio è emanato dal giudice con sentenza costitutiva e scioglie gli effetti del vincolo dall'esterno, prescindendo da una valutazione di validità di esso; la nullità, invece, è pronunciata dal giudice con sentenza dichiarativa, in quanto egli si limita ad accertare l'esistenza di essa.

⁶¹ Cfr. Guido Lagomarsino, *Interessi economici e delibazione delle nullità ecclesiastiche per simulazione*, in *Diritto Ecclesiastico*, 2003, I, pp. 316-326; dove l'autore indica un ipotetico testo dell'art. 129 c.c. novellato.

Art. 129 – (Diritti e responsabilità dei coniugi putativi in buona e in mala fede).

Quando ambedue i coniugi sono in buona fede (128) il giudice deve applicare gli artt. 5- 5°, 6°, 7°, 8° e 9° comma, e 12-bis, della legge n. 898 del 1970 come modificati dalla legge n. 74 del 1987.

Il coniuge al quale è imputabile la nullità del matrimonio (117) se può dirsi benestante rispetto all'altro, è tenuto a corrispondere a quest'ultimo (in buona fede) i benefici economici di cui al 1° comma, oltre ad una somma corrispondente al mantenimento per tre anni.

Il coniuge al quale è imputabile la nullità del matrimonio —se in istato di bisogno— deve ricevere dall'altro in buona fede gli alimenti fino a quando non cessa tale stato e comunque per non più di cinque anni.

Quando ambedue i coniugi sono in mala fede, quello in stato di bisogno deve ricevere dall'altro gli alimenti fino a quando non cessa tale stato e comunque per non più di dieci anni.

I benefici economici di cui ai commi precedenti cessano in caso di nuove nozze, tranne la somma di cui al 2° comma.

Riguardo ai figli si applica l'art. 155 c.c.

⁶² In tal senso vedi Paolo Moneta, *Riserva di giurisdizione e delibazione delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali: recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali*, op. cit., in *Diritto Ecclesiastico*, 1997, p. 830.

Con il *Motu proprio* del 28 marzo del 1971 la Santa Sede esclude il principio previsto dal can. 1971, par. 1, n. 1 del *Codex Iuris Canonici* del 1917, che vietava al coniuge che aveva causato la nullità di adire il tribunale ecclesiastico. Così ciascun coniuge, sia in buona che in mala fede, è legittimato, come previsto dal can. 1674 del *C.J.C.* del 1983, a domandare l'annullamento del matrimonio canonico. Da tale mutamento è derivato un accesso facilitato ai tribunali ecclesiastici, soprattutto da parte di chi avesse già ottenuto una sentenza di divorzio, che lo obbligasse alla corresponsione di un assegno di mantenimento. Si comprende, in tal modo, la strumentalizzazione cui può dar luogo il ricorso alla giurisdizione canonica successiva al divorzio: la dichiarazione di nullità ecclesiastica, che sia riconosciuta in Italia, consente alle parti di contrarre un nuovo matrimonio, anche in Chiesa, senza attendere i tre anni dalla separazione perché sia emanato il divorzio e libera, attraverso il versamento previsto dall'art. 129-bis c.c., la parte tenuta a corrispondere l'assegno ex art. 5 della legge sul divorzio, che è, invece, rivalutabile e proporzionale al reddito dell'obbligato (da ciò potrebbero sorgere controversie in ordine all'entità dell'assegno stesso)⁶³.

Da un punto di vista prettamente giuridico, se si ammette il riconoscimento in Italia di una sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del vincolo, occorre farne conseguire gli effetti propri della dichiarazione di nullità, per cui *quod nullum est nullum producit effectum*. Da ciò, non potrebbe che discenderne il travolgimento della sentenza di divorzio, con tutte le statuizioni relative ad esso⁶⁴.

Occorre, però, ricordare il principio fondamentale espresso nell'art. 128 c.c. (matrimonio putativo), in base al quale il matrimonio contratto in buona fede produce in favore del coniuge gli effetti del matrimonio valido, fino alla dichiarazione di nullità dello stesso. Gli effetti economico-patrimoniali derivanti da una sentenza di divorzio non hanno come causa la nullità del matrimonio, ma sono la conseguenza di un'ampia valutazione effettuata dal giudice, alla luce dei parametri disposti dall'art. 5 della

63 Cfr. Gianni Piomelli, *Incongruenze nella disciplina matrimoniale neoconcordataria: i rapporti tra giudizio civile di divorzio e giudizio canonico di nullità in un recente studio di Sergio Scarli*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1998, I, pp. 655-656; l'autore denuncia il fatto che decidano di adire i tribunali ecclesiastici non soltanto i *cives fideles*, ma anche soggetti spinti dalla prospettiva di un vantaggio economico.

64 Cfr. Marco Canonico, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, op. cit., p. 179; l'autore sottolinea come il riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità, se comporta la caducazione del giudicato di divorzio, fa anche venir meno tutte le disposizioni in esso contenute.

l. n. 898 del 1970. Da ciò si potrebbe desumere⁶⁵ che l'intervenuta sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del vincolo non fa venir meno le cause che hanno determinato il giudice civile, in sede di divorzio, alla disposizione dei provvedimenti economici (per esempio, se è stata accertata una disparità di condizione economica in sede di divorzio, tale accertamento non viene meno con la sentenza di nullità). Queste cause si inseriscono nel contesto di un vincolo matrimoniale valido, tuttavia il rapporto matrimoniale, contratto in buona fede, è considerato valido fino alla pronuncia della nullità. Da questa validità presunta discende che, siccome il rapporto giuridico valido è idoneo a produrre i suoi effetti, le disposizioni divorzili basate su cause incidenti su un rapporto giuridico valido al momento della pronuncia, non potranno essere riesaminate perché coperte dal giudicato. Tale impostazione non sarebbe, però, idonea a tutelare il coniuge in mala fede, cui non sarebbe applicabile l'istituto del matrimonio putativo⁶⁶.

Una soluzione prospettata⁶⁷, ma che non ha avuto esito positivo⁶⁸, è stata quella di sollevare questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 129 e 129-bis c.c. per violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento patrimoniale nelle situazioni sostanzialmente coincidenti di nullità del vincolo e del suo scioglimento, disparità che dipende unicamente dalla data in cui interviene la sentenza di delibazione.

E' stato anche rilevato⁶⁹ che la parte finale dell'art. 8.2. dell'Accordo del 1984 prevede la possibilità per la Corte d'Appello adita per la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità di statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi, rimandando le parti al giudice competente per questo tipo di decisioni. Tale disposizione dimo-

65 Cfr. Luigi Liberti, *Rapporto tra giudicati di divorzio e nullità (o annullamento) di matrimonio*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di Franco Cipriani, *op. cit.*, pp. 87-90; l'autore sottolinea che la mancata tutela del coniuge in mala fede discende da finalità sanzionatorie.

66 A tal proposito è interessante la sentenza del 9 febbraio 2001, pronunciata dal Tribunale di Catania, in *Diritto Ecclesiastico*, 2001, p. 273, in cui i giudici di merito rilevano che l'intervenuta delibazione nell'ordinamento di una sentenza ecclesiastica di nullità non fa venir meno la comunione legale instaurata *medio tempore* tra i coniugi in quanto la sentenza non può cancellare ciò che è esistito *in rerum natura*.

67 Vedi Mario Finocchiaro, *Sentenza di divorzio, delibazione della pronunzia ecclesiastica di nullità di quel matrimonio (inesistenza di) giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico*, in *Giustizia civile*, 2001, pp. 1482-1486.

68 Vedi *infra*.

69 Cfr. Gianni Piomelli, *Incongruenze nella disciplina matrimoniale neoconcordataria: i rapporti tra giudizio civile di divorzio e giudizio canonico di nullità in un recente studio di Sergio Scarli*, pp. 658-659.

strebbe l'opinione comune delle parti firmatarie dell'Accordo secondo cui i vizi genetici del matrimonio-atto non sono in grado di travolgere completamente il matrimonio-rapporto.

Allo stato attuale della legislazione vigente, la conservazione delle statuizioni economiche contenute nel giudicato di divorzio costituisce la più avanzata tutela possibile del coniuge più debole, almeno fino ad un intervento del legislatore in materia ⁷⁰.

3. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

E' interessante rilevare l'impostazione passata della Corte di Cassazione in merito al rapporto tra il giudicato di divorzio e la successiva sentenza ecclesiastica di nullità.

Con la sentenza n. 2724 del 1974 ⁷¹, la Corte di Cassazione ha rilevato che l'azione di nullità proposta presso il giudice ecclesiastico e quella diretta ad ottenere la cessazione degli effetti civili del matrimonio si fondano su distinti ed autonomi presupposti, per cui non esiste tra i due giudizi un rapporto di pregiudizialità. Da ciò, la Corte aveva desunto che non dovesse applicarsi l'istituto della sospensione necessaria previsto dall'art. 295 c.p.c. ⁷².

L'anno successivo, con la sentenza n. 3257 del 1975 ⁷³, la Corte di Cassazione ha ribadito l'ammissibilità di una pronuncia di nullità ecclesiastica successiva a quella di divorzio. Nella fattispecie, la Corte ha rilevato che la sentenza di cessazione degli effetti civili di un matrimonio canonico trascritto, sopravvenuta durante il procedimento di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità, non ha efficacia di giudicato relativamente alla validità del vincolo: il principio in base al quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile non rileva in tale ambito in quanto esso è limitato allo specifico oggetto della controversia, che, nel caso di sentenza di divorzio, è unicamente l'ulteriore permanenza nell'ordinamento degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio canonico.

⁷⁰ In tal senso Giuseppe De Marzo, *Nullità del matrimonio concordatario e statuizioni economiche della sentenza di divorzio*, in *Corriere giuridico*, 2001, pp. 1171-1172.

⁷¹ In *Diritto di famiglia e delle persone*, 1975, p. 74.

⁷² Così anche Corte d'Appello di Milano, sentenza del 23 settembre 1997, n. 2849, in *Quad. dir.pol.eccl.*, 1998.

⁷³ In *Diritto Ecclesiastico*, 1975, II, pp. 320-321.

La Corte di Cassazione ha, poi, confermato la sua posizione nella sentenza n. 1905 del 1980⁷⁴, ritenendo nuovamente che la sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, sopravvenuta nel corso del procedimento di delibazione previsto dall'art. 17 della l. n. 847 del 1929, non impedisce che la sentenza ecclesiastica sia resa esecutiva nell'ordinamento italiano in quanto non spiega efficacia di giudicato sul punto della validità del vincolo matrimoniale. Nella stessa sentenza, la Corte specifica che le norme che prevedono e disciplinano la declaratoria delle pronunce di nullità dei tribunali ecclesiastici in materia di nullità del matrimonio concordatario non sono in contrasto con l'art. 3 della Cost. A giudizio della Corte, infatti, non è riscontrabile alcuna differenza tra gli effetti personali e patrimoniali della nullità del matrimonio concordatario rispetto alla nullità del matrimonio civile: l'art. 18 della l. n. 847 del 1929 estende alla nullità del matrimonio concordatario le norme del codice civile in materia di matrimonio putativo (artt. 128, 129 e 129-bis c.c.).

Un'altra pronuncia significativa è la n. 12144 del 1993⁷⁵, nella quale la Corte di Cassazione ha nuovamente ribadito che il giudicato di divorzio non è di ostacolo alla delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità.

Ha dato nuovo rilievo, perché segna un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale, alla questione del rapporto tra giudicato di divorzio e sentenza ecclesiastica di nullità la sentenza della Corte di Cassazione n. 3345 del 1997⁷⁶, con la quale i giudici di legittimità, dopo

⁷⁴ In *Diritto Ecclesiastico*, 1980, pp. 68-69.

⁷⁵ In *Foro it.*, 1995, I, con il commento di Giampiero Balena, *Sui problemi derivanti dal concorso tra la giurisdizione ecclesiastica e la giurisdizione civile in materia di nullità del matrimonio*, op. cit., pp. 287-288; l'autore evidenzia che la questione relativa alla nullità del matrimonio non può essere affrontata *incidenter tantum* perché incide su uno *status*: in questi casi la legge impone una decisione con efficacia di giudicato, indipendentemente da una domanda di parte. Da ciò si desume che in tutti i processi in cui rilevi ai fini dell'accoglimento della domanda la validità del vincolo matrimoniale, l'eccezione relativa alla nullità dello stesso introduce una causa pregiudiziale ex art. 34 c.p.c. La proposizione dell'eccezione o della domanda incidentale di nullità non è preclusa dalla contemporanea pendenza di un giudizio che ha per oggetto la validità del matrimonio o la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità; per cui o la duplicità dei giudizi si risolve con la connessione ed il *simultaneus processus* ex art. 40 c.p.c., oppure dovrà essere sospeso il giudizio di divorzio fino alla definizione, con sentenza passata in giudicato, del giudizio vertente sulla validità del vincolo. La preesistenza di un giudicato di divorzio importa, invece, che le statuizioni patrimoniali in esso contenute non possono essere vanificate dal successivo riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità, in quanto ciò contrasterebbe con il principio in base al quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

⁷⁶ In *Diritto Ecclesiastico*, 1997, pp. 294-296; la motivazione della sentenza in oggetto è richiamata nella sentenza 16 novembre 2001 della Corte d'appello di Milano (in *Famiglia e diritto*, n. 1/2003, pp. 49-52) che ribadisce il principio secondo cui il passaggio in giudicato di una

aver rilevato l'abrogazione della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici, hanno ritenuto disciplinati i rapporti tra la giurisdizione ecclesiastica e la giurisdizione civile sulla base del principio di prevenzione in favore della giurisdizione civile. Da ciò, la Corte ha precisato che, mentre la pendenza di un giudizio civile impedisce la delibazione di una sentenza ecclesiastica, il giudizio civile è precluso solo dall'avvenuta delibazione della sentenza ecclesiastica. La pendenza di un giudizio di divorzio, dunque, comporta la devoluzione della questione della validità del vincolo alla giurisdizione civile ed impedisce la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità. Nella fattispecie, l'ex moglie aveva sollevato ricorso per Cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello di Roma del 1994, che aveva ridotto l'ammontare dell'assegno divorzile. L'ex marito, con controricorso, ha richiesto che la Corte dichiarasse l'improcedibilità del ricorso, essendo stata delibata la sentenza ecclesiastica di nullità del vincolo matrimoniale dalla Corte di Appello di Roma, nel 1995. I giudici di legittimità, rigettando il ricorso vista la mancanza di prove addotte dalla ricorrente, hanno stabilito che la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità non rileva sul giudicato del divorzio, limitatamente alle disposizioni patrimoniali e personali: nella fattispecie non era stata accolta l'eccezione di improcedibilità sollevata dal controricorrente in ordine al *quantum* dell'assegno di divorzio a favore della parte attrice, fondata sull'avvenuta delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del divorzio. L'impostazione adottata dalla Corte si basa sull'intervenuto Accordo di revisione del 1984: l'abrogazione dell'art. 34 del Concordato lateranense e l'art. 8.2. del Nuovo Accordo avevano determinato la decadenza della riserva esclusiva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici e avevano, così, comportato che anche il giudice italiano potesse conoscere della nullità di un matrimonio concordatario, sulla base, appunto, del principio di prevenzione.

Nella sentenza in esame, la Corte ha accolto una nozione ampia di *petitum*, ritenendo che la sentenza di divorzio contenesse un'implicita statuizione, seppur *incidenter tantum*, in ordine alla validità del vincolo matrimoniale e, coprendo il giudicato il dedotto ed il deducibile, non potesse essere travolta dalla successiva sentenza ecclesiastica di nullità, pur ammettendone comunque la delibazione in Italia⁷⁷.

sentenza di divorzio non preclude la successiva delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del medesimo matrimonio, restando fermi i provvedimenti patrimoniali assunti nella sentenza di divorzio.

⁷⁷ Per un commento critico alla sentenza vedi Giovanni Giacalone, *Rapporto tra giudizio civile di divorzio e sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio: verso un nuovo assetto?*, in *Giustizia civile*, 1997, pp. 1174-1179; l'autore evidenzia che la Corte ha ritenuto non preclusiva

Con la successiva sentenza n. 4202 del 2001 della Prima Sezione Civile⁷⁸, la Corte di Cassazione ha ribadito che quando nel giudizio di divorzio è stato accertato il diritto di una delle parti all'assegno divorzile e tale sentenza è passata in giudicato, tale statuizione è intangibile *ex art.* 2909 c.c., anche nel caso della successiva delibazione di una sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del vincolo. Nella fattispecie, nel 1972, le parti avevano contratto matrimonio concordatario, di cui era stato dichiarato il divorzio, nel 1991, dal Tribunale di Roma che aveva posto a carico dell'ex marito un assegno mensile. Ottenuto dal Tribunale ecclesiastico una sentenza di nullità del matrimonio e la delibazione della stessa ad opera della Corte d'Appello di Roma nel 1996, l'anno seguente l'obligato alla corresponsione dell'assegno mensile ha chiesto al Tribunale di Roma la soppressione dell'assegno divorzile, stabilito a favore della sua ex moglie, sostenendo che gli effetti economici della sentenza di divorzio pronunciata nel 1991 dovessero ritenersi caducati a seguito della delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio.

La ex moglie si è difesa sostenendo che gli effetti economici del divorzio erano divenuti intangibili in seguito al passaggio in giudicato della sentenza pronunciata nel 1991. Tuttavia, il Tribunale ha accolto la domanda proposta dall'ex marito sopprimendo l'assegno divorzile e la sua decisione è stata confermata dalla Corte d'Appello, che ha rigettato il reclamo della ex moglie. Questa ha proposto ricorso per Cassazione, sostenendo che l'accordo di revisione del Concordato concluso il 18 febbraio 1984 tra lo Stato italiano e la Santa Sede avesse abrogato la riserva di giurisdizione dell'Autorità ecclesiastica in materia di matrimoni concordatari.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, ricordando che, con l'Accordo del 1984, l'Italia si è obbligata, da un lato, a riconoscere gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, dall'altro, a dichiarare efficaci le sentenze di nullità del matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo. La disciplina dei rapporti patrimoniali fra i coniugi derivanti dai conseguiti effetti civili dei matrimoni concordatari rimane, invece, rimessa alla competenza dello

della delibazione della sentenza ecclesiastica il giudicato di divorzio, pur ritenendo sussistente una sostanziale unicità dei rispettivi *petitum* e *causa petendi*. Egli ha criticato tale impostazione alla luce della giurisprudenza di legittimità in ordine all'individuazione dell'identità di cause nella demarcazione dei confini tra giudice italiano e giudice straniero.

78 In *Il Corriere giuridico*, 2001, pp. 738-739 o in *Diritto Ecclesiastico*, 2001, pp. 89-92; con il commento di Antonio Ingoglia, *Ancora sul rapporto tra sentenza ecclesiastica di nullità e giudicato civile di divorzio*, *cit.*, in cui l'autore auspica un intervento del legislatore che parifichi la disciplina degli effetti patrimoniali del matrimonio putativo a quelli propri del divorzio.

Stato italiano: perciò, una volta accertata da un giudice civile la spettanza di un assegno di divorzio, quando su tale statuizione si sia formato il giudicato, questo resta intangibile in forza dell'art. 2909 c.c.⁷⁹.

La Corte di legittimità ha ribadito, nella sentenza n. 11751 del 2001⁸⁰, che tra il giudizio relativo alla nullità del matrimonio concordatario e il giudizio concernente la cessazione degli effetti civili del matrimonio non sussiste alcun rapporto di pregiudizialità, in quanto si tratta di due procedimenti autonomi, che hanno finalità e presupposti differenti⁸¹.

Visto il dubbio di legittimità costituzionale delle norme che, in tutti i casi in cui il matrimonio concordatario è dichiarato nullo con sentenza ecclesiastica deliberata nell'ordinamento italiano, prevedono l'applicabilità, anche in presenza di una consolidata comunione di vita dei coniugi, del regime patrimoniale previsto per il matrimonio putativo e non di quello previsto dalla l. n. 898 del 1970, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale il Tribunale di Vicenza (con ordinanza n. 359/2000), la Corte d'Appello di Roma (con ordinanza n. 425/2000) ed il Tribunale di Roma (con ordinanza n. 82/2001). La Corte costituzionale ha ritenuto di dover riunire i tre giudizi, perché vertenti sulla medesima questione di legittimità.

Con la sentenza n. 329 del 2001⁸², la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata, rispetto all'art. 3 Cost. ed al principio di laicità dello Stato, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della l. n. 847 del 1929, nella parte in cui prevede l'applicazione delle norme relative al matrimonio putativo (artt. 128 ss.) e non quelle previste dall'art. 5 della legge sul divorzio, ai casi in cui sia resa esecutiva in Italia una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, anche quando sia decorso il termine per la proposizione dell'azione di nullità civile o si siano

79 E' contro tale impostazione Mario Finocchiaro, *Sentenza di divorzio, deliberazione della pronunzia ecclesiastica di nullità di quel matrimonio (inesistenza di) giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico*, in *Giustizia civile*, 2001, pp. 1482-1486, *op. cit.*; l'autore ritiene che la sentenza si basa sull'equivoco di considerare un'ipotesi di giudicato ex art. 2909 c.c. l'attribuzione patrimoniale disposta nella sentenza di divorzio. I provvedimenti giudiziari vertenti su rapporti economici relativi al divorzio, a giudizio dell'autore, sono adottati *rebus sic stantibus* e non sono perciò idonei a passare in giudicato.

80 In *Diritto Ecclesiastico*, 2001, pp. 227-235.

81 Nonostante tale orientamento, ormai consolidato, vedi *contra* Corte d'appello di Firenze, 9 marzo 2001, in *Foro toscano*, 2002, p. 39, e Corte d'appello di Firenze, 15 maggio 2001, in *Dir. Fam.* 2001, p. 986, nelle quali è sancito che la sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, passata in giudicato, inibisce la successiva deliberazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità dello stesso matrimonio, essendo perciò la domanda di esecutorietà inaccoglibile.

82 In *Diritto Ecclesiastico*, 2001, pp. 890-894.

comunque consolidate situazioni di comunione di vita. I giudici costituzionali hanno ritenuto di non dover emanare una sentenza additiva, in quanto hanno osservato che i rimettenti non sottopongono al sindacato di costituzionalità la disciplina generale degli effetti che conseguono alla nullità del matrimonio civile, in base al diritto interno, sotto il profilo della sua applicabilità al matrimonio concordatario dichiarato nullo da una sentenza ecclesiastica deliberata in Italia: essi non richiedono, cioè, che la Corte verifichi se la disciplina in questione tuteli le situazioni di consolidata comunione di vita tra i coniugi, con particolare riguardo al pregiudizio arrecato al soggetto economicamente più debole. La Corte ha, poi, evidenziato che le fattispecie di nullità e di divorzio presentano elementi di diversità non solo formali ma sostanziali: la prima si basa, sia essa rilevata in sede civile o canonica, su un difetto originario dell'atto; la seconda si fonda sull'accertamento che la comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita, vista la sussistenza di una delle cause previste dall'art. 3 della l. n. 898 del 1970.

In realtà, dovrebbe essere il legislatore ad intervenire sulla disciplina attuale degli effetti patrimoniali conseguenti alla nullità del matrimonio, potendo utilizzare la sua discrezionalità pienamente, visto che non ha assunto alcun obbligo in tal senso con la Santa Sede.

Nella stessa sentenza, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata, rispetto all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 129 e 129-bis c.c., nella parte in cui non prevedono che, nel caso di matrimonio concordatario dichiarato nullo dal tribunale ecclesiastico con sentenza deliberata in Italia, gli effetti patrimoniali siano disciplinati dagli artt. 5 ss. della l. n. 898 del 1970, quando la nullità sia dichiarata dopo il consolidarsi di un'effettiva comunione di vita. La Corte ha, infatti, ritenuto che la statuizione richiesta dai rimettenti introdurrebbe una disparità di trattamento, circa gli effetti patrimoniali, della nullità del matrimonio concordatario rispetto alla nullità del matrimonio civile.

La Corte ha poi dichiarato manifestamente inammissibile, rispetto agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale della l. n. 121 del 1985, nella parte in cui dà esecuzione all'art. 8.2. dell'Accordo del 18 febbraio 1984, in quanto sollevata senza alcuna indicazione in ordine all'oggetto della vicenda del giudizio *a quo*, mancando, perciò, gli elementi che ne mostrino la rilevanza ai fini della decisione⁸³.

83 La sentenza è anche analizzata su *Il Corriere giuridico*, 2001, pp. 1516-1518.

Dall'analisi della giurisprudenza⁸⁴ si può rilevare che sia i giudici di legittimità che i giudici costituzionali attendono un intervento incisivo del legislatore, in ordine ai rapporti economici tra i coniugi in seguito ad una sentenza di nullità, avendo però riguardo alla consolidata comunione di vita instauratasi tra le parti⁸⁵.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La soluzione ottimale per risolvere il problema del rapporto tra il giudicato civile di divorzio e la sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del vincolo è, *de iure condendo*, quella di un intervento del legislatore italiano, magari in occasione dell'emanazione della nuova legge

84 Sono molteplici le problematiche relative a tale materia, ricca di spunti e riflessioni. Sul rapporto tra giudizio di delibazione e giudizio di separazione vedi Corte di Cassazione del 5 marzo 2003, n. 3339, in cui la Corte ha affermato che «il riconoscimento degli effetti civili della sentenza di nullità del matrimonio concordatario pronunciata da un tribunale ecclesiastico non è precluso dalla preventiva instaurazione di un giudizio di separazione personale fra gli stessi coniugi dinanzi al giudice italiano», precisando che il giudizio e la sentenza di separazione personale hanno *petitum, causa petendi* e conseguenze giuridiche del tutto diversi da quelli del giudizio e della sentenza che dichiara la nullità del matrimonio concordatario; vedi recentemente sul rapporto tra nullità e divorzio: Cass. Civ. 25 giugno 2003, n. 10055, già citata, in cui la Corte ribadisce che il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della efficacia, nell'ordinamento dello Stato, della pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, determinando il venir meno del vincolo coniugale, travolge ogni ulteriore controversia trovante nell'esistenza e nella validità del matrimonio il proprio presupposto, e quindi comporta la cessazione della materia del contendere nel processo di divorzio che sia stato instaurato successivamente alla introduzione del procedimento diretto al riconoscimento della sentenza ecclesiastica. Sul diverso profilo del regime patrimoniale tra coniugi, è interessante Cass. Civ. n. 8312/2001 del 12 febbraio 2001, in cui è stabilito che chi ha contratto un matrimonio civile e successivamente si sposa in Chiesa non può chiedere la trascrizione del matrimonio religioso in quanto tale trascrizione sarebbe nulla ex art. 12, comma 2, L. 27 maggio 1929 n. 847: la Suprema Corte ha rilevato che quando esiste un matrimonio civile non è consentita la trascrizione dell'eventuale matrimonio canonico agli effetti civili, in quanto questi già sussistono; di conseguenza le nuove nozze in Chiesa non consentono di modificare la scelta del regime patrimoniale dei beni; vedi anche Cass. Civ., 24 luglio 2003, n. 11467 in *Fam e Dir.*, n. 1/2004, con nota di A. Figone, pp. 13-16, in cui è sancito che la sentenza ecclesiastica di nullità di matrimonio concordatario rende applicabili, per effetto della delibazione, le norme sullo scioglimento della comunione legale dei beni tra i coniugi, comunione che continua a sussistere nella forma legale, al fine della divisione in parti uguali dell'attivo e del passivo ex art. 194, comma 1 c.c. come previsto dalla legge.

85 Per un commento approfondito della giurisprudenza recente vedi Pierangela Floris, *Matrimonio concordatario: le aperture delle Corti di legittimità alla rilevanza civile dei contenuti canonici del matrimonio*, in *Quad. dir.pol.eccl.*, 2002, pp. 122-138; tra la giurisprudenza di merito segnalo Corte d'Appello di Napoli 3 ottobre 2002, in *Dir.Eccl.* 2003, I, pp.55-58: il capo di cessazione degli effetti civili di un matrimonio concordatario relativo all'attribuzione ad una parte dell'assegno divorzile, una volta passata in giudicato, non resta travolto dalla successiva delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio.

matrimoniale: sarebbe sufficiente l'introduzione di una norma che attribuisse al giudice civile, in seguito all'accertata nullità del vincolo, gli stessi poteri che gli sono accordati in caso di divorzio, *ex art. 5* della legge sul divorzio. Solo questa impostazione svolgerebbe efficacia deterrente per coloro che intendono ottenere il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità per sottrarsi agli obblighi alimentari stabiliti dal precedente giudicato di divorzio⁸⁶.

I dati statistici relativi ai matrimoni in Italia evidenziano una situazione a dir poco allarmante: i casi di fallimento dei matrimoni continuano a crescere!⁸⁷

Valutando gli effetti sulla coscienza comune, credo che contribuirebbe ulteriormente ad aggravare tale situazione permettere che vengano meno gli effetti personali tra gli ex coniugi divorziati, non più tali in seguito al riconoscimento in Italia di una sentenza di nullità ecclesiastica⁸⁸.

A mio avviso, in realtà, dopo il giudicato di divorzio, la parte che intende chiedere la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità, venuto meno il «vantaggio» economico, sarebbe probabilmente motivata dalla volontà di potersi nuovamente sposare in Chiesa; non mi sembra rilevabile, una volta venuti meno i vantaggi di ordine patrimoniale connessi con la delibazione della sentenza di nullità ecclesiastica, in seguito al giudicato di divorzio, un interesse ad agire apprezzabile (qualificabile come interesse alla tutela che si chiede con la domanda, *ex art. 100 c.p.c.*), quantomeno tale da attivare la macchina processuale⁸⁹.

⁸⁶ Tale soluzione è auspicata, tra gli altri, anche da Francesco Finocchiaro, *Principi supremi, ordine pubblico italiano e auspicata parità tra divorzio e nullità canonica del matrimonio*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di Franco Cipriani, *op. cit.*, p. 71 e Marco Canonico, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, *op. cit.*, p. 177.

⁸⁷ Nel 2000 in Italia le separazioni sono state 71.969 (+10,9% rispetto al 1999, +37,5% rispetto al 1995), mentre i divorzi sono stati 37.573 (+9,4% rispetto al 1999, +39,0% rispetto al 1995). Ci sono state 6,2 separazioni e 3,4 divorzi ogni 1.000 coppie coniugate al nord (con le punte massime in Liguria ed in Piemonte), e 3,2 separazioni e 1,4 divorzi al sud (con punte minime in Calabria, Basilicata e Molise).

⁸⁸ L'8 luglio 2003 il *Corriere della Sera* ha pubblicato un articolo, intitolato «*Sposarsi e dirsi addio: crescono i divorzi-sprint*», relativo al continuo incremento delle separazioni e dei divorzi in Italia; mi ha colpito molto il fatto che la durata media di un matrimonio sia di soli 13 anni e ancor di più che due italiani su dieci si ritrovano davanti al giudice entro i primi cinque anni di matrimonio.

⁸⁹ Non sembra rinvenibile un obbligo per i fedeli che abbiano già ottenuto una sentenza di divorzio di richiedere la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità: il secondo comma dell'art. 60 della Conferenza Episcopale Italiana del 5 novembre 1990 statuisce, infatti, che l'obbligo di adire la Corte d'Appello per il riconoscimento nell'ordinamento civile della sentenza di nullità pronunciata dal tribunale ecclesiastico viene meno nel caso in cui i fedeli risultino liberi nell'ordinamento dello Stato (si potrebbe far rientrare in tale ipotesi il caso dei fedeli divorziati) e la procedura comporti un grave incomodo. In tutti gli altri casi, viceversa, tale obbligo sembra con-

Un altro aspetto che merita di essere trattato perché, quanto meno sotto il profilo teorico, appare peculiare di questo ambito è l'inquadramento della sentenza di delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità successiva ad una sentenza di divorzio già passata in giudicato. Che tipo di sentenza è, infatti, quella che non incide sul giudicato relativo agli effetti patrimoniali ma muta lo *status* personale delle parti, il cui matrimonio è riconosciuto come nullo anche dallo Stato? Di regola, le sentenze di annullamento del rapporto matrimoniale, così come le sentenze di divorzio, pongono in essere una tutela di tipo costitutivo poiché, incidendo su qualità e condizioni inerenti allo *status*, producono effetti conseguibili solo attraverso un accertamento giudiziale⁹⁰. Ma in questo caso la sentenza di divorzio ha dichiarato lo scioglimento del matrimonio e, solo in seguito ad altra valutazione compiuta dal tribunale ecclesiastico e sulla base del diritto canonico, poi delibata dalla Corte d'appello dello Stato italiano, lo stesso matrimonio è considerato nullo anche dallo Stato.

Può essere considerata una sentenza dichiarativa che accerta uno *status quo ante* e non incide quindi sulle determinazioni patrimoniali da cui sono sorti diritti quesiti, è anch'essa una sentenza di tipo costitutivo che però produce un effetto del tutto differente rispetto alla precedente sentenza costitutiva di divorzio?

La sentenza di delibazione, in tal caso, costituirebbe un provvedimento difficilmente inquadrabile sotto il profilo teorico perché recepirebbe la nullità ma, contro la conseguenza giuridicamente ineccepibile del travolgimento di tutti gli effetti, compresi dunque quelli patrimoniali, lascerebbe in vita le statuizioni patrimoniali. E' vero che, ammettendo la delibazione della sentenza di nullità ecclesiastica successiva al giudicato di divorzio, così com'è portata a fare la giurisprudenza, l'irrevocabilità delle statuizioni patrimoniali è l'unico modo di tutelare il coniuge economicamente più debole, ma si rinnegherebbe il principio giuridico del *quod nullum est nullum producit effectum*.

Si verificherebbe, altresì, una disparità di trattamento, tra gli ex coniugi, divorziati, tra i quali sia intervenuta una sentenza di nullità ecclesiastica, e gli ex coniugi, divorziati, cui sia stata concessa la grazia pontificia da matrimonio rato e non consumato. Tale provvedimento, non essendo una sentenza ma una dispensa, è classificato tra gli atti ammi-

figurabile in forza del primo comma dell'art. 60 stesso che statuisce che i fedeli sono di norma tenuti, ottenuta una sentenza ecclesiastica di nullità, a proporre la domanda alla Corte d'Appello competente per il riconoscimento di essa nell'ordinamento civile.

⁹⁰ Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile, op. cit.*, p. 774.

nistrativi proprio dallo stesso *Codex iuris canonici*: l'organo che emette tale provvedimento è il Pontefice, ossia un organo giurisdizionale, tuttavia un provvedimento giurisdizionale non è ravvisabile nel caso in cui esso sia subordinato ad una *justa causa*, manchi un accertamento in sede contenziosa e sia assunto discrezionalmente. La discrezionalità è, infatti, l'elemento tipico e caratterizzante del procedimento amministrativo. L'articolo 34 del Concordato del 1929 e l'articolo 17 della legge matrimoniale n. 847 del 1929 sono state infatti dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 18 del 1982: da tale momento le dispense pontificie *super rato et non consummato* non sono riconosciute dall'ordinamento italiano. Non si può ritenere che tale disparità si basi sul principio di ragionevolezza in forza del quale il legislatore è tenuto a tutelare situazioni differenti in modi differenti: tale disciplina, perciò, sarebbe in palese violazione dell'art. 3 della Costituzione italiana. Se infatti si ritiene che tutelabile sia l'interesse dell'ex coniuge divorziato a non essere più considerato divorziato davanti allo Stato, la tutela dello stesso interesse dovrebbe essere accordato all'ex coniuge divorziato che abbia ottenuto la dispensa da matrimonio rato e non consumato. Fatti salvi i provvedimenti di ordine patrimoniale statuiti con la sentenza di divorzio, infatti, i due soggetti sarebbero animati dalla medesima motivazione morale-religiosa, ma solo uno dei due interessi, seppur identici, sarebbe tutelato.

Dall'evoluzione normativa recente emerge che, mentre nel contesto europeo si procede verso una progressiva integrazione promossa dall'ingresso facilitato delle decisioni straniere nell'ambito di ciascuno Stato, l'ambito concordatario si atteggia sempre più come uno spazio a sé stante, immune da tali progressi normativi. Il continuo processo di secolarizzazione, infatti, da un lato, ha condotto ad una mentalità più aperta verso gli istituti stranieri, ma, dall'altro, ha progressivamente eroso l'ambito patrizio, in modo tale da relegarlo in una posizione peculiare ed autonoma. Da questo non può che derivarne che i rapporti tra Stato e Chiesa nell'ambito del matrimonio concordatario devono necessariamente trovare un assetto di interessi differente da quello attuale: non più un unico vincolo, ma due distinti legami, uno dinnanzi allo Stato e l'altro dinnanzi alla Chiesa, ciascuno dei due dotati di vita autonoma. Lasciare che i due vincoli, in caso di fallimento dell'unione coniugale già accertato dal giudicato di divorzio, siano regolati autonomamente nei due ambiti risolverebbe sia i problemi di ordine pratico (conseguenze patrimoniali), sia le conseguenze di ordine giuridico (la natura giuridica della sentenza di deliberazione successiva al giudicato di divorzio), sia, da ultimo, garantirebbe nel modo più corretto il diritto di ciascuno dei due coniugi di esse-

re liberi di scegliere quale autorità adire —tribunale civile / tribunale ecclesiastico— per la dichiarazione della nullità del vincolo, ferma la possibilità di scegliere la dichiarazione di scioglimento del matrimonio, usufruendo dell'istituto del divorzio. Il sentimento religioso che spinge il soggetto divorziato ad adire il giudice ecclesiastico per la dichiarazione della nullità del vincolo, in seguito al giudicato di divorzio appunto, troverebbe comunque piena soddisfazione anche senza il riconoscimento di tale sentenza di nullità ecclesiastica nell'ordinamento italiano: costui, se davvero animato dall'unico intento di essere considerato libero di fronte alla Chiesa, non necessiterebbe certo della successiva delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del vincolo.

In una prospettiva *de iure condendo*, dunque, sarebbe necessaria l'emancipazione di una nuova legge matrimoniale, in grado di dare soluzione al problema del coordinamento tra la disciplina del matrimonio canonico e quella del matrimonio civile, nel pieno rispetto della Costituzione italiana e tenendo conto del costante processo di secolarizzazione.

Silvia Lombardini