GABRIELE FATTORI

DIRITTO APPLICATO E DIRITTO APPLICABILE ALLA DELIBAZIONE
DELLE NULLITÀ MATRIMONIALI ECCLESIASTICHE:
INCERTEZZE NORMATIVE, SUPPLENZA DEL GIUDICE
E PARADOSSI DELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO. 1) Macro e micro incertezze nel e del sistema della delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale canonica. 2) Ordine pubblico e «coscienza sociale»: indeterminazione normativa e giurisprudenza creativa. 2.1) Fallimenti fisiologici e non fisiologici del sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche. 3) I paradossi della delibazione: l'esempio dell'infedeltà prematrimoniale nella visione "tradizionalista" del giudice civile e nella visione "progressista" del giudice canonico. 3.1) La coerenza giuridica della giurisprudenza canonica e civile. 3.2) Un'altra ipotesi di «coscienza sociale» matrimoniale: il paradosso gius-sociologico.

1) Macro e micro incertezze nel e del sistema della delibazione delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale

Nell'ambito del diritto matrimoniale, la legislazione e la giurisprudenza relative alla delibazione delle sentenze di nullità canonica formano un settore che presenta significativi margini di sviluppo e ancora molte incertezze: gli uni e le altre dovuti a più fattori, non tutti strettamente giuridici, ma tutti, anche quelli politici e storici, con indiscutibili riflessi giuridici.

Il rilievo dei "fattori di incertezza" si pone ormai come un passaggio metodologico preliminare e obbligato. Cerchiamo allora di raccogliere i principali e di ordinarli in sequenza dal generale al particolare.

a) in primo luogo c'è un *fattore "politico" in senso lato* i cui condizionamenti si riflettono in particolare sull'interpretazione degli accordi di revisione del 1984 in tema di riserva di giurisdizione. L'ordinamento canonico e l'ordinamento civile, e soprattutto i soggetti istituzionali di cui sono espressione, implicano complessi riferimenti ideologici e rispondono a differenti "politiche della giurisdizione". Queste ultime, a propria volta, costituiscono soltanto uno degli aspetti di un confronto politico Stato-Chiesa cattolica ben più ampio e articolato: nella delibazione emergono

allora alcuni inevitabili elementi di conflittualità che rendono difficile la composizione degli interessi in gioco e l'armonizzazione degli obiettivi¹;

¹ La dimensione politica del confronto tra giurisdizioni nel giudizio di delibazione si riscopre dentro l'orizzonte storico-politico che ne ha costituito lo sfondo, nei rapporti di forza Stato-Chiesa prima e dopo gli accordi di revisione del Concordato lateranense, nelle appartenenze e nel ruolo dei soggetti protagonisti di quella vicenda storica e nel complesso degli interessi oggetto delle negoziazioni. La bibliografia sul tema è vastissima. A titolo di esempio, ci limitiamo a segnalare solo alcuni tra gli studi che hanno valorizzato il passaggio della riforma concordataria secondo le diverse prospettive giuridica, politica e storica: tra le collettanee si vedano: S. FERRARI (a cura di), *Concordato e costituzione. Gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, Il Mulino, Bologna 1985, e qui, in particolare, il contributo di apertura di F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il negoziato per la riforma del Concordato tra governo e parlamento*, pp. 9-29 e quello di chiusura di S. FERRARI, *Osservazioni conclusive*, pp. 249-260; V. TOZZI (a cura di), *Concordato: opinioni a confronto*, Pironti, Napoli 1984, e qui, in particolare, l'intervista all'onorevole G. NAPOLITANO, pp. 21-24, e le interviste a C. CARDIA, pp. 37-43 (specialmente p. 41) e F. FINOCCHIARO, pp. 89-93; AA.VV., *Un accordo di libertà. La revisione del Concordato con la Santa Sede, la riforma della legislazione sugli enti ecclesiastici e i nuovi rapporti con le altre confessioni religiose*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Roma 1986, e qui, in particolare, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Dalla questione romana al superamento dei patti lateranensi*, pp. 19-57; R. COPPOLA (a cura di), *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede*, Giuffrè, Milano 1987, e qui, in particolare, O. FUMAGALLI CARULLI, *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede: profili di libertà*, pp. 113-133 (specialmente pp. 126-127 e 129); C. CARDIA, *Laicità dello Stato e nuova legislazione ecclesiastica*, pp. 135-151; A. RICCARDI, *Una prospettiva storiografica sul concordato*, pp. 609-626; G.B. VARNIER, *I limiti del nuovo matrimonio concordatario*, pp. 727-748; L. MISTÒ (a cura di), *Il "nuovo" Concordato. Studi*, Editrice Elledici, Torino 1986, in particolare L. MISTÒ, *Concordato e Concilio. L'accordo di revisione del Concordato lateranense alla luce dell'insegnamento del Vaticano II sui rapporti tra Chiesa e comunità politica*, pp. 11-44; E. VITALI-G. CASUSCELLI (a cura di), *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa Madama*, Giuffrè, Milano 1988, e qui, in particolare, le relazioni di G. CASUSCELLI, *La problematica del convegno*, pp. 13-51, T. MARTINES, "Profili costituzionali e pronunce della Corte Costituzionale" nella materia matrimoniale concordataria, pp. 53-69; F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio "concordatario" tra giurisdizione della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, pp. 272-296; P. BARILE, *L'indirizzo politico-parlamentare e la disciplina pattizia nella materia matrimoniale*, pp. 315-320; E. VITALI, *Relazione di sintesi*, pp. 399-412 (specialmente pp. 400, 405-406 e 410-412); F. CIPRIANI (a cura di), *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, Esi, Napoli 1992; R. BOTTA (a cura di), *Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, Il Mulino, Bologna 1993; S. BERLINGÒ-V. SCALISI (a cura di), *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile*, Giuffrè, Milano 1994; G. ACQUAVIVA (a cura di), *La grande riforma del Concordato*, Marsilio, Venezia 2006, e qui, in particolare, C. MIRABELLI, *Giurisprudenza costituzionale e riforma dei patti lateranensi*, pp. 73-81; si vedano anche: G. SPADOLINI, "La questione del Concordato" con documenti inediti della commissione Gonella, Le Monnier, Firenze 1976; O. FUMAGALLI CARULLI, *Società civile e società religiosa di fronte al Concordato*, Vita e Pensiero, Milano 1980; C. CARDIA, *La riforma del Concordato. Dal confessionarismo alla laicità dello Stato*, Einaudi, Torino

b) in secondo luogo non si può negare l'incidenza di un *fattore storico in senso lato*, che nella delibazione si manifesta con l'intersezione dell'ordinamento civile e dell'ordinamento canonico e con le criticità correlate a tale atipico contatto inter-ordinamentale. I due ordini giuridici, nonostante le comuni ascendenze romanistiche e le innegabili affinità, presentano riferimenti ideologici complicati e molto diversi, mantengono e difendono una loro propria "ontologia giuridica" il cui *specificum* è individuabile e connotato dalle rispettive premesse, istanze e finalità giuridiche².

All'origine delle incertezze che riguardano il sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche ci sono, poi, tre *fattori giuridici in senso stretto*:

c) il primo risale alla riforma del diritto internazionale privato e si identifica con l'indeterminatezza del "diritto applicabile" alla procedura della delibazione³.

Infatti, con la legge n. 218/1995 la storia del rapporto tra giurisdizio-

1980; S. LARICCIA, *Stato e Chiesa in Italia 1948-1980*, Queriniana, Brescia 1981; L. FIORANI-A. PROSPERI, *Storia d'Italia*, Annali 16, Roma, la città del papa. Vita civile e religiosa dal giubileo di Bonifacio VIII al giubileo di papa Wojtyła, Einaudi, Torino 2000, e qui F. MARGIOTTA BROGLIO, *Dalla Conciliazione al giubileo 2000*, pp. 1153-1209; ID., *Dalla Costituente al nuovo Concordato*, in *Mondoperaio*, 1984, 4, pp. 101-111; R. PERTICI, *Chiesa e Stato in Italia. Dalla grande guerra al nuovo Concordato (1914-1984)*, Il Mulino, Bologna 2009, in particolare ma non solo, pp. 581 ss.

² Anche in questo caso, è impossibile (e sarebbe inutile in questa sede) dare conto della sconfinata bibliografia in materia. D'altra parte non si può fare a meno di indicare alcuni fondamentali riferimenti: F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, Giuffrè, Milano 1954, ID., *L'unità giuridica dell'Europa*, Rubettino, Soveria Mannelli 1985; A. GAUTHIER, *Le Droit romain et son apport à l'édification du droit canonique*, Faculté de droit canonique-Université Saint-Paul, Ottawa 1996; J. GAUDEMET, *La formation du droit canonique médiéval*, Variorum Reprints, Londra 1980; ID., *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, San Paolo, Cinisello Balsamo 1998; ID., *Formation du droit canonique et gouvernement de l'Église de l'antiquité à l'âge classique: recueil d'articles*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasburgo 2008; C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Giuffrè, Milano 2008; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, 4° ed., Laterza, Roma-Bari 2009.

³ La questione del "diritto applicabile" ai fini del riconoscimento dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale è stata infatti definita «[...] la madre di tutte le questioni che affliggono attualmente la materia matrimoniale concordataria in tutti i suoi molti spicchi (concorso, diritto applicabile, riconoscimento ecc.) [...], che domina i rapporti tra le norme concordatarie e i principi della L. n. 218 del 1995», cf. M.C. FOLLIERO, *Cassazione e delibazione matrimoniale: il lungo addio*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, p. 736.

ne civile e giurisdizione ecclesiastica ha ormai raggiunto la sua terza fase.

La prima fase ha inizio con il Concordato del 1929 ed è segnata da una condizione di privilegio della giurisdizione ecclesiastica e dall'automatismo con cui si riconosce efficacia civile alle sentenze canoniche di nullità matrimoniale⁴.

La seconda fase è preparata e annunciata dalla giurisprudenza costituzionale e si sviluppa dagli accordi di revisione del Concordato al 1995. Il privilegio riconosciuto alla giurisdizione ecclesiastica cade per il combinato disposto dell'art. 8, n. 2 della legge di ratifica ed esecuzione dell'Accordo n. 121/1985 e dell'art. 4, lett. b) del Protocollo Addizionale. La delibazione delle sentenze ecclesiastiche viene uniformata a quella delle sentenze straniere sotto la disciplina degli artt. 796 e 797 del codice di procedura civile e, per entrambe, l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dell'efficacia civile da parte della Corte d'appello è necessario e preventivo.

La terza fase comincia nel 1995. La legge di riforma del diritto internazionale n. 218/1995 abroga gli artt. 796-797 c.p.c. e introduce un meccanismo di riconoscimento automatico delle sentenze straniere, cioè, come stabilisce l'art. 64 della legge di riforma, «senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento».

La questione del «diritto applicabile» alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche si apre in questa fase. Limitatamente ad esse, infatti, la natura pattizia della norma dell'art. 4 lett. b) del Protocollo addizionale fa salva l'ultrattività degli artt. 796 e 797 c.p.c. che sono sottratti all'efficacia abrogativa dell'art. 73 della legge n. 218/1995 per effetto dell'art. 2, comma 1 della medesima legge che garantisce «l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia»⁵.

⁴ L'art. 34 del Concordato lateranense stabiliva espressamente una riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici per le cause di nullità matrimoniale e per le cause concernenti la dispensa del matrimonio rato e non consumato. L'art. 17 della legge matrimoniale n. 847/1929 disponeva inoltre che «La Corte di appello, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio, rende esecutiva la sentenza o il provvedimento di dispensa del matrimonio celebrato davanti a un ministro del culto cattolico e trascritto nel registro dello stato civile e ne ordina la annotazione a margine dell'atto di matrimonio».

⁵ L'opinione che nel tempo si è stabilizzata nella giurisprudenza di merito e di legittimità è favorevole all'ultrattività degli artt. 796 e 797 c.p.c.. Per il «taglio» della nostre riflessioni ci è sembrata, dunque, la prospettiva più adatta. Ciò detto, il quadro delle posizioni scientifiche in materia è stato ed è tuttora disomogeneo. Per un approccio al tema e alla sua evoluzione nel tempo si vedano: M. CANONICO, *L'applicabilità della legge di*

Ciò significa che ancora oggi la dichiarazione di efficacia nell'ordinamento italiano delle sentenze di nullità di un matrimonio concordatario è rimasta subordinata all'accertamento necessario e preventivo dei requisiti fissati dal previgente art. 797 del codice di procedura civile. Per le sentenze straniere, invece, questo accertamento è diventato eventuale e successivo.

La riforma del diritto internazionale privato sembra quindi aver capovolto il rapporto tra giurisdizione civile e giurisdizione ecclesiastica, ripristinando, questa volta a svantaggio di quest'ultima, una «discriminazione» oggetto di perplessità, critiche e contestazioni⁶.

riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, in *Dir. eccl.*, 1996, II, pp. 314-325 e *Id.*, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1996; C. MARINO, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, Milano 2005; e da P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, Cedam, Padova 2008, in particolare le pp. 125-153.

⁶ Cf. C. MARINO, *op. cit.*, pp. 21-25. Come abbiamo detto, la “discriminazione” richiamata consiste in questo: dopo la L. 218/1995 – il cui ambito di operatività è ormai residuale per l'emaneazione del regolamento CE 44/2001 del Consiglio in materia civile e commerciale – e precisamente con l'art. 64 che dispone che «la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento [...]», il controllo dei requisiti di riconoscibilità agli effetti civili delle sentenze straniere è diventato successivo ed eventuale, mentre per le sentenze ecclesiastiche è rimasto preventivo e necessario.

È tuttavia necessario osservare come nella prospettiva giuridica del diritto internazionale (privato) e dell'ideale di uniformità giuridica che gli è proprio (cf. T. BALLARINO-D. MILAN, *Corso di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova 2007, p. 10), una tale “discriminazione” costituirebbe un'inspiegabile disarmonia di sistema. Non a caso per M.G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere (artt. 64-67 L. n. 218/1995)*, Giuffrè, Milano 2001, p. 24, «non si crea alcuna ingiustificata disparità di trattamento tra la generalità delle sentenze straniere in materia matrimoniale e le sentenze ecclesiastiche; infatti, ai sensi dell'art. 65 della l. 218 del 1995, le sentenze e i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia sono automaticamente riconosciuti quando sono stati pronunciati dall'autorità la cui legge è richiamata dalle norme italiane di conflitto, e cioè per quanto qui interessa la legge nazionale comune dei coniugi o, in mancanza, la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata [...]; il minor rigore (rispetto alle sentenze ecclesiastiche) [...] si giustifica in ragione del fatto che quelle decisioni promanano dall'ordinamento con il quale, alla luce delle norme italiane di conflitto, quel rapporto di coniugio presenta il collegamento più stretto (cf. artt. 29 e 30 per gli effetti personali e patrimoniali); diversamente le sentenze di cui all'Accordo tra l'Italia e la Santa Sede riguardano cittadini italiani e hanno ad oggetto un vincolo matrimoniale che ha acquistato effetti civili nel nostro ordinamento dalla cui legge è retto e regolato».

Infine, a prescindere dagli aspetti di natura strettamente giuridica, l'ammissibilità o

d) il secondo *fattore giuridico in senso stretto* è di ordine *metodologico*, e consiste nelle difficoltà di definire le condizioni generali e astratte alle quali il diritto civile può riconoscere e assorbire al proprio interno il diritto canonico. Poiché infatti l'art. 4 del Protocollo addizionale impone al giudice dello Stato di tenere conto delle specificità del diritto canonico [lett. b)] e vieta il riesame del merito [lett. b), n. 3], si tratta di determinare in astratto il livello di incompatibilità tollerabile, oltre il quale per l'ordinamento italiano diventa impossibile giustificare e ammettere la pronuncia ecclesiastica;

e) c'è, infine, un *fattore giuridico* di natura *tecnico-sostanziale* che consiste nel problema di individuare, tra ordinamento canonico e ordinamento civile, le condizioni specifiche e concrete di reciproca riconoscibilità e che rappresenta il risvolto pratico e concreto del precedente fattore metodologico. Nella procedura di delibazione, infatti, il momento della comparazione tecnico-giuridica delle fattispecie della nullità matrimoniale del diritto canonico con le fattispecie della nullità del diritto civile è un momento risolutivo. Esso si ricollega, da un lato, alla problematica di selezione degli elementi fattuali tipizzanti delle singole fattispecie e, dall'altro, al problema della loro formulazione giuridica e della loro corrispondenza o difformità a prescindere dal rispettivo *nomen iuris* e dalla tecnica legislativa impiegata per elaborarle nella loro propria e compiuta forma positiva.

I cinque fattori che abbiamo indicato contribuiscono a spiegare l'indeterminatezza del sistema della delibazione delle nullità matrimoniali canoniche.

Se dunque manteniamo una visione d'insieme sulla legislazione e sulla giurisprudenza, possiamo ricomporre le incertezze giuridiche che dominano la disciplina della delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale in due grandi categorie.

La prima è costituita dalle incertezze macroscopiche che affliggono il

meno di una "disparità di trattamento" delle sentenze ecclesiastiche – ammesso che sia – può essere riconsiderata da un punto di vista, per così dire, "sostanziale" e cioè dal presupposto della specificità giuridica del diritto canonico, e soprattutto del diritto canonico matrimoniale. È una prospettiva in cui si tiene conto del carattere "confessionale" dell'ordinamento e della giustizia della Chiesa cattolica e che prende spunto dall'osservazione di F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, a cura di G. Lo Castro e A. Bettetini, 10^o ed., Giappichelli, Torino 2009, p. 500, secondo cui «le uniche ipotesi in cui una sentenza ecclesiastica possa essere in contrasto con l'ordine pubblico italiano sembrano quelle in cui la nullità dipende da motivi tipicamente confessionali [...]».

sistema giuridico generale della delibazione, cioè i suoi riferimenti giuridici distintivi e le sue dinamiche fondamentali. Esse dipendono principalmente dai silenzi o dalle ambiguità della legge in questo campo. Le incertezze che possiamo riferire a questa prima tipologia risalgono:

a) all'art. 8, n. 2 della legge 121/1985 e all'assenza/omissione di una indicazione espressa e definitiva sul carattere esclusivo o concorrenziale della riserva di giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale;

b) alla questione del "diritto applicabile" in sede di delibazione successiva alla riforma del diritto internazionale privato.

La seconda categoria di incertezze comprende le incertezze microscopiche correlate in gran parte alla formulazione dell'art. 8, n. 2, lett. b) e c) dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense, all'art. 4, lett. b) del Protocollo addizionale ai nuovi accordi di Villa Madama e, *de relato*, alla formulazione dei nn. 5, 6 e 7 dell'art. 797 del codice di procedura civile. Si tratta, in definitiva, di tutte quelle incertezze che riguardano la disciplina specifica della delibazione, la definizione delle categorie giuridiche che essa richiama e i suoi aspetti più tecnici: solo per fare alcuni esempi, si pensi alla genericità del richiamo alla "specificità dell'ordinamento canonico", all'indeterminabile ampiezza della nozione di "ordine pubblico", alla complessità dei rapporti tra la decisione ecclesiastica di nullità matrimoniale e le pronunce civili di separazione dei coniugi o di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, alla disciplina dei provvedimenti economici provvisori e all'armonizzazione delle singole fattispecie di nullità⁷.

⁷ Ammesso che ve ne sia una, non è facile stabilire la relazione tra il primo e il secondo dato: non è facile, cioè, valutare se la scelta del Legislatore di astenersi dall'intervenire sugli aspetti microscopici "interni" al giudizio di delibazione si è resa giuridicamente necessaria o se è dipesa, e in che misura, dalla precedente scelta di astenersi sull'aspetto macroscopico "esterno" dell'esclusività o della concorrenzialità della riserva e dalla questione del "diritto applicabile" che si è aperta dopo la legge di riforma del diritto internazionale privato. Con specifico riferimento alla dottrina in materia, possiamo soltanto osservare che l'incertezza macroscopica sulla questione della riserva è stata subito rilevata o contestata esplicitamente all'indomani degli accordi di revisione del Concordato: P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo concordato con la Santa Sede*, in *Dir. fam.*, 1984, II, pp. 1205-1220 riconosceva il carattere "discutibile e controverso" del tema della riserva osservando che «non a caso essa non è espressamente formulata nel testo dell'accordo, ma la si deve ricavare dalle linee generali del sistema e da alcune specifiche disposizioni del codice di procedura civile» (p. 1213); con toni molto diversi M. CONDORELLI, *"Scherz und Ernst" sul nuovo concordato*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, pp. 363-377, affermava: «questa mancanza di chiarezza, che poteva certamente essere evitata senza troppa fatica, è talmente sbalorditiva, vertendo su una questione di primaria importanza, da far sorgere il dubbio

2) Ordine pubblico e «coscienza sociale»: indeterminatezza normativa e giurisprudenza creativa

Alcune scelte convenzionali si sono rese necessarie sia per la rappresentazione dell'insieme dei fattori di incertezza che interessano il sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche, sia soprattutto per la distinzione tra incertezze di tipo macroscopico e di tipo microscopico.

Come tutte le classificazioni, anche quest'ultima implica un punto di vista e paga il prezzo di qualche generalizzazione e approssimazione. Tuttavia, è una scelta che può servire a riportare un po' d'ordine tra le tante questioni irrisolte della procedura di riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale e a ristabilire tra loro un ordine in termini di importanza e complessità. A patto, naturalmente, di specificare il punto di vista.

Nel nostro caso, la distinzione in macro e micro incertezze ricava una sua iniziale e parziale plausibilità in una prospettiva giuridica formalistica. In quest'ottica, per l'ampiezza teorica delle categorie giuridiche coinvolte e per la loro astratta complessità è quasi obbligatorio includere tra le macro-incertezze le grandi questioni del carattere esclusivo o concorrenziale della riserva di giurisdizione e del "diritto applicabile". Nella stessa visuale formalistica del diritto, costituiscono micro-incertezze tutte le questioni che non presentano lo stesso grado teorico di complessità, e cioè tutte le altre.

Però, se il punto di vista cambia, il quadro complessivo delle macro e delle micro incertezze correlate alla procedura di delibazione della nullità matrimoniale canonica si presta facilmente a letture anche molto diverse da quella giuridico-formalistica.

Quando caliamo la delibazione nella quotidianità della prassi forense, quando consideriamo le ricadute giuridiche concrete dei concetti, degli istituti e delle norme che ne oggettivano la procedura, e la natura, il numero e la consistenza effettiva delle loro conseguenze sulla dinamica processuale, ci rendiamo conto che il rapporto tra macro e micro incertezze può rapidamente sovvertirsi. Può accadere, cioè, che alcune delle incer-

che non sia casuale e determinata dalla fretta dell'ultimo momento, ma invece perfettamente consapevole e voluta» (p. 376);

Invece, il dato attinente alle incertezze che abbiamo (impropriamente) definito microscopiche si deve trarre per lo più come implicazione implicita e indiretta dalla problematicità con cui dottrina e giurisprudenza affrontano singoli aspetti della delibazione delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

tezze che è possibile considerate “minori” sul piano giuridico-teorico prendano sul piano giuridico-pratico giurisprudenziale o puramente procedurale un’importanza superiore a quella assegnata o attribuibile alle questioni che astrattamente dovrebbero ritenersi preliminari, o più ampie, o più decisive.

È il caso, per esempio, delle incertezze legate all’indeterminatezza del concetto di ordine pubblico richiamato per la delibazione delle sentenze straniere dal n. 7 dell’art. 797 del Codice di procedura civile fino al 31 maggio 1996⁸. Abbiamo già visto come la norma sia poi stata abrogata per effetto della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218/1995, e perchè resti tuttavia ancora vigente per la procedura di riconoscimento degli effetti civili delle sentenze di nullità matrimoniale canonica in ragione del rinvio espresso di cui alla lett. b), art. 4 del Protocollo addizionale ai nuovi accordi concordatari di Villa Madama. Essa dispone che ai fini della delibazione la pronuncia non contenga «disposizioni contrarie all’ordine pubblico italiano».

È noto come il concetto di “ordine pubblico” sia un concetto semanticamente e giuridicamente “liquido”, soggetto alla sensibilità culturale collettiva in un determinato intervallo storico-culturale e contemporaneamente anche a quella personale dell’interprete.

Ma la difficoltà di pervenire ad una connotazione giuridica definitiva di “ordine pubblico” è un problema che, almeno inizialmente, sembrava poter incidere sulla fisionomia essenziale, sulle dinamiche fondamentali e sugli esiti stessi della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale assai meno delle questioni della riserva e del “diritto applicabile”. Infatti, se non altro su un piano giuridico astratto e concettuale, tali ultime questioni presentavano un’attinenza giuridica specifica con l’ambito della delibazione che in apparenza la questione dell’indeterminatezza della nozione di ordine pubblico non poteva avere.

A prima vista, la definizione giuridica del concetto di ordine pubblico è un problema che sembra riguardare più l’articolazione e gli equilibri generali dell’ordinamento che un ambito giuridico particolare. Esso può apparire privo di significative e specifiche ricadute nell’ordinaria amministrazione della giustizia pur presentando una criticità teorica molto rilevante.

D’altra parte, il legislatore sembra aver voluto destinare alla norma

⁸ Gli artt. dal 796 al 805 del codice di procedura civile sono stati abrogati dall’art. 73 della L. 31 maggio del 1995 n. 218, con decorrenza dal 31 dicembre 1996.

che enuncia il principio della non contrarietà della sentenza (ecclesiastica) all'ordine pubblico interno (italiano) una posizione piuttosto defilata anche da un punto di vista sistematico.

In primo luogo, infatti, la norma *de quo* si colloca internamente alla disciplina che regola la delibazione delle sentenze straniere in generale: libro IV “Dei procedimenti speciali”, titolo VII “Dell’efficacia delle sentenze straniere e della esecuzione di altri atti di autorità straniera”.

In secondo luogo, la sua stessa costruzione legislativa induce a considerare la non contrarietà all'ordine pubblico italiano come una delle tante condizioni di delibabilità della sentenza ecclesiastica: essa infatti si trova esplicitata in coda alle altre dell’art. 797 c.p.c., preceduta dalle condizioni relative a: la competenza del giudice della sentenza delibanda; la notificazione della citazione; la costituzione in giudizio delle parti o la loro contumacia; il giudicato della sentenza delibanda; l’eventuale contrasto di giudicati; l’eventuale litispendenza.

Forse anche a causa di questa sua formale, apparente, marginalità, la “questione dell’ordine pubblico” è stata meno visibile e non si è imposta da subito a un dibattito scientifico che negli anni successivi alla stipula del nuovo Concordato è stato invece dominato dalle questioni della riserva e del “diritto applicabile”.

Tuttavia, per i pratici, la contrarietà o non contrarietà della sentenza ecclesiastica matrimoniale all’ordine pubblico italiano è diventata già col tempo la vera macro-questione del sistema della delibazione.

I giudici hanno compreso l’efficacia e le potenzialità della norma. La disposizione di cui al n. 7 dell’art. 797 c.p.c. è stata quindi tradotta ed esplicitata dalla giurisprudenza nel principio dell’ordine pubblico italiano come «soglia limite» per il riconoscimento dell’efficacia civile delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale.

Secondo tale principio, perché la nullità matrimoniale canonica possa essere riconosciuta efficace anche nell’ordinamento civile, la decisione del giudice ecclesiastico deve aver rispettato la “soglia limite” dell’ordine pubblico interno⁹. Quando invece la decisione del giudice canonico ol-

⁹ L’ultrattività dell’art. 797 c.p.c., (in luogo dell’art. 64 della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218/1995) determina importanti conseguenze pratiche. La conseguenza più rilevante riguarda il concetto di ordine pubblico rispetto al quale il giudice italiano è chiamato a valutare la compatibilità/delibabilità della singola sentenza ecclesiastica. La Cassazione (sent. n. 19809/2008, cf. nt. 11) ha infatti precisato che «il giudice della delibazione deve valutare il contrasto delle disposizioni contenute nella sentenza ecclesiastica con l’ordine pubblico che, per l’art. 797 c.p.c., n. 7, è solo quello

trepassa questa soglia non c'è modo di rivendicarne gli effetti (anche) all'interno dello Stato¹⁰.

Si deve comprendere, allora, che la questione dell'ordine pubblico in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche implica due differenti e connessi ordini di incertezze.

Il primo ordine di incertezze riguarda il carattere indefinito del concetto stesso di ordine pubblico.

Il secondo ordine di incertezze concerne, invece, la verifica del rispetto o del mancato rispetto della "soglia limite" dell'ordine pubblico da parte del giudice canonico.

Va da sé che la valutazione della rispondenza della nullità canonica all'ordine pubblico italiano sarà tanto più facile e attendibile quanto più precisa sarà l'idea giuridica di ordine pubblico che i giuristi saranno stati in grado di formulare. In proposito, la recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 19809 del 18 luglio 2008 stimola una più approfondita riflessione sotto tre punti di vista¹¹.

«italiano» e non anche quello «internazionale», al quale implicitamente si rifà la L. n. 218 del 1995, art. 64 che non limita a quello interno il parametro a cui rapportare le pronunce da riconoscere».

¹⁰ Un altro corollario giuridico immediato del carattere ultrattivo degli artt. 796 e 797 c.p.c. definisce l'elemento rispetto al quale il giudice deve verificare la contrarietà della sentenza con l'ordine pubblico italiano. Infatti, mentre per effetto dell'art. 797, n. 7 c.p.c. la delibazione della sentenza canonica prevede che la verifica di conformità all'ordine pubblico si svolga ancora sulle *disposizioni* della sentenza stessa, diversamente, per il riconoscimento della sentenza straniera, l'art. 64 lett. g) della legge di riforma del diritto internazionale privato stabilisce che tale verifica si compia rispetto ai suoi *effetti*. Difatti, la Cassazione afferma che «pur essendo in parte sovrapponibili gli artt. 796 e 797 c.p.c., da un canto e la L. 218/1995, art. 64, dall'altro, sussistono significative differenze tra le due norme» (sent. n. 19809/2008, cf. nt. 11).

¹¹ Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 220, con nota di N. MARCHEI, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche ed il limite dell'ordine pubblico: i precedenti giurisprudenziali*; e in *Fam. dir.*, 2009, p. 5, con nota di S. LA ROSA, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulle qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*; e in *Dir. fam.*, 2008, I, p. 1874, con studio di M. CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*, (pp. 1585-1931); e in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 619, con nota di F. FRANCESCHI, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte*. Si vedano anche gli studi di P. DI MARZIO, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. fam.*, 2009, II, pp. 542-577, e il commento di N. BARTONE, *Il pronunciamento incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione a sez. un. civ. del 18 luglio 2008 n. 19809, ivi*, p. 577. Sotto il titolo: *Non delibabile la sentenza di annulla-*

In primo luogo è possibile ricostruire attraverso i riscontri testuali della sentenza l'interpretazione dell'ordine pubblico in chiave di «coscienza sociale»; in secondo luogo la sentenza consente di sottolineare come l'incertezza del concetto di ordine pubblico abbia favorito il potenziamento del ruolo suppletivo/creativo della giurisprudenza in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale; in terzo luogo la sentenza è paradigmatica dei paradossi giurisprudenziali che tale incertezza e questo ruolo possono determinare.

L'«ordine pubblico» si presenta come un'idea giuridica «mobile», in costante e infinitesimale aggiornamento nel tempo, che da un lato rappresenta e dall'altro sostanzia l'impianto giuridico-valoriale dell'ordinamento ridefinendolo progressivamente.

Nell'ultima pronuncia a Sezioni unite in materia di delibazione, la citata sentenza n. 19809 del luglio 2008, i giudici della Corte Suprema rendono bene l'idea dell'ampiezza e della complessità che caratterizza la dimensione semantica della nozione giuridica di ordine pubblico. Vi si legge infatti che l'ordine pubblico interno: a) è l'insieme dei «valori irrinunciabili per lo Stato» e «costitutivi della stessa identità dell'ordinamento interno»; b) «non è assimilabile alla disciplina delle specifiche norme che regolano i singoli istituti cui inerisce»; c) però non è neppure «un insieme di valori generici e indistinti»; d) identifica «“il sistema interno” che, per ciascun istituto, fa emergere gli elementi essenziali e irrinunciabili della sua regolamentazione in Italia il cui superamento è vietato perché lesivo dei caratteri qualificanti e della stessa identità giuridica di ogni fattispecie su cui incide la pronuncia da delibare»; e) che «dall'ordine pubblico interno sono individuati i limiti esterni di tali caratteri qualificanti degli istituti che rilevano nel matrimonio in una certa fase storica»; f) «esprime i valori cogenti del comune sentire»; in definitiva, «nessuna pronuncia di altro ordinamento può avere efficacia in Italia se le sue statuizioni e i suoi effetti siano contrari, nella materia in cui decide e in riferimento agli istituti che applica, a valori irrinunciabili per lo Stato a cui si chiede il riconoscimento della sentenza».

In merito al primo aspetto, quello del rapporto tra ordine pubblico e

mento se l'infedeltà è precedente al matrimonio, si veda anche il commento A.M. DE TULLIO, *Guida al dir.*, 2008, 39, p. 66. La sentenza o la sua massima sono state pubblicate anche in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1354, in *Foro it.*, 2008, I, col. 3130 e in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 1172.

«coscienza sociale» intesa come l'*idem sentire* di una comunità politica e sociale in una data fase storica, va detto che, avuto riguardo alla materia ecclesiasticistica, il rapporto tra ordine pubblico e «coscienza sociale» era già stato definito con chiarezza nel 1982 dalla Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 18, come il complesso delle «regole fondanti poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici, in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo adeguarsi all'evoluzione della società»¹².

Quasi trent'anni più tardi, la relazione tra ordine pubblico e «coscienza sociale» è stata ribadita dalla citata Sezione unite n. 19809/2008 in ben quattro passaggi dove l'ordine pubblico è stato associato:

- 1) ai «valori cogenti del comune sentire»;
- 2) alle «modificazioni normative che [...] esprimono i mutamenti nel tempo della coscienza sociale»;
- 3) ancora una volta, citando la Corte Costituzionale, alle *regole fondanti poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici, in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo adeguarsi all'evoluzione della società*;
- 4) e infine, circoscritto alla materia matrimoniale, ai «limiti esterni [...] che rilevano nel matrimonio in una certa fase storica»:

La Corte Suprema spiega dunque che nel momento in cui richiama il concetto di ordine pubblico, l'art. 797, n. 7 c.p.c. implica – non solo, ma anche – una valutazione di conformità o contrarietà della sentenza matrimoniale ecclesiastica alla coscienza e alla sensibilità collettiva che caratterizza il contesto storico-sociale in cui ricadrebbero gli effetti della delibazione. Allo scopo di mantenere quanto più possibile armonici i rapporti tra l'ordinamento canonico e l'ordinamento civile il sistema della delibazione tenderebbe, opportunamente, a recepire nell'ordinamento

¹² Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18 in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 138, con nota di R. NANIA, *Il Concordato, i giudici, la Corte*; in *Foro it.*, 1982, I, p. 934 con nota di S. LARICCIA, *Qualcosa di nuovo, anzi d'antico nella giurisprudenza costituzionale sul matrimonio concordatario*; in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 874 con nota di F. UCCELLA, *Prime osservazioni sulle sentenze nn. 16 e 18 del 1982 della Corte costituzionale in materia di diritto matrimoniale concordatario* e p. 1448 di C. CARDIA, *Una ridefinizione del matrimonio concordatario*; in *Giur. it.*, 1982, I, p. 965, con nota di F. FINOCCHIARO, *I patti lateranensi e i "principi supremi dell'ordinamento costituzionale"*; in *Dir. fam.*, 1982, I, p. 328 con note di F. DALL'ONGARO, *Sulle modifiche introdotte nella legislazione matrimoniale concordataria dalla Corte costituzionale, con le sentenze nn. 16, 17 e 18 del 1982*, e di G. BALDISSE-ROTTO, *Infradiciottenni, ordine pubblico, matrimonio rato e non consumato* e, a p. 742, di G. CASSANDRO, *Dispensa canonica dal matrimonio non consumato e principi costituzionali*.

dello Stato le sole sentenze ecclesiastiche in sintonia con il sentire comune di una data comunità sociale e politica.

Non c'è dubbio che la "compatibilità" della sentenza ecclesiastica con la «coscienza sociale» sia una condizione essenziale di riconoscibilità agli effetti civili costituendo un indice importante – non l'unico – per valutare la compatibilità della sentenza con l'ordinamento giuridico espressione dalla stessa società.

E non è tutto. Non bisogna dimenticare che allo stato attuale della normativa il riferimento all'ordine pubblico è ancora l'unico strumento attraverso il quale il giudice dello Stato può recuperare una sua propria autonomia decisionale rispetto al giudice canonico sottraendo la sentenza ecclesiastica ad un meccanismo che sarebbe di fatto, almeno per i profili di merito, di riconoscimento automatico o quasi-automatico.

Tuttavia, interpretare l'ordine pubblico alla luce della coscienza sociale significa inevitabilmente condizionare l'efficacia civile della nullità matrimoniale canonica a una quanto mai arbitraria percezione dello "spirito del tempo".

Per questi motivi, il sistema giuridico-normativo della delibazione delle sentenze ecclesiastiche, già così sfuggente da un punto di vista teorico, si dimostra non meno incerto sotto il profilo pratico.

In questo quadro, non è difficile immaginare di quali margini di apprezzamento disponga la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, nel valutare il rispetto o il superamento della "soglia limite" dell'ordine pubblico da parte della pronuncia canonica sotto l'aspetto specifico della conformità o difformità rispetto ad una «coscienza sociale» condivisa.

D'altra parte, il "ruolo forte" della giurisprudenza è un effetto fisiologico in tutti quei settori dell'ordinamento le cui coordinate normative sono scarse, o ambigue, o troppo generiche.

In particolare, soprattutto dopo le riforme della Cassazione civile del 2006 e del 2009, il potenziamento della funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità può considerarsi un dato certo e acquisito¹³. Eppure, nell'ambito del diritto matrimoniale, il giudice della delibazione,

¹³ Con riferimento alla riforma del 2006, cf. G.F. RICCI, *La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 571-601 (p. 572, in particolare). La riforma della Cassazione civile del 2006 è stata introdotta dal D. Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006. La riforma della Cassazione civile del 2009 è stata introdotta dal D. Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2009. La riforma del processo civile del 2009 è stata introdotta dalla L. 69 del 18 giugno 2009.

sia esso del merito o della legittimità, sembra poter esprimere un ruolo anche più incisivo di natura “creativa” e di supplenza legislativa¹⁴.

¹⁴ Il quadro di macro e micro incertezze in cui si colloca la disciplina specifica della delibazione, come quelle sull'esclusività della riserva, sul diritto applicabile e sull'ordine pubblico matrimoniale, porterebbe addirittura a teorizzare una funzione creativa delle pronunce delle Corti Superiori in questo campo, un “diritto giurisprudenziale”.

Alle condizioni indicate, la funzione nomopoietica/nomotetica della giurisprudenza costituirebbe l'effetto di una dinamica di sussidiarietà o di supplenza tra poteri rispondente a principi di completezza e di non contraddizione dell'ordinamento. Precisiamo che in questo contesto il termine “sussidiarietà” viene utilizzato e deve essere inteso nel suo significato etimologico e non in quello tecnico-giuridico. La teorizzazione di una funzione di supplenza in senso proprio del potere legislativo da parte del potere giurisdizionale compariva già in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1973.

In senso più ampio è stato dimostrato che tutti gli argomenti a sostegno dell'ipotesi di una funzione nomopoietica o nomotetica della giurisprudenza prendono l'avvio e si costruiscono a partire da un problema originario di interpretazione, il quale, a propria volta, rappresenta una implicazione necessaria di una situazione di incertezza, dubbio, di non-ovvietà, di oscurità (sul punto si vedano, per esempio, F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 105 ss.; U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano 1990; C. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Giuffrè, Milano 1994).

Sul ruolo e sulla funzione creativa della giurisprudenza, costituzionale, di legittimità e di merito, e sul “diritto giurisprudenziale” si veda P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Torino 2005, e qui, anzitutto, l'analisi di M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, pp. 1-21, secondo la quale bisogna distinguere tre differenti prospettive di *giusrealismo interpretativo*: la prima, «che dovrebbe piuttosto chiamarsi *giusliberismo*, è la dottrina (normativa) secondo cui è opportuno, auspicabile o, a dirla tutta, giusto che i giudici producano diritto»; la seconda, «che dovrebbe chiamarsi piuttosto *giusrealismo radicale*, è la teoria (conoscitiva) che, in realtà, tutto il diritto sia prodotto dai giudici», la terza, «che dovrebbe chiamarsi piuttosto *giusrealismo moderato*, è la teoria (conoscitiva) che i giudici partecipino necessariamente alla creazione del diritto: non però nel senso che tutto il diritto sia creato dai giudici, come per il giusrealismo radicale, ma nel senso che in ultima istanza sono gli organi dell'applicazione a scegliere fra diversi significati attribuiti agli enunciati del legislatore» (pp. 9-13). Sulla nomopoiesi giurisprudenziale si vedano anche: L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967; A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1983, cap. XI; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori? Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pekelis*, Giuffrè, Milano 1984; G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988, qui, in particolare si vedano *Tecniche interpretative e referendum popolare* (pp. 329-347) e *La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura* (pp. 361-368); G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari 1996, cap. I; ID., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 91 ss.; ID., *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in

Si tratta, infatti, di un ambito che tocca temi eticamente sensibili, i cui riferimenti ideologici all'interno di uno stesso *habitat* socio-culturale

Ragion pratica, 2001, 17, pp. 43-52; A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino 1999; AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova 2004; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale scientifica, Napoli 2007; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, anche in *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino 2009, con il medesimo titolo qui si tratta del cap. XIV; ID., *Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale*, in AA.VV., *Diritto costituzionale*, cit., pp. 67-98.

Per quanto riguarda il ruolo specifico giocato dalla giurisprudenza costituzionale nel diritto ecclesiastico (anche se non con esclusivo riferimento all'ambito della delibazione delle nullità matrimoniali canoniche) si vedano recentemente: A. ALBISSETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 4° ed., Giuffrè, Milano 2010 (il cap. II e il cap. III, in particolare, ma non solo). Per gli apporti concreti della giurisprudenza costituzionale al diritto ecclesiastico si veda anche R. BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma 2006; M. CANONICO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino 2005.

Per quanto riguarda in particolare la parte avuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in quest'ambito, segnaliamo, soltanto a titolo esemplificativo, F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza innovatrice della Cassazione in tema di efficacia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Giur. it.*, 1978, I, col. 1699-1705, nota a Cass., 27 novembre 1977, n. 5188, *ivi*, p. 1698 e, undici anni dopo, ID., *Il procedimento per l'esecuzione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: inerzia del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 1157-1160, nota a Cass., 1 marzo 1988, n. 2164, *ivi*, p. 1141. Si è quindi arrivati a parlare, anche in questo specifico settore, di "diritto giurisprudenziale": cf. P. DI MARZIO, *Diritto giurisprudenziale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 2004, II, pp. 167-207, nota a Cass., 30 maggio 2003, n. 8764, *ivi*, p. 157. Evidenzia una «irrinunciabile funzione "creatrice" del "diritto vivente"» della Corte Suprema anche R. BOTTA, *Il diritto ecclesiastico "vivente" nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2010, p. 1. Si veda anche ID., *I limiti degli sforzi interpretativi compiuti dalla Cassazione*, in *Gli effetti economici*, cit., pp. 35-59. Dobbiamo tuttavia aggiungere una considerazione di ordine giuridico. L'ipotesi di una funzione nomopoietica della giurisprudenza della Corte di Cassazione (parzialmente diverso il discorso per la Corte costituzionale che è organo costituzionale e non giurisdizionale), sembra giustificabile soltanto nei fatti. Diversamente, dal punto di vista strettamente giuridico l'eventualità di indicazioni a carattere normativo e quindi vincolanti della giurisprudenza di Cassazione sarebbe incostituzionale per radicale contrasto con l'art. 101, 2° comma (che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge intesa nel senso formale e positivo del termine) e con l'art. 107, 3° comma (che distingue i magistrati per funzioni ma non per potere) della Costituzione.

È meno facile trovare contributi scientifici specialistici sulla funzione nomotetica della giurisprudenza rotale rispetto all'ordinamento canonico. Rimandiamo più genericamen-

possono essere anche molto diversi e conflittuali e rispetto ai quali la «coscienza sociale» si divide. Sono conflittualità e divisioni tanto più accentuate quanto più è controversa, come in Italia, la presenza della religione nella società e l'influenza che essa può avere sul diritto sia come fattore di condizionamento culturale, sia come fattore di pressione politica¹⁵.

Tuttavia, come si è visto, la «coscienza sociale» è uno dei parametri al quale il giudice della delibazione deve rifarsi per verificare la contrarietà o la non contrarietà della nullità canonica all'ordine pubblico interno.

In questi casi il convincimento e la decisione del giudice devono fare i conti oltre che con la povertà e l'ambiguità del dato giuridico anche con le diverse tendenze socio-culturali, con le loro oscillazioni e con i loro condizionamenti.

Derivano da qui alcuni paradossi giurisprudenziali partoriti dal sistema della delibazione.

2.1) Fallimenti fisiologici e non fisiologici del sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche

Abbiamo detto come il sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche risenta dell'incertezza di alcune sue coordinate giuridiche strut-

te agli studi intorno al can. 19 del vigente Codice di Diritto Canonico in cui si dispone che «se su una determinata materia manca una espressa disposizione di legge sia universale sia particolare o una consuetudine, la causa, se non è penale, è da dirimersi tenute presenti le leggi date per casi simili, i principi generali del diritto applicati con equità canonica, la *giurisprudenza* e la prassi della Curia Romana, il modo di sentire comune e costante dei giuristi» (il corsivo è nostro).

Infine, per risalire alle radici storico-filologiche del potenziale creativo insito nella giurisprudenza a partire dal suo originale significato etimologico di *ius dicere* si vedano le varie occorrenze nel *Lexicon Forcellini*, v. *Sententia*, VI, pp. 313-314.

¹⁵ Per una interpretazione della religione come fattore di influenza politica e culturale sul diritto rimandiamo alle riflessioni di M. VENTURA, *Law, Religion and Gender. The Intellectual and Political Challenge*, in *Gender, Religion, Human Rights in Europe*, Roma, Herder 2006, pp. 149-162. In particolare si veda il passaggio a p. 151: «Religion can influence the law mainly in two ways: as a cultural factor (*the general ideas of family, equality, democracy, property, etc. founding on the one hand the legal system and on the other the specific regulation of the different areas*), or as a political factor through the political role played by the religious authorities (pressure on religion based political parties, opposition to specific acts, parliamentary lobbying)». Nostro il corsivo.

turali tra cui il principio della non contrarietà della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico interno.

In proposito si è visto che all'indeterminatezza del riferimento giuridico normativo all'ordine pubblico dell'art. 797 c.p.c. si somma l'indeterminatezza del riferimento giuridico giurisprudenziale alla «coscienza sociale». Questo secondo riferimento, che doveva servire per sciogliere il primo ed esplicitarlo, sembra renderlo ancora più complesso e indefinito.

Queste incertezze rendono il sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche estremamente debole e fallibile.

Tuttavia, mentre in molti casi il fallimento può essere considerato “fisiologico”, in altri casi il fallimento sembra eccedere la prevedibile e fisiologica fallibilità di un sistema giuridico in quanto tale.

Rispetto alla valutazione di conformità della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico italiano e alla «coscienza sociale» si possono verificare due ipotesi di fallimento del sistema giuridico della delibazione.

La prima ipotesi si verifica quando viene delibata una sentenza canonica che invece andrebbe respinta perché ha superato la «soglia limite» dell'ordine pubblico. In questa ipotesi il fallimento del sistema è un fallimento fisiologico.

La seconda ipotesi, opposta, si verifica quando viene respinta una sentenza canonica che andrebbe accolta perché coerente con l'ordine pubblico. Riteniamo che in questa seconda ipotesi il fallimento debba considerarsi non-fisiologico¹⁶.

¹⁶ Precisiamo che, pur avendo una sua fondatezza giuridica, la distinzione tra ipotesi fisiologiche e non fisiologiche di fallimento del sistema della delibazione è priva di connotazioni sul piano sostanziale. I casi di fallimento non-fisiologico non sono – in quanto tali – più gravi dei casi di fallimento fisiologico. In altre parole, per lo Stato le conseguenze di un indebito sconfinamento della sentenza canonica che supera la «soglia limite» dell'ordine pubblico (fallimento fisiologico) nell'ordinamento civile non sono meno importanti di ciò che l'ordinamento civile “perde” quando il giudice della delibazione non riconosce gli effetti civili di una sentenza ecclesiastica coerente con questa «soglia limite» (fallimento non fisiologico). Basti pensare, ad esempio, alla recente sentenza di Cassazione n. 814/2009 (Cass., 15 gennaio 2009, n. 814, in *Foro it.*, 2009, I, col. 702 e in *Guida al dir.*, 2009, 7, p. 26, e in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 59 e in *Dir. fam.*, 2009, I, p. 629 e in *Giust. civ.*, 2010, p. 1239 e in *Quest. dir. fam.*, 2009, 1, p. 140). Con la sua decisione la Corte Suprema ha ritenuto compatibile (o meglio, solo relativamente incompatibile e quindi delibabile) con il nostro ordinamento civile la nullità matrimoniale canonica per esclusione bilaterale del *bonum prolis* ritenendo irrilevante, ai fini del riconoscimento degli effetti civili della sentenza ecclesiastica, il motivo che aveva determinato entrambi i coniugi a escludere la prole e di cui si dava atto nella sentenza canonica, ovvero, la grave

La distinzione tra ipotesi di fallimento fisiologico e non fisiologico del sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche può essere fondata su alcune ragioni di ordine giuridico.

Le ragioni risalgono alla disposizione della lettera *b*), art. 4 del Protocollo addizionale agli accordi di Villa Madama secondo cui ai fini dell'applicazione degli artt. 796 e 797 del Codice di procedura civile «si dovrà tenere conto della specificità dell'ordinamento canonico»¹⁷.

Con questa norma lo Stato italiano riconosce alle sentenze dei tribunali ecclesiastici un margine di disponibilità maggiore rispetto a quello concesso alle sentenze straniere¹⁸.

malattia «trasmissibile sia alla moglie sia all'eventuale feto». Secondo la ricorrente, giusto il principio dell'inderogabile tutela della salute (della moglie, nel caso di specie) di cui all'art. 32 della Costituzione, la sentenza canonica sarebbe infatti stata non delibabile per radicale e assoluto contrasto con l'ordine pubblico interno. La Corte Suprema ha respinto il ricorso. Richiamando espressamente la distinzione tra incompatibilità assolute e relative di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 19809/2008, la Cassazione ha ricordato anzitutto che «la non menzione della procreazione tra i doveri nascenti dal matrimonio (art. 143 c.c.) non significa che, se un diverso ordinamento valorizzi questa circostanza, si verifichi un radicale contrasto con qualche principio dell'ordinamento statale». D'altra parte, è stato ricordato come l'ordinamento italiano non preveda un opposto principio di «non procreazione» e che anche per il diritto italiano il matrimonio si configura come il «fondamento della famiglia» «finalizzato, cioè, alla formazione di quella società comprendente anche i figli, quale normale, anche se non essenziale sviluppo dell'unione coniugale (artt. 29, 30, 31 Cost.)».

Quanto alla malattia trasmissibile del marito, i giudici della Cassazione hanno ribadito che la compatibilità della sentenza ecclesiastica con l'ordine pubblico italiano «deve essere verificata con riferimento alla causa per la quale viene dichiarata la nullità del matrimonio». Rimane dunque esclusa anche l'ipotesi dell'incompatibilità relativa tutte le volte che la circostanza addotta in sede di delibazione non abbia avuto alcun rilievo causale ai fini della declaratoria di nullità matrimoniale canonica. Nel caso in esame, per esempio, il giudice canonico aveva motivato la nullità matrimoniale facendo riferimento solo alla concorde esclusione da parte dei coniugi del *bonum proles*. La Corte Suprema ha così ritenuto di dover escludere a priori la malattia contagiosa del marito come elemento rilevante ai fini della valutazione della compatibilità della sentenza ecclesiastica con l'ordine pubblico italiano.

¹⁷ Coerentemente, lo stesso art. 4, lett. *b*), n. 3 dispone che nel corso della procedura della delibazione «si intende che in ogni caso non si procederà al riesame del merito» della sentenza canonica.

¹⁸ Infatti, come ha spiegato la stessa sentenza n. 19809/2008 della Corte Suprema «Mentre per le sentenze degli altri Stati della U.E., [...] il riconoscimento di efficacia delle sentenze in materia di invalidità del matrimonio è da negarsi in Italia per ogni contrasto con l'ordine pubblico interno, per quelle ecclesiastiche, detta incompatibilità è invece da considerare in rapporto alla «specificità» dell'ordinamento canonico». Motivo per cui i

Possiamo quindi affermare che la fisiologia del sistema della delibazione delle nullità matrimoniali canoniche si contraddistingue per il *favor* con cui il giudice dello Stato si dispone a valutarne l'efficacia civile.

Nella prima ipotesi questa fisiologia viene rispettata. Il giudice della delibazione commette un errore di valutazione quando riconosce agli effetti civili una sentenza ecclesiastica che supera la «soglia limite» dell'ordine pubblico, ma non c'è dubbio che il principio osservato sia quello del *favor*. Si può parlare, semmai, di un eccesso di favore.

Nella seconda ipotesi, al contrario, il giudice capovolge la fisiologia del sistema. Negando gli effetti civili ad una nullità canonica coerente con l'ordine pubblico interno, egli – di fatto – applica alla sentenza ecclesiastica un trattamento di sfavore o comunque di non-favore.

Le ragioni giuridiche della distinzione tra fallimenti fisiologici e non fisiologici del sistema della delibazione appaiono dunque piuttosto evidenti¹⁹.

Con queste premesse passiamo alla parte conclusiva della nostra riflessione.

giudici della Cassazione, dopo aver distinto le incompatibilità delle sentenze con l'ordine pubblico italiano in incompatibilità assolute e incompatibilità relative, hanno affermato che «tali incompatibilità, di regola, ostano all'esecuzione in Italia delle sentenze di altri ordinamenti» mentre invece «impediscono l'esecutività in Italia della sentenza "ecclesiastica" solo le incompatibilità assolute, potendosi superare quelle relative».

¹⁹ Da un altro punto di vista, non propriamente giuridico, distinguere le ipotesi fisiologiche e le ipotesi non fisiologiche di fallimento del sistema della delibazione può non essere così agevole. Per valutare la conformità o la difformità della decisione canonica all'ordine pubblico, è richiesta al giudice della delibazione, oltre alla competenza civilistica, anche una sensibilità canonistica. Con la prima il giudice fissa nello "spazio" dell'ordinamento statale i confini giuridici dell'ordine pubblico mentre, con la seconda, calcola l'ampiezza e la natura degli effetti della decisione del giudice canonico e accerta se tali confini sono stati superati oppure no. Generalmente l'errore del giudice nel valutare la contrarietà o la non contrarietà della sentenza canonica all'ordine pubblico interno dipende da un difetto di entrambe, cioè dalla somma di due errori, uno relativo alla «soglia limite» dell'ordine pubblico matrimoniale in relazione ai principi cogenti dell'ordinamento e alla «coscienza sociale», l'altro concernente gli effetti della sentenza canonica.

I due tipi di errore, però, non si equivalgono. L'errore che ricade sulla portata della sentenza canonica è fisiologico se consideriamo la formazione civilistica (e laica) del giudice della delibazione. La stessa cosa non può dirsi per l'errore che interessa la definizione di ordine pubblico in relazione ai principi cogenti dell'ordinamento interno e alla «coscienza sociale» poiché in tal caso l'errore ricade nei suoi ambiti di competenza. In questa diversa prospettiva, quindi, si possono considerare fisiologici solo i fallimenti del sistema della delibazione che dipendono esclusivamente o principalmente da errori del primo tipo.

3) I paradossi della delibazione: l'esempio dell'infedeltà prematrimoniale nella visione "tradizionalista" del giudice civile e nella visione "progressista" del giudice canonico

Nell'ambito della delibazione delle sentenze ecclesiastiche il riferimento all'ordine pubblico del citato art. 797 c.p.c. dev'essere opportunamente specificato in termini di "ordine pubblico matrimoniale".

Si tratta di un concetto meno generico, ma sotto certi aspetti ancora più difficile e "sensibile" di quello di "ordine pubblico" per la molteplicità e l'inconciliabilità degli orientamenti ideologici che agitano la «coscienza sociale» sui temi di morale familiare/matrimoniale/sessuale.

La filosofia giuridica e dunque la fisiologia stessa del sistema della delibazione ha previsto e riconosciuto un trattamento di favore alle pronunce dei tribunali della Chiesa cattolica.

Tale filosofia/fisiologia giuridica viene contraddetta quando il giudice dello Stato nega efficacia civile ad una sentenza ecclesiastica che è conforme all'ordine pubblico interno. Mentre infatti in questo caso la sentenza ecclesiastica sembra subire un trattamento di sfavore, nel caso opposto del riconoscimento di una sentenza canonica i cui effetti superano la «soglia limite» dell'ordine pubblico si può ravvisare al massimo un "eccesso di favore".

Quando il sistema smentisce la sua stessa *ratio* e fallisce, il fallimento non può essere ricondotto e ridimensionato all'interno del margine ineliminabile di fallibilità tipico di tutti i sistemi giuridici. Il fallimento, cioè, è un fallimento non-fisiologico.

In tale ultima eventualità il procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche può dare esiti che possono anche apparire paradossali a seconda di come viene intesa la «coscienza sociale» e dell'altezza alla quale si ripositiona – in base a questa – la «soglia» dell'ordine pubblico matrimoniale.

Prendiamo, ad esempio, il diverso atteggiarsi della giustizia canonica e della giustizia civile rispetto alla fattispecie dell'infedeltà prematrimoniale.

3.1) La coerenza giuridica della giurisprudenza canonica e civile

È ormai nota l'ultima sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio n. 19809/2008. Essa è diventata un riferimento essenziale

della giurisprudenza per aver distinto le incompatibilità delle nullità matrimoniali canoniche con l'ordine pubblico italiano in assolute e relative e per aver precisato che soltanto le incompatibilità assolute impediscono di riconoscere l'efficacia civile della nullità canonica.

Nel merito, si è trattato di un caso di infedeltà prematrimoniale prima dolosamente taciuta, poi negata, dal coniuge infedele all'altro coniuge il quale aveva scoperto il tradimento solo dopo la celebrazione del matrimonio.

Pur nella diversità delle rispettive competenze e funzioni, la *questio iuris* si era presentata sostanzialmente identica al giudice canonico e al giudice civile della delibazione. Per entrambi si è trattato di valutare se l'infedeltà prematrimoniale realizzasse una fattispecie giuridicamente rilevante ai fini della validità del vincolo coniugale; per ciascun giudice, com'è ovvio, con riguardo al proprio ordinamento²⁰.

Tuttavia la considerazione ricevuta dall'infedeltà prematrimoniale nell'ordinamento canonico è stata sostanzialmente diversa da quella ottenuta nell'ordinamento civile e il ricorrente si è visto negare gli effetti civili della nullità matrimoniale conquistata nella causa canonica.

La fondatezza strettamente giuridica delle decisione canonica e della sentenza civile non è in discussione. Va anzi riconosciuta e premessa la coerenza dell'una e dell'altra con il complesso dei principi che strutturano il diritto matrimoniale nei rispettivi ordinamenti giuridici.

Il giudice canonico (il Tribunale ecclesiastico del Triveneto la cui decisione era poi stata confermata con decreto dal Tribunale ecclesiastico regionale lombardo) aveva dichiarato la nullità del vincolo coniugale ai sensi del canone 1098 del Codice di diritto canonico, cioè per dolo (o meglio, errore dolosamente indotto), poiché «chi celebra matrimonio raggirato con dolo per ottenere il consenso circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, *contrae invalidamente*».

La sentenza canonica di nullità recepiva e utilizzava la categoria dell'errore sulle qualità personali nell'accezione personalista e integrale del Concilio in cui agli aspetti identitari (anagrafico-somatici) della persona si

²⁰ Da un punto di vista propriamente giuridico-processuale le cose non stanno esattamente così. Precisiamo, allora, che il giudice civile ha dovuto valutare la compatibilità con l'ordinamento italiano dell'infedeltà prematrimoniale come causa *canonica* di nullità matrimoniale. Fatta questa precisazione, riteniamo tuttavia che essa sia sostanzialmente irrilevante nell'economia generale della nostra riflessione.

aggiungono i profili soggettivi della personalità²¹. Secondo tale concezione dell'*error in qualitate personae* e fermo restando il carattere determinante del dolo, l'infedeltà prematrimoniale, se ignorata, è stata ritenuta oggettivamente sintomatologica di una qualità personale-morale giuridicamente rilevante e incisiva sulla validità del consenso e sul vincolo coniugale.

Le valutazioni del giudice civile della delibazione (la Corte di Appello di Trieste) e poi delle Sezioni unite della Corte Suprema sono state di segno opposto e hanno respinto la nullità matrimoniale concessa dal giudice canonico.

La Cassazione si è infatti correttamente attenuta al principio della tipicità, dell'oggettività, della stabilità/permanenza dell'errore sulla persona civilisticamente rilevante ai sensi del combinato disposto degli artt. 122 e 1429 del Codice civile. La sentenza ha spiegato che «non basta accertare che l'errante non avrebbe prestato il consenso senza tale indotta rappresentazione della realtà di fatto, ma occorre, per la delibazione, che questa riguardi casi comparabili con quelli oggettivi, permanenti e tassativi» indicati dal legislatore. La Cassazione ha quindi sostenuto che le valutazioni di merito del giudice canonico «non rilevano se prima non risulta che la falsa rappresentazione della realtà ha riguardato fatti oggettivi e ha inciso sulla ignoranza di caratteristiche o connotati stabili costituenti qualità permanenti dell'altro nubendo»²². Secondo la Cassazione, all'infedeltà

²¹ L'errore dolosamente indotto è stato introdotto e disciplinato come autonomo capo di nullità al can. 1098 del Codice di Diritto canonico del 1983. Ad esso il diritto canonico assegna una generale efficacia invalidante alle seguenti condizioni: l'inganno (la *deceptio*) finalizzato a carpire il consenso matrimoniale, la qualità personale come oggetto dell'inganno e la natura non «frivola» né «banale» della stessa (cf. il can. 1098 CIC: «Chi celebra il matrimonio raggirato con dolo, ordito per ottenere il consenso, circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, *contrae invalidamente*»). Il §1 del can. 1097 CIC, che parla di «errore di persona» è invece riferito all'identità fisica della persona e non, secondo la concezione proposta da alcune interpretazioni estensive, all'identità della personalità. Sul punto cf. GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, in *AAS* 85 (1993), pp. 1258-1260, nn. 5-7; E. VITALI-S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, 3° ed., Giuffrè, Milano 2007, pp. 76-82 e 98-103 (in particolare pp. 79-82) e *ivi* bibliografia e giurisprudenza.

²² La Corte Suprema ha poi esemplificato citando due casi di errore rilevante: «solo se la condotta prematrimoniale avesse indotto in un errore su connotati stabili e permanenti del nubendo, poteva riconoscersi il rilievo di esso per l'annullamento del matrimonio anche in Italia, come è accaduto ad es. nel matrimonio con errore sulla transessualità o omosessualità dell'altro nubendo, la cui nullità canonica è stata esattamente riconosciuta

prematrimoniale non può essere attribuita alcuna rilevanza in ordine alla validità del vincolo coniugale concretizzando una condotta temporanea e occasionale e «non riguardando un fatto assimilabile a quelli oggettivi e tipici» previsti dalla legge.

3.2) Un'altra ipotesi di «coscienza sociale» matrimoniale: il paradosso gius-sociologico

La sentenza canonica e la sentenza civile presentano una loro incontestabile coerenza giuridica.

Tuttavia, come si è visto, il richiamo all'ordine pubblico interno dell'art. 797 n. 7 c.p.c. suggerisce una ulteriore prospettiva di analisi che pone la giurisprudenza a confronto con il dato gius-sociologico, cioè con l'ordine pubblico matrimoniale interpretato alla luce della «coscienza sociale».

Va ricordato naturalmente che la «coscienza sociale» non identifica l'ordine pubblico costituendone soltanto una delle tante dimensioni di significato e, da un punto di vista propriamente giuridico, non quella principale. È, tuttavia, un parametro giuridico-sociologico necessario a difendere il contatto tra l'astrazione giuridica e la realtà sociale e per mantenere la categoria giuridica dell'ordine pubblico in sintonia con l'evoluzione dei tempi.

Come si è detto, però, il metro della «coscienza sociale» rende ancora più incerto e controverso il riferimento normativo all'ordine pubblico (matrimoniale).

conforme all'ordine pubblico italiano». In relazione agli esempi del transessualismo e dell'omosessualità intesi come tratti identitari della personalità a carattere oggettivo è interessante valutare come la concezione di qualità oggettiva muti nel diritto canonico. Il problema del carattere soggettivo o oggettivo dell'errore rilevante in diritto canonico e della sua evoluzione storica è stato affrontato da M. VENTURA, *Errore e dolo. Oggettività e soggettività nell'evoluzione del diritto matrimoniale canonico*, in *Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana*, Atti del Congresso Nazionale, a cura di R. Coppola, Università di Bari, Bari 2003, pp. 187-197. Qui l'Autore sottolinea come il diritto canonico attuale, successivo al Codice di Diritto canonico del 1983, abbia superato la concezione graziana dell'errore «oggettivo perché invalidante solo quando il suo oggetto è misurabile, determinabile [...], indipendente dal gioco di specchi della volontà, delle aspettative e delle percezioni (p. 190)» per valorizzare l'elemento soggettivo «suggerendo soluzioni meno certe, ma più in sintonia con col bisogno di flessibilità espresso dall'odierna società ecclesiale».

D'altra parte, nel caso in commento dell'infedeltà prematrimoniale si tratta di una prospettiva che la stessa Cassazione ha dimostrato di considerare strumentale e complementare a quella puramente giuridica.

La Cassazione ha infatti voluto evidenziare come la propria decisione abbia tenuto conto della sensibilità culturale contemporanea stabilendo che sono riconoscibili in Italia le nullità matrimoniali canoniche «fondate su errori riguardanti fatti oggettivi, anche diversi da quelli di cui all'art. 122 c.c., purchè incidenti su connotati o "qualità" ritenute significative *in base ai valori usuali e secondo la coscienza sociale comune*»²³.

Ma esiste una comune «coscienza sociale» matrimoniale? E dove si colloca rispetto al pre-matrimonio e alla fattispecie dell'infedeltà prematrimoniale in particolare?

In effetti, la stessa vicenda processuale in esame sembra dimostrare l'impossibilità di riferirsi ad una concezione della relazione a carattere affettivo coniugale e pre-coniugale socialmente condivisa. Bisogna sapere, infatti, che la Sezione civile, alla quale la causa era stata funzionalmente assegnata, aveva riscontrato la divergenza dei precedenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità. La causa era stata quindi rimessa al Primo Presidente per questo motivo, e dallo stesso successivamente assegnata alle Sezioni unite per il medesimo motivo²⁴.

La discordanza degli indirizzi giurisprudenziali prova il coesistere di diverse "coscienze sociali" o, semmai, di diverse percezioni di un'unica coscienza sociale. Si tratta evidentemente di un'alternativa priva di riflessi sul piano pratico, cioè sia ai fini della determinazione della «soglia» dell'ordine pubblico matrimoniale, sia, di conseguenza, agli effetti del riconoscimento della nullità matrimoniale canonica. Tanto nell'uno come nell'altro caso, infatti, la decisione viene influenzata dalla «coscienza sociale» che il giudice "applica" al caso concreto.

L'analisi strettamente giuridica e processuale non è, dunque, l'unica possibile. Su questo piano, la correttezza della sentenza del giudice della delibazione dipende dalla rispondenza della stessa alle norme, tra cui anche la norma sulla non contrarietà della sentenza ecclesiastica all'ordine

²³ Cf. anche Cass., 16 novembre 2005, n. 23073, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 278. Nostro il corsivo.

²⁴ Ai sensi del combinato disposto dell'art. 376 c.p.c. (sull'assegnazione dei ricorsi alle sezioni) e dell'art. 374, comma 2 c.p.c.: «[...] il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima della particolare importanza».

pubblico matrimoniale qui inteso nel suo senso giuridico più stretto e compiuto²⁵.

Se invece ci poniamo sul piano dell'ordine pubblico gius-sociologico della «coscienza sociale», la coerenza della decisione può facilmente essere rimessa in discussione quando ci si affida ad una concezione di «coscienza sociale» piuttosto che ad un'altra.

Questa prospettiva può mostrare la vulnerabilità del sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e può far ipotizzare alcune incongruenze della giurisprudenza su questi temi.

A tal proposito il caso dell'infedeltà prematrimoniale è emblematico.

Il modello di «coscienza sociale» utilizzato dai giudici della delibazione per definire la «soglia» insuperabile dell'ordine pubblico matrimoniale presuppone e conferma implicitamente, attraverso un riferimento alle «istanze etiche» del diritto canonico, la visione tipica delle diverse appartenenze «ideologiche» in materia: «tradizionalista» quella della giustizia canonica, «progressista» quella della giustizia civile²⁶.

I giudici della Corte Suprema hanno infatti dichiarato l'incompatibilità assoluta dell'infedeltà prematrimoniale come causa di nullità con l'ordine pubblico italiano per l'irrilevanza delle «istanze etiche che sottostanno al matrimonio religioso e alla specificità del diritto canonico», «in attuazione» delle quali è invece «certa» la rilevanza dell'infedeltà prematrimoniale nell'ordinamento della Chiesa cattolica.

Ma se prendiamo la nozione di «coscienza sociale» di cui si sono av-

²⁵ Come ha affermato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 18 del 2 febbraio 1982 (parzialmente preceduta dalla sentenza n. 30 del 24 febbraio 1971) il principale parametro di ordine pubblico è, naturalmente, di carattere squisitamente giuridico: è costituito dai principi supremi dell'ordinamento giuridico desumibili dagli artt. 2, 3, 7, 24, 25, 29, 31, 101, e 102 della Costituzione e dalle «leggi poste a base degli istituti giuridici», tra cui ovviamente gli istituti giuridici in ambito matrimoniale.

²⁶ Nella prospettiva assunta ci è sembrato più corretto parlare di giudice «tradizionalista» e di giudice «progressista» anziché di giudice «cattolico» o «laico». D'altra parte è stato osservato che negli anni si è verificata «una crescente divaricazione tra esperienza giuridica statutale e insegnamento della Chiesa» e come «questa divaricazione non appare riconducibile, se non al costo di un'indebita forzatura ideologica, alla pretesa contrapposizione tra un modello «laico» e un modello «cattolico», ma rappresenta piuttosto il riflesso di una tensione dialettica fra diverse concezioni dei diritti, egualmente argomentate su un piano «laico» e razionale, che nell'età contemporanea tende a investire ormai tutti i principali temi eticamente sensibili», cf. V. MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Giuffrè, Milano 2005, p. 159.

valsi i giudici della Cassazione e la sostituiamo con una diversa, ma altrettanto accreditata, si può arrivare al paradosso di capovolgere i ruoli tradizionali, con il giudice dello Stato nella veste del giudice “tradizionalista” e il giudice della Chiesa cattolica in quella del giudice “progressista”. Vediamo perché.

Alcuni esponenti delle discipline giuridiche e sociali osservano da tempo come la nostra società valorizzi (per alcuni fin troppo) la dimensione privata della relazione tra l'uomo e la donna, attribuendole un rilievo quasi esclusivo a discapito dei profili formali e pubblicistici²⁷.

Nella «coscienza sociale», la relazione tra un uomo e una donna diventa così un *continuum* affettivo-relazionale rispetto al quale il matrimonio e quindi la costituzione di un vincolo coniugale a carattere giuridico non rappresenta né offre alcun valore aggiunto²⁸. Concettualmente, la coppia coniugale è sempre più isolata/indipendente dal contesto giuridico in cui si forma e vive. Secondo la «coscienza sociale» la costituzione, i mutamenti, la crisi, l'autonomia e l'esistenza stessa di una coppia dipendono sempre meno da ciò che il diritto può riconoscere, concedere o negare, affermandosi invece come realtà che precedono la legge e che dalla legge attendono di essere formalizzate²⁹. È una visione in cui la di-

²⁷ *Ex plurimis*, cf. ancora V. MARANO, *op. cit.*. Sviluppati in un'ottica propriamente sociologica, gli stessi temi, rilievi e riscontri si trovano ampiamente anche in M. BARBAGLI-C. SARACENO (a cura di), *Lo stato delle famiglie in Italia*, Il Mulino, Bologna 1997.

²⁸ Carlo Cardia ha giustamente osservato come il fenomeno delle famiglie di fatto, ad esempio, ponga in discussione direttamente «il principio e il valore della formalizzazione del vincolo coniugale e del matrimonio come suo atto fondativo». Tuttavia, come sottolinea l'Autore, si tratta di una considerazione che vale in ugual misura anche per le convivenze successivamente destinate a ufficializzarsi: «Si può aggiungere che la famiglia di fatto è per sua natura suscettibile di divenire, in qualsiasi momento ed in modo repentino, famiglia legittima, poiché solo l'assenza della celebrazione del matrimonio (cioè di un atto formale, sia pure a certi effetti decisivo) la distingue dalla seconda, mentre la sostanza affettiva, comportamentale, sociale, delle relazioni coniugali e familiari vi sono presenti pienamente», cf. C. CARDIA, *Matrimonio, famiglia, vita privata. Spunti di analisi ricostruttiva*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, 1, p. 34. A nostro avviso, la sostanza di tali considerazioni è estendibile, oggi, a quasi tutte le relazioni pre-coniugali, che soprattutto sotto gli aspetti affettivo/erotico/comportamentale sempre più si atteggiano a relazioni coniugali. Ciò anche a prescindere da una effettiva convivenza, che tuttavia spesso si realizza comunque per periodi più o meno limitati nel tempo.

²⁹ A tal proposito, non a caso BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007, in *AAS* 99 (2007), p. 88, ha contestato l'idea generale del diritto come «formalizzazione delle pretese soggettive».

mensione duale e introflessa della coppia prevale nettamente sulla sua proiezione e sulla sua responsabilizzazione verso l'esterno.

La «coscienza sociale» contemporanea sembra dunque avere superato una relazione che il diritto continua a spezzare in una fase pre-matrimoniale e in una fase matrimoniale.

In questa prospettiva, l'infedeltà, molto prima di costituire la violazione di un dovere giuridico (coniugale) rappresenta il tradimento di un patto relazionale, cioè un disvalore che riceve dalla società un uguale giudizio di riprovevolezza sociale ed etica nel periodo coniugale e nel periodo pre-coniugale.

Non c'è dubbio, allora, che rispetto a questa differente visione della sensibilità contemporanea in materia, la sentenza canonica si avvicini all'attuale «coscienza sociale» più della sentenza civile, mostrandosi addirittura più aggiornata di quest'ultima.

Mentre infatti nel caso specifico della condotta infedele la giustizia civile sembra attenersi rigidamente ad uno schema in cui la relazione o è coniugale o non è e il pre-matrimonio è irrilevante, per la giustizia canonica il pre-matrimonio può avere una rilevanza giuridica che ricade sul momento consensuale e che si estende alla relazione coniugale fino a determinarne la nullità.

Il paradosso consiste nel fatto che la «coscienza sociale» è un parametro socio-giuridico del diritto civile, e non lo è, invece, del diritto canonico che, anzi, si pretenderebbe ancorato a principi di antropologia cristiana impermeabili ai mutamenti delle dinamiche relazionali.

Vista dunque l'importanza che la giurisprudenza civile stessa riconosce alla «coscienza sociale» nella costruzione della categoria dell'ordine pubblico, c'era da aspettarsi che il giudice della delibazione tenesse conto degli orientamenti culturali e sociali che hanno rivoluzionato il mondo delle relazioni a carattere affettivo.

Si immaginava, invece, che il diritto matrimoniale canonico e i suoi valori antropologico-teologico-giuridici fondativi dovessero allontanare fatalmente la sentenza ecclesiastica dalla «coscienza sociale».

Al contrario, questo succede soltanto rispetto ad alcuni modelli di «coscienza sociale» matrimoniale e quando cambia il modello di riferimento può accadere, come nel caso in esame, che la giustizia ecclesiastica risulti più attuale di quella civile.

Il paradosso inevitabilmente coinvolge entrambe le decisioni e scopre alcune loro incoerenze e contraddizioni.

Le perplessità relative alla nullità canonica sono più di tipo logico che

di natura giuridica in senso stretto e chiaramente riconducibili al conflitto tra l'«ideale dell'indissolubilità» e la «pratica della nullità»³⁰.

Se, da un lato, la giurisprudenza canonica dimostra tutta la dinamicità dell'ordinamento della Chiesa cattolica avvicinandosi – di fatto – alla «coscienza sociale» contemporanea, dall'altro, invece, essa avvalorata in sede giuridica una mentalità (prima che una prassi) che il Magistero cattolico stigmatizza severamente. Di fatto, cioè, è stato consentito che una condotta illecita risalente al periodo pre-coniugale travolgesse la validità e gli effetti del vincolo sacramentale.

Da un punto di vista logico, infatti, non è facile spiegarsi come si possa attribuire all'infedeltà pre-matrimoniale un'efficacia invalidante che per il Magistero pontificio pre e post-codiciale e per la stessa giurisprudenza rotale è dubbia perfino nel caso di una infedeltà realizzata all'interno del matrimonio³¹.

Quanto alla sentenza della Cassazione, il confronto con lo schema di «coscienza sociale» proposto ne mette a nudo la contraddizione gius-sociologica. Da un lato essa afferma l'importanza della «coscienza sociale» nella costruzione giuridica della nozione di ordine pubblico, e dall'altro nega efficacia civile ad una sentenza canonica che appare perfettamente rispondente all'attuale sensibilità e alle attuali esigenze relazionali.

Se guardiamo alla realtà delle relazioni a carattere erotico-affettivo uomo-donna del mondo contemporaneo occidentale, la decisione non appare soltanto dissonante con l'attuale «coscienza sociale», ma sembra addirittura contrapporsi ad essa.

³⁰ Cf. M. VENTURA, *Sullo squilibrio tra ideali e pratiche nel diritto matrimoniale canonico di fine millennio*, in *El matrimonio y sua expresión canónica ante el III milenio*, X Congreso Internacional de Derecho canónico, Eunsa, Pamplona 2000, pp. 821-831. Segnaliamo in particolare i due passaggi che rappresentano la chiave della riflessione dell'Autore. Il primo (p. 823) riguarda la contrapposizione sull'ideale dell'indissolubilità e la pratica della nullità: «È indubbio che la prima sensibile reazione del diritto canonico alla crescente patologia matrimoniale consiste nel ricorso sistematico a procedure di nullità prima riservate a casi eccezionali [...]». Coerentemente, il secondo passaggio (p. 830) svela la «*sotterranea mobilità*» del diritto matrimoniale canonico davanti al momento patologico della relazione coniugale (cioè la sua crisi e rottura) a fronte di una sua pretesa e dichiarata staticità «intesa come fermezza, come non cedimento alla mode culturali, alla mentalità secolare, alla corruzione etica».

³¹ Per esempio, nell'allocuzione alla Rota del 1982 il Pontefice ammetteva che «senza dubbio il problema della fedeltà costituisce spesso la croce degli sposi», ma affermava che «sarebbe inconcepibile che il consenso in quanto tale fosse respinto per sopravvenuta mancanza di fedeltà», cf. GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 28 gennaio 1982, in *AAS* 74 (1982), p. 452, n. 7.

Nella pronuncia della Corte di Cassazione n. 19809/2008, infatti, i giudici sembrano confondere la libertà sessuale pre-matrimoniale del singolo individuo, tipica della società occidentale contemporanea, con l'infedeltà pre-matrimoniale della persona nella coppia, come se dal punto di vista relazionale e affettivo la «coscienza sociale» del nostro tempo ammettesse ancora una distinzione così netta tra la fase pre-matrimoniale del rapporto e quella post-matrimoniale³².

Qui, dunque, la Cassazione prende le distanze da una «coscienza sociale» che appare sempre meno rassegnata di fronte ai condizionamenti e alle regole con cui il diritto tenta di ristabilire il proprio ordine nelle relazioni socio-affettive.

La Corte Suprema sembra dunque esprimere una concezione del rapporto uomo-donna che era in via di superamento già nella prima metà del secolo trascorso e che la «coscienza sociale» contemporanea dimostra di avere definitivamente abbandonato.

³² Dice infatti la sentenza: «la menzogna [del coniuge infedele, *n.d.a.*] ha dato luogo ad un errore riguardante una condotta temporanea di infedeltà prematrimoniale dell'altro nubendo, nel rapporto di fatto precedente all'atto di matrimonio, quale la regola è quella della libertà e non è previsto alcun obbligo di fedeltà».