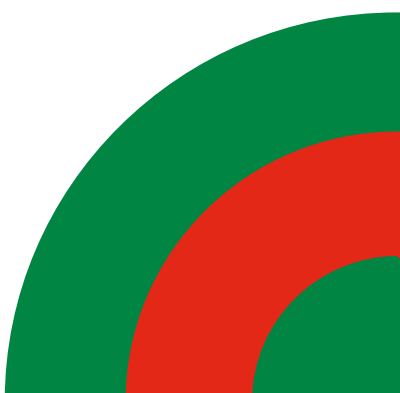




diritto & religioni

Semestrale
Anno VII - n. 2-2012
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

14



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno VII - n. 2-2012
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, F. Facchini

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino

Parte III

SETTORI

*Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Iván Ibán - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura

*Il rinvio al diritto canonico nel regime transitorio sulle controversie matrimoniali dei giudici di merito e delle cinque Corti di Cassazione del Regno d'Italia. Corsi e ricorsi di un modello binario**

FABIO VECCHI

1. Introduzione

Gli *Atti del Parlamento Subalpino* attestano che la «riserva di giurisdizione» era già oggetto del dibattito dei deputati piemontesi di metà Ottocento. Di detta formula si è conservato l'uso nella dottrina ecclesiasticista per descrivere lo spazio d'autonomia riconosciuto in materia matrimoniale al giudice canonico statuyente¹. Vero è che l'operazione riformista del legislatore sabaudo ebbe una diversa intensità attuativa qualora esercitata sul foro ecclesiastico o sul privilegio del foro di cui godevano i religiosi², se non addirittura sull'impianto dei concordati italiani³. La citata formula, che denuncia il dichiarato proposito innovatore del Piemonte liberale di laiciz-

* Nasce dai preziosi insegnamenti ricevuti da Gaetano Catalano, di cui ho fatto tesoro negli anni della mia collaborazione alla cattedra romana di diritto ecclesiastico della «Sapienza», questo studio che ora all'indimenticato Maestro dedico, in affettuoso ricordo.

¹ EMILIANO AVOGADRO DELLA MOTTA, *Teorica dell'istituzione del matrimonio, e della guerra multiforme a cui soggiace*, Speirani e Tortone, Torino, 1860; GIOVANNI BATTISTA AVIGNONE, *Del matrimonio civile*, Lombardi, Milano, 1861; GIUSEPPE PIOLA, *La questione del matrimonio*, Le Monnier, Firenze, 1861; LUIGI DRAGONETTI, *Leggi canoniche e matrimonio civile*, in *Scritti polemici e vari*, Tip. Aternina, Aquila, 1867. Quanto all'azione abolitiva del Foro ecclesiastico da parte del legislatore sabaudo e all'effetto «domino» nella penisola, vedi la l. 9 aprile 1850, n.1013 (Colla quale si aboliscono il Foro ecclesiastico, le immunità ecclesiastiche ecc...sul Piemonte), in TITO CARLETTI, *Codice ecclesiastico*, Barbera ed., Firenze 1893, pp. 149 ss.

² ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze nel diritto italiano*, in *Archivio Giuridico*, vol. CI, fasc. 2, Società tipografica modenese, Modena, 1929, p. 135.

³ FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, I, F.lli Bocca, Torino, 1893, pp. 5 ss.

zare il matrimonio attraverso la sua codificazione⁴, si presta in ogni caso ad osservazioni critiche⁵.

L'interrogativo se il giudice italiano si dovesse arrestare sempre di fronte ai presunti vuoti di competenza imposti per incompletezza dei codici, o dalla natura della fattispecie da esaminare, non riceve risposte univoche dai documenti della storia⁶. Ciò, specialmente quando le statuizioni siano destinate ad incidere su materie di confine, in quella zona grigia costituente il domino delle «*res mixtae*» e in cui l'istituto del matrimonio conserva uno statuto eminente⁷.

In realtà l'ordinamento civile ammette, da un ormai considerevole lasso di tempo, l'esistenza di una dimensione del vincolo matrimoniale ad esso estranea: quella «sacramentale», o meglio, la dimensione del «vincolo

⁴ In termini di una vera rivoluzione si esprime, infatti, PAOLO UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia dalle costituzioni giacobine al Codice civile del 1942*, Bologna, 1970, pp. 123 ss.; ELIGIO VITALE, *Il tentativo di introdurre il matrimonio civile in Piemonte (1850-1852)*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1951; LORENZO SPINELLI, *Le legislazioni matrimoniali degli Stati italiani e preunitari con riferimento al sistema concordatario*, Giuffrè, Milano, 1952; ID., *La legislazione matrimoniale delle province meridionali nei primi anni dopo l'unità d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1953; VINCENZO DEL GIUDICE, *La validità civile del matrimonio religioso nella legislazione degli Stati italiani dopo la Restaurazione*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1939; ALESSANDRO LATTES, *La formazione dei codici estensi, civile e penale, alla metà del sec. XIX*, Università degli Studi, Modena, 1930.

⁵ SERGIO LARICCIA, «*Giurisdizione ecclesiastica*», in *Enc. Dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 469 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* (aggiornato da A. Bettetini e G. Lo Castro) Zanichelli, Bologna, 2009¹⁰, pp. 483 ss. Per una panoramica legislativa della metà Ottocento, GIULIANA D'AMELIO, *Stato e Chiesa. La legislazione ecclesiastica fino al 1867*, Giuffrè, Milano, 1961; ALBERTO AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano, 1960.

⁶ Sovvengono a difesa del primato della statualità della funzione giurisdizionale, quale insopprimibile principio della sovranità dello Stato, le posizioni di GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene e C., Napoli, 1912, p. 292 ss.; ANTONIO SEGNI, «*Giurisdizione civile*», in *Nuovo Digesto Italiano*, VI, UTET, Torino, 1938, pp. 387 ss. e, relativamente ai matrimoni religiosi preconcordatari, spec., p. 392. La politica legislativa abrogatoria degli antichi concordati, specie per il Napoletano, il Lombardo-Veneto e la Toscana, si allinea al criterio della cautela e lascia carta bianca alla giurisprudenza e ai suoi poteri discrezionali, così manipolando gli spazi effettivi delle materie abolite e di quelle residuali. Il legislatore unitario non amputa con la scure il sistema giurisdizionalista e ciò, perché nello spirito del diritto pubblico italiano del «... 1859-1861, quando le sorti del nuovo Regno erano ancora incerte, si procedeva molto più cauti nello spogliarsi delle vecchie armi giurisdizionali...». Così, FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico* cit., pp. 7-8.

⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino (rist.), Bologna, 1993; ID., *Elementi di diritto ecclesiastico*, Vallecchi, Firenze, 1927, pp. 143 ss. Una espressa difesa della giuridicità dell'istituto matrimoniale canonico, posta in dubbio dalla dottrina giuridica italiana e tedesca ottocentesca (Thudicum, Jhering, Jellinek), è in SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Spoerri, Pisa, 1918, p. 104. Per una visione canonistica dell'istituto, FRANZ XAVER WERNZ-PETRUS VIDAL, *Ius canonicum*, V, *Ius matrimoniale*, Ap. Aed. Univ. Gregoriana, Romae, 1928, pp. 21 ss. e pp. 538 ss. Per una visuale postconciliare, ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio concordatario*, Giuffrè, Milano, 2007³, p. 14.

religioso»⁸. In altri termini, la giurisdizione ecclesiastica, con la sua specificità era stata riconosciuta già agli albori del Regno d'Italia e l'atteggiamento di reverenziale astensione da definizioni formali del matrimonio da parte del redattore del Codice civile⁹ ne fu una consapevole conseguenza. In tal senso l'ordinamento italiano ha preso atto che, per la Chiesa, un matrimonio c'è o non c'è, senza vie di mezzo o scelte di compromesso. Il problema si era già reso palese nel 1865 (all'indomani della sofferta introduzione della legge sull'obbligo del matrimonio civile)¹⁰, con l'emersione di due distinti e coesistenti rapporti matrimoniali: non c'è dubbio infatti, che, in ordine a quelle controversie, i giudici del neonato Regno italiano si trovarono in solitudine a decidere nelle nebbie del diritto transitorio e, sprovvisti del sostegno di principi informatori¹¹, a surrogare *in toto* la soppressa giurisdizione ecclesia-

⁸ Si tratta dell'elemento che conferisce natura «spirituale» alla giurisdizione della Chiesa, ma che non astrae totalmente la materia giuridica che innerva, di una rilevanza anche per lo Stato, talvolta fingendo da «premesse» alla questione di natura civile del vincolo: è il caso della sacramentalità del matrimonio nel momento del suo annullamento. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze* cit., pp. 155-156; ID., *Le tendenze della letteratura e della giurisprudenza in materia matrimoniale*, in *Archivio Giuridico*, vol. CVI, fasc. 2, Soc. Tip. Modenese, 1931, p. 168, dove l'A. osserva, nel richiamare l'Enciclica *Casti connubii* (31 dicembre 1930), la divergenza dei principi etici che sostengono l'istituto matrimoniale nel profilo della Chiesa e dello Stato.

⁹ Il virgolettato è d'obbligo tenuto conto del paradossale atteggiamento sostenuto dal legislatore del Regno, giacché, se è la Legge delle guarentigie (13 maggio 1871, n. 214) a sancire la cessazione della potestà giurisdizionale dei tribunali ecclesiastici, un intero complesso di legislazioni, precedenti (art. 253 del C.p.c. Sardo o art. 264 delle Leggi del codice di procedura del Regno delle Due Sicilie) e successive al Regno d'Italia, ne ha intenzionalmente negato l'esistenza. ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze* cit., pp. 138 e 148. È però significativo che l'art. 17 della menzionata legge, nel precisare che «La cognizione degli effetti giuridici, così di essi come d'ogni altro atto di essa autorità, appartiene alla giurisdizione civile. Però tali atti sono privi di effetto se contrari alle leggi dello Stato, o all'ordine pubblico, o lesivi dei diritti dei privati...», con ciò implicitamente affermando non tanto l'irrelevanza assoluta di tali atti, quanto la capacità di esprimere una efficacia «autonoma» nell'ordinamento giuridico italiano. Vedi in proposito, SERGIO LARICCIA, «Giurisdizione ecclesiastica» cit., p. 480. Osservazioni, queste, sostenute dal n. 4, lett. b Protocollo addizionale dell'Accordo di revisione del 1984, per il quale: «si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale...». FRANCESCO FINOCCHIARO, «Matrimonio (diritto civile)», in *Enc. Dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 808.

¹⁰ Cfr. GIULIANA D'AMELIO, *Stato e Chiesa* cit., pp. 322 ss.

¹¹ Avverte il Catalano, rileggendo alcune pagine del Jemolo (ARTURO CARLO JEMOLO, *La classifica dei rapporti tra Stato e Chiesa*, in *Archivio Giuridico*, 1938), che: «nel diritto ecclesiastico preconcordatario era impossibile riaggianciare le varie norme a comuni principi informatori ... in quel diritto, norme e precetti palesemente ostili alla Chiesa, convivevano con norme e precetti palesemente intesi a proteggerle». Cfr. GAETANO CATALANO, *Problemi metodologici nel diritto ecclesiastico, tra storia e dogmatica*, in *Tra storia e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1984, pp. 238-239. E, d'altra parte, sempre richiamando pagine dello stesso (ARTURO CARLO JEMOLO, *Giurisprudenza civile in materia matrimoniale*, in *Arch. di Diritto Ecclesiastico*, 1942/IV, pp. 130 ss., nel sostenere l'operato del giudice, in plurime circostanze capace di «disincagliarsi dalle leggi e rendere le sue decisioni come gli dettano l'equità e la benevolenza»), GAETANO CATALANO, *La problematica del diritto ecclesiastico ai*

stica. Ciò, in attesa della costruzione di un edificio unitario delle fonti legali, non meno che dello stesso apparato magistratuale¹², e di un consolidamento normativo ancora *in fieri*¹³. Nella traversata verso la terraferma, a cavallo tra i due secoli, peseranno il confronto serrato nell'aula parlamentare di logiche politiche e di ideologie facenti capo a due abiti mentali opposti nell'intendere il luogo religioso. Ne siano prova i vani tentativi legislativi espressi dalla Destra storica e, in seguito, dalla Sinistra¹⁴ – non ultima la Legge delle gua-

tempi di Francesco Scaduto e ai nostri giorni, ibidem, p.201. Per una disamina del concetto di diritto transitorio matrimoniale in età preconcordataria si rinvia all'eccellente voce, con ricca bibliografia, di GIUSEPPE PIOLA, «Matrimonio (Diritto civile)», in *Digesto Italiano*, XV, p. I, UTET, Torino, 1906, pp. 1059 ss., spec. pp. 1328-1337.

¹² PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Flli Bocca, Torino, 1920, pp. 709 ss., spec. p. 756, il quale A. osserva la singolare «... *contradictio in adiectio* che è il «sistema della “Cassazione plurima” oggi vigente in Italia». Di quanto l'atmosfera di transitorietà e provvisorietà permeasse l'intero sistema delle istituzioni giuridiche ed insistesse pervicacemente ai vertici dell'ordine giudiziario è ben chiarito da MASSIMO MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Giuffré, Milano, 2005, pp.16 ss. giustificando la necessità di mantenere «diverse Corti tutelatrici» in ragione delle complesse questioni di opportunità politica avvertite dalla classe dirigente del Paese.

¹³ La segnalata circostanza non sembrerebbe poi necessariamente riconducibile a contingenze storiche che in ragione di un *ius condendum* andavano all'affannosa ricerca di un diritto già costituito, e ben consolidato, quale poteva essere il diritto canonico. Avverte infatti il Catalano che il fenomeno del rinvio a leggi altrui, può ben darsi anche in condizioni normali, laddove interverrebbe una ricognizione della normativa più consona alla fattispecie da trattare. GAETANO CATALANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffré, Milano, 1989, p. 23: «... nel complesso, l'atteggiamento dello Stato italiano può essere valutato come ricognitivo del carattere originario e primario dell'ordinamento canonico, con la conseguente possibilità di agganciare (entro certi limiti) effetti giuridici a norme canoniche». IDEM, *Brevi considerazioni sul difficile parto di un nuovo diritto matrimoniale*, in *Scritti minori. II. Scritti giuridici* (a cura di M. Tedeschi), Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, p. 1240. Sullo stretto legame intercorrente tra norma e atto processuale, e il nesso di consequenzialità delle funzioni di esercizio del potere corrispondente, si veda LODOVICO MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedure civile*, I, Milano, 1911, pp. 19-20.

Il riconoscimento di una giurisdizione ecclesiastica «concorrente» con quella dello Stato, infatti, non esclude – né vi sarebbe incoerenza in ciò – l'eventuale favore per «le decisioni di un tribunale vescovile ... (o) le sentenze della Rota romana... (o) di una Congregazione pontificia». Il meccanismo materiale è il rinvio: «... nel diritto italiano il diritto della Chiesa ha certamente valore di diritto positivo: lo ha attraverso o un rinvio che talora è recettizio, talora no». Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze cit.*, pp. 152-153, pp. 172 e 174. A conclusioni simili Jemolo giunge nell'interpretazione dell'art.48 del RD n. 2606 del 1865 che confermerebbe «l'opinione che il diritto della Chiesa sia tuttora vigente in quelle parti in cui non è stato abrogato» e prospetta la medesima ultrattività del diritto preesistente anche quando, pur disciplinando il nuovo codice la materia in oggetto, alcune sue specifiche «figure non fossero contemplate in alcuna sua norma». Così, ARTURO CARLO JEMOLO, *L'amministrazione ecclesiastica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo* (a cura di V.E. Orlando), vol. X, p. II, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1915, p. 22 nota 2. Sulle interferenze del periodo tra poteri dello Stato, MARIO D'ADDIO, *Magistratura e politica (1848-1876)*, Giuffré, Milano, 1966.

¹⁴ Per tutti, FEDERICO CHABOD, *Storia della politica estera dal 1870 al 1890*, vol. I, Le premesse, Laterza Bari, 1951; ATTILIO BRUNIALTI, *Lo Stato e la Chiesa in Italia* (Bibl. Sc. Pol., VIII), UTET,

rentigie –, volti a sciogliere la «questione romana», alla ricerca di soluzioni convincenti dei precorsi assetti istituzionali pre-unitari¹⁵.

In questo scenario dinamico la giurisprudenza civile si trovò naturalmente, o giocoforza, a rinviare e ad applicare nelle cause di nullità matrimoniale, anche in assenza di un concordato che, in via negoziata facesse definitivamente luce sulla sorte del foro ecclesiastico, criteri e norme di diritto canonico. Di fronte alle questioni controverse preventive (seduzione; stato di verginità; voti religiosi o ordini sacri; sponsali; matrimonio di coscienza, putativo e clandestino; *error in persona*; cause di separazione; impotenza assoluta¹⁶; eccessi e sevizie o minacce ed ingiurie; bigamia¹⁷; adulterio¹⁸; difetto di forma) o conseguenti (pensione; patria potestà; usufrutto legale e amministrazione legale dei beni dei figli) alla costituzione del vincolo matrimoniale cui il giudice civile viene di volta in volta chiamato a decidere, spesso nel contesto della contemporanea incardinazione della causa in ambo i fori, l'art. 6 r.d. 30 novembre 1865, n. 2606 (disp. trans. C.c.) non sembra sufficiente¹⁹. Tradizioni giuridiche locali derivate dagli ex Regni italiani ed effetti del principio di retroattività della legge si intrecceranno e finanche orienteranno palesemente l'operato della nuova magistratura, cosicché i matrimoni pre-unitari, quando latori di un diritto quesito²⁰, saranno dichiarati ancora

Torino, 1892; MARIO FALCO, *La politica ecclesiastica della Destra*, Elli Bocca, Torino, 1914.

¹⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, G. Einaudi, Torino, 1963, pp. 252 ss.

¹⁶ Con l'istituto della dispensa del matrimonio rato e non consumato l'ordinamento canonico ha posto in essere uno strumento di grande utilità pratica, al punto che Jemolo si domanda dell'opportunità della sua introduzione nell'annunciata riforma del codice civile italiano. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Altre questioni controverse del diritto matrimoniale italiano*, in *Giuspr. It.*, LXXXII, UTET, Torino, 1930, pp. 243-244.

¹⁷ Sull'eventualità del rinvio del giudice civile alla pronuncia di nullità del precedente vincolo da parte del giudice ecclesiastico, cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze* cit., p. 171.

¹⁸ ARTURO CARLO JEMOLO, *Altre questioni controverse* cit., p. 234.

¹⁹ L'art. 6 RD 30 novembre 1865 attribuiva al tribunale civile tutte «le cause di opposizione al matrimonio, di nullità dello stesso, o di separazione dei coniugi (ancora) pendenti davanti le autorità ecclesiastiche». SEVERINO CAPRIOLI, *Codice civile. Struttura e vicende*, Giuffré, Milano, 2008, p. 122. Opportuna si rivela la consultazione di GIUSEPPE SAREDO, *Codice del diritto pubblico ecclesiastico del regno d'Italia*, Torino, 1887-1891; VINCENZO DEL GIUDICE, *Codice delle leggi ecclesiastiche*, Giuffré, Milano, 1952; *Raccolta delle disposizioni legislative ed amministrative in materia ecclesiastica del regno d'Italia*, (a cura del Min. Grazia, Giustizia e dei culti), Roma, 1883.

²⁰ «Il principio generale del diritto transitorio, che la legge dispensa per l'avvenire, che non ha effetto retroattivo in pregiudizio dei diritti acquisiti vigente la legge abrogata ma riceva immediata applicazione allorché diritti acquisiti non ve ne siano, vale anche in materia di matrimonio». Detto criterio si conferma in caso di cambiamento di legislazione nel tempo intermedio sicché, per stabilire a quale imperio normativo, vigente o pregresso, il vincolo matrimoniale è soggetto occorrerà accer-

soggetti al diritto canonico, con il paradosso che a rinviarvi, finanche per il procacciamento delle prove istruttorie, non sarà più l'ormai soppresso «foro ecclesiastico», bensì il giudice civile dei tribunali e delle cinque supreme Corti di Cassazione²¹. E tutto ciò, con inusitata frequenza.

Gli strascichi di tale situazione possono ancora ravvisarsi nell'ordito del Concordato mussoliniano del 1929 nel cui art.34, co.4 la questione della competenza ecclesiastica in materia matrimoniale veniva scolpita con chiarezza, assieme alle linee di confine tra i due ordini giurisdicenti²², anche se gli artt. 21 e 22 della l.27 maggio 1929 n. 847 avrebbero denunciato il carattere di eccezionalità di cui venivano rivestiti i matrimoni canonici preconcordatari²³. Tuttavia dottrina e giurisprudenza – sempre in riferimento alla disciplina concordataria del 1929 – adottarono la formula, che già Gaetano Catalano aveva giudicato tutt'altro che opportuna e probabile effetto di un abuso ideologico²⁴, di «riserva di giurisdizione».

tare il momento del suo porsi come diritto acquisito. Cfr. GIUSEPPE PIOLA, *Matrimonio* cit., p. 1328.

²¹ Circostanza, questa del rinvio del diritto dello Stato a norme di un diverso ordinamento, non priva di conseguenze pratiche, oltre che teoriche. Cfr. FRANCESCO SCADUTO, *Efficacia civile delle norme canoniche*, in *Archivio Giuridico*, vol. XCII, fasc. 2, Società tipografica modenese, Modena, 1924, pp. 129 ss. Tale lavoro è ampiamente richiamato e commentato da ARTURO CARLO JEMOLO, *La Chiesa e il suo diritto*, in *Archivio Giuridico*, vol. XCIII, fasc. 2, Società tipografica modenese, Modena, 1925, pp. 245 ss. e spec. pp. 259 ss., laddove viene affrontata la questione della suscettibilità degli atti della Chiesa - una volta ammessa la capacità degli stessi ad esercitare effetti legali nell'ordine dello Stato – ad essere oggetto di censura da parte della Cassazione. Quanto all'interesse che la questione del rinvio alle norme canoniche aveva suscitato nella dottrina preconcordataria, ci basti qui menzionare: DOMENICO SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Piero, Napoli, 1913, pp. 32; NICOLA COVIELLO, *Manuale di diritto ecclesiastico* (a cura di V. Del Giudice), Athenaeum, Roma, 1922, I, p. 7; CARLO MANENTI, *Brevi considerazioni sopra alcuni concetti fondamentali del diritto ecclesiastico*, Tipografia cooperativa, Siena, 1900, p. 10 ss.; LODOVICO MORTARA, *Commentario* cit., pp. 358 ss.; ORESTE RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Piero, Napoli, 1912, pp. 499 ss.; FRANCESCO RUFFINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (raccolte da V. Sertorio), Corradini Poma, Torino, 1912, pp. 182 ss.; SANTI ROMANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (raccolte da S. Mungioni), S.E.U., Pisa, 1912, pp. 51-53; VINCENZO SIMONCELLI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, (compilate a cura di G. Folchieri), Sampaolesi, Roma, 1906-1907, pp. 43-46. Autori, tutti richiamati da ARTURO CARLO JEMOLO, *Il valore del diritto della Chiesa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Archivio Giuridico*, vol. XC, fasc. 1, Soc. Tip. Modenese, 1923, pp. 28 ss. e pp. 50-51, e nei cui confronti egli propone la sua tesi della vigenza del diritto canonico nell'ordinamento statuale in virtù di un rinvio non recettizio operato dal legislatore.

²² Jemolo afferma la piena competenza del giudice statuale per i matrimoni preconcordatari, verso i quali il sistema del legislatore è stato chiarissimo nel continuare a negar (loro) ogni effetto giuridico». Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Altre questioni controverse*, cit., p. 228 ss. e 234. Gli Accordi del 1984, art. 8.2 (in combinazione con l'art. 13.1), al contrario, con un diplomatico silenzio di circostanza, «dichiarano» il definitivo abbandono del principio di riserva e il depennamento dell'art. 34, co.4 del Concordato del 1929. Vedi FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 485.

²³ Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, «*Matrimonio (diritto ecclesiastico). A) Matrimonio concordatario*», in *Enc. Dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 868-870.

²⁴ «... di «sistema» e di «unità sistematica» si può parlare solo in rapporto ad un dato ordinamento

Effettivamente, quell'espressione potrebbe avere un senso nel presupposto che lo Stato accondiscendesse ad un tacito riconoscimento della «giurisdizione della Chiesa», in modo da permettere di prospettare una «riserva» successiva a favore di tale giurisdizione, tenendo conto, però, che si configurerebbe a scapito di quella del conceditore. Tuttavia la storia e gli atti processuali di quegli anni, in cui l'ordinamento unitario muoveva i suoi primi passi, ci avvertono che le cose presero una ben diversa piega. Nulla, intervenuto il concordato, fu sottratto alla giurisdizione civile, per il semplice dato di fatto che per sua stessa duplice natura, spirituale e contrattuale, la materia matrimoniale era e restava al di fuori di quell'ordine o, quantomeno, non poteva essere ad esso complessivamente attratta salvo sospendere il giudizio sul versante sacramentale del patto coniugale. Ne sia prova la circostanza che l'unico provvedimento processualmente rilevante restava la decisione di deliberazione: un provvedimento che, preso per sé stesso, poteva investire tanto una sentenza che un diverso atto non avente la natura giudiziaria, quale può ben ritenersi la «dispensa» pontificia²⁵.

giuridico valutato nel suo insieme. Confini e barriere fra i vari rami del diritto hanno pertanto un carattere puramente convenzionale e pragmatico... Sussiste assai forte la tentazione di adottare ermeneutiche ideologiche o basate sul cd. "spirito" del sistema o su dati non riscontrabili analiticamente quali ad es. il "*favor religionis*", o il criterio "laicista" o quello "confessionista". Tipico è, ad es., quanto è accaduto per l'interpretazione delle norme relative al matrimonio ecclesiastico concordatario: la giurisprudenza, posta di fronte a norme tecnicamente non sempre pregevoli, ha finito con il creare un proprio sistema, basato sul presupposto che "ogni vincolo matrimoniale che vive nel diritto della Chiesa" debba necessariamente "vivere in quello dello Stato". È sorto in conseguenza un vero e proprio "diritto giurisprudenziale" che ha alterato in più punti il senso della volontà legislativa. L'abuso dei criteri ideologici non va peraltro addebitato unicamente alla giurisprudenza...». Cfr. GAETANO CATALANO, *Problemi metodologici* cit., pp. 227 ss. e p. 230.

²⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze* cit., p. 165: «... lo Stato ha riconosciuto conforme a principii ad esso accettabili e da esso accettati il matrimonio canonico, col suo sistema di requisiti, di impedimenti, di dispense; pertanto ha in modo implicito (cioè come conseguenza del sistema adottato) ritenuto di poter avere fiducia nel governo che le autorità ecclesiastiche avrebbero fatto del loro potere di dispensa», così, ID., *Altre questioni controverse* cit., p. 233. Osserva Jemolo che «... tutto il sistema delle dispense canoniche poggia su basi diverse dalle dispense statali», ARTURO CARLO JEMOLO, *Le tendenze della letteratura* cit., p. 170. Il diritto canonico contempla molteplici casi di concessione di dispensa pontificia matrimoniale. Tra le circostanze di fatto, i rapporti «personali, familiari e sociali dei nupturienti». Il can. 1119 CIC 1917, disponeva poi per il caso di matrimonio rato e non consumato, la dispensa per giusta causa, richiesta da entrambi o da uno solo degli interessati, anche contro la volontà dell'altro, consistendo nel timore del grave scandalo. Cfr. MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, I, Cedam, Padova, 1935, p. 262 e pp. 290-291. In ogni caso, il principio della dispensa dagli impedimenti viene accolto anche nel diritto italiano (art.68 cc. 1865), v. GIUSEPPE PIOLA, *Matrimonio* cit., p. 1147. Va peraltro rammentato che, secondo il Concordato del 1929, ma non più attualmente, era ammessa l'attribuzione di effetti civili anche ai provvedimenti di dispensa ecclesiastica, nel caso di «rato e non consumato». Vedi RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 271, nota 15. Rileva Tedeschi che «... prima del '29 l'istituto [del "rato e non consumato"] era sostanzialmente

È tuttavia singolare osservare come l'attuale giurisprudenza civile, e la dottrina giuseccllesiastica, sembrano propendere, oggi, verso scelte adottate nell'atmosfera post-risorgimentale, assimilando l'azione del giudice al telaio di Penelope²⁶. Infatti, anche volendo negare effettività al principio di riserva giurisdizionale del giudice canonico, e dato che il matrimonio religioso resta fondato esclusivamente sul diritto della Chiesa, è a questo che il giudice civile dovrà attingere senza particolari «difficoltà ... posto che le parti dovrebbero darne la prova ...»²⁷.

Nella nuova disciplina il legislatore concordatario ha inteso rielaborare il quadro dei rapporti rovesciandone i fattori e smantellare quella «riserva» sulla cui esistenza – e lo si ribadisce –, appariva lecito dubitare per fondatezza di motivi. Tuttavia, la revisione normativa ha condotto giocoforza a

sconosciuto all'ordinamento civile» e che: «... il rinvio al diritto canonico appariva necessario dal momento che, per quel che riguardava gli effetti civili della dispensa, v'era nel vecchio codice civile un vero e proprio vuoto di legge», cfr. MARIO TEDESCHI, *Scritti di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2000³, p. 299. Cfr. ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio concordatario* cit., pp. 205 ss.

²⁶ Preso atto dell'attuale disciplina normativa e degli orientamenti giurisprudenziali dai quali si trae che sono applicabili in Italia le norme di diritto canonico, perché non dovrebbe essere il giudice italiano ad esercitare tale competenza? Più in dettaglio: in sede di deliberazione, perché il giudice italiano non potrebbe legittimamente utilizzare i criteri propri del diritto canonico?

Tale ipotesi potrebbe trovare almeno tre punti d'appoggio: a) la giurisdizione ecclesiastica (la quale agisce con un sistema normativo avente indiscutibilmente piena dignità di diritto straniero) non sarebbe una vera giurisdizione. In tal senso il giudice italiano, applicando il CIC in sede di deliberazione, non esorbiterebbe dalle sue proprie competenze, inserendosi in un diverso ordinamento giuridico a lui estraneo. Infatti «... Il giudice canonico si caratterizza non già per essere espressione di un ordinamento straniero, ma per il fatto di esercitare una giurisdizione sacramentale». Così, GAETANO CATALANO, *Brevi considerazioni sul difficile parto* cit., p. 1241. In termini non dissimili: CESARE MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 1965, p. 166, che allude ad una giurisdizione canonica spirituale e non statuale e, ancora, MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione alla prova. Prospettive metodologiche e realtà ontologica*, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, XXII, Giuffrè, Milano, 1993/2, p. 541 per il quale, quella canonica è «giurisdizione di un ordine confessionale, non di uno Stato». Ed inoltre, sulla non pariteticità di posizione tra diritto canonico e diritto statale, MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010⁵, p. 318; b) sarebbe errato affrontare la questione matrimoniale riconducendo il rapporto Stato-Chiesa ad un qualsiasi altro rapporto insistente sul diritto internazionale; c) l'assoluta incertezza sui rapporti giuridici di ordine matrimoniale, e le relative competenze giurisdizionali, è tuttora dovuta alla mancanza di una legge applicativa delle coordinate generali tracciate dagli Accordi di revisione tra Stato e Chiesa, del 1984. Cfr. GAETANO CATALANO, *Ult. loc. cit.*, p. 1238.

Le incertezze che governano la problematica matrimoniale sembrano essere riconfermate dalla chiara riemersione post-concordataria del fenomeno di contraddittorietà nel rinvio al diritto canonico, espresso dalle corti civili in recenti decisioni.

²⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., pp. 487-488. Utile osservare come nel Progetto Pisanelli sul codice civile unitario, il Relatore giustifichi la necessità – in virtù di un «principio di ragion naturale» – di rimettere nella disponibilità delle parti l'andamento dell'istruzione scritta, in modo da garantir loro la «piena libertà di discussione». Cfr. MICHELE TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 116.

prefigurare due giurisdizioni concorrenti su una fattispecie che si è voluta considerare come non riguardante un sacramento.

Le vischiosità di una siffatta costruzione normativa, va qui aggiunto, appaiono del tutto evidenti di fronte al concreto operare delle corti. Se nel concorso delle due giurisdizioni è, infatti, sufficiente garantirsi la competenza di uno dei due giudici in virtù del semplice principio di prevenzione, in che modo potrebbe concepirsi l'azione di chi si rivolgesse al giudice civile per ottenere l'annullamento di un vincolo che, per sua natura, dovrebbe ispirarsi ai principi fissati dal diritto canonico?

Sono le stesse riflessioni del Catalano a suggerirci l'opportunità di rispolverare precorse, e non sconfessate, impostazioni teoriche e, soprattutto, giurisprudenziali²⁸, specialmente per il periodo preconcordatario qui considerato, e riconoscere che, come ammetterà in seguito la Consulta, il matrimonio resta indiscutibilmente un «fatto-sacramento»²⁹ la cui sussistenza, o inesistenza, va accertata in via esclusiva nella sua sede naturale che è quella del giudice canonico³⁰: altro sarà ragionare degli effetti civili derivanti dal vincolo della cui esistenza si discute, posto che la nullità canonica fatalmente sancirà il venir meno anche di quegli effetti conseguenti e legati al rapporto giuridico primigenio³¹.

²⁸ Sull'opportunità di studiare l'operato delle corti giudicanti nella ricostruzione storica degli istituti ecclesiastici, insiste il Catalano. L'atteggiamento ondivago e persino contrastante della giurisprudenza del tempo è indice di una discrezionalità che si tramuta in libertà senza vincolo dei giudici delle Cassazioni, nelle cui sentenze residuano le tradizioni locali e le origini della cultura giuridica preunitaria. Sicché, ai vasti spazi operativi lasciati nelle mani del potere della burocrazia corrisponde una diffusa incertezza, cui contribuisce la nebulosità dei principi ermeneutici informativi. Lo stesso principio confessionista statutario della «religione di Stato» è soggetto ad interpretazioni assai variabili. Sembra anzi possibile individuare nella giurisprudenza preconcordataria un allineamento alle posizioni sistematiche della dottrina separatista e proclive ad un «agnosticismo di Stato». Cfr. GAETANO CATALANO, *Lezioni cit.*, pp. 94 e 95, con rinvio alle notazioni di ANDREA GALANTE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1923², pp. 457 ss. e 493 ss.

²⁹ Ossia un «presupposto» estraneo, certo, all'ordinamento civile, ma pur sempre in grado di produrre effetti civili, secondo il Giudice Costituzionale, nella sent. 1 dicembre 1993, n. 421. Si tornerà sul punto al §10.

³⁰ Osserva Jemolo che l'illimitato potere istruttorio del giudice, nell'illuminare sulla domanda dell'attore, in caso di matrimonio allarga l'indagine alla validità della natura del sacramento e trova un unico ed effettivo limite nelle «decisioni cui deve tendere la sua ricerca»: decisione che può riguardare o un raffronto tra il fatto e il diritto o, al contrario, concentrarsi sulla valutazione di ciò che è riconosciuto dalla Chiesa. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze cit.*, pp. 151-152.

³¹ Queste osservazioni ci conducono a precisare la natura del procedimento di delibazione, alla luce del nuovo assetto concordatario. La delibazione operata dal giudice statale, una volta perduto il carattere di semplice «visto» sul rispetto delle garanzie a baluardo della correttezza formale del processo in sede canonica, assume un significato di assicurazione sulla sorte degli effetti civili legati

2. Raggiugli storici

La ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza di epoca postri-sorgimentale rinvia alla metamorfosi delle fonti dei codici e delle leggi locali e alle reciproche cointeressenze tra legislatore e ordine giudiziario. L'Italia preunitaria aveva accolto nel suo grembo ordinamenti di «regnicoli» di diversa ispirazione e cultura giuridica, che non avevano affatto sottovalutato, nonostante il palese confessionismo della monarchia borbonica nel napoletano, o in virtù degli eccessi giansenisti di Leopoldo II di Toscana, l'Europa del *Code Napoléon* (1804)³². Nell'evo unitario prende forma un singolare parallelismo nelle dinamiche riformiste, tra sistema matrimoniale (nell'alternativa tra regime «misto» o «unico»), da un lato, e sistema giudiziario (nel bivio tra sistema «della Cassazione» e «terza istanza») dall'altro. Un parallelismo che trovava molteplici rispondeenze, dalla dimensione puramente formale, all'affanno dei progetti di legge, alle finalità istituzionali perseguite, in primo luogo, il pluralismo giurisdizionale³³.

Quanto al matrimonio, l'esperienza giuridica italiana del tempo ereditava due modelli: un sistema «unico» che, secondo l'art.108 del Codice civile Albertino (1837) concedeva alle autorità poteri di controllo residuali, limitati

al matrimonio. La caducazione degli effetti civili, infatti, resta subordinata al rispetto dell'ordine pubblico italiano che, alla luce del nuovo regime concordatario, risulterebbe violato se, di fronte al giudice della Chiesa non fosse stato garantito il rispetto del principio di difesa dei litiganti.

Tali ultime osservazioni fanno concludere che il giudice italiano, oggi, in sede di deliberazione di una sentenza canonica di nullità matrimoniale non fa rinvio al *Codex Iuris Canonici*, prendendo unicamente in considerazione l'intangibilità del principio di ordine pubblico e che, per implicito dato, molti concreti dubbi solleva l'idea che il rapporto di diritto intercorrente tra lo Stato italiano e la Chiesa possa essere ascrivito alle relazioni giuridiche di natura internazionale. Osserva ancora il Catalano che, pur nel silenzio dei nuovi Accordi di revisione del 1984 circa la natura sacramentale del vincolo di coniugio «...resta però il fatto che nella sua essenza e sostanza il diritto matrimoniale della Chiesa resta imperniato sul concetto sacramentale del matrimonio». Cfr. GAETANO CATALANO, *Brevi considerazioni sul difficile parto* cit., p. 1241.

³² Vedasi LORENZO SPINELLI, *Le legislazioni matrimoniali negli Stati italiani preunitari*, in *Studi Urbinate*, 1952, XIX, pp. 183 ss.; VINCENZO DEL GIUDICE, *La validità civile del matrimonio religioso nelle legislazioni degli Stati italiani dopo la Restaurazione*, in *Studi in onore di E. Besta*, Giuffrè, Milano, 1938, pp. 449-479. Sugli influssi della cultura europea di rilievo costituzionale, FRANCESCO PAOLO CONTUZZI, «Costituzione», in *Enc. Giur. Italiana*, III, Milano, 1906, pp. 613 ss.; cfr. anche PDCM, *Lo Statuto Albertino illustrato dai lavori preparatori* (a cura di L. Ciaurro), Dipart. Inf. Ed., Roma, 1996, p. 16 nota 3. Osserva Taruffo che l'unificazione legislativa si compie quasi istantaneamente nel giro di due anni dalla proclamazione del Regno d'Italia. Nel 1865, infatti, il Codice civile e di procedura civile e la legge sull'ordinamento giudiziario sono varati, ma senza quel necessario coordinamento con i vecchi ordinamenti e codici locali, che condurrà a soluzioni «discutibili e approssimative». Così, MICHELE TARUFFO, *La giustizia civile in Italia* cit., p. 108.

³³ MASSIMO MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione* cit., pp. 93 ss.

agli effetti patrimoniali conseguenti ad un patto da celebrarsi secondo riti e leggi canoniche, ed un sistema «misto», accostabile alle odierne soluzioni concordatarie, nel quale il matrimonio religioso era riconosciuto e necessariamente sottoposto alle leggi statuali che gli concedevano ulteriori effetti civili³⁴. Tali modelli erano distribuiti nel quadro di quattro codificazioni maggiori: quella austriaca, di impianto statualista, nel Lombardo-Veneto e la più filoclericale Sardo-Piemontese, che si fronteggiano nel settentrione italiano³⁵; quella borbonica nel Regno delle Due Sicilie, e quella canonica nello Stato Pontificio. Nel mezzo, i sistemi oscillanti delle codificazioni parmensi e modenesi. E tuttavia, i primi, pur opposti, sono sistemi fortemente caratterizzati e distinti, ma con significative assonanze³⁶. Basti pensare allo speciale regime matrimoniale ispirato al primato dello Stato ma con ampi respiri confessionali, come l'indissolubilità del vincolo: un principio canonico che, sancito nel Codice civile austriaco e valevole per il territorio del Lombardo-Veneto, sarebbe rimasto in vigore sino al Concordato del 5 novembre 1855³⁷. L'impronta del sistema giuseppino avrebbe a lungo informato di sé,

³⁴ Il sistema «unico» vigea nel Regno Sardo-Piemontese, nel Granducato di Toscana e negli Stati Pontifici. Il sistema «misto», nel Lombardo-Veneto, nel Regno delle Due Sicilie e nei Ducati di Modena e Parma. Cfr. GINESIO MANTUANO, *Rilevanza civile del matrimonio negli Stati dell'Unione Europea*, I. Università degli Studi di Macerata, 1997, pp. 42 ss.; VINCENZO DEL GIUDICE, *La validità civile del matrimonio religioso nelle legislazioni degli Stati italiani dopo la Restaurazione*, in *Studi in onore di E. Besta*, pp.449 ss. Sui sistemi italiani ed i ritmi riformatori tra '700 e '800: FRANCO VALSECCHI, *L'assolutismo illuminato in Austria e Lombardia*, Zanichelli, Bologna, 1934, pp. 147; FRANCO VENTURI, *Settecento riformatore: da Muratori a Beccaria*, Einaudi, Torino, 1969, pp.739 ss.; DOMENICANTONIO GALDI, *Codice civile nel Regno d'Italia, col confronto dei Codici francese, austriaco, napoletano, parmense, estense, col regolamento pontificio, leggi per la Toscana, e col diritto romano*, Marghieri-Perrotti, Napoli, 1865; PASQUALE STANISLAO MANCINI, *Dei principali sistemi di legislazione intorno al matrimonio*, in *Questioni di diritto civile*, Napoli, 1878.

³⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano* (sotto la direzione di F. Vassalli), 1957³, UTET, Torino, pp. 28 ss.; EMIL FRIEDBERG, *Trattato del diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, UTET, Torino, 1893, pp. 90-131.

³⁶ Basti osservare che il Codice borbonico (artt.153 e 154) e quello austriaco (artt.57 e 59) disciplinavano l'errore al consenso del matrimonio, anche se con formulazioni ambigue, che sarebbero state fatalmente ereditate dalla codificazione unitaria (art.105), a fronte dell'esplicito richiamo fatto da altre codificazioni al diritto canonico. Cfr. MARCELLO SOLERI, *I vizi del consenso nel matrimonio*, Marengo, Cuneo, 1903, pp. 61-63. Le assonanze dei codici non si limitano a singoli istituti, aprendosi a profili strutturali. Il «ricalco» del Codice sardo-piemontese nella legislazione unitaria, passa infatti attraverso il Codice napoletano giudicato come «... omogeneo e idoneo ad essere fuso col piemontese». Cfr. MICHELE TARUFFO, *La giustizia civile in Italia* cit., pp.113-114.

³⁷ Il Codice civile austriaco impostava la disciplina matrimoniale concedendo ampi spazi al profilo della confessionalità nonostante le espressioni tecniche in esso impiegate: si parlava di un «diritto al matrimonio» esprimendo i rapporti di famiglia come nascenti da un contratto (art.44). La materia degli impedimenti legali offriva la prova incontestabile di questa intromissione palese delle leggi canoniche nella logica statale, contemplando, tra le altre ipotesi, anche lo *status libertatis* (art. 62), e imponendo chiaramente il divieto del matrimonio per chierici e religiosi in rispetto del celibato

in ogni caso, il diritto matrimoniale. Fino al 1865, nonostante la cessione territoriale della Lombardia (1859), ad esclusione di Mantova, i matrimoni continuarono, infatti, ad essere disciplinati secondo il sistema «misto» del diritto civile austriaco³⁸.

Tale regime, nell'ammettere il matrimonio canonico, conferiva al parroco officiante la specialissima funzione di ufficiale dello stato civile ai fini della registrazione dell'atto. Il codice non solo riconosceva, dunque, il matrimonio religioso, ma anche le norme canoniche che disponevano i casi di impedimento e tuttavia rivendicava la fissazione delle cause di validità del matrimonio ed anche la competenza giurisdizionale che era riservata all'autorità civile, per le cause di invalidità, separazione e scioglimento del matrimonio³⁹. L'intenzione del legislatore viennese era bene espressa dal Proemio della Patente che auspicava il «porre in armonia le disposizioni del Codice civile con i precetti della Chiesa cattolica» ove fossero sorti problemi di incompatibilità con le norme civili. In tal caso sarebbero state queste ultime ad essere sacrificate: «... col giorno in cui entra in vigore questa legge, restano abolite, in quanto si trovino con la medesima in contraddizione, tutte le disposizioni del Codice civile generale, relative ai matrimoni dei cattolici»⁴⁰. Il

(art. 63), e così anche nel caso di divieto per chi non appartenesse alla religione cristiana (art. 64). Per tutte le procedure, attività e condizioni di validità del vincolo, il richiamo all'autorità della Chiesa, che realizzava il sistema «misto», era esplicito e frequente. Per quanto attiene alle regole della giurisdizione, il Codice statuiva il principio della competenza del tribunale civile circa l'invalidità del matrimonio, ma anche nelle procedure di «separazione di letto e di mensa», da proporsi obbligatoriamente davanti al giudice ordinario. Tuttavia, il tribunale preposto alla verifica delle condizioni di separazione attribuiva al parroco una speciale funzione partecipativa alla procedura assegnandogli un tentativo preventivo di riconciliazione «per amichevoli ammonizioni». Dopo il crollo dell'Impero napoleonico l'unica entità territoriale italiana a non ricadere nella legislazione precedente fu il Lombardo-Veneto, dove la codificazione imperiale mantenne vigore sino al 1° gennaio 1857. ANTONIO PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, III, *Storia del diritto privato*, Forni, Bologna, 1866, p. 286.

³⁸ La legislazione austriaca, nel modello parlamentare cisleitano del *Reichstag* viennese, si conservò ancora dopo il 1865 per la città di Trieste, Gorizia, Fiume, e per l'Istria. La materia ecclesiastica sarebbe poi stata disciplinata unilateralmente dal Codice austriaco (con legge del 1872), a seguito della denuncia unilaterale del Concordato del 1855. GAETANO CATALANO, *I concordati tra storia e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1992, p. 8.

³⁹ Il §60 C.c. austriaco del 1811 sanciva sul parroco l'obbligo, durante e dopo la celebrazione, di iscrivere il matrimonio «di propria mano sul libro dei matrimoni, a ciò specialmente destinato» con l'aggiunta delle indicazioni necessarie anche circa i documenti «coi quali fossero state tolte le occorse difficoltà». GINESIO MANTUANO, *Rilevanza civile del matrimonio religioso negli stati dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, p. 44.

⁴⁰ Patente Imperiale 8 ottobre 1856, art. 13. In particolare, e ciò che qui interessa, le disposizioni sul matrimonio religioso regolate dalla Patente Imperiale dell'8 ottobre 1856, art. 13, e sue appendici, riflesso normativo del Concordato austriaco, furono abolite da una specifica legge approvata dal parlamento sardo, in data 28 ottobre 1860. Cfr. note 173-174.

sistema «misto» del Codice civile austriaco legalizzava le prescrizioni del diritto matrimoniale canonico, ma si trovava in affanno per le attribuzioni giurisdizionali, né il successivo Concordato dette una risposta convincente su una questione che rimase aperta, in balia di ondivaghe soluzioni legislative⁴¹.

Ma l'Italia preunitaria poggia anche su un altro nucleo normativo: il Sardo-Piemontese. Costruito sul Codice civile del 1811, viene successivamente sistemato nel Codice civile del 1837, di impianto confessionista, per antica tradizione della Corona sabauda. La disciplina matrimoniale si traduceva in un sistema «unico», analogo al corpo delle leggi pontificie, con il riconoscimento di validità assoluta al diritto della Chiesa per l'aspetto giurisdizionale e amministrativo del giudice civile. Uno spazio di competenza propria è marginalizzato solo per i residui profili patrimoniali del contratto matrimoniale. Per ogni altro aspetto, il Codice Albertino statuiva una vera e propria ingerenza del giudice della Chiesa nel rapporto coniugale: prova ne sia la necessaria sua autorizzazione anche nel caso di separazione consensuale dei coniugi⁴².

Ad una forma «intermedia» di sistema matrimoniale si possono ricondurre le restanti legislazioni⁴³. Certamente riconducibile a sistema «misto», la legislazione vigente nel Regno delle Due Sicilie, che ammetteva come legiti-

⁴¹ La Patente Imperiale del 5 novembre 1855, pur stabilendo la riserva di giurisdizione del foro ecclesiastico, manteneva la competenza dei giudici statuali sugli effetti civili del matrimonio. Tuttavia, la giurisdizione matrimoniale fu trasferita ai tribunali ecclesiastici (con Patente imperiale 8 ottobre 1856), per essere nuovamente assegnata ai giudici civili, a seguito della legge 27 ottobre 1860, n.4381, abolitiva delle predette Patenti. Cfr. DOMENICO SCHIAPPOLI, *Diritto ecclesiastico* cit., pp.233 ss. Per la Lombardia, annessa al Regno piemontese con il trattato di Zurigo, la legislazione matrimoniale austriaca, comprese le specifiche disposizioni sancite dalla Patente Imperiale 8 ottobre 1856 per il matrimonio dei cattolici, rimase in vigore sino alla pubblicazione della legislazione civile italiana. Secondo i principi di diritto internazionale concordatario, invece, diversa sorte ebbe il Concordato austriaco che, per la sua natura di patto internazionale, fu sciolto col mutare della sovranità. Per quanto attiene, invece, la legislazione austriaca, essa fu abolita solo alcuni anni più tardi con l'estensione del Codice civile italiano al Veneto (ex decr. Lgs.vo 28 luglio 1866, n. 3089) e, per la Patente Imperiale che sosteneva il Concordato del 1855, con una legge del Parlamento Sardo-piemontese (l. 28 ottobre 1860, n. 4381).

⁴² La disciplina si spingeva anche a riconoscere validità al *placet* matrimoniale emesso dal giudice ecclesiastico cosicché la parte che avesse ricusato di adempiere la promessa degli sponsali sarebbe incorsa, per inadempienza, nell'obbligo di risarcimento del danno nella misura stabilita dal tribunale di prefettura civile (art.107 C.c.).

⁴³ Si tratta di un terzo settore residuale. Legislazioni limitrofe al Lombardo-Veneto mostrano attrazione verso l'uno o l'altro sistema, come nel caso del Codice civile del Canton Ticino (14 giugno 1837) che si allineava ai codici marcatamente confessionali, sia per la disciplina relativa alla condizione della dispensa ecclesiastica che per i voti religiosi. Il codice ticinese attribuiva un ruolo notevole al parroco e alla funzione di «ratifica» attribuita alla benedizione impartita al vincolo, nonostante in negato assenso (art. 51). GINESIO MANTUANO, *Rilevanza civile* cit., p. 42.

timo il solo matrimonio tridentino, celebrato *in facie Ecclesiae*, pretendendo tuttavia il rispetto degli atti dello stato civile, da assolvere preliminarmente alla celebrazione, per assicurare la produzione degli effetti civili⁴⁴.

Si trattava di un modello che confondeva gli istituti di radice civile con quelli canonici, accostandosi al sistema adottato ancora dal diritto vigente nei ducati di Parma e Modena e che, in pari tempo, si distingueva da quello austriaco. Un sistema, quello napoletano, che rispecchiava fedelmente gli assetti politici parlamentari del tempo a larga partecipazione ecclesiastica, ed un diritto pubblico ecclesiastico, osservante del diritto della Chiesa e degli adempimenti civili, al punto da prevedere sanzioni penali ai contravventori, e che attribuiva competenze residuali di ordine patrimoniale al giudice civile, per alcuni effetti «*mere civiles*» del matrimonio⁴⁵. Indubbiamente le leggi civili napoletane del 1819 in materia matrimoniale erano la cassa di risonanza del Concordato napoletano concluso un anno prima, nel Regno delle Due Sicilie⁴⁶; tese a rivendicare il diritto di legislazione matrimoniale⁴⁷, queste norme segnavano una frattura con il laicismo settecentesco napole-

⁴⁴ «Il matrimonio nel Regno delle Due Sicilie non si può celebrare legittimamente, che in faccia alla Chiesa, secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento. Gli atti dello stato civile sono essenzialmente necessari e preceder debbono la celebrazione del matrimonio, perché il matrimonio produca gli effetti civili, tanto riguardo a' coniugi, tanto che a' di loro figli» (art. 67, Codice civile napoletano 1819). Vedi FRANCESCO SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie*, Amenta, Palermo, 1887, pp. 304-306 e 314-315. Sugli orientamenti della giurisprudenza napoletana nel Regno delle Due Sicilie, si veda: MICHELE AGRESTI, *Decisioni delle Gran corti Civili in materia di diritti*, Stamperia francese, Napoli, 1828; DOMENICO FURIATI, *Istituzioni sulle leggi civili dei codici del Regno delle Due Sicilie*, Vellica, Napoli, 1829; PASQUALE LIBERATORE, *Della polizia ecclesiastica nel Regno delle Due Sicilie*, Stamperia Strada del Salvatore, Napoli, 1852; CARLO CUCCA, *Programma sul diritto ecclesiastico, da servire da introduzione allo studio della giurisprudenza cristiana cattolica*, Tip. del Diogene, Napoli, 1861.

⁴⁵ Per l'art. 150 C.c. napoletano, la legge sul matrimonio limitava le disposizioni «agli effetti civili e politici»; l'art. 151 disponeva che le leggi tridentine regolavano qualità e condizioni dei contraenti, determinavano le formalità precedenti la celebrazione, la validità, i diritti e doveri e gli effetti civili. Il matrimonio religioso era impedimento dirimente di un nuovo matrimonio (artt. 152-174 C.c.), e più in generale le ipotesi di impedimento lì enunciate, specialmente l'affinità, corrispondevano a quelle canoniche.

⁴⁶ Il decreto 17 febbraio 1861, n. 248, abrogativo del Concordato napoletano del 1818, ripristinava il più antico diritto ecclesiastico pubblico settecentesco. Il provvedimento, che segue di poco la dichiarata risoluzione del Concordato toscano del 1851 e di quello del Lombardo-Veneto del 1855, era ispirato alla politica di unificazione della legislazione nazionale, anche ecclesiastica. Si noti tuttavia, che il citato decreto vigeva solo per le province del meridione continentale, esclusa la Sicilia, nella quale il Concordato conservò vigore. Cfr. VITTORIO EMANUELE ORLANDO, «Concordato (Diritto ecclesiastico)», in *Digesto Italiano*, VIII, p. I, Torino, 1896, pp. 336 ss.

⁴⁷ Basti ricordare il Rescritto 11 novembre 1758, che demarcava i confini tra sacralità e contrattualità del matrimonio, stabilendo che: «il matrimonio è di sua natura contratto, accessoriamente è sacramento, e che come contratto, la ispezione è del magistrato secolare, e per la qualità sacramentale, la pertinenza è della potestà ecclesiastica».

tano ormai spirato con la breve primavera della Repubblica Partenopea⁴⁸. Il Concordato, infatti, informava di sé le leggi civili e l'intero diritto pubblico ecclesiastico valido nelle Province napoletane ed, inevitabilmente, la legislazione matrimoniale veniva posta in mano alla Chiesa⁴⁹.

Ma di questo sistema legislativo «misto», la speciale circostanza del matrimonio di coscienza contratto nel Regno delle Due Sicilie, ossia alla forma eccezionale e non «*sollemnis*» con cui i nubendi intendevano unirsi nel vincolo e nelle forme religiose, aveva polarizzato l'attenzione dei giuristi del tempo. E le ragioni erano molteplici, giacché, piuttosto che essere celebrato «*coram populo et proprio parocho*», si compiva al cospetto di pochi intimi «*ne celebrationis rumor oriatur*», e, in virtù della bolla *Satis vobis* di Benedetto XIV, del 17 novembre 1741, manteneva incorrotta dal tempo una speciale disciplina. La giurisprudenza delle Corti meridionali contribuirà non poco, e per lungo tempo, a sostenere questo alone di intangibilità che circondava il menzionato provvedimento pontificio.

Non ci si soffermerà, qui, sulle opportunità politiche dettate da consolidamenti diplomatici con la Sede petrina che sono alla base della «recezione» della bolla benedettina⁵⁰. In ogni caso, l'atto pontificio contribuiva alla

⁴⁸ TOMMASO PEDIO, *Del matrimonio e del divorzio nelle Province meridionali durante la Repubblica Partenopea*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1958/I, p.61. Vedasi anche il caso della contesa di stampo «regalista» per lo scioglimento del matrimonio canonico a causa di impotenza, occorso tra il duca di Maddaloni e la contessa di Acerra, in FRANCESCO SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie* cit., pp. 511 ss., nota1.

⁴⁹ L'esistenza del matrimonio *quoad vinculum* era infatti data nelle forme della Chiesa la quale attribuiva, da sé sola, legittimità e validità al vincolo: in tal senso non si poteva contrarre un secondo matrimonio se non era sciolto il primo dall'autorità ecclesiastica (art.144 C.c. napoletano). Le disposizioni civili, residuali, introducevano così un simulacro di matrimonio civile, concentrandosi l'ambito statuale in quella promessa dinanzi all'ufficiale di stato civile che i nubendi verbalmente si scambiavano precedentemente alla celebrazione del matrimonio canonico: promessa alla quale, tuttavia, si consegnavano conseguenze di non poco conto, quali la produzione degli effetti civili e politici, finanche la legittimità della prole (art.189 C.c. napoletano). Cfr. ANTONIO PERTILE, *Storia del diritto italiano* cit., p.286. Per ulteriori riferimenti storici sul diritto napoletano attraverso i dispacci sovrani, FRANCESCO FILOMUSI GUELF, *I matrimoni di coscienza celebrati sotto l'impero del diritto napoletano ed il vigente diritto pubblico italiano*, in *Enc. Giur.*, Napoli, 1885, p. 167, n. 1; LORENZO SPINELLI, *La legislazione matrimoniale delle province meridionali nei primi anni dopo l'unità d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1953.

⁵⁰ Si trattava di un'«accettazione» significativa per il governo borbonico che aveva ricevuto il Regno dell'Italia meridionale appena pochi anni prima, a seguito delle cessioni territoriali austriache sancite con la pace di Vienna (1738). Questo vincolo doveva sollevare problemi giuridici, anche perché occorreva tenerlo ben distinto dal matrimonio clandestino: e se la Chiesa stessa si mostrò molto cauta nel tratteggiare le due forme di celebrazione, intendendo dottrinalmente quest'ultima come «*matrimonium clandestinum quoad nudo consensu et sine sollemnitatibus perficitur*», non fu da meno il legislatore e il giudice civile napoletano, che tale matrimonio severamente puniva e proibiva. Del resto, con un occhio rivolto alla storia, la stessa bolla *Satis vobi*, non fu accolta *de plano* nel

chiarezza del sistema «misto» napoletano, data la frequenza statistica di quel tipo di celebrazione: ciò attesta un altro regio rescritto 30 maggio 1823, con il quale si dichiarava essere la bolla *Satis vobis* in pieno vigore nel Regno. La legge pontificia intendeva venire contemporaneamente incontro alle esigenze di privatezza dei nubendi e alle necessità di certezza avanzate sia dallo Stato che dalle leggi canoniche. Essa così disponeva l'assenso e l'informazione preventiva dell'Ordinario, che avrebbe poi destinato gli sposi al parroco «proprio» di uno di essi. Il matrimonio celebrato senza preventiva pubblicazione sarebbe poi stato annotato in un registro custodito nella curia vescovile, affiancato da un altro volume nel quale annotare le altre occorrenze matrimoniali. Le preoccupazioni delle autorità napoletane circa i matrimoni di coscienza, espresse attraverso i menzionati regi rescritti, ben presto si trasfusero in quelle del legislatore piemontese, fino almeno alla promulgazione del Codice civile unitario, attraverso due leggi che si proponevano di accordare sanatorie a tali matrimoni, per garantire gli effetti civili e la trascrizione nei registri di stato civile⁵¹.

Quanto al ducato di Modena, la legislazione editale sovrana seguì, per attrazione alla politica ecclesiastica austriaca, il sistema «misto» canonico-civile. Le leggi modenese riducevano la solennità del matrimonio al solo atto degli sponsali, con l'obbligo degli sposi di «integrare» il rito con la presentazione innanzi all'ufficiale di stato civile e di perfezionare il rito civile, in assonanza con le leggi napoletane, di fronte al parroco⁵².

sistema legislativo civile del Regno. I nodi della bolla furono immediatamente rilevati in un parere del 1742 della R. Camera di Santa Chiara, nella incertezza dello *status coniugum*, relativamente agli effetti civili dei matrimoni di coscienza, con le conseguenti difficoltà delle pubblicazioni. La soluzione proposta fu che lo Stato non dovesse perdere il controllo della vicenda coniugale e dunque, dandosi esecuzione alla bolla, si consigliava una riserva statuale a tutela dei *iura maiestatis* a garanzia dei diritti sovrani. Carlo III impresse così l'*exequatur* alla bolla *Satis vobis* che divenne parte del diritto regio napoletano (con Prammatica del 3 marzo 1742) ma con la riserva (clausola «*salvis tamen maiestatis iuribus quoad effectus civiles eiusmodi matrimonii*») dell'intangibilità dei diritti civili riconoscibili ai matrimoni di coscienza. FRANCESCO FILOMUSI GUELFI, *I matrimoni di coscienza celebrati sotto l'impero del diritto napoletano* (nota alla cassazione di Palermo, 17 marzo 1874), in *Giurisp. It.*, 1874, I, 1, pp. 178-187.

⁵¹ Il legislatore unitario con spirito pratico, volendo risolvere la questione della certezza giuridica dei molti matrimoni puramente canonici contratti nel periodo dell'interregno dei codici, emanò due leggi incentrate sull'adempimento della trascrizione: la l.20 maggio 1863, n.1265 (Per la convalidazione e registrazione di matrimoni contratti nelle province meridionali senza l'osservanza delle forme richieste dalla legge civile) e l.20 marzo 1865, n.2197 (Per la sanatoria dei matrimoni puramente ecclesiastici contratti dai cittadini delle province meridionali), senza tuttavia risolvere compiutamente il problema degli effetti civili del vincolo, specie nel caso di matrimoni di coscienza e segreti: questione che richiedeva un approccio di coordinamento con i diversi codici preunitari. Cfr. DOMENICO SCHIAPPOLI, *Manuale del diritto ecclesiastico*, Torino, 1902, pp.81-83.

⁵² Senza tale produzione era addirittura vietato al parroco di accettare la loro dichiarazione consensuale e così, di adempiere gli oneri della celebrazione. Ciò, in osservanza di una Notificazione del

Il Codice civile parmense promulgato il 20 aprile 1820 per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla riconvertiva le istanze illuministe entro una restaurata confessionalità. Per il matrimonio, l'art. 34 rinviava alle solennità della celebrazione religiosa, ma i rigurgiti neoconfessionisti riaffioravano nella disciplina della dispensa agli impedimenti matrimoniali⁵³.

Sensibile tanto all'ordinamento Sardo-Piemontese quanto ai portati gian-senisti, il legislatore del granducato di Toscana aveva adottato il sistema matrimoniale «unico». Coerente con le tradizioni legislative proprie, lo Statuto del 15 febbraio 1848 proclamava l'impegno di conservare i principi politico-amministrativi, mutuati con gli interessi dell'Italia e con una buona dose confessionista⁵⁴.

È persino superfluo osservare che questioni di diritto transitorio si posero anche per le Province romane soggette al diritto pontificio: di esse si riferirà nel corso dell'elencazione giurisprudenziale, avvertendo sin d'ora dell'ambigua linea assunta dalla Cassazione romana che si reputò competente non solo a giudicare ma anche a conoscere preliminarmente della natura spirituale o ecclesiastica del vincolo⁵⁵.

governo modenese (2 maggio 1814) in relazione agli artt. 67-80 del Codice del Regno delle Due Sicilie. Vedi ANTONIO PERTILE, *Storia del diritto italiano* cit., p. 287. Per la giurisprudenza estense durante la Restaurazione, si veda la *Collezione delle massime di diritto stabilite dall'illustrissimo Supremo Consiglio di Giustizia di Modena*, 1815-1834, (voll. 19) Tipografia Camerale, Modena, 1834-1846. L'allineamento legislativo alla Restaurazione si esprime nel Codice civile per gli Stati Estensi del 25 ottobre 1851. La disciplina matrimoniale (art. 74) riproduceva i principi confessionali proclamati nel ducato di Parma, nel rispetto dell'autorità della Chiesa. Gli editti sovrani in materia ecclesiastica furono aboliti con l. 28 luglio 1861 (L. sull'abrogazione degli editti sovrani emanati nell'ex-ducato di Modena intorno a materie ecclesiastiche). Cfr. TITO CARLETTI, *Codice ecclesiastico* cit., p. 46.

⁵³ Il codice civile parmense contemplava anche l'ipotesi di impedimenti canonici per i quali, oltre alla richiesta all'autorità governativa, si profilava «un'ulteriore corrispondenza» attraverso la quale si innestava un sistema appesantito con ricorso alla Sede Apostolica. Il codice precisava, sul punto, richiamando una decisione sovrana (7 dicembre 1820, n. 177), che «la supplica di dispensa» richiesta dal suddito al Governo nel caso di impedimenti canonici avrebbe aperto una via collaterale per ottenere il *placet* dell'autorità, potendosi ricorrere alla decisione del Papa. Tale disposizione introduceva un sistema collegato di assensi facenti capo a due distinte autorità, ma tale da assicurare un avanzamento coordinato, di pari passo, tra le decisioni. Solo una convergenza delle stesse avrebbe reso ammissibile il matrimonio, ma anche il semplice impedimento religioso ne avrebbe sancito l'impraticabilità anche sul piano civile.

⁵⁴ Sulla base del Concordato del 25 aprile 1851, poi risolto con decr. 27 gennaio 1860, l'esercizio dei poteri giurisdizionali si arrestava di fronte alle cause in materia spirituale o ecclesiastica e su questioni matrimoniali. Qui i tribunali civili avrebbero potuto decidere sugli effetti civili delle sentenze ecclesiastiche e sugli sponsali. FRANCESCO SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I granduca di Toscana (1765-1790)*, Ademollo, Firenze, 1885. Sulla giurisprudenza del Granducato sino all'annessione piemontese, LORENZO CANTINI (a cura di), *Tesoro del Foro Toscano. Raccolta delle decisioni del supremo Consiglio e della Rote Civili toscane*, Voll. 27, Firenze, 1820-1835.

⁵⁵ Si noti che il provvedimento che abolì ogni giurisdizione speciale in Roma e nella Provincia

3. *Le cinque Corti di Cassazione e i Tribunali civili: la politica di accentramento, la frammentazione giurisprudenziale e i vincoli ideologici*

È noto che gli anni di consolidamento del Regno determinano la futura fisionomia ecclesiastica nazionale⁵⁶: (abolizione del foro ecclesiastico; liquidazione dell'asse ecclesiastico e soppressione delle corporazioni religiose; unificazione territoriale e conseguente venir meno dei concordati italici; definitivo abbattimento del potere temporale pontificio⁵⁷). Si tratta di questioni la cui soluzione obbligava ad una scelta di campo sulla natura dell'ordinamento giuridico, cui si sarebbero uniformati a cascata i settori del diritto territoriale pubblico ed amministrativo⁵⁸. Inevitabili ricadute si sarebbero prodotte anche sulle relazioni tra poteri costituiti. Sul tavolo delle riforme rimanevano pendenti questioni quali le aderenze della politica con i quadri di una magistratura speranzosa di incassare la sospirata autonomia del proprio ordine professionale e l'introduzione di un Codice civile unitario con automatica sostituzione di nuove regole sul vincolo di coniugio per colmare i vuoti delle abrogate leggi.

Occorre però mettere sull'avviso circa le facili quanto erronee conclusioni cui si potrebbe incorrere attraverso una stima corriva del diritto transitorio e degli orientamenti della giurisprudenza italiana in materia ecclesiastica.

La legislazione sabauda intendeva riformare una serie di istituti-cardine

Romana risale al 28 ottobre 1870. Cfr. FRANCESCO FILOMUSI GUELF, *Un caso singolare di questioni matrimoniali e di filiazione*, nota a Cass. Roma, 30 maggio 1891, in *Foro It.*, XVII, II, 1892, pp. 17-18; FRANCESCO SCADUTO, *Competenza speciale della Cassazione di Roma ratione materiae ecclesiasticae*, Napoli, 1899, (estr. dal vol. per il 50° di insegnamento di E. Pessina). Cfr. anche nota 51.

⁵⁶ Si tratta delle cd. «leggi complementari» dello Statuto (l. Sineo 19 giugno 1848, n. 735; l. Siccardi, 9 aprile 1850, n. 1013; l. Cavour-Rattazzi 29 maggio 1855, n. 878; l. Rattazzi 5 luglio 1854, n. 160 collegata alla l.4 luglio 1857, n. 2315). Per una completa panoramica delle leggi ecclesiastiche del tempo, v. GAETANO CATALANO, *Lezioni cit.*, pp. 90 ss.

⁵⁷ Per bocca del Ministro degli Esteri, Vincenzo Venosta, il Governo non faceva mistero della necessità di abbattere il potere temporale del Pontefice Romano «... ultimo avanzo delle istituzioni del Medioevo». VINCENZO VENOSTA, circolare del 18 ottobre 1870, in «Il Giornale di Sicilia» del 4 novembre 1870. Cfr. anche FRANCESCO SCADUTO, *Guarentigie pontificie e relazioni tra Stato e Chiesa (legge 13 maggio 1871). Storia, esposizione critica, documenti*, E. Loescher, Torino, 1884. La soluzione della questione temporale avrebbe permesso una più efficace risposta politica alla generale questione della formalizzazione dei rapporti Stato-Chiesa, ossia delle due società le quali avrebbero agito ciascuna «nella propria sfera di giurisdizione». Ciò, almeno, secondo la prospettiva separatista cavouriana accolta dal Lanza.

⁵⁸ Si discuteva, insomma, della scelta tra forma «giurisdizionalista laica» o «separatistica garantista» del nuovo Stato, con la messa in discussione del principio confessionista enunciato dall'art.1 dello Statuto. Cfr. CARLO GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia, 1848-1994*, GLF Laterza, Roma, 2002, pp.131 ss.

vigenti: quanto al matrimonio, la codificazione introduceva un modello matrimoniale civile inteso a sbarazzarsi delle due variabili italiane del matrimonio «unico» e «misto»⁵⁹; quanto all'ordine giudiziario, rileggeva i canoni dello Statuto Albertino, azzerando le aspettative degli antichi *establishments* giurisdizionali⁶⁰.

Le questioni sul tappeto, dunque, si richiamavano l'un l'altra nel contesto dell'unificazione territoriale e misuravano le difficoltà dei settori politici moderati di operare quelle scelte omogenee su cui si fondavano le aspirazioni di quanti, come il Minghetti, invocavano «un gran principio intorno al quale formare una maggioranza»⁶¹. La redistribuzione dei poteri tra gli organi dello Stato ed il progetto di accentramento sono parte di questo disegno che, nelle intenzioni dell'esecutivo del 1865, vuole abbracciare insieme, unificandole, apparato legislativo e amministrativo «*more geometrico*» compreso l'ambito giudiziario⁶². E che nel legislatore sabaudo l'interesse primario a consacrare l'unità del Paese dovesse seguire per la via maestra della riforma della magistratura nell'unità della giurisprudenza, appare ben chiaro dai molteplici ed infruttuosi tentativi di riforma operati sin dal 1859, con la legge Rattazzi sull'ordinamento giudiziario⁶³.

⁵⁹ Com'è noto, infatti, fu la disciplina matrimoniale contenuta nel nuovo Codice civile unitario del 1 gennaio 1865, e non una legge *ad hoc*, che mai ebbe luce nonostante i progetti e i tentativi profusi dall'arco parlamentare, ad introdurre la prima incisiva disciplina unitaria di secolarizzazione estesa dall'istituto del matrimonio all'intero diritto di famiglia. GINESIO MANTUANO, *Rilevanza civile del matrimonio* cit. p. 47.

Il primo passo verso la secolarizzazione del matrimonio è segnato dalla legge Siccardi sull'abolizione delle immunità e privilegi del foro ecclesiastico, del 9 aprile 1850. La legge, si sovrappone all'improbabile politica concordataria dello Stato Sardo-piemontese posto che nelle circostanze storiche, i progetti del parlamento subalpino erano diretti all'unità nazionale, fine perseguibile solo sostenendo la sovranità giurisdizionale e la pienezza dei poteri dello Stato, attraverso la dichiarazione esplicita ed incondizionata delle facoltà delle sue corti giudicanti. La menzionata legge seguì le vicende risorgimentali, con una graduale attuazione, tra il 1859 e il 1870, nelle province modenesi e nella Romagna, in Umbria e nelle Marche nel 1860, nel napoletano nel 1861, nel Veneto nel 1866 e nella provincia di Roma, nel 1870. Cfr. DOMENICO SCHIAPPOLI, *Manuale del diritto ecclesiastico* cit., p. 31, nota 3; GIACOMO CASSANI, *Delle principali questioni politico religiose*, III, Regia Tipografia, Bologna, 1876, pp. 694 ss.

⁶⁰ L'art. 82 dello Statuto Albertino affermava che: «Il presente Statuto avrà il pieno suo effetto dal giorno della prima riunione delle due Camere, la quale avrà luogo appena compiute le elezioni; fino a quel punto sarà provveduto al pubblico servizio con Sovrane disposizioni... omesse tuttavia le interinazioni e registrazioni dei magistrati che sono fin d'ora abolite». PDCM, *Lo Statuto Albertino illustrato* cit., p. 172; CARLO GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia* cit., pp. 19 ss.

⁶¹ RAFFAELLA GHERARDI-NICOLA MATTEUCCI (a cura di), *Marco Minghetti statista e pensatore politico: dalla realtà italiana alla dimensione europea*, Il Mulino, Bologna, 1988.

⁶² Il progetto Cavour era infatti nel senso di «... concentrare il controllo preventivo e repressivo di una magistratura inamovibile». CARLO GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia* cit., p. 108.

⁶³ La citata legge del 13 novembre 1859 apre ad un prolungato periodo di estenuanti progetti, prov-

Nel decennio 1860-'70 prende forma quella perniciosa «osmosi» tra ruoli politici e burocratici di vertice, il cui effetto è l'attrazione al volere politico delle funzioni delle alte magistrature⁶⁴. Fa parte di questa osmosi, del resto, l'interesse per i temi di politica ecclesiastica condiviso da magistrati, avvocati e giuristi, alle prese con un diritto matrimoniale che sopporterà il retaggio di profili transitori ancora ben oltre il Concordato del 1929.

Quanto alla radicalizzazione della politica ecclesiastica, lo spirito del riformismo va interpretato in prospettiva, guardando oltre il ruolo istituzionale dei protagonisti, perché una sorta di generale stabilità orientava quella politica, smorzava l'aggressività della Sinistra, in parte obbligata dal suo ruolo d'opposizione, livellava i programmi dei due grandi partiti post-risorgimentali. L'asprezza dei toni riformisti della Sinistra e l'intenzione di smantellare i prolungamenti canonistici dell'antico istituto matrimoniale, scardinandone il plurisecolare radicamento affettivo nella società civile, si

vedimenti di riforma e disegni di legge, volti a disegnare un modello di Cassazione unica, culminati con il progetto Orlando (16 marzo 1908, riproposto il 29 maggio 1909). Illuminante, il giudizio sconcertato del Calamandrei, per il quale: «... da questo lungo e sconcertante elenco di disegni di legge per la riforma della Cassazione italiana, presentati con imperturbabile costanza da tutta una serie di ministeri, e inesorabilmente giustiziati ad uno ad uno dal silenzio del Parlamento, sembra che si riveli, dopo un cinquantennio di infruttuosi conati, un insanabile dissidio tra due tendenze che si trovano in urto, come in ogni campo della nostra vita politica, così nel campo giudiziario». PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit., pp. 742-753, spec. p. 755.

La legge Rattazzi del 1859 conferma l'idea di un ministero dai poteri estesissimi su una magistratura gerarchizzata, controllata e priva di indipendenza e di autonomia dal potere politico dell'Esecutivo. I principi contenuti nello Statuto Albertino venivano così «... ridotti a ben poco». Cfr. MICHELE TARUFFO, *La giustizia civile in Italia* cit., pp. 100 e 111 ss. In questo panorama la Destra cavouriana liberal-conservatrice si arrocca in difesa dello Statuto e della sua rigidità, secondo un modello costituzionale di accentramento, atto a favorire il consolidamento delle posizioni burocratiche della pubblica amministrazione e dei ruoli magistratuali. Significativo, sul punto, l'accostamento nello Statuto Albertino di due disposizioni strategiche: l'art. 68 dello Statuto Albertino esponeva il principio della centralizzazione dei poteri («La giustizia è emanata dal Re ed è amministrata in nome Suo dai giudici che Egli istituisce»); l'art. 69 ne introduceva la garanzia di inamovibilità. ALDO BERSELLI, *La destra storica dopo l'Unità. L'idea liberale e la Chiesa Cattolica*, Il Mulino, Bologna, 1963, pp. 54 ss.; NICOLA ANTONETTI, «Destra storica», in *Dizionario storico dell'Italia unita* (a cura di B. Bongiovanni e N. Tranfaglia) Laterza, Roma, 1996, pp. 253 ss. Alla Destra storica ripugnava l'idea di «abbandonare il sistema sperimentato» qual'era il giurisdizionalista liberale. Sul punto, FRANCESCO RUFFINI, *Relazioni fra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici* (a cura di F. Margiotta Broglio), Il Mulino, Bologna, 1974, p. 283.

⁶⁴ Un'evenienza che la Sinistra cercò di contrastare, ma con deboli iniziative e rari provvedimenti, tra i quali spicca la legge sulle incompatibilità parlamentari (1864). Cfr. MARIO D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano, 1966; CARLO GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., p. 129. Tra il 1860 ed i primi del Novecento la gerarchizzazione dell'ordine giudiziario aveva condotto ad una netta demarcazione tra l'alta magistratura, vera classe oligarchica inserita, se non originata, nella classe politica, a fronte di una «bassa magistratura debole e mal pagata». Cfr. PIETRO SARACENO, *Giudici*, in *Dizionario Storico dell'Italia unita* (a cura di B. Bongiovanni e N. Tranfaglia) Laterza, Bari, 1996, p. 389.

sarebbe materializzata solo dopo il 1876 col nuovo corso politico laicizzante, ma non antiecclesiastico⁶⁵.

Nel complesso, la magistratura postrisorgimentale, forte del carattere monopolistico della funzione giurisdizionale statuale⁶⁶, oscillava ogni volta si trattasse di declinare nella pratica il concetto di libertà di religione. E tuttavia un atteggiamento di equilibrio e di moderazione, volto a temperare le attese che ruotavano attorno ai diritti della Chiesa nello Stato unitario non mancò: ci basti la famosa decisione del Consiglio di Stato, del 27 febbraio 1878, destinata a far inorridire le frange dell'estremismo anticlericale e massone⁶⁷. Indubbiamente, le Corti giudicanti del Regno, e la stessa natura regionalistica delle quattro Corti di Cassazione di Torino, Firenze, Napoli e Palermo, in antagonismo con una Cassazione romana ormai volta a fagocitarle tutte entro una ciclopica competenza nazionale, simbolo di un conquistato centralismo⁶⁸, riflettevano un'atmosfera di provvisorietà diffusa, aleggiante sulla politica ecclesiastica del Parlamento. L'indefinitezza del sistema giuridico separatista delineato dal Cavour, ma focalizzato solo dopo la sua morte, è una delle ragioni che spiegano le dissonanze, anche vistose, nelle volizioni giurisprudenziali in tema matrimoniale⁶⁹. Molto di tale fram-

⁶⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia* cit., p. 321; MARIO VINCIGUERRA, *Il trasformismo clericale sotto Giolitti*, Flli Palombi, Roma, 1960, pp. 6 ss. Com'è noto, alla Sinistra si devono due riforme significative dell'istituto matrimoniale, ispirate ai principi della legislazione europea: l'introduzione della procedura obbligatoria del matrimonio civile sul religioso e la codificazione del divorzio, già contemplato nel Codice Napoleonico. Da ultimo, MASSIMO MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione* cit., pp. 43-90. Che la legislazione unitaria sia priva di toni antiecclesiastici, lo proverebbe la natura della cd. Legislazione eversiva (1866-1867). Vedi GAETANO CATALANO, *Lezioni* cit., p. 93.

⁶⁶ Sul significato e le conseguenze di tale consapevolezza, v. GAETANO CATALANO, *Lezioni* cit., p. 90.

⁶⁷ Il citato parere inquadrava tra le leggi fondamentali dello Stato, in quanto avente carattere di legge costituzionale, la Legge delle guarentigie, essa stessa risultato politico di estenuanti e complessi accomodamenti intervenuti tra gli esponenti liberali Bonghi, De Falco, Borgatti e Mancini. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *L'amministrazione ecclesiastica*, cit. p.23, il quale sottolinea il significato politico «non giuridicamente valutabile» di tale decisione.

⁶⁸ PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit., pp. 739-740. Vedasi anche MASSIMO MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione* cit., p. 48 il quale sottolinea l'intenzione del Cassinis, al momento dell'insediamento della Commissione governativa per la riforma organica della giurisdizione (1860), che si conciasse la necessità dell'unità della giurisprudenza e della giustizia uniforme, nel quadro della conservazione delle Corti regionali. Cfr. GIACOMO ASTENGO (a cura di), *Processi verbali delle sedute della Commissione istituita (...) per deliberare sulla convenienza d'instituire Corpi giudiziarii superiori alle corti d'Appello nei principali centri del nuovo Regno Italiano ed un Supremo ed unico Consiglio di Giustizia*, in *Monitore dei tribunali*, II, 1861, pp.155 ss.; *Delle principali discordanze nella giurisprudenza delle quattro Corti di Cassazione del Regno durante il triennio 1866-'68* (Rassegna del Consigliere Baldassarre Paoli), Estratto dagli annali di giurisprudenza italiana, voll. II e III.

⁶⁹ Sullo scarso interesse del Cavour per i problemi relativi all'ordine giudiziario, v. PIETRO SARACENO, *Giudici* cit., p. 390.

mentazione giurisprudenziale è però riconducibile alle scelte aprioristiche di politica legislativa intese ad imporre, con il transito al Regno d'Italia, il «modello della Cassazione» sardo-francese sui polimorfi ordinamenti preunitari⁷⁰, in un'atmosfera di radicali epurazioni dei quadri magistratuali compromessi col passato. La causa prima delle resistenze alle richieste di autonomia avanzata dai giudici era tutta racchiusa nell'esigenza di consolidare l'unità nazionale. La stessa sopravvivenza delle cinque Corti di Cassazione, criticata dai riformisti più sensibili alla necessità di modernizzare l'ordine giudiziario, denuncia i limiti di un Parlamento più favorevole ai rabberciamenti che non alla riforma delle istituzioni⁷¹.

Nei fatti, la magistratura sopravvive residuando come appendice alla politica. In materia ecclesiastica, gli orientamenti giurisprudenziali in ambito matrimoniale non casualmente si concentrano sul vizio di volontà, sulla scorta dell'art. 105 C.c., a sovrapporsi alla sensibilità del legislatore su precisi settori della disciplina del coniugio⁷². Ciò non esclude decisioni «reaziona-

⁷⁰ Circostanza censurata pesantemente dalla dottrina come un vero «... appiattimento dei problemi di politica legislativa». Infatti, dai modelli preunitari si ricava che in alcuni Stati: «Si era recepito l'esempio francese, esistevano infatti corti di cassazione (a Torino, Firenze, Napoli e Palermo), ma altrove si seguiva il sistema della revisione (o terza istanza), allo stato puro (nel Lombardo-Veneto) o in forme miste (a Parma, a Modena e nello Stato Pontificio con il tribunale della Segnatura)». Cfr. MICHELE TARUFFO, *La giustizia civile in Italia* cit., p. 131.

⁷¹ Con insuperata incisività Calamandrei osserva che: «... il passaggio dai sistemi giudiziari eterogenei, vigenti al momento dell'unificazione nelle diverse regioni d'Italia, all'ordinamento giudiziario attuale non è avvenuto in modo consapevole, come graduale sviluppo di un programma organico, ma si è compiuto attraverso un seguito di adattamenti e compromessi opportunistici e provvisori, in modo inorganico...». PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit., p. 741.

Osserva PIETRO SARACENO, *Giudici* cit., pp. 390-391, la diversità di impatto del ricambio del personale: la magistratura pontificia è quella massimamente colpita, così come la borbonica di Sicilia e del napoletano addolcendosi, invece, per le Corti dei Ducati di Modena e Parma e in Lombardia e stemperarsi ulteriormente per la magistratura della Toscana. Un secondo passaggio è conseguente al nuovo ordine giudiziario introdotto dal RD 6 dicembre 1865, n. 2626, e prevedeva un intenso controllo del Governo attraverso la nomina discrezionale dei giudici nelle sedi vacanti. La legge Zanardelli (1890) insiste invece sulla redistribuzione del personale sul territorio, con una drastica riduzione delle preture (da 1800 a 1200). Un successivo progetto del Zanardelli, presentato alla Camera dei deputati il 7 marzo 1901, non riuscì a realizzare l'oggetto della riforma dell'ordinamento giudiziario e con esso, l'autonomia dei giudici.

Zanardelli aveva cercato di tutelare con una riforma dell'ordinamento orientata alla ricomposizione delle circoscrizioni territoriali e ai meccanismi concorsuali e di carriera, pur restando inalterata la dipendenza dell'ordine professionale dal Ministero di Grazia e Giustizia e, quindi, dalla politica. Base dell'ordinamento giudiziario è nella legislazione Sardo-piemontese tra il 1848 e il 1859, influenzata dal diritto francese napoleonico e la decretazione Rattazzi sull'ordinamento giudiziario. Con il nuovo corso nazionale, il rinnovamento dei quadri giudicanti fu «generazionale»: l'annessione dei regnicoli comportò infatti una vasta epurazione dei giudici compromessi con i vecchi regimi locali, a vantaggio della piemontesizzazione delle corti.

⁷² MARCELLO SOLERI, *I vizi del consenso* cit., pp. 111-113.

rie», ribelli all'impianto separatista cavouriano in materia matrimoniale.

Questa «osmosi» tra politica e magistratura si manifestò con evidenza durante il governo della Destra e solo si attenuò, senza mai scomparire, con l'avvento della Sinistra, nel 1876. Nel complesso, dunque, governo e giudici postrisorgimentali partecipano di comuni idealità proprie di un progetto politico unitario⁷³. Ma tali omogeneità non si prolungano troppo oltre le resistenti divaricazioni ideologiche sempre presenti nei quadri della burocrazia⁷⁴. Ne sono prova le oscillazioni della giurisprudenza matrimoniale che, per sostanza e quantità, affermano l'autonomia nomogenetica, riflesso delle lacerazioni tra separazione e coordinazione della politica ecclesiastica del tempo⁷⁵. La Legge delle guarentigie è la sintesi di questa contraddizione perpetua e, ad un tempo, apogeo e limite dell'ascesa politica della Destra⁷⁶.

4. *I progetti parlamentari sull'introduzione del matrimonio civile. Il peso della concezione «risorgimentale» del vincolo matrimoniale sugli orientamenti giurisprudenziali. Cenni*

Sussulti, quelli della giurisprudenza, che procedono di pari passo con le fatiche del legislatore pronò sui canovacci progettuali di una legge sul matrimonio civile. Autentico banco di prova dell'effettiva attuazione del principio di separazione tra Stato e Chiesa nelle rispettive materie di competenza, il liberalismo ne animò gli intenti con un soffio costante, ma privo della necessaria forza d'affermazione. Dal progetto del senatore de Ferrari in avanti, lo spirito riformista avrebbe volta per volta cozzato sugli scogli, mai

⁷³ La classe giudiziaria vincitrice dei concorsi dopo il 1866 è assai omogenea ma «attraversata da spaccature politiche e ideologiche profonde (...). Ne consegue che Governo e magistratura condividono gli stessi ideali, si muovono secondo le stesse linee di condotta ...». PIETRO SARACENO, *Giudici cit.*, p.394.

⁷⁴ A diffomità ideologiche ispiratrici della politica italiana del tempo, fa risalire la sostanziale incoerenza della giurisprudenza e della legislazione sulla materia ecclesiastica, GAETANO CATALANO, *Lezioni cit.*, p. 95.

⁷⁵ Stante il legame tra poteri di vertice, l'incertezza del politico si rifletteva irrimediabilmente nel disorientamento della magistratura, impossibilitata nella sua azione decidente ad ispirarsi a principi certi. Cfr. DOMENICO SCHIAPPOLI, *Manuale cit.*, I, p.128; GUIDO PADELLETTI, *Politica ecclesiastica in Italia*, in *Scritti di diritto pubblico*, G. Pellas, Firenze, 1881, p.186. Sulla formazione «extralegislativa» del diritto ecclesiastico d'origine giurisprudenziale e sull'emergere di un contrasto tra «confessionismo della magistratura» e «laicizzazione della normativa», cfr. GAETANO CATALANO, *Lezioni cit.*, p. 95.

⁷⁶ CARLO GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia cit.*, pp. 146-150.

sufficientemente compresi, della natura del rapporto di coniugio, concepito nell'esclusiva radice contrattuale⁷⁷.

La concezione post-risorgimentale dello Stato diviene nel liberalismo l'asserzione di un «incompetentismo» intransigente: lo Stato detentore della «competenza delle competenze», deconfessionalizza l'ordine giuridico e necessariamente contrattualizza il matrimonio⁷⁸.

La portata destrutturante della riforma venne per questo ricondotta nell'alveo dell'accomodamento, attento alle consuetudini sociali che, sulla base di un criterio di precedenze, quella del matrimonio civile da celebrare prima del religioso, si appoggiava sul più prudentiale principio della convivenza dei due riti: pacificati gli animi della società civile nella panacea del compromesso, l'edificio normativo avrebbe potuto meglio radicare⁷⁹. In ogni caso, il fardello ideologico di cui il legislatore aveva gravato l'istituto matrimoniale si convertì nel fallimento progettuale di un'intera classe politica, sancito dall'entrata in vigore il 1 gennaio 1866 del Codice civile che, occupandosi della disciplina matrimoniale, archiviava una volta per tutte il varo di una legge *ad hoc*; ma tale riserva ideologica riverberò anche sulla giurisprudenza che dovette occuparsi del problema in uno stato di permanente transitorietà, protrattasi sino alla emanazione della l.27 maggio 1929, n.847, in attuazione delle prescrizioni concordatarie⁸⁰: prescrizioni che, avendo introdotto il principio della «riserva di giurisdizione», non avrebbero risolto il problema matrimoniale, ma solo spostato le linee di confine tra le due competenze giurisdizionali.

Per contro, se da un lato il liberalismo politico avviato con il cd. «biennio dei portenti» 1859-'60 avrebbe dato empito alla formazione dello Stato unitario e gettato le basi solide della modernità in ambito confessionale, esso non riuscì a vincere le resistenze profonde generate dalle consuetudini sociali contemperate dall'istituto matrimoniale⁸¹. Il principio legislativo della

⁷⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio* cit., pp. 29-31.

⁷⁸ VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Milano, 1970, p. 518, nota 2 e pp. 314-317.

⁷⁹ Sui disegni di legge sulla precedenza del matrimonio civile sul religioso, ADELGISO RAVIZZA, *Matrimonio religioso*, in *Digesto Italiano*, XV, p. I, UTET, Torino, 1907, pp. 1425-1429. Disegno di legge Mazzoleni, Mancini e Vigliani; Disegno di legge Conforti e Taiani; Disegno di legge Bonacci, (p. 1426); Disegno di legge Eula (p. 1427); Disegno di legge Finocchiaro-Aprile (pp. 1427-1428); Disegno di legge Bonasi (p. 1429).

⁸⁰ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio* cit., p. 2: ID., *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze* cit., p. 133, nota 1.

⁸¹ Tra le varie tematiche ecclesiastiche, quella matrimoniale è destinata ad ottenere uno speciale risalto nell'esperienza storica postrisorgimentale e preconcordataria. Gli anni del Parlamento subalpino e specialmente il cd. «biennio dei portenti» 1859-'60, per non parlare delle leggi attuative

precedenza della celebrazione sollecitò la giurisprudenza al riconoscimento della sacralità del vincolo religioso inducendola ad adottare l'inevitabile strumento del rinvio ad una legge diversa da quella civile. Il criterio giuridico dei «diritti quesiti» si rivelò per la magistratura dell'«età transitoria» una preziosa valvola di decontrazione delle rigidità del sistema e una risposta dialogante sia verso la società civile, sia verso l'opzione difensiva del magistero tradizionalista e teologizzante avviato da Pio IX⁸².

5. *Una rassegna sintetica delle decisioni delle alte corti del Regno d'Italia (Tribunali civili e Cassazioni), che applicano o richiamano in via transitoria norme canoniche. Orientamenti e contrasti: a) il quinquennio 1865-1869*

La ricostruzione storica che segue, basata su noti repertori e raccolte giurisprudenziali⁸³, ha ad oggetto un quarantennio, dall'unità d'Italia ai primordi del Novecento: quanto basta per un'esauriente descrizione degli orientamenti giurisprudenziali in materia matrimoniale. L'atmosfera dominante è quella del regime transitorio: un'età di mezzo, contrassegnata da congiunture che assommano resistenze politiche e vuoti legislativi, retroazione di leggi locali e sopravvivenze temporali di più antichi precetti concordatari. A ciò si aggiunga l'incompiutezza della riforma dell'ordine giudiziario, nell'ambigua posizione a mezzo tra conservazione dello *statu quo* e speranze di uniformità delle sentenze delle plurime Corti di Cassazione, munite di un pervasivo

dello Statuto Albertino degli anni '50, sono infatti essenziali nel processo formativo dell'unità nazionale e del consolidamento dell'ossatura legislativa. Rimane, viceversa, questione aperta anche dopo il 1865, sia in via giurisprudenziale che normativa, la disciplina matrimoniale. Cfr. GAETANO CATALANO, *Lezioni cit.*, p. 88.

«Le speranze [sulla possibilità di codificare il matrimonio civile] rimasero sempre deluse perché il numero di matrimoni celebrati col solo rito religioso si mantenne sempre elevato», ADELGISO RAVIZZA, *Matrimonio religioso cit.*, p. 1425.

⁸² VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico cit.*, p. 305 nota 10. Si ricordi il «Syllabus», § VIII, sugli «*Erroris de matrimonio christiano*» dove, tra l'altro si critica la tesi della separazione del contratto dal sacramento.

⁸³ EMIDIO PACIFICI MAZZONI, *Repertorio generale di giurisprudenza civile, penale, commerciale ed amministrativa del Regno, dall'anno dell'unificazione legislativa a tutto il 1875...* UTET, Torino; *Il Foro Italiano. Repertorio generale annuale di giurisprudenza civile, commerciale, penale, amministrativa.* Roma-Città di Castello, 1876-1899 (in seguito, più sinteticamente, MAZZONI); *La Legge. Repertorio analitico generale di giurisprudenza italiana civile, commerciale, penale ed amministrativa con tavole sinottiche alfabetiche*, Roma, vol. I, (1861-1874); vol. II (1875-1886); vol. III (1887-1897); vol. IV (1898-1902) (in seguito, *La Legge*); FILIPPO BETTINI, *Giurisprudenza italiana. Raccolta generale progressiva delle decisioni delle Corti del Regno, Consiglio di Stato ecc.*, UTET, Torino, 1862-1912, vol. XVII e ss. (in seguito, BETTINI).

potere di controllo sugli stessi motivi di ricorso⁸⁴. La «questione matrimoniale» si rivela centrale: essa rinvia all'ampia vicenda umana, alle sue virtù e miserie, venendo in gioco le aspettative dei nubendi in relazione ad un patto talvolta non progredito oltre le scritture conservate nelle carte del parroco, perché non consumato, o non pubblicizzato per ragioni di convenienza o opportunità, o in relazione al coniuge superstite ridotto allo stato vedovile, o dei legittimi discendenti; ma rinvia anche ad un diritto della coppia che attende certezza sulla sorte giuridica del vincolo coniugale e si estende allo *status* e alle convenzioni sociali⁸⁵. È, al tempo stesso, una disciplina di compromesso, che procede a tentoni, e di cui è segno l'avanzare incerto del giudice che si orienta sotto la lanterna del principio *tempus regit actum*, consapevole che il diritto non si esaurisce in esso⁸⁶.

Il decennio 1860-1869 segna l'intensificarsi del ricorso alle regole di diritto transitorio a causa del gran numero di matrimoni celebrati *medio tempore*⁸⁷.

In molti casi le decisioni tendono a confermare l'effetto traslativo delle cause da un foro all'altro, in ragione del mutare dei criteri che definiscono la competenza, mentre il frequente richiamo al principio generale dell'irretroattività degli effetti delle leggi nuove intende garantire la resistenza della

⁸⁴ Si tratta di scelte di politica legislativa che nel superare il limite della questione di diritto, per intervenire in pieno nella questione di fatto, consentono al giudice locale di amplificare le personali convinzioni di cultura giuridica e consolidare quelle già radicate nella corrente giurisprudenziale di riferimento geografico. Le differenze nei giudizi delle Alte corti sono più evidenti nelle materie ad alto impatto sociale come nel caso del matrimonio religioso. MASSIMO MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione* cit., p. 21, sottolinea questo meccanismo di competenza delle Cassazioni autorizzate a valutare sugli «*extra, ultra e citra petita*» la contraddittorietà del dispositivo.

⁸⁵ Evidente, l'innesto inestricabile tra regole sociali e interessi regionali, che rendono impervia la strada delle riforme e che giustificano, anche nella dottrina, la necessità di procrastinare la dimensione di transitorietà. Vittorio Emanuele Orlando, infatti, attribuisce una legittimità di tipo sociologico-culturale a tale stato di irrisolutezza delle riforme che, nella transitorietà trova la garanzia del rispetto del pluralismo delle culture giuridiche. Lo statista, di fronte alla questione dell'unificazione delle Corti, osserva che il prezzo della riforma avrebbe comportato il sacrificio delle «... tradizioni proprie delle popolazioni italiane». VITTORIO EMANUELE ORLANDO, *Sull'unificazione della Cassazione civile. Conferenza tenuta nell'aula magna dell'Università di Palermo il 19 marzo 1893* (edita a cura del Comitato Permanente contro l'unificazione della Cassazione civile), F.lli Vena, Palermo, 1893, pp. 13-14. Si vedano le osservazioni di MASSIMO MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione* cit., pp. 94 e 102.

⁸⁶ Quanto alla necessità, per lo storico, di consultare le fonti giurisprudenziali, vedasi GAETANO CATALANO, *Problemi metodologici* cit., pp. 232 ss., per il quale: «Il cultore della nostra disciplina si trova quindi impegnato su un doppio fronte: da un lato deve ricostruire il diritto positivo senza cedere ad inclinazioni ideologiche ...; dall'altro, deve costantemente confrontare i risultati sistematici ... con riferimento alle decisioni operative della giurisprudenza ...».

⁸⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze* cit., p. 137, note 1-4.

normativa anteriore per i matrimoni religiosi predatati⁸⁸. L'introduzione del Codice civile unitario, del resto, non annulla i principi ispiratori delle legislazioni preunitarie enunciati nei Codici del Regno delle Due Sicilie e del napoletano, o nelle decisioni scaturenti dalla Patente austriaca del 5 novembre 1855, vigente nel Lombardo-Veneto⁸⁹. Si tratta di un quadro normativo la cui complessità può ben giustificare la mancanza di coesione nelle pronunce. Anzi, le soluzioni giurisprudenziali, spesso contrastanti, offrono una prospettiva verosimile sull'autonomia e serenità di interpretazione delle corti civili italiane ormai sciolte dai legacci di precedenti legislazioni; sono un indice della volontà di contribuire concretamente al processo di unificazione politica e culturale del Regno, riassunto nella formula progettuale cavouriana «libera Chiesa in libero Stato».

Interessano qui, del periodo subito successivo alla nascita del Regno d'Italia, le sentenze con le quali i giudici civili intendono affermare, per le cause matrimoniali, il primato giurisdizionale dello Stato. Riguardo ai procedimenti sorti nel foro ecclesiastico o anche progrediti negli ulteriori gradi di giudizio, il trasferimento delle cause innanzi al giudice civile – con la spoliazione della potestà giurisdicente del Romano Pontefice – è enunciato con chiarezza⁹⁰.

Le sentenze tracciano orientamenti difformi circa la competenza del giudice civile. Talvolta egli si ritiene incompetente in ragione della duplice natura dell'atto – ecclesiastico e civile – del matrimonio, del quale il legislatore

⁸⁸ GIUSEPPE PIOLA, *Matrimonio* cit., p. 1328.

⁸⁹ EMIL FRIEDBERG, *Trattato del diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, UTET, Torino, 1893, pp. 413 ss. Per documentazione sull'abolizione del Concordato austriaco (1855) in Lombardia, v. GIULIANA D'AMELIO, *Stato e Chiesa* cit., pp. 107 ss. e ORIO GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Milano, 1937. Quanto all'abrogazione del Concordato borbonico (1818) nelle Province napoletane (D.17 febbraio 1861, n. 248), si noti la chiara tendenza alla conservazione degli effetti delle disposizioni canoniche, in sede transitoria, operata dal legislatore il quale prevede per i matrimoni «puramente ecclesiastici» ivi celebrati, sia la «convalidazione» (l. 20 maggio 1863, n. 1265), sia la «sanatoria» (l. 23 marzo 1865, n. 2197). Cfr. FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico* cit., pp. 6 ss. Cfr. anche nn. 51 e 55.

⁹⁰ Per il giudice torinese: «Le sentenze in cause matrimoniali pronunciate dalla Curia arcivescovile in grado d'appello e che secondo il diritto anteriore potevansi ancora appellare al Sommo Pontefice, possono invece, al giorno d'oggi, essere impugnate avanti la Corte d'Appello». In tal senso, BETTINI, Torino, 27 luglio 1866, Cuzzi c. Maspero, 1866, II, pp. 379 ss.; MAZZONI, 1866-'75, III, pp. 33; Racc. XVIII, 2, pp. 379; Gazz. G., XVIII, I, pp. 587; Giurisp. T., III, pp. 373. Nello stesso senso, Casale, sent. 11 aprile 1866, G.C. c. G.C., Racc., XVIII, 2, pp. 135; Giurisp. T., III, pp. 151. Si trattava di una causa di separazione, contemplata dall'art. 6, RD. 30 novembre 1865, n. 2606, ma riflettente un caso di diritto (intermedio) transitorio, giacché vertendo in secondo grado innanzi alla Curia arcivescovile, ossia in grado d'appello di una sentenza della Curia vescovile di Novara (in data 15 settembre 1865), la parte interessata avrebbe potuto, per legge, appellare il Sommo Pontefice.

risorgimentale liberale ammetteva, non senza riserve ideologiche, l'essenza giuridica⁹¹.

La Corte torinese era stata adita in forza della legge transitoria del regio decreto 30 novembre 1865, n. 2606, art. 6, in attuazione del Codice civile del Regno. Da quella disposizione si apprende che le cause pendenti davanti all'autorità ecclesiastica su opposizioni al matrimonio o sua nullità o separazione dei coniugi, dovessero trasferirsi davanti alle corti civili di tribunale o appello, secondo i casi, e far pronunciare i relativi provvedimenti utili a far produrre i conseguenti effetti civili contemplati per il matrimonio dal nuovo Codice del Regno. Ciò, fermo restando l'effetto del giudicato anteriore e con l'espresso principio che le nuove leggi sulla competenza si dovevano applicare anche ai giudizi già avviati. La stessa Corte, così, aveva confermato *ratione materiae* la propria competenza.

La logica del giudice civile in questa sentenza illustra i criteri emersi dal nuovo assetto legislativo sul matrimonio civile, sulla distinzione tra le due sfere ordinamentali, e sulla incompetenza del giudice civile in ordine alla domanda principale, circa gli impedimenti di natura canonica⁹².

I principi sopra esposti sulla traslazione delle competenze al foro civile, per motivi di natura civile, in stretta osservanza dell'art.6 r.d. 1865, ricorrono nuovamente in ambito di sponsali «pendenti avanti le autorità ecclesiastiche, al primo gennaio 1866, o a quell'epoca tuttora suscettive di appello». Il criterio adottato è la netta distinzione *ratione materiae* tra i due fori, per cui «si devolvono per la parte in cui sono di indole e tendono a scopi civili, alla giurisdizione ordinaria del tribunale civile»⁹³. Su questa linea, il giudice di Casale si spogliava della competenza a conoscere della controversia,

⁹¹ BETTINI, Corte d'Appello Torino, 1866, II, pp. 131; M-C: «Non è competente la Corte d'appello a provvedere nel giudizio già vertito davanti la Curia arcivescovile e nel quale dall'attrice si chiede che il preteso di lei seduttore sia dichiarato (...) tenuto sposarla, a pena di danni».

⁹² «Atteso che il nuovo Codice civile ha dato al contratto di matrimonio una forma sostanzialmente civile e contiene disposizioni che si riferiscono al matrimonio per quanto riguarda gli effetti civili». Il giudice civile, poi, opera una netta distinzione tra matrimonio civile e religioso, in quanto occorre procedere con: «una assoluta astrazione dei diritti e degli obblighi relativi al matrimonio sancito dalla religione e dalla Chiesa cattolica», nei confronti dei quali non si è inteso arrecare alcuna modificazione restrittiva. Il giudice insiste sulla natura contrattuale del matrimonio civile e sul ruolo svolto dal nuovo Codice civile nell'evoluzione del concetto di matrimonio, in un primo tempo, atto unitario religioso e civile, ora, da intendere per i cattolici, come l'insieme di «due rispetti affatto distinti e separati» cui si riferiscono «due fori l'uno dall'altro indipendenti, cioè il civile, per ogni effetto che si voglia giuridicamente conseguire, e l'ecclesiastico per ogni rapporto fra cattolici in ordine alle obbligazioni definite dalle leggi della Chiesa ed all'osservanza delle regole stabilite per la religiosa celebrazione del matrimonio». Cfr. BETTINI, 1866, II, pp. 133.

⁹³ MAZZONI, 1866-'75, p. 145, Torino, 23 febbraio 1866, Parodi c. Tasca, Racc. XVIII, II, p. 48; Giurisp. T., III, p. 87; Gazz., XVIII, I, p. 190.

preventivamente promossa davanti alla Curia vescovile da una donna che pretendeva di far dichiarare il presunto seduttore obbligato a sposarla, in quanto simile questione non era tra quelle enunciate nel citato art.6⁹⁴.

Un diverso orientamento nel senso di un'incondizionata affermazione dell'autorità dello Stato, si evince dalla decisione napoletana vertente sulle cause di impotenza assoluta del coniuge e, ciò nonostante, il preventivo incardinamento della causa davanti al giudice ecclesiastico⁹⁵. Queste ipotesi, in cui è frequente la richiesta di perizie sullo stato di verginità della donna, contribuivano a precisare i limiti del procedimento istruttorio canonico nei confronti dell'ordinamento italiano. Il giudice napoletano era ispirato dalle istanze separatiste tra Stato e Chiesa: il giudicato ecclesiastico non incide nel giudizio civile, così come i mezzi istruttori esperiti nei precipui ambiti di competenza⁹⁶. Il criterio guida va colto nella specialità ed autonomia del vincolo sacramentale scaturente dal contratto di matrimonio, dal vincolo civilistico e dai conseguenti effetti giuridici che solo da quest'ultimo derivano. Il riferimento normativo è all'art.6 r.d., che assorbe al potere giudiziario anche le cause che fossero pendenti per nullità di matrimoni contratti vigenti le abolite leggi civili del 1819.

Tra le decisioni che meritano attenzione, va menzionata una sentenza della Cassazione di Torino del 7 gennaio 1869 che contravviene alla precedente giurisprudenza del Regno di Sardegna⁹⁷. La logica della Cassazione civile di

⁹⁴ Trib. Casale, 11 aprile 1866, P.C. c. A.M.; Ann. 1, 2, p. 84; Racc. XVIII, II, p. 131; Gazz. G., XVIII, I, p. 267; Giurisp. T., III, p. 161.

⁹⁵ «È sempre competente il tribunale civile a giudicare sulle domande di nullità del matrimonio per causa di impotenza assoluta del marito, comunque simile azione sia stata già promossa presso l'autorità ecclesiastica, sotto l'impero delle abolite leggi civili». Napoli, 20 agosto 1869, Siniscalchi c. Rossi, Racc. XXI, 2, p. 265; Gazz. Proc., IV, p. 511; Gazz. G. XXI, I, p. 827; Giurisp. T., VII, p.76; MAZZONI, 1866-'75, p. 29; BETTINI, XXI, II, p. 625. Afferma il giudice civile che «per assicurare lo stato di verginità della donna, non si può far richiamo agli esperimenti fatti nel giudizio di nullità del suo matrimonio come sagramento innanzi all'autorità ecclesiastica, perché il potere giudiziario non deve lasciarsi imporre dal giudicato profferito in via canonica, né i mezzi di istruzione in questo giudizio adoperati possono valere nel giudizio civile».

⁹⁶ Nel caso, infatti, la Corte d'Appello di Napoli rifiutava l'eccezione di incompetenza del tribunale adito, trattandosi di matrimonio contratto anteriormente all'attuazione del Codice civile, quando il foro ecclesiastico esercitava la competenza esclusiva.

⁹⁷ Già la Corte genovese aveva aperto una breccia in tal senso, raccomandando che, nel trattare di cause di separazione, i tribunali civili dovessero «andare guardinghi nel promuovere la separazione personale tra coniugi» e che implicitamente, ma con un richiamo evidente al diritto canonico, occorreva prendere a modello tale ordinamento, assai «più restio del diritto civile ad ammettere le separazioni personali». Genova, 4 novembre 1868, Ferraro c. Gaggino; Racc. XX, 2, p. 340; Gazz. G. XXI, I, p. 100; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 33.

Torino⁹⁸ dava risalto al principio di irretroattività e la sua estensibilità anche alle leggi che disciplinano i conflitti per separazione coniugale ed affermava l'eventualità che il giudice civile potesse applicare norme di diritto canonico, per decidere sulla separazione personale⁹⁹.

Quella stessa Corte di Cassazione già aveva consolidato un proprio preciso orientamento «transitorio» ed aveva codificato un criterio di relativizzazione della norma giuridica fondato non sulla prevalenza del diritto statutale ma, semmai, sulla ponderatezza nell'attuazione delle norme nuove. La giurisprudenza torinese sosteneva così il principio del prudente bilanciamento delle norme derivate dai due ordinamenti, civile e canonico. Tale cautela nell'affermazione delle competenze statuali in materia matrimoniale è spinta al punto di ipotizzare l'accoglimento di decisioni consolidate dalla Curia ecclesiastica, quando l'incardinamento della causa civile avesse adombrato una riproposizione di un giudizio già concluso avanti all'altro foro¹⁰⁰.

Nei casi in cui la questione proposta come causa di separazione avesse rilievo giuridico in entrambi i fori, come nell'ipotesi di eccessi e sevizie o minacce ed ingiurie, il giudice civile non ha dubbi nell'applicare il criterio della prevenzione del foro adito, per stabilire la prevalenza dell'uno o dell'altro giudice, ponendo come eventuale la competenza civile, finanche giungendo ad escluderla¹⁰¹. Analogamente, la Cassazione di Torino, per il caso di mi-

⁹⁸ Corte d'Appello Torino, 2 ottobre 1866, A. c. V.; Racc. XVIII, 2, p. 259; Gazz. G. XVIII, I, p. 763; Giurisp. T., III, p. 491; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 33.

⁹⁹ La Cassazione torinese dichiarava che: «se i fatti per i quali si richiede la separazione avvennero sotto l'impero delle leggi ecclesiastiche, è con queste, e non col nuovo Codice civile, che la questione deve essere risolta», così correggendo un precedente giudice d'Appello che (1866), intendendo chiarire il diritto applicabile nelle condizioni transitorie, anche per fatti precedenti all'entrata in vigore del Codice civile unitario, aveva ritenuto che: «con le disposizioni del nuovo diritto civile, anziché con le leggi ecclesiastiche, si deve stabilire se debbasi o no far luogo alla separazione coniugale, sebbene le cause e fatti per cui viene richiesta risalgano ad epoca anteriore al nuovo Codice». Cass. Torino, 7 gennaio 1869, V. c. A.; Ann. III, I, p. 39; Racc. XXI, I, p. 5; Monit. M., X, p. 108; Gazz. G., XXI, II, p. 10; Giurisp. T., VI, p. 119; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 33.

¹⁰⁰ Ciò è quanto può cogliersi da una serie di decisioni, sul finire del decennio, a far luogo da una sentenza della Cassazione torinese (1868) e della Corte d'Appello di Casale, secondo le quali: «tanto pel diritto canonico che per le disposizioni del Codice civile, è rimessa al prudente arbitrio del giudice il valutare la gravità dei fatti che si allegano per ottenere la separazione». Cass. Torino, 20 marzo 1868, B. c. G.; Ann. II, I, p. 134; Racc. XX, I, p. 305; Legge, VIII, I, p. 670; Gazz. G., XX, 2, p. 133; Giurisp. T., V, p. 255; Gazz. N., XXI, p. 224. Ed ancora, Casale, 22 dicembre 1866, F.B. c. T.G.; Ann., I, 2, p. 82; Gazz. G., XIX, I, p. 182; Giurisp. T., IV, p. 127; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 36.

¹⁰¹ In tal senso, il giudice di Casale afferma che «gli eccessi e le sevizie riconosciute come causa di separazione dall'art. 150 del Codice civile, non costituiscono una causa di separazione diversa da quella delle sevizie ed eccessi ammessi dalla legge canonica, perciò solo che secondo il Codice civile debbano apprezzarsi meno severamente che secondo il diritto canonico». Il giudice di Casale

nacce o ingiurie,¹⁰². La Corte di Brescia, che insiste (1872) sul principio del *ne bis in idem*, ed attribuisce rilievo interno al *dictum* di un giudice straniero, quale l'ecclesiastico, riassume il consolidato orientamento¹⁰³.

Questo gruppo di sentenze risponde ad una linea ermeneutica: il rispetto che il giudice statuale ha del passato in giudicato della decisione. In proposito è illuminante la citata sentenza di Casale, nella causa Bidone-Dassola, del 25 maggio 1867. Nel confermare l'intangibilità del giudicato e l'esigenza di garantire il controllo del giudice civile nelle cause di separazione, fin quando la causa è pendente e con l'effetto di potersi così controllare la regolamentazione della questione esclusivamente agli effetti civili, quella corte afferma anche un altro principio processuale (ignoto alle leggi canoniche): la necessaria integrale riproposizione del procedimento, garantendo ad esso il doppio grado di giudizio, nonostante i gradi già precorsi dinanzi al giudice ecclesiastico¹⁰⁴, anche in ipotesi di causa pendente al giudice ecclesiastico in terzo grado¹⁰⁵.

Nel senso di assicurare la continuità del processo e non il suo annullamento valga, per giudizi pendenti, una decisione con cui, nel 1868, la Cassazione torinese afferma la continuazione del giudizio nel rispetto del grado di processo di fronte al giudice statuale, per cui: «è competente il tribunale per giudicare intorno allo scioglimento di un matrimonio celebrato sotto le leggi precedenti al codice civile italiano»¹⁰⁶.

soggiunge: «epperò questi eccessi e sevizie non si possono invocare davanti al tribunale civile, quando sulle medesime, sotto l'antica legge, già pronunciò la Curia ecclesiastica», cfr. Casale, 25 maggio 1867, Bidone c. Dassola; Gazz. G., XIX, I, p. 426; Giurisp. T., IX, p. 441; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 36. L'art.150 co.1, C.c. 1865 recitava: «La separazione può essere domandata per causa di adulterio o di volontario abbandono, e per causa di eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi».

¹⁰² «Le minacce o ingiurie gravi si annoverano tra le cause per cui può essere domandata la separazione personale dei coniugi, tanto ai termini del codice civile, che del diritto canonico, applicabile alle cause già iniziate avanti le Curie ecclesiastiche». Torino, 1 agosto 1868, R. c. S., Racc. XX, 2, p. 682; Gazz. G., XX, I, p.708; Giurisp. T., V, p. 626; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 36.

¹⁰³ Infatti: «respinta sotto le cessate leggi dai tribunali ecclesiastici con sentenza passata in giudicato, una istanza di separazione dei coniugi, non si può più, oggi, riprodurre per gli stessi motivi avanti ai tribunali civili». Trib. Brescia, 31 luglio 1872, T. c. F.; Giurisp. T., X, p. 156; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 37.

¹⁰⁴ Quella sentenza afferma che: «si può riproporre sotto l'impero delle nuove leggi una causa di separazione tra coniugi, già stata reietta sotto le cessate leggi, della Curia vescovile in primo grado e dell'arcivescovile in secondo grado, purché la sentenza da quest'ultimo pronunciata non sia passata in giudicato». Ma l'istanza si deve proporre «davanti la corte d'Appello in via d'appello della sentenza della Curia arcivescovile».

¹⁰⁵ «... giusta il disposto dell'art.6 RD. 30 novembre 1865, la causa di separazione di coniugi vertente in terzo grado avanti l'autorità ecclesiastica all'effetto di regolare gli effetti civili, deve essere proseguita davanti alla corte d'appello del luogo in cui fu promosso il giudizio». Cfr. Trib. Casale, 11 aprile 1866, G.C. c. G.C.; Giurisp. T., III, p.151; Racc. XVIII, 2, p.135; MAZZONI, 1866-'75, I, p. 1145.

¹⁰⁶ Cassazione Torino, 12 marzo 1868, dalla Valle c. Graglia; Ann., II, 1, p. 148; Racc., XX, 1, p.

Da queste prime battute emerge una concezione processuale puramente civilistica del matrimonio-contratto che sembrerebbe condivisa dal giudice d'Appello di Parma. Questo giudice ammonisce sull'evenienza che i rischi nei ritardi nell'attuazione delle leggi civili possano comportare la disgregazione normativa degli effetti civili nei matrimoni disciplinati dai codici dello Stato¹⁰⁷.

La Corte di Cagliari dichiarava l'inefficacia del matrimonio religioso, quale causa di impedimento impediente ad altro matrimonio civile¹⁰⁸. C'è una notevole differenza di orientamento tra i giudici del Regno Sardo-piemontese e quelli del Regno delle Due Sicilie. Il tribunale cagliaritano, infatti, nega ultrattività al vincolo religioso e sposta il baricentro degli effetti giuridici sul nuovo Codice civile.

Un'altra decisione della Corte di Casale è indice dei tentativi di una mediazione per vie che preconizzano futuri strumenti deliberatori. In questo caso la competenza del giudice ecclesiastico sui profili civili della questione non è messa in discussione per carenza «naturale» dell'ufficio, quanto, piuttosto, per l'eventuale deroga ai criteri tassativamente posti dal Codice civile a fondamento delle sentenze di separazione¹⁰⁹.

265; Gazz. G., XX, 2, p. 122; Giurisp. T., V, p. 223; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 33. Le cause di separazione tra coniugi, che al primo gennaio 1866 erano pendenti avanti le Curie vescovili, si sarebbero dovute trasportare: «se in primo grado, al tribunale civile del luogo ove si agitava il giudizio; se in secondo grado, alla corte d'appello del luogo in cui fu promosso il giudizio, e non già alla corte del luogo in cui pendeva l'appello».

¹⁰⁷ Così: «Anche dopo la pubblicazione del Codice civile francese, i matrimoni celebrati unicamente secondo il rito canonico, nei paesi dove era ritardata l'attivazione delle leggi sugli atti dello stato civile, introdussero immediatamente tutti gli effetti civili propri del matrimonio ai termini del codice stesso, agli artt. 1393, 1399...». In questo senso il giudice ben distingueva le condizioni civili del matrimonio dalle condizioni formali di esso, riguardando esse «il fatto del matrimonio nei rapporti di interesse civile, ma non strettamente collegate con quelle relative alle sue formalità e al suo modo legale di prova». Corte d'Appello Parma, 14 aprile 1864, Malaspina c. Gatti-Ronchero; La legge, 61-74, p. 395.

¹⁰⁸ In quanto: «gli sponsali contratti sotto la cessata legislazione secondo le leggi della Chiesa cattolica, se sono validi per gli effetti giuridici riconosciuti allora dalla medesima, non possono essere oggi, e sotto l'impero del Codice civile italiano, impedimento-impediente ad altro matrimonio che si voglia da uno dei promittenti contrarre». Trib. Cagliari, 31 marzo 1869, Cogani c. Spina; Ann. III, 2, p. 28; Gazz. G., XXI, 1, p. 615; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 25.

¹⁰⁹ «Le sentenza della Curia ecclesiastica che autorizzò la moglie a vivere separata, e di cui il marito, in ordine all'art. 6, della legge transitoria 30 novembre 1865, interpose appello, ... deve fondarsi sopra una delle cause designate dagli artt. 150, 151, 152 c.c. ...». La motivazione allude ad una sentenza ecclesiastica «da revocare», il che indica un effetto chiaro del giudizio ecclesiastico, che può e deve essere posto nel nulla, ma solo successivamente ad una valutazione di difformità dei criteri posti dal Codice civile. Trib. Casale, 29 agosto 1866, Berruti c. Casalegno; Ann., I, 2, p. 159; Giurisp. T., VI, p. 157; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 40.

La rilevanza puramente teorica del principio di separazione si desume da una decisione della Corte di Milano per un caso di impotenza. Non potrebbe altrimenti intendersi il preventivo matrimonio ecclesiastico che come un ostacolo al vincolo matrimoniale: un evento che dovrebbe essere, per quel foro, del tutto indifferente ma che, invece, viene valutato in tutte le sue conseguenze lesive¹¹⁰.

Può risultare utile alla ricostruzione del pensiero del giudice milanese nella predetta decisione una massima, la quale, pochi anni addietro (1863), ammetteva ancora il riconoscimento per le antiche province lombarde al diritto matrimoniale canonico, sostanziale e rituale, secondo la forma tridentina, riconducendo allo «statuto personale» dei coniugi quel diritto e quella giurisdizione¹¹¹.

Le pronunce in materia matrimoniale delle corti del Regno delle Due Sicilie segnano differenze notevoli con le precedenti decisioni. L'incombenza delle prescrizioni della bolla *Satis vobis*¹¹², cui il giudice statale fa frequente rinvio, sino a subordinare la propria giurisdizione a quella canonica, ma anche i necessari elementi distintivi puntualizzati tra matrimonio di coscienza e matrimonio clandestino, rendono la misura degli accenti filoclericali della legislazione borbonica.

È eloquente l'orientamento abbracciato dai giudici napoletani che, decidendo di nullità del matrimonio per impotenza, affermano esplicitamente il rilievo di questo mezzo canonico, anche a termini civili, nonostante l'impero delle nuove leggi dello Stato unitario. L'attrazione piena delle cause matrimoniali alla competenza del foro civile non osta all'impiego del diritto canonico su una materia un tempo di stretto dominio del giudice ecclesiastico¹¹³.

A segnalare la distanza di vedute tra giudici sardo-piemontesi e corti del

¹¹⁰ Così: «La celebrazione del matrimonio ecclesiastico è un fatto dannoso per la donna, se in seguito il matrimonio civile non possa aver luogo per l'impotenza dell'uomo», cfr. Trib. Milano, 3 agosto 1869, Carmine c. Faino e Marinoni; Ann., III, 2, p. 616; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 30.

¹¹¹ «Secondo la legislazione vigente nelle antiche province, tanto il gius quanto la giurisdizione ecclesiastica, in ciò che riguarda il matrimonio dei cattolici, formano parte dello statuto personale». Tribunale di terza istanza di Milano, 15 febbraio 1863, Negroni c. Morosini; *La Legge*, 61-74, p. 394.

¹¹² Benedetto XIV, bolla "*Satis vobis*" (17 novembre 1741). Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico* cit., pp. 86 e 387.

¹¹³ Così: «Sotto l'impero del nuovo Codice civile italiano può impugnarsi innanzi al potere giudiziario ordinario il mezzo di nullità per ragioni di impotenza, un matrimonio contratto secondo le abolite leggi civili napoletane, benché in queste cotal mezzo non esistesse. Imperocché da un lato esso come mezzo canonico aveva efficacia civile per le leggi suddette, e dall'altro avendo la nuova legislazione italiana rivendicato completamente a sé le cause matrimoniali, è venuta a raccogliere sotto tal riguardo quello che era già dominio del potere ecclesiastico», cfr. Trib. Napoli, 6 agosto 1866, G. c. L.; Gazz. Procur., I, p. 236; Gazz. G., XVIII, 1, p. 628; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 29.

sud Italia, soccorrono poi le varie decisioni adottate in materia di riconoscimento degli effetti scaturenti da un matrimonio di coscienza¹¹⁴. Quanto al matrimonio di coscienza contratto anteriormente all'entrata in vigore del Codice civile italiano, il giudice rileva la *nulla quaestio* per le leggi precedenti. Queste lo intendevano vincolo legittimo indipendentemente dalle solennità civili costituendo per esse un impedimento sia canonico che civile a nuovo matrimonio. Perciò quel foro conferma la vigenza del matrimonio di coscienza, che «conserva la sua esistenza giuridica anche sotto il nuovo codice, ed impedisce che chi ne è già vincolato possa contrarre altre nozze»¹¹⁵.

Tra le voci della magistratura dell'ex Regno delle Due Sicilie è poi dato registrare giudizi oscillanti per l'ipotesi di matrimonio clandestino, celebrato sotto l'impero delle leggi civili preunitarie. Un buon numero di sentenze, infatti, concludeva per l'irrelevanza civile di detto matrimonio ai termini del Codice civile italiano, potendo così uno degli sposi contrarre liberamente altro matrimonio¹¹⁶.

In senso opposto, la corte di Napoli, con una sentenza del 1870, affermerà che: «il matrimonio ecclesiastico, celebrato sotto l'impero delle leggi civili napoletane, se non produceva effetti civili quando non fosse stato preceduto dagli atti di rito civile, prescritti da quelle stesse leggi, tuttavia si considerava come vero e proprio matrimonio, e costituiva vero impedimento di passare ad altre nozze»¹¹⁷.

¹¹⁴ In questa circostanza i giudici di Catanzaro e conformemente, di Palermo, affrontarono la delicata questione dell'impedimento al matrimonio civile di chi fosse già legato da vincolo religioso, ostando la rilevanza anche per le leggi civili. «Il codice civile italiano, separando affatto, quanto alla celebrazione di matrimoni futuri, la potestà ecclesiastica dalla civile, non ha però distrutto i vincoli dei matrimoni ecclesiastici contratti sotto l'impero delle leggi precedenti». Può cogliersi una certa difficoltà nell'iter intellettuale seguito dal magistrato, che, nell'intento di non nuocere ai nuovi principi civili, ma pur rispettoso di rapporti nati nell'impero di leggi vicine alla Chiesa, cade in contraddizione logica posto che la non produttività di effetti civili di un atto comporterebbe la libertà di compierne altro che non fosse dal primo preventivamente vietato, quale, nel caso, la contraibilità delle nuove nozze che il giudice vieta. Così: «un matrimonio ecclesiastico contratto sotto le leggi napoletane, benché non produttivo di effetti civili, costituisce legame giuridico ed è di ostacolo a contrarre nuove nozze».

¹¹⁵ Catanzaro, 31 dicembre 1866, Plutino c. Battaglia; Ann., I, 2, p. 165; Gazz. N., XX, p. 330. Tribunale Palermo, 19 settembre 1868, Miceli c. Guarino, Gazz. N., XXII, p. 557; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 26.

¹¹⁶ Le decisioni suonavano: «Il matrimonio clandestino e quello contratto con la bolla *Satis vobis*, non essendo riconosciuti, né avendo giuridica esistenza per le passate leggi, non possono essere il costitutivo dell'impedimento sancito dall'art. 56 cc. vigente». Trib. Girgenti, 23 febbraio 1866; La Legge, VI, I, p. 368; Trib. Catanzaro, 28 luglio 1868, Portiglia c. Portiglia; Giurista, II, p. 282; Trib. Isernia, 18 agosto 1869, Venditti c. Caruso, Gazz. Procur., VI, p. 405; Gazz. N., XXII, p. 428.

¹¹⁷ Napoli, 22 marzo 1870, Lalli c. Venditti; Ann. V, 2, p. 147; Gazz. Proc., VI, p. 116; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 26.

Indubbiamente la magistratura borbonica nell'incertezza delle proprie decisioni accusava il peso di un'eredità legislativa che aveva diffusamente risentito della disciplina matrimoniale canonica anche per le forme giuridiche. A tale proposito, vale qui ricordare l'orientamento tollerante delle magistrature napoletane, nel caso di inosservanza delle forme matrimoniali, che pure dalle leggi borboniche erano considerate essenziali¹¹⁸. L'importanza dell'osservanza delle forme (civili), nelle leggi napoletane, è confermata dalla possibilità del riconoscimento della vigenza nell'ex Regno a quei matrimoni che fossero stati contratti all'estero, ma fossero stati «perfezionati» nelle forme solo successivamente¹¹⁹.

È indubbio che alla disciplina del matrimonio canonico venisse riconosciuta una «capacità di resistenza» alle nuove leggi civili e che tale ultrattività si riversasse anche sul regime delle prove che, per tale matrimonio, avevano come referente all'atto di celebrazione l'estratto dei libri del parroco¹²⁰.

Oltre ai problemi relativi alla disciplina e al rilievo civilmente riconoscibile dai giudici ai matrimoni di coscienza, putativi, clandestini o per mancanza di forma, va qui aggiunto l'impedimento matrimoniale per voti religiosi o ordini sacri. Si tratta di una questione a lungo dibattuta dalle Corti del Regno, con decisioni spesso discordanti.

Tra le decisioni esemplari richiamate dai repertori del tempo, ve n'è una

¹¹⁸ In questo caso, assevera il Tribunale di Napoli: «La mancanza di forme ... non importa vera nullità del matrimonio, ma soltanto la destituzione dei suoi effetti civili». In ciò la corte individuava il tratto differenziale col matrimonio putativo il quale: «in qualsiasi modo contratto, ostava impedimento legale ed era nullo ... salvo fosse stato contratto in buona fede per ignoranza dell'impedimento». Trib. Napoli, 9 gennaio 1868, Del Balzo c. Del Balzo; *La Legge*, VIII, 1, p. 151; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 27.

¹¹⁹ Così il giudice di Cassazione napoletano afferma che «secondo il decreto 24 febbraio 1843 ..., anche un matrimonio contratto all'estero avrebbe potuto produrre effetti civili nel Regno di Napoli, sempreché gli sposi avessero provveduto agli oneri di forma», ossia avessero proceduto alle «pubblicazioni con le formalità prescritte dal tridentino e con la trascrizione sopra il registro dei matrimoni dello stato civile». Cassazione Napoli, 2 marzo 1869, D'Elia c. Del Balzo; Gazz. Procur., IV, p. 116; Gazz. N., XXII, p. 17; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 27.

¹²⁰ La bolla *Satis vobis* contemplava l'eventualità del difetto di esibizione all'atto, ma il giudice civile non ne deduceva come conseguenza immediata la nullità ed inefficacia del matrimonio religioso quand'anche tale difetto si opponesse ad esigenze di giustizia. In questi casi, infatti, la *ratio* del giudice si ispirava al doppio foro di giudizio attribuendo rilievo esclusivo al «foro interno dei contraenti e dei loro rapporti spirituali». È possibile sostenere che il principio di separazione Stato-Chiesa si traducesse in una sorta di rispettosa astensione in favore delle antiche competenze della Chiesa, dato che: «il potere giudiziario non può obbligare l'autorità ecclesiastica ad esibire i libri» nel caso in cui le esigenze di giustizia riguardino i matrimoni di coscienza. Per essi, infatti, e per la loro pubblicazione «è arbitra solo la Chiesa». Perugia, 15 luglio 1867, Tancioni c. Tofani; Ann. II, 2, p. 215; MAZZONI, 1866-'75, III, p. 27. Vedi anche la legge commissariale dell'Umbria, 31 ottobre 1860, art. 175.

datata 16 luglio 1866 e segnalata dal Bettini, per la causa tra Giovan Battista Odero e Felicita Metalpe. Dopo un primo esito negativo, mutato l'orientamento, la Corte genovese dichiarava che la collazione degli ordini sacri e la professione solenne degli ordini religiosi non possono intendersi causa di impedimento al matrimonio civile. La sentenza *de quo* sulla quale interveniva il Procuratore del re a dichiarare «illegale e ingiusto» il rifiuto del matrimonio civile, riconosceva dunque rilevanza al diritto canonico e l'applicabilità nell'ordinamento italiano di un istituto tipico della Chiesa. La soluzione giungeva con fatica ed era il risultato cui la giurisprudenza francese era già pervenuta, mentre in Italia ribaltava sostanzialmente un orientamento consolidato e diffuso, sorretto anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in una decisione del 1873¹²¹. La decisione avrebbe alimentato controversie dottrinali poggianti su solide argomentazioni, sia nell'uno¹²² che nell'altro versante¹²³.

¹²¹ Sull'orientamento che individuava negli ordini sacri un impedimento al matrimonio civile, anche vigente il Codice civile italiano, si vedano: Cass. Napoli, 29 gennaio 1871, Treglia c. Treglia; Ann., V, 1, p. 249; La Legge, IX, I, p. 569; Gazz. Procur., VI, p. 280, Monit. M., XII, p. 706; Gazz. G., XXIII, I, 1, p. 417; Giurisp. T., VIII, p. 625; Gazz. N., XXIV, p. 73. Trib. Genova, 16 aprile 1866, Odero, Gazz. G., XXIII, I, p. 237; Trani, 24 luglio 1867, Capece, Pirrone, Lucrezio, Ann., III, 2, p. 106; Gazz. G., XXI, I, p. 499; Gazz. N., XXII, p. 204. Trib. Salerno, 18 febbraio 1868, Musco c. Musco, Giurisp. T., V, p. 268; Gazz. N., XXI, p. 596. Cons. Stato, 8 maggio 1873, La Legge, XIII, II, p. 209. La menzionata decisione d'oltralpe, è del Tribunale di Perigueux, del 25 luglio 1862, nella causa Bron de Laurion Freslanges c. P.M., riportata in La Legge, 61-74, p. 394.

¹²² *Contra*, si veda: Corte App. Cagliari, 15 maggio 1870, Teologo Pinna c. N.N., La Legge, 61-74, p. 395; Gazz. G., XXII, I, p. 621; Giurisp. T., p. 632. Napoli, 22 febbraio 1869, Treglia Montefusco c. Treglia; Ann., III, 2, p. 17; Racc., XXI, 2, p. 101; Gazz. Procur., IV, p. 22; Gazz. G., XXI, I, p. 276; Giurisp. T., VI, p. 392. Genova, 16 luglio 1866, Odero c. Metalpe, Ann., I, 2, p. 6; Racc. XVIII, 2, p. 352; La Legge, VI, I, p. 714.

¹²³ Come rilevato dai commentatori del tempo, l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla tesi dell'impedimento al matrimonio civile poggiava su un'applicazione rigida del dettato dello Statuto Albertino e sull'interpretazione delle norme del Codice civile (artt. 79, 84, 124), che nulla disponevano circa l'effettività degli ordini sacri nell'ordinamento statale, lasciando così libertà di opinione sul tema. Sull'interpretazione dottrinale degli articoli del C.c. che ritiene il sacerdozio come impedimento al matrimonio civile, vedi QUERCIA, Gazz. dei Tribunali di Napoli, XXI, p. 398; CASSINI, Gazz. di Napoli, 1871, n. 2043.

¹²³ La tesi opposta propugnante l'indifferenza per lo Stato del vincolo canonico era sostenuta da argomenti connessi alla violazione dei principi di diritto pubblico: la libertà di coscienza e soprattutto l'eguale condizione dei cittadini di fronte alla legge. In tema, cfr. EMIDIO PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, Pellas, Firenze, 1868, p. 122; GIUSEPPE ALIANELLI, *Sugli impedimenti canonici in rapporto al matrimonio civile*, Gazz. Proc., VI, p. 325. La disparità di opinioni, sia giurisprudenziali che dottrinali, riflette la mancata soluzione del problema a termini di diritto positivo, posto che la questione fu esaminata a più riprese nei vari progetti del Codice civile italiano. Questo silenzio legislativo ha fatalmente sollecitato la dottrina: PASQUALE CONFORTI, *Osservazioni all'articolo sul matrimonio civile rispetto al celibato ecclesiastico* (Lettera pubblicata nel giornale *La Legge*, n. 36, Tip. dell'Indipendenza, Cosenza, 1866); LOUIS A.A. PAVY, *Del celibato ecclesiastico*, Voll. 1-2, Facciadori ed., Parma, 1866. Tra le varie trattazioni sul tema pubblicate nelle gazzette forensi,

Il ragionamento del tribunale genovese giustificava la valenza degli ordini sacri, quale impedimento in ambito civile, in quanto le discipline della Chiesa in materia matrimoniale erano considerate come leggi dello Stato, o meglio, dei vari regnicoli italiani, giacché tanto il C.c. Albertino, quanto il C.c. del Regno delle Due Sicilie (all'art.162 delle leggi civili del 1819), dei Ducati di Parma e Modena, o ancora il Codice austriaco per il Lombardo-Veneto (art.63), disponevano in materia l'osservanza delle prescrizioni del Concilio di Trento. Ma ciò, precedentemente all'attuazione del Codice civile italiano.

Quel giudice spiegava però, che l'art.1 dello Statuto del Regno, pur proclamando il principio confessionista nell'assunto che la religione cattolica è religione dello Stato, non comportava l'automatico effetto che lo Stato dovesse accogliere nella sua disciplina tutte quelle materie nel diritto della Chiesa sulle quali pendesse un divieto¹²⁴. Per il resto, nessun impedimento avrebbe avuto accoglienza e tantomeno avrebbe potuto imporsi all'ufficiale dello stato civile per il disbrigo delle procedure matrimoniali, posto che l'art.99 C.c. autorizzava detto ufficiale a vietarne la celebrazione «se non per cause ammesse dalla legge (civile)».

Gli stessi criteri impiega il giudice napoletano nella causa Treglia contro Montefusco Treglia, insistendo qui soprattutto sulla prevalente natura contrattuale dell'atto matrimoniale e quindi sull'elemento, in sé sufficiente, del «consenso scambievolmente dei due coniugi» e lasciando al più, alla «coscienza dei credenti, gli impedimenti che sono propri di questo o quel culto religioso». La Corte si richiama così, confutando la sentenza in primo grado del tribunale civile di Salerno, al principio di separazione che aveva ispirato il legislatore civile.

La stringente logica con la quale questo giudice assume l'incongruenza del rilievo civile degli impedimenti canonici come l'ordine sacro o i voti, non

si veda: *Del matrimonio civile in rapporto col celibato ecclesiastico*, Gazz. dei Trib. di Genova, 1866, p. 49; *Il matrimonio tra coloro che sono legati da voti solenni e dagli ordini sacri*, Tip. Subalpina, A. Marino e Gantino, Torino, 1866; *Del silenzio della legge sul matrimonio dei preti e delle persone religiose*, Stabilim. Tipografico, Napoli, 1866. Ed infine, tra i codici commentati, vedasi, VINCENZO CATTANEO e CARLO BORDA (a cura di), *Il Codice civile italiano commentato*, Camilla e Bertolero, Torino, 1882, (spec. art. 56), pp. 94-95.

¹²⁴ Il criterio fondativo del ragionamento insisteva nella diversità di scopo cui si indirizzavano le discipline della Chiesa e dello Stato, ragion per cui l'ordinamento civile poteva sentirsi libero di affermare principi di libertà disancorati dalla legge e dalla morale cattolica. Non faceva eccezione la materia matrimoniale, dove il legislatore civile non accettava *de plano* gli impedimenti canonici nascenti dalla diversità di culto o dai gradi di parentela, aprendosi solo a quei divieti nascenti dal diritto divino, non dispensabili dalla Chiesa e per i quali si riconosceva una certa equivalenza sul piano civile.

riscuoterà significative adesioni. Si tratta di assestamenti occorsi in materia, nel decennio successivo.

6. *b) il decennio 1870-1879*

La giurisprudenza del decennio 1870-'79 si muove all'ombra della «pie-montesizzazione» delle istituzioni. L'accorpamento di Roma e sue province (rd. 9 ottobre 1870, n. 5903) nella circoscrizione giurisdizionale del Regno comporta la riconduzione di un considerevole numero di cause su matrimoni celebrati nell'ex Stato Pontificio, nell'incerta linea di confine del diritto anteriore. Il suddito pontificio che legalmente si univa in matrimonio per rito cattolico ora soggiace ad un diritto transitorio, addolcito nel *dictum* dei giudici, dal criterio del «*locus regit actum*», venendo attratto ai medesimi *itinerata* decisori, già registrati per i matrimoni contratti nell'impero delle leggi civili vigenti nel Regno delle Due Sicilie. L'esigenza non più rinviabile di indicare alle coscienze l'importanza di un matrimonio puramente laico spinge molte Corti del Regno d'Italia a sostituirsi al legislatore¹²⁵ e ad insistere sul significato lessicale prima che giuridico dei termini «nozze e matrimonio», il cui contenuto espressivo non ha «altro volgare significato che quello di nozze contratte innanzi all'ufficiale di stato civile»¹²⁶.

Ma per la giurisprudenza chiamata a decidere sui vincoli religiosi, «l'assorbimento territoriale» del nuovo Codice civile unitario sembra sortire scarso effetto sulle distanze culturali tra le Corti sardo-piemontesi e i giudici meridionali¹²⁷.

Questi fermenti trovano espressione chiara nell'affermazione della retroattività delle leggi civili, anche a fatti originati sotto precedenti regimi

¹²⁵ Il progetto di legge Mazzoleni del 1872, che affronta per la prima volta in Parlamento la delicatissima questione dell'obbligo di celebrare preventivamente il matrimonio civile sul religioso, apre alla lunga stagione dei tentativi legislativi, tutti destinati a periodiche riproposizioni nelle discussioni parlamentari sui progetti di legge: un problema che non troverà soluzione se non col nuovo secolo. Cfr. par. 4.

¹²⁶ In questo senso, varie sentenze, tra le quali, a titolo semplificativo: Genova, 18 aprile 1879, Razeti c. Benvenuto, *Eco giurisp.*, III, I, p. 369; Cass. Napoli, 10 giugno 1879, Moio c. Gagliardi.

¹²⁷ Le molte decisioni sulla permanenza della *condicio viduitatis* pur a seguito di successivo matrimonio ecclesiastico, sono un indice della condizionamento del matrimonio secolarizzato. Non va dimenticata la recente riforma dell'ordinamento giudiziario del 1865, con i legami funzionali introdotti tra il governo e i settori magistratuali, la quale segna l'avvio di un assetto di potere liberale e borghese che perdurerà sino al principio del Novecento. Si tratta di un processo estremamente lento, la cui dinamica si accompagna alla capacità della magistratura di interpretare, nel rispetto delle leggi, il mutamento delle convenzioni identificate nel *mos civitatis*.

e relativi allo *status* personale, mentre il criterio dei «diritti quesiti» svolge una funzione di bilanciamento del giudizio. Non va dimenticato, inoltre, che questo è il decennio più delicato per i rinnovati assetti dell'ordinamento unitario italiano: adesso, infatti, si traggono i primi responsi da parte della magistratura, dei successi e delle intuizioni parlamentari in politica ecclesiastica. Molte decisioni delle corti ruotano inevitabilmente sui cardini di influenza che il matrimonio ecclesiastico ancora esercita, dopo la pubblicazione del Codice civile: la *condicio viduitatis*, in proposito, è un vero banco di prova per la disomogenea magistratura del Regno¹²⁸.

La decisione della Corte di Cassazione di Napoli nella causa Treglia contro Treglia (1871), rimette nuovamente in discussione la sovranità effettiva del diritto civile, tenuto conto del persistente condizionamento che il diritto della Chiesa esercitava sui giudici del neonato ordinamento unitario: «I magistrati nell'applicare le leggi civili, devono (perciò) conformarle ai canoni della Chiesa cattolica. Per conseguenza, deve essere annullato il matrimonio celebrato da persona vincolata dagli ordini religiosi, perché vietato dai canoni della Chiesa»¹²⁹.

Medesimi rilievi offre una decisione della Corte di Cassazione palermitana del 1874, nella causa che vede l'intervento dell'Intendenza di finanza per la sospensione del diritto alla pensione erogata in favore del coniuge superstite¹³⁰. Quel giudice dava per scontati gli effetti civili, nell'impero delle nuove leggi derivanti da un rapporto giuridico nato sotto la precedente legislazione e, quindi, governato dalla leggi ecclesiastiche mentre, a rigore, si sarebbe dovuto astenere dall'accertamento dell'esistenza di un matrimonio

¹²⁸ D'altra parte, i giudici non possono sottovalutare la vigenza di vincoli sorti nel mezzo delle trasformazioni istituzionali e delle annessioni geografiche degli ex Stati preunitari: il ricorso al principio dei «diritti quesiti» permette di assicurare una disciplina certa a quei matrimoni religiosi, conservando, nell'impero delle nuove leggi, una nicchia entro la quale il giudice civile può ancora ritenersi soggetto all'osservanza delle norme tridentine.

¹²⁹ La ragione fondante è ricondotta allo spirito dello Statuto che nel primo articolo sancisce la rilevanza, agli effetti giuridici, della religione cattolica il che è criterio interpretativo analogico estensivo, per colmare ogni lacuna della legislazione civile. In tale evenienza il magistrato è obbligato «a supplire da sé il silenzio della legge» riconoscendo validità ad impedimenti che sono tali solo per altri ordinamenti e che, applicati in un diverso sistema, hanno l'effetto di «restringere il libero esercizio dei diritti dei cittadini». Così, la nota sent. Cass. Napoli, 29 giugno 1871, Treglia c. Treglia, La Legge, 61-74, I, p. 569.

¹³⁰ Trattandosi di un puro matrimonio di coscienza, sui casi ancora molto frequenti contemplati dalla *Satis vobis*, la Corte ripercorre precedenti orientamenti giurisprudenziali e garantisce gli effetti della bolla in ordine ai matrimoni segreti e alle riserve probatorie che li circondano. Ancora una volta si riconferma la possibilità di visionare i libri che registrano tali matrimoni ai fini probatori e comunque «soltanto nei casi stabiliti dalla Bolla».

di coscienza, e dalle relative modalità probatorie¹³¹. In ossequio alla tradizione giuridica meridionale i giudici civili e amministrativi si erano rincorsi, in quell'anno 1874¹³².

La Cassazione di Palermo si spinse ancora oltre, affermando la competenza esclusiva della Chiesa alla pubblicazione dei matrimoni di coscienza, avallando così la posizione difensiva opposta dalla Curia ecclesiastica alla richiesta di acquisire gli estratti dell'atto di matrimonio per le esigenze istruttorie civili¹³³.

E così, a quell'orientamento si allinea anche il tribunale catanese, nella decisione 22 maggio 1877, statuendo sugli effetti da attribuire al matrimonio clandestino ecclesiastico. Conformemente alla *Satis vobis*, dispone che tale

¹³¹ Così notava FRANCESCO FILOMUSI GUELF, in BETTINI, *Giurisp. Italiana*, vol. XXVI, I, 1, p. 179. Nello specifico caso, poi, nella fase precedente di giudizio, la Corte d'appello al fine di provare l'esistenza del matrimonio ecclesiastico, reclamò alla Curia di poter acquisire la fede estratta dal libro segreto. Il rifiuto della Curia fu motivato con la competenza esclusiva del vescovo, per i matrimoni di coscienza in rapporto alla «*iustitiae administrandae necessitas*». La Corte d'appello, accogliendo tali ragioni, si appoggiava ai principi informativi del Regno in materia di diritto pubblico ecclesiastico, alla «libera Chiesa in libero Stato», soprattutto all'indomani dell'attuazione del nuovo Codice civile italiano. La questione risolveva i problemi di diritto transitorio e, in particolare, se potesse parlarsi di *ius quaesitum* per il vincolo matrimoniale, per la legislazione napoletana ormai abolita. In particolare si poneva il problema se le azioni di opposizione e di nullità incidenti su vincoli religiosi validi sotto l'antica legge fossero esercitabili nell'impero del Codice civile italiano: la giurisprudenza rispose affermativamente. Sulle sentenze in tal senso favorevoli, si vedano: App. Catanzaro, 21 dicembre 1866, Ann., I, 2, p. 84; App. Napoli, 22 maggio 1870, Ann., V, 2, p. 147; Trib. Isernia, 18 agosto 1867. Unica contraria, Trib. Ariano, 31 ottobre 1866; Gazz. del Procur., I, p. 318.

¹³² Si ebbero così decisioni che riconoscevano l'esistenza giuridica del matrimonio ecclesiastico, autorizzando a trascrivere nei registri dello stato civile i matrimoni puramente ecclesiastici contratti sotto le leggi napoletane del 1819 (secondo gli artt. 67 e 148 Cod. napoletano). Quelle leggi, influenzate dal Concordato napoletano del 1818 (abolito solo dal decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861), avevano introdotto la forma «mista», nel matrimonio civile, con la promessa davanti all'ufficiale di stato civile di procedere al matrimonio canonico celebrato nelle forme tridentine. In particolare, un parere del Consiglio di Stato del 20 febbraio 1874 dava peso allo «stato di coniuge» derivante dal vincolo matrimoniale canonico, per cui: «il matrimonio celebrato innanzi all'autorità ecclesiastica, benché non producesse effetti civili, era riconosciuto come matrimonio giuridico (e dunque) di ostacolo a contrarre altre nozze ...». Vedi FRANCESCO FILOMUSI GUELF, *Il matrimonio religioso e il diritto*, Salviucci, Roma, 1874, pp. 1-6; CESARE BAUDANA-VACCOLINI, *Commento al codice civile del Regno d'Italia*, Vol. I, parte 2, Salviucci, Roma, 1872, pp. 1152-1153.

¹³³ FRANCESCO FILOMUSI GUELF, nell'interessante nota di commento alla sentenza della Cassazione di Palermo del 17 marzo 1874, Intendenza di Finanza c. Gelardi, in BETTINI, *Giurisp. Italiana*, vol. XXVI, I, 1, p. 178 ss., critica l'ingiustificabile posizione assunta dalla Cassazione di Palermo, in difesa delle posizioni ecclesiastiche ed in dispregio del principio «libera Chiesa in libero Stato», che avrebbe dovuto ispirare le decisioni dei giudici. «... Qui non si tratta di fatti riguardanti le pure relazioni di coscienza, che rientrano nel foro interno e di cui è sola arbitra l'autorità della Chiesa ... ma di diritti acquistati, la cui garanzia compete agli organi del diritto». Parole, queste, con le quali l'A. contestava all'autorità ecclesiastica di essere la sola arbitra e gelosa custode dei libri segreti contenenti l'annotazione dei matrimoni di coscienza.

vincolo canonico forma impedimento alla conclusione di un nuovo matrimonio, anche dopo l'attuazione delle nuove leggi matrimoniali contenute nel Codice civile italiano. E posto che nel 1877 erano i tribunali del Regno a decidere della validità del matrimonio ecclesiastico celebrato prima dell'attuazione del Codice civile, si poneva il problema della prova del vincolo¹³⁴.

Sull'argomento assai delicato del matrimonio clandestino che per brevità i giudici civili in molte occasioni riconducevano nell'ambito dei matrimoni religiosi governati dalla Bolla *Satis vobis*, molte corti, per esigenze pratiche, intesero poi fare chiarezza stabilendo la differenza tra questo ed il matrimonio di coscienza¹³⁵.

Un orientamento statualista più deciso della precedente sentenza del 1877, manifesta il giudice catanese d'appello nella sentenza 28 febbraio 1879, ancora riguardo matrimoni di coscienza. Esso costituisce impedimento al secondo matrimonio, ma a condizione che il primo matrimonio canonico sia stato contratto anteriormente alla pubblicazione del Codice civile italiano. Il giudice impiega qui il principio di diritto dell'irretroattività delle leggi. Ciò, sul presupposto che il coniugio contratto sotto l'impero della bolla *Satis vobis* produceva i suoi effetti in base all'impero della legislazione napoletana del tempo e che nulla si opponeva alla prosecuzione degli stessi effetti, vigenti le nuove leggi¹³⁶.

¹³⁴ Quella corte, con giudizio conforme, vietava la prova testimoniale del matrimonio clandestino, dovendosi attingere all'estratto dei libri parrocchiali. Anche questa sentenza, come la precedente palermitana, tuttavia, affermando l'impedimento alla conclusione di un nuovo matrimonio civile, certifica la sussistenza di un rapporto di condizionamento stretto tra due ordinamenti che i proclami politici cavouriani volevano separati e distinti. Il riconoscimento del matrimonio e del vincolo religioso è ammesso per implicito con la possibilità prevista dal giudice per i discendenti e consanguinei di proporre atto di opposizione alla celebrazione del matrimonio religioso. Catania, 22 maggio 1877, Reitano c. Uff. Stato Civ.; Foro It., II, 1, p. 811; MAZZONI, 1876-'80, 2° suppl., p. 1442.

¹³⁵ Il tratto differenziatore risiedeva, secondo il giudice civile, nel fatto che il matrimonio di coscienza – ossia il matrimonio per il quale le leggi tridentine prevedono che: «*inscribitur in libro distincto ab altero iniquo matrimonia publico contracta more adnotantur*» – si compiva con l'intervento e la «benedizione annuente del parroco». Inoltre, rimanendo necessariamente segreto, poteva essere preso in considerazione dal giudice e spesso per la gran frequenza, doveva essere oggetto di giudizio del giudice civile per le implicazioni patrimoniali che esso comportava. Così: «il matrimonio di coscienza è tutt'altra cosa che il matrimonio clandestino ... (il quale ultimo) avviene per un fatto di sorpresa commesso dagli sposi ... non ha trascrizione in alcun registro» in quanto che la stessa autorità ecclesiastica non lo reputava atto lecito e dunque non gli attribuiva effetti civili né l'autorità ecclesiastica, né poteva esso generarli sulla base delle leggi civili del 1801 che facevano perciò richiamo al matrimonio ecclesiastico quale unica fonte produttiva di effetti civili. Cass. Napoli, 17 luglio 1878, Mirabelli c. Basso, Gazz., Proc., XIII, p. 448; MAZZONI, 1876-'80, 2° suppl., p. 1439.

¹³⁶ Del resto, questi effetti scaturenti dai matrimoni religiosi il legislatore napoletano li riconobbe nel 1819 e li confermò con successivi decreti nel 1828, qualificando come uxoricida l'assassinio della donna a lui unita dal vincolo ecclesiastico e, nel 1843, per la spinosa questione della perdita dei diritti

Questa medesima Corte, oltre a ritenere sussistente nel quadro delle nuove leggi civili la causa di impedimento a nuovo matrimonio, affermava ancora l'attrazione delle competenze sulla causa matrimoniale, statuendo che: «sulla validità di un matrimonio ecclesiastico celebrato prima dell'attuazione del cc. decidono oggi i tribunali dello Stato e non già i tribunali ecclesiastici».

La regolamentazione per diritto transitorio veniva ad interessare delicatissimi equilibri gravitanti attorno agli effetti civili e patrimoniali (pensione, patria potestà, usufrutto legale e amministrazione legale dei beni dei figli, ed ancora quarta uxoria stabilita dalle leggi toscane e sul pagamento delle tasse di successione sui beni ereditati dal coniuge superstite) derivanti da un matrimonio ecclesiastico. Le statuizioni vertenti sulla *condicio viduitatis* permettono di registrare ulteriori incongruenze culturali dovute alla consapevolezza nei giudici del larghissimo numero di matrimoni solo religiosi che ancora continuavano a celebrarsi nel nuovo regime civile: difformità che si colgono tanto su base «regionale» quanto sul piano «verticale» e gerarchico tra giudici inferiori e alte corti.

Sul tema, la Cassazione di Firenze decise la non rilevanza del matrimonio ecclesiastico celebrato sotto l'impero del Codice civile, statuendo che per la vedova che passi a seconde nozze secondo il rito ecclesiastico e, dunque, secondo forme sconosciute alle vigenti leggi italiane, non si producesse la decadenza dei diritti – nel caso, l'usufrutto sulla quarta parte dell'eredità del marito – dipendenti dalla *condicio viduitatis*¹³⁷.

A medesime conclusioni circa lo stato di vedovanza pervengono altri giudici, tra i quali, la Cassazione palermitana del 1° settembre 1875 e la Corte d'Appello catanese del 17 aprile 1872¹³⁸.

patrimoniali, in particolare per la pensione alla vedova, in morte del marito solo ecclesiasticamente tale. Se la questione della prova non è più in discussione, in quanto i matrimoni religiosi si provano esclusivamente con l'estratto dei libri parrocchiali, con l'esclusione di qualsiasi prova testimoniale, il giudice civile con sicurezza afferma la divaricazione delle competenze anche quando la causa penda contemporaneamente per litispendenza dinanzi ai due fori, l'ecclesiastico, per il matrimonio di sua competenza, il civile, per le opposizioni al matrimonio civile, né la vertenza sul primo, può far sospendere il giudizio civile. Corte App. Catania, 28 febbraio 1879, Giansiracusa c. Camelia, La Legge, 75-86, p. 192.

¹³⁷ Ecco uno stralcio della logica formale seguita dal giudice fiorentino nella sent. Cass. Firenze, 18 dicembre 1871, Colzi c. Lazzerini: «... ciò che mutò, fu solo la forma del fatto, dal quale dipendeva la decadenza. Ma ... le forme le quali danno vita giuridica a quel fatto, sono e debbono essere necessariamente quelle prescritte dalla legge vigente nel tempo in cui materialmente il fatto avvenne e non quelle prescritte da una legge anteriore abolita...». Vedi BETTINI, 1871, pp. 825-826. La Corte di Cassazione concludeva rigettando la tesi del ricorrente con una motivazione etica non usale nei testi ed affermava che: «Non è lecito in materia odiosa, qual è quella della privazione di un diritto, creare arbitrariamente una ragione di decadenza che la legge espressamente non statuisca».

¹³⁸ Cass. Palermo, 1 settembre 1875, Faranda c. Faranda, BETTINI, 1876, p. 273. Nella motivazione

Sulla medesima linea dell'irrelevanza civile del vincolo canonico, la Corte di Venezia in una decisione del 1879 che imponeva una questione di interpretazione di volontà sulle intenzioni manifestate dal testatore costituendo i diritti della vedova e condizionandola ad astenersi da futuri matrimoni civili o religiosi.¹³⁹

Eppure, ancora sul finire del decennio varie corti, specialmente nel meridione, si esprimono in termini opposti a quanto sin qui esposto a proposito di *condicio viduitatis*, prospettando la decadenza dai diritti patrimoniali collegati al vincolo di coniugio e, ancora una volta, in spregio di quel principio cavouriano di separazione che avrebbe dovuto ispirare l'intero sistema dei rapporti confessionali. Così si giunge a statuire che la condizione di vedovanza «posta al legato in beneficio della moglie è violata se questa contragga matrimonio ecclesiastico»¹⁴⁰.

Analogamente, il Tribunale di Macerata¹⁴¹ e il giudice di Potenza, per il quale, il giudizio poggia largamente sulla prassi ermeneutica incidente sulla volontà del *de cuius* in caso di decadenza dai diritti patrimoniali¹⁴². Quest'ultima decisione richiama l'attenzione sul profilo dell'interpretazione della

il giudice illustra le ragioni del venir meno delle precedenti leggi ad opera del nuovo Codice civile italiano. Per l'art. 5 disp. gen. Cc., le leggi anteriori, quando ancora non espressamente abrogate da leggi posteriori: «si hanno a ritenere abrogate o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore». Si osserva poi l'inutilità di questioni di diritto transitorio, posto il tenore dell'art. 48 disp. trans., per il quale, nelle materie oggetto del nuovo Codice civile cessano di avere forza dal giorno dell'attuazione dello stesso tutte le altre leggi generali e speciali. Appello Catania, 17 aprile 1872, Crucillà c. Sapuppo, BETTINI, 1876, p. 236.

¹³⁹ Coerentemente con quanto già osservato, il giudice civile, non conoscendo altre forme che quella del matrimonio civile, affermava la libertà della vedova di risposarsi nelle forme canoniche, senza rischi di perdere i «diritti allegati alla condizione di vedovanza», giacché «tale condizione imposta al coniuge superstite nominato erede, non poteva dirsi verificata pel fatto della celebrazione del matrimonio ecclesiastico». Venezia, 27 maggio 1879, Rizzotto c. Bernardinis, *Temi*, V, IV, p. 330; *Giorn.*, VIII, p. 601; MAZZONI, 1876-'80, 2° suppl., p. 1444.

¹⁴⁰ Pretura di Lercara Friddi, 25 giugno 1877, Massarese c. Dolcemascaolo, *Monit. Pret.*, IV, p. 165; MAZZONI, 1876-'80, p. 1444.

¹⁴¹ «Il coniuge superstite istituito erede usufruttuario con la condizione espressa della vedovanza, decade dal diritto di usufrutto passando a seconde nozze, sebbene queste siensi compiute col solo rito religioso». Macerata, 18 marzo 1879, Amici c. Felici, *Racc.*, XXXI, I, 2, p. 501; *Riv. B.*, VIII, p. 85; *Giorn.*, VIII, p. 648; MAZZONI, 1876-'80, p. 1444; *Foro*, 79, p. 712.

¹⁴² La decadenza dal diritto di eredità a danno del coniuge superstite, genericamente, è sancita dal giudice di Potenza, per il quale: «la condizione di vedovanza apposta dal testatore all'istituzione di erede della moglie (la qual cosa è interpretazione di volontà del *de cuius* se la privazione dei diritti sia ricollegabile direttamente al matrimonio ecclesiastico), rimane violata e quindi la vedova decade dall'eredità anche col semplice matrimonio ecclesiastico». Così, Potenza, 15 aprile 1878, Moio c. Lopinto, *Ann.*, XII, III, p. 239; *Gazz.*, N., XXIX, p. 125; *Giorn.*, VII, p. 578; *Foro It.*, IV, I, p. 645; MAZZONI, 1876-'80, p. 1444.

volontà espressa nel testamento: circostanza assai rilevante ai fini del valore da attribuire al matrimonio puramente religioso e suoi ulteriori effetti civili. In verità, i termini espressi dall'ultima citata sentenza sono l'indice di una cospicua giurisprudenza che unanimemente afferma, proprio in quel torno d'anni, «... non essere questione di diritto ma di interpretazione, quella di vedere se la condizione di non passare a seconde nozze apposta ad un testamento, debba reputarsi violata, allorché la moglie contragga un matrimonio ecclesiastico»¹⁴³.

La Cassazione napoletana aveva comunque dato il segnale di un cambiamento di rotta. Le originarie posizioni del 1870, pesantemente sfavorevoli per la donna ridotta allo stato vedovile, restavano difese ora solo dalle piccole preture¹⁴⁴.

Nella decisione catanese del 21 febbraio 1876 i presupposti di fatto si invertivano: il primo matrimonio, già concluso sotto l'impero delle passate leggi del Regno delle Due Sicilie, è quello ecclesiastico. Il giudice, stante il preesistente vincolo, sancisce il divieto di contrarre matrimonio civile, salvo incorrere nel reato di bigamia. Il principio «libera Chiesa in libero Stato», tradotto nell'autonomia delle due giurisdizioni, sarebbe irrimediabilmente perso se non soccorresse il criterio dell'irretroattività delle leggi¹⁴⁵.

¹⁴³ Sullo strumento interpretativo ed i criteri ermeneutici da applicare agli atti di volontà quale il testamento, la cui necessità aumenta nel caso di normativa transitoria, i giudici ebbero modo di precisare la propria condizione di subordinazione funzionale tanto alle leggi imperanti nella produzione dell'atto, secondo il principio *tempus regit actum*, quanto all'interpretazione autentica del legislatore. In questo senso il giudice non poteva interpretare l'atto secondo regole che permettevano di «surrogare alla legislazione, la propria interpretazione». Questo è l'*iter* logico seguito dalla Cassazione di Napoli, il 5 marzo 1872, in causa Iolico c. Cardinale, la quale si uniforma alle varie decisioni in tema di *condicio viduitatis* ed effetti riconoscibili al matrimonio ecclesiastico, per la quale: «la vedova rimaritata solo ecclesiasticamente non può ritenere il legato concesso sotto la condizione di guardare il letto vedovile scritto sotto l'impero delle leggi civili napoletane». Così, BETTINI, 1872, I, p. 162 ss. Vedasi ancora: Cass. Napoli, 20 giugno 1879, Moio Lopinto c. Gagliardi; ed ancora: Trib. Napoli, XXIX, p. 601; G. Trib. Milano, 1879, p. 727; M. Trib. Milano, 1879, p. 795; Gazz. Proc., XIV, p. 272; R. Giur. Trani, 1879, p. 693; Messina, 1879, p. 471; Annali, 1879, p. 457; BETTINI, 1879, p. 1155; La Legge, 1880, I, p. 249; Boll. Catt., 1880, p. 39. Nello stesso senso, Casale, 30 ottobre 1879, Giacchi c. *Utrunque*, Foro It., II, I, p. 559; MAZZONI, 1876-'80, p. 1440.

¹⁴⁴ La donna che avesse contratto un secondo matrimonio solo ecclesiastico perdeva, «per effetto di questo, l'amministrazione dei beni dei figli minori di primo letto o l'usufrutto legale dei loro beni». Così, Napoli, 25 luglio 1870, Guida c. Carbone, Racc., XXII, 2, p. 568; Monit. M., XI, p. 899; Gazz. G., XXII, I, p. 631; Gazz. N., XIII, p. 429; MAZZONI, 1866-'75, p. 32.

¹⁴⁵ In effetti, il giudice siciliano prendeva atto dell'esistenza giuridica del matrimonio religioso, in rapporto al tempo della sua celebrazione e alle coeve leggi: quel matrimonio religioso fu posto in essere nelle forme espresse dalle leggi del tempo della sua celebrazione, ossia nelle uniche forme consistenti nel rito della religione cattolica: un matrimonio in grado di esprimere valido impedimento a nuove nozze e persino di produrre bigamia. La decisione aveva così fondamento sul riconoscimento del legame giuridico indissolubile già costituito, ossia come un «diritto quesito» secondo la legislazione

Il panorama resta assai poco uniforme: il Tribunale di Nicastro affermava solo poco tempo prima che: «coloro che celebrano un matrimonio ecclesiastico possono, durante il medesimo, contrarre validamente un matrimonio civile con diversa persona»¹⁴⁶. I cinque anni dal varo del Codice civile unitario alla presa di Roma, attuando la coesistenza di leggi per quanti si fossero uniti col vincolo religioso, ma «stranieri» in quanto appartenenti a province non annesse, mettevano a regime gli ingranaggi di diritto transitorio. A seguito dell'annessione di Roma e della Legge delle guarentigie, la Cassazione civile di Roma fu più volte chiamata a statuire sulla validità nel Regno d'Italia dei matrimoni contratti dagli ex sudditi pontifici, con soluzioni opposte a quelle accolte dai giudici di primo grado.

Nel 1877, la Cassazione romana dichiarò, nella causa Lepori contro Filippi, che in linea di principio lo Stato non riconosceva il matrimonio ecclesiastico celebrato dal suddito ex pontificio con una cittadina italiana, salvo che fosse stato celebrato nello Stato Pontificio, nella vigenza delle leggi sue proprie, con le forme del Concilio di Trento¹⁴⁷. Tale decisione, pronunciata nell'avverarsi dell'annessione delle Province romane all'Italia, componeva il conflitto tra legislazioni in capo a sposi di differente nazionalità, rendendo irretrattabilmente valido per tutto il territorio dello Stato quel matrimonio religioso. Una soluzione che troverà, tuttavia, resistenze nelle corti inferiori¹⁴⁸.

preunitaria e sul disposto dell'art.56 C.c. italiano del 1865, per il quale: «non può contrarre altre nozze chi è vincolato da un matrimonio precedente». Catania, 21 febbraio 1876, Longo c. Scillia, Racc. XXVIII, I, 2, p. 586; MAZZONI, 1876-'80, p. 1439; BETTINI, 1876, p. 586. Va qui menzionato anche il caso di supposta bigamia cui incorse Francesco Crispi, e per il quale il giudice civile fu chiamato a valutare della validità del primo matrimonio (religioso) celebrato a Malta con Rosalia Montmasson, il 27 dicembre 1854. Sulla inesistenza (*rectius* apparenza) del matrimonio religioso e sulla «imprudenza» del Crispi ad accettare la sanzione puramente politica delle dimissioni forzate dall'incarico a Ministro dell'Interno, vedi ARTURO CARLO JEMOLO, (*Le vicende matrimoniali di due grandi figure del risorgimento*) in *Lezioni di diritto ecclesiastico* (a cura degli assistenti), Vol. I, 1940-1941, Ed. Universitarie, Roma, pp. 194-202.

¹⁴⁶ Tribunale Nicastro, 1 marzo 1873, Pingitore c. Benincasa; Gazz. Procur., VIII, p. 69; MAZZONI, 1866-'75, p. 26.

¹⁴⁷ In tal caso il giudice applicava il principio del rispetto del «diritto quesito» e soprattutto in rapporto ad un diritto legittimo in quanto che, come nel caso dei matrimoni contratti del Regno delle Due Sicilie, sotto la vigenza delle leggi civili del 1819, anche in queste circostanze e alle suddette condizioni, quel matrimonio religioso doveva ritenersi pienamente valido anche per il giudice civile italiano. Per le altre implicazioni giuridiche delle sentenze relative alla cittadinanza degli sposi, vedi BETTINI, 1877, p. 802, per la sent. Cass. Civ. Roma, 15 maggio 1877, Lepori c. Filippi.

¹⁴⁸ Per quella causa, infatti, la Corte d'Appello di Roma si era già espressa affermativamente sulla produttività di effetti civili di detto matrimonio religioso contratto prima del 1870, e aveva precisato che la normativa ex art.117 C.c. italiano non era applicabile al caso, ostando motivi di irretroattività delle leggi. Venne anche negata l'applicabilità del principio «*locus regit actum*», in quanto valevole solo per le forme intrinseche di un atto e non per il matrimonio.

Il confronto con il giudizio di prima istanza del Tribunale civile di Viterbo nel 1874, rende l'idea della divaricazione culturale tra giudici: quel foro, infatti, aveva formulato una decisione diametralmente opposta a quella pronunciata dalla Cassazione nel 1877¹⁴⁹.

La mutata geografia politica delle Province romane, dopo il 1870, produce un rimescolamento delle regole a governo del processo: l'irretroattività delle leggi subisce una pesante deroga nel caso che la legge concernesse lo stato delle persone, rimettendo in discussione l'intangibilità del principio dei diritti quesiti¹⁵⁰. La Cassazione di Torino, così, in tema di impedimento e di effetti di annullamento matrimoniale, disponeva la retroattività delle disposizioni civili, precisando che: «le nuove leggi riguardanti lo stato delle persone, come leggi di ordine pubblico, si applicano anche ai fatti originati sotto le legislazioni anteriori»¹⁵¹.

A questo orientamento si contrappone decisamente il giudice di Palermo – ad esso conformandosi anche la giurisprudenza bolognese¹⁵² – in

Ex art.117 C.c. italiano 1865: «Niuno può reclamare il titolo di coniuge e gli effetti civili del matrimonio, se non presenta l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile, eccettuati i casi preveduti dall'art.364». Corte d'Appello di Roma, 17 maggio 1876, Filippi c. Lepori, in *La Legge*, 1975-'86, p. 192.

¹⁴⁹ Questa, infatti, assumeva come nullo ed inefficace il matrimonio che un suddito pontificio, ossia chi: «... prima dell'unione di Roma al Regno italiano se non geograficamente... doveva considerarsi come straniero politicamente e per diversità di legislazione e di rappresentanza», aveva contratto nel 1868 in suolo italiano e secondo le forme tridentine, con una cittadina del Regno d'Italia. Riemergeva per il matrimonio, insomma, il principio «*locus regit actum*». Trib. Viterbo, 10 settembre 1874, Filippi c. Lepori, *La Legge*, 1861-'74.

¹⁵⁰ A seguito della presa di Roma e dell'annessione territoriale dello Stato Pontificio, la Legge delle guarentigie viene a costituire il nucleo di un diritto pubblico ecclesiastico italiano. In essa si afferma che le autorità ecclesiastiche possono pronunciarsi su materie disciplinari e spirituali, con la riserva ai tribunali civili di statuire sugli effetti civili che ne derivassero. La giurisprudenza del tempo registra, con parecchie pronunce, lo spirito separatista impresso da quella legge. Cfr. in proposito, Trib. Roma, 1 aprile 1873, Brugnoli c. Pelliccioni: «Giusta la legge 13 maggio 1871 sulle guarentigie pontificie, tutti gli atti dell'autorità ecclesiastica, i quali vengono a ledere i diritti dello Stato o dei privati, ancorché derivino dal diritto canonico, sono di naturale competenza dei Tribunali civili ordinari, in quanto riflette la loro giuridica efficacia, mentre non sono di competenza dei Tribunali ordinari gli atti aventi rapporto con l'ordine disciplinare e spirituale, ai quali la legge nega ogni esecuzione coatta». Cfr. MAZZONI, 1866-'75, I, p. 1091. Vedi anche Casale, 24 gennaio 1873, Separati c. Zambianchi, *La Legge*, XIII, I, p. 912; Firenze, 18 dicembre 1871, Di Dio c. Brussori, Racc. XXIII, 2, p. 868; Ann., V, 2, p. 634; Giurisp. T., IX, p. 240; Gazz. G., XXIV, I, p. 116.

¹⁵¹ Cass. Torino, 13 ottobre 1873, Gavotti c. Capra, Ann., VII, 1, p. 453; Racc., XXV, 1, p. 717, *La Legge*, XIV, I, p. 6; Monit. M., XIV, p.1051; Giurisp. T., X, p. 608.

¹⁵² «La nuova legge civile non ha forza retroattiva e deve quindi rispettare i diritti quesiti delle parti anche per ciò che concerne il diritto allo scioglimento del matrimonio, che per le leggi ecclesiastiche è possibile per il matrimonio solo rato». Trib. Bologna, 8 giugno 1874, Cavazza c. Nannetti, Riv. B., II, p. 155; MAZZONI, 1866-'75, p. 33.

una decisione del 1876, che ribadisce il rispetto dei diritti quesiti anche sul piano processuale¹⁵³. Del resto, sull'organo competente a pronunciare sullo scioglimento del vincolo matrimoniale, la giurisprudenza unitaria aveva chiaramente reclamato le giuste pretese dello Stato, almeno dal giorno in cui il Codice civile italiano era entrato in vigore e contestualmente «cessò nel Pontefice la facoltà di pronunciare lo scioglimento del vincolo coniugale»¹⁵⁴.

Il progressivo affrancarsi dello Stato dalle leggi ecclesiastiche trova insospettate isole di resistenza ancora in decisioni che richiamano i principi di diritto canonico e le disposizioni tridentine circa il rispetto delle forme della celebrazione matrimoniale¹⁵⁵. Così è dato registrare sentenze nelle quali il giudice civile si veste dei panni del giudice ecclesiastico, statuendo quando sussistano per i nubendi le condizioni utili a garantire la corretta modalità di celebrazione del matrimonio secondo le forme tridentine¹⁵⁶.

Il giudice invoca il diritto canonico per sciogliere il dilemma se accogliere o rifiutare la validità dell'esercizio dell'azione processuale promossa in ritardo. Così, il giudice veneziano, risolvendo una questione lasciata in sospenso dalla Cassazione di Firenze in materia di azione di nullità per impotenza, perenta per acquiescenza dell'altro coniuge, afferma che: «... neppure nel diritto canonico era assolutamente ammessa la perenzione per

¹⁵³ Se in linea di principio è competente il giudice civile a conoscere sulla nullità di un matrimonio contratto sotto le passate leggi civili napoletane del 1819, tuttavia «le leggi di procedura si impossessano dei fatti allo stato in cui si trovano, ma se le parti vi hanno diritti quesiti per nullità di matrimonio sotto la legislazione del cc. delle Due Sicilie, in allora, l'autorità civile è tenuta ad osservare le norme del Concilio di Trento». Palermo, 27 dicembre 1876, Madonia c. Scolaro, *La Legge*, XVII, I, p. 351; Circ. Giur., VIII, 56, p. 1440.

¹⁵⁴ Evidenti, le ricadute nel processo, posto il doppio grado di giurisdizione civile quale principio inderogabile, disponendo che, una volta «iniziato il giudizio per scioglimento di matrimonio innanzi al Pontefice, prima della pubblicazione del C.c. italiano, tale giudizio deve oggi continuarsi davanti al tribunale civile e non davanti alla Corte d'Appello». Genova, 24 luglio 1874, Fontana c. Rocco, *La Legge*, XV, I, p. 281; MAZZONI, 1866-'75, p. 33.

¹⁵⁵ Questo affiorare del diritto canonico fuori del suo ambito naturale, utilizzato come strumento di giudizio, ma ancor più come mezzo di ricostruzione logica per giungere alla decisione di ordine civile, non può non sorprendere. La sostanziale identità di contenuti a volte rinvenibile nella disciplina canonica e civile infatti non sembra giustificare il richiamo a passate normative. Così, in materia di vizio del consenso dispone in sentenza la corte catanese del 1870: «è radicalmente nullo *ipso iure*, giusta le leggi canoniche, il matrimonio contratto per violenza o timore». Catania, 31 dicembre 1870, Asmondo c. Alessi, Ann., V, 2, p. 12; Racc., XXII, 2, p. 791; Giurispr., C., I, p. 2; MAZZONI, 1866-'75, p. 29.

¹⁵⁶ «Per la validità del matrimonio contratto secondo le forme del Concilio di Trento, quando gli sposi abitano in diverse parrocchie, è sufficiente la presenza del parroco dell'uno o dell'altro contraente». Palermo, 5 agosto 1872, Falcone c. Tedesco, Gazz. G., XXIV, I, p. 613; Monit. P., I, p. 516; MAZZONI, 1866-'75, p. 32.

ritardo ad esercitare l'azione di nullità»¹⁵⁷.

Una decisione del giudice torinese del 1870 riesamina un altro aspetto frequente nei giudizi matrimoniali: quello dell'*error in persona*. «Per diritto canonico, il matrimonio si annulla solo se vi fu errore sulla persona fisica, ma anche se vi fu errore sulla persona morale, ossia sullo stato civile di uno dei contraenti...»¹⁵⁸. Questa decisione, insieme con altre sulla medesima questione, solleva un delicato problema interpretativo relativo all'art.105 C.c. 1865, sul rilievo di nullità del matrimonio per errore che cade sulla persona¹⁵⁹.

Un altro caso singolare di rinvio a disposizioni canoniche per la soluzione di una questione di nullità del matrimonio ecclesiastico per *error in persona*, è offerto da una sentenza genovese del 1877. In questo caso il giudice civile, dopo essersi espresso per l'applicabilità delle norme canoniche per essere quel matrimonio stato celebrato sotto il loro imperio – nel 1862 – sosteneva il suo convincimento sulla base dei casi di errore contemplati da quel diritto: «il diritto canonico riconosce due soli casi di errore che di per sé rendono nullo il matrimonio, cioè l'errore sulla persona fisica e l'errore sulla condizione di schiavitù di uno dei contraenti, perché nel primo manca e nel secondo si suppone mancare il consenso, *quia non videtur consentire*»¹⁶⁰.

Quel giudice estende il richiamo alla dottrina canonica, rammentando come questa contemplasse l'ulteriore causa di nullità dell'«errore sullo sta-

¹⁵⁷ Venezia, 14 novembre 1872, T. c. V., Gazz. G., XXV, I, p. 489; MAZZONI, 1866-'75, p. 30.

¹⁵⁸ Torino, 9 maggio 1870, S. c. B., Ann., VI, 2, p. 436; Racc., XXII, 2, p. 339; Gazz. G., XXII, I, p. 438; Giurisp. T., VII, p. 404; MAZZONI, 1866-'75, p. 29.

¹⁵⁹ L'espressione «errore sulla persona», infatti, data la sua generalità, non chiariva se dovesse intendersi come tale l'errore sull'identità della persona o su una qualità, o fosse comprensivo di entrambi. Nel suo percorso logico, il giudice torinese si riconduceva alle leggi canoniche vigenti al tempo della celebrazione del matrimonio, utilizzandole anche per la verifica se uno degli sposi fosse incorso in errore «sulla personalità civile dell'altro», causando per difetto di consenso la nullità del matrimonio. Quel diritto equiparava le due ipotesi di errore: quello che cade sulla qualità che informa lo stato civile della persona e quello sulla persona fisica. Art.105, co. 2 cc. 1865: «Quando ci fu errore nella persona, l'azione di nullità può essere promossa da quello degli sposi che fu indotto in errore». Si noti che il giudice torinese tende a distinguere stato civile e condizione sociale.

¹⁶⁰ Secondo il diritto canonico l'errore sulla condizione di schiavitù è compreso tra gli errori di fatto circa le qualità personali del futuro coniuge, considerati cause invalidanti del matrimonio. In tal caso si tratta di un errore relativo alla falsa credenza della condizione di libertà della persona, ed è un'ipotesi di diritto meramente ecclesiastico, la cui *ratio* riposa sull'esigenza di ovviare alle difficoltà che tale errore causava all'esercizio dei diritti coniugali. Il giudice civile rilevava in queste due ipotesi di errore la corrispondenza con il diritto civile, che pure le riteneva causa invalidante del matrimonio; nel primo caso – l'errore sulla persona fisica –, perché risolvendosi in una sostituzione di persona, «mancava la persona che doveva acconsentire, profilando un matrimonio nullo, cioè insussistente»; nel secondo caso – errore sulla condizione di schiavitù di uno dei contraenti –, perché il vizio del consenso «ingenerava limiti alla libera disponibilità nella persona del coniuge».

to civile o sulla condizione sociale degli sposi»¹⁶¹. Molte altre decisioni del tempo insistettero sull'integrazione dell'art.105 C.c. italiano e sulla rilevanza civile che andava attribuita all'errore sullo stato civile o sulla condizione sociale degli sposi, confermando l'orientamento su visto, che trattava di un semplice vizio di consenso da provare¹⁶².

Un'ipotesi interessante in cui la corte, applicando esclusivamente il Codice civile perviene al medesimo effetto di impedimento valevole nell'ordinamento canonico, è il caso di errore sulla persona per ignoranza nel coniuge della qualità di sacerdote del marito. Le sentenze che stabilivano sulla questione dei voti religiosi e degli ordini sacri ormai erano, per comune orientamento, nel senso dell'assoluta irrilevanza agli effetti civili per la conclusione del matrimonio civile¹⁶³.

Si concluderà questo repertorio del decennio 1870 con una decisione della Corte d'Appello di Venezia in tema di cognazione spirituale. La sentenza informa della discrezionalità dei giudici nell'applicazione del principio dei «diritti quesiti». L'impiego pressoché uniforme nelle varie Corti del Regno del principio «*tempus regit actum*» su cui si fonda l'intangibilità degli effetti ulteriori delle leggi vigenti al tempo della celebrazione dell'atto, nonostante la successione temporale, viene qui derogato¹⁶⁴.

¹⁶¹ In tal caso, aggiungeva il giudice: «si verterebbe però solo in un semplice vizio del consenso. Perciò lo sposo deve provare non solo l'inganno di cui fu vittima, relativo alla vantata condizione sociale, ma anche il fatto che questo fu motivo determinante nella sua scelta volontaria al matrimonio». Le prerogative costituenti la «persona civile e sociale» di uno degli sposi appartengono ad una terza specie di errore, che il giudice civile attinge direttamente dalla dottrina canonica e dalla giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici. Non solo, nella motivazione il giudice riconosce «la giustizia e l'equità della massima», discostandosi da quella prospettiva giurisprudenziale sulla natura da attribuire alle condizioni che avevano viziato il consenso matrimoniale. In quella terza ipotesi di errore, infatti, il consenso non manca (come nelle prime due ipotesi, apertamente riconosciute anche nel nuovo Cc. italiano), in quanto non v'è alcun dubbio sull'identità degli sposi, posto che «tutti e due sono liberi nella loro persona e capaci di acconsentire», ma è solo un consenso viziato per mancanza della condizione che lo avrebbe determinato. La conseguenza non è la nullità del matrimonio, ma la sua annullabilità ad istanza della parte che ne fu vittima, sempre che avesse prodotto la prova della «fraudolenta macchinazione» a suo danno. Genova, 30 aprile 1877, Giuntini c. Richieri, BETTINI, I, II, 1877, p. 859; Racc., XXIX, I, 2, p. 859; MAZZONI, 1876-'80, p. 1440.

¹⁶² Napoli, 10 marzo 1877, Cirillo c. Manzo, Racc., XXIX, I, 2, p. 744; Gazz. Procur., XII, p. 130; Ann., IX, III, p. 292; Giorn., IV, p. 374; Gazz. N., XXCIII, p. 422. Napoli, 16 luglio 1877, Turchetta c. Utrunque, Gazz., Procur., XII, p. 437; MAZZONI, 1876-'80, p. 1440.

¹⁶³ Il generale tenore delle decisioni può riassumersi lapidariamente: «Il sacerdote cattolico può contrarre matrimonio». Ma sicuramente il fatto del vizio del consenso nella moglie ignara di un elemento afferente lo «stato civile che costituisce la personalità civile dell'altro» doveva condurre all'annullamento del matrimonio. Trib. Napoli, 1875, N. c. N., Legge, XV, I, p. 576; MAZZONI, 1866-'75, p. 29.

¹⁶⁴ Una logica lontana da questo criterio ormai consolidato è in questa decisione che esamina la

7. c) *il decennio 1880-1889*

Il consolidamento politico-istituzionale italiano procede sotto i governi della Sinistra, anche se l'avvicendamento dei due schieramenti politici non sembra aver apportato significative mutazioni in politica ecclesiastica. Le convenzioni sociali che danno linfa al matrimonio sono più salde che mai: la popolazione italiana preferisce ancora largamente unirsi sull'altare, nonostante lo svilimento del coniugio tridentino a puro vincolo di fatto, e ne compie il perfezionamento di fronte all'ufficiale di stato civile solo in un secondo momento. Anche per questo la politica preme per la secolarizzazione di quell'istituto un tempo feudo assoluto della Chiesa¹⁶⁵. L'idea di un concordato accarezzata da Cavour resta allo stadio progettuale, mentre il primo disegno legislativo di divorzio, nel 1881, dà un'immagine fedele delle marcate tendenze laiciste in voga. È questo lo spirito delle nuove generazioni di giudici, ancora collegate agli ambienti politici ma con sovrapposizioni di interessi forse minori di quanto non lo fossero uno o due decenni prima. E, tuttavia, resiste ancora nelle sentenze il dilemma della duplicità di leggi cui rinviare per decidere sui temi matrimoniali.

Lo stato di incertezza è testimoniato dalle decisioni sulla questione degli ordini sacri. Nonostante l'orientamento maggioritario delle corti sia ormai per l'indifferenza riguardo ai vincoli di natura canonica – vincoli personali dettati da motivi spirituali incidenti nel foro interno e tutt'al più con riflessi nell'ambito gerarchico e disciplinare dell'ordinato –, ancora nel 1880, il tribunale napoletano – sebbene contraddetto in sede di Cassazione –, si esprime in termini di netto rifiuto alla libera contraibilità di un successivo matrimonio civile: «l'ordinato *in sacris* non può contrarre matrimonio»¹⁶⁶.

disciplina concordataria sul matrimonio valevole per il Lombardo-Veneto: «Per le disposizioni stabilite dal Concordato austriaco del 1856 con la Santa Sede, la cognazione spirituale era impedimento dirimente il matrimonio» e tuttavia il giudice ritiene che ormai «dopo l'abrogazione del Concordato, non può chiedersi la nullità del matrimonio concluso durante l'impero del medesimo per la rilevata cognazione ...». Appello Venezia, 20 luglio 1876, *Eco Trib. Ven.*, 1876, p. 428; Foro, 1876, p. 280. Una decisione, questa, che fa riflettere a proposito della relatività dei giudizi sulla labilità manifestata dai giudici sull'uso dei principi ermeneutici, se si confronti questa, con una decisione della Cassazione napoletana di due anni successiva. Se infatti il giudice afferma che è il solo matrimonio civile che può produrre vincoli di affinità agli effetti civili, tuttavia non si possono trascurare le abolite leggi civili napoletane per le quali: «contratto il matrimonio ecclesiastico, il vincolo di affinità era creato». Cass. Napoli, 1 febbraio 1878, *Cantasole, Foro*, II, p. 102.

¹⁶⁵ Nel 1878 la morte di Pio IX e del re Vittorio Emanuele II segna un decisivo giro di boa del Risorgimento: Umberto I e Leone XIII, loro successori, saranno i nuovi protagonisti della politica nazionale e della questione dei rapporti Stato-Chiesa.

¹⁶⁶ Trib. Napoli, 26 gennaio 1880, *Testa c. Di Paolo e Racioppi*, *Gazz. N.*, XXX, p. 68; Foro, 1880,

Le incertezze sui giudizi in tema di impedimento per gli ordini sacri sono un sicuro segno dell'attenzione ancora viva nelle corti meridionali verso le leggi ecclesiastiche un tempo vigenti. Analoghi rilievi valgano per i matrimoni di coscienza conclusi sotto l'impero della bolla *Satis vobis*. La Corte d'Appello di Catania non fa che replicare le precedenti decisioni sul tema: «chi sotto l'impero delle abolite leggi civili napoletane del 1819, contrasse matrimonio solo ecclesiastico *coram Ecclesiae*, non può, vigente il cc. contrarre nuovo matrimonio»¹⁶⁷.

Lo stesso argomentare si riproduce per i matrimoni clandestini, facenti anch'essi parte dell'accezione lata e comprensiva di matrimonio «secondo le antiche leggi». La Cassazione di Napoli riafferma la vigenza dei matrimoni secondo il diritto canonico¹⁶⁸ e in una decisione del 1880 riproponeva la distinzione, agli effetti civili, del matrimonio clandestino – anch'esso valido sinché non fosse dichiarato nullo dalla Chiesa –, e matrimonio di coscienza.

Una serie di sentenze dei tribunali siciliani ipotizza il caso di bigamia

p. 754; Trib. Napoli, 15 novembre 1880, Cappabianca c. Della Cava, Gazz., Proc. XXVI, p. 28; MAZZONI, 1881-'83, p. 892. Vedi anche C. GALLINI, *Raccolta delle leggi speciali*, I, p. 12 ss., indica le discordanze della giurisprudenza sul tema, con un riassunto sullo stato della legislazione, dottrina e giurisprudenza del periodo. Tuttavia, contra, la Cass. Napoli, 27 aprile 1882, Gravili c. D'Urso: «Non può il prete cattolico impugnare di nullità il matrimonio da lui contratto, fondandosi sull'impedimento dei voti solenni e degli ordini sacri». Foro It., VII, I, p. 1114; MAZZONI, 1881-'83, p. 892. Su riflesso della giurisprudenza d'oltralpe sul tema, i Repertori riportano una decisione della Cassazione francese che distingue gli effetti di tale matrimonio in ambito civile e canonico: «Dato che la validità civile di questi, non esclude sul prete ammogliato le sanzioni di ordine spirituale e la perdita dei diritti, vantaggi e prerogative annesse alle funzioni chiericali...». Così Cass. francese, 25 gennaio 1888, Hopin c. Sterlin.

¹⁶⁷ Questo, infatti, continua il giudice, era un matrimonio valido anche se non preceduto dagli atti dello stato civile e quindi: «costituisce impedimento a nuovo matrimonio anche sotto l'impero del Codice patrio».

Ancora una volta il giudice giustificava queste posizioni in ragione del riconoscimento dei «diritti quesiti», a ciò richiamando il disposto dell'art. 56 C.c. italiano, per il quale non può contrarre nuove nozze chi è vincolato da un matrimonio precedente. Precisava tuttavia la Corte che, come tale, andava inteso il matrimonio anche religioso, vale a dire quello riconosciuto legittimo dalle leggi precedenti. Il che, come è noto, avveniva in virtù delle leggi civili napoletane del 1819, che ritenevano valido il matrimonio contratto *coram Ecclesiae*, considerato nella sua essenza come sacramento e che estendevano la validità del vincolo anche ai matrimoni di coscienza, secondo la bolla *Satis vobis*. Se tali matrimoni non erano in grado di produrre effetti civili, occorrendo le formalità davanti all'ufficiale dello stato civile, tuttavia esprimevano un effetto *quoad vinculum*, costituendo impedimento dirimente al futuro matrimonio. Questo è quanto aveva ribadito il giudice catanese, soffermandosi sul rischio «incivile» di attribuire effetto retroattivo all'art. 56 C.c., provvedimento non reso necessario da alcuna considerazione di ordine pubblico. Corte d'Appello Catania, 4 agosto 1882, De Cicero c. Mira, Foro, I, p. 1146; BETTINI, 1882, p. 576.

¹⁶⁸ «Nelle province napoletane anche il matrimonio clandestino, finché dalla Chiesa non fosse dichiarato nullo, era tenuto valido innanzi lo Stato e produttivo di effetti civili». Cass. Napoli, 20 luglio 1881, Averaimo c. Averaimo, Legge, 1882, II, p. 84.

se, ai matrimoni conclusi nella forma della bolla benedettina segua poi il matrimonio civile, con la possibilità per gli eredi di agire a tutela dei propri interessi¹⁶⁹.

E tuttavia, il giudice d'Appello di Napoli, con orientamento contrastante, nega effetti civili al matrimonio di coscienza, che «non può formare titolo di impedimento o opposizione» ed esclude qualsiasi legittimazione processuale a favore di soggetti naturalmente titolari di interesse ad agire, giacché detto vincolo «non può dar diritto ad intervenire nel giudizio di nullità di matrimonio civile contratto con altra persona, da chi sia vincolato dal matrimonio di coscienza»¹⁷⁰.

Conferma la tendenza ad un allineamento tra le Supreme Corti la Cassazione di Palermo, che descrive il matrimonio ecclesiastico e di coscienza come un atto valido col solo «difetto della formalità estrinseca della pubblicazione della promessa solenne»: difetto formale che, secondo le leggi civili napoletane del 1819, era «sanabile con atto dichiarativo del Sovrano, ad effetto retroattivo»¹⁷¹.

La contraddizione in termini tra Corti giudicanti è destinata a persistere nei diversi gradi. L'inversione di rotta è data questa volta dal Tribunale di Taranto che esclude insieme diritti quesiti e rilevanza delle leggi passate. Per esso: «Il matrimonio religioso, eseguito sotto l'impero delle leggi civili napoletane del 1819, non impedisce la celebrazione di un nuovo matrimonio secondo le regole del cc. italiano»¹⁷².

Nella famosa – quanto contestata in dottrina – controversia tra il generale Giuseppe Garibaldi e la minorenni sua sposa Giuseppina Raimondi, la Cassazione romana prese in esame la legislazione austriaca, per ciò che dispone circa il matrimonio dei cattolici, per quanto contemplato dalla Patente imperiale del 1856, vigente al tempo della celebrazione di quel matrimonio, e

¹⁶⁹ Tra gli effetti solo civili riconosciuti al matrimonio ecclesiastico – intendendosi per tale anche il matrimonio secondo la bolla *Satis vobis*, oltre che quello clandestino – celebrato sotto l'impero delle leggi siciliane, si stabilisce la nullità per vizio di bigamia del matrimonio civile successivo, con la possibilità di trasmissione agli eredi dell'azione di nullità. Catania, 1 giugno 1882, Gerbino c. Crescimone, Foto It., VII, 1, p. 936; Trib. Messina, 9 dicembre 1880, Troina-Samperi c. Maurizi-De Cola, Foro Messina, II, p. 59; Foro It., 82, p. 927.

¹⁷⁰ Corte d'Appello Napoli, 16 febbraio 1880, Sorge c. Vecchione, Foro, I, p. 1021; Foro It., 1880, p. 755.

¹⁷¹ Cass. Palermo, 25 aprile 1889, Rampolla c. Errante, Circ. Giur., XXI, p. 7; Riv. Dir. Eccl., I, Foro Cat., X, p. 118; MAZZONI, 1889-'93.

¹⁷² Trib. Taranto, 18 marzo 1889, Saracista c. Catalano Pulignano, Riv. Giur. Trani, XIV, p. 279; MAZZONI, 1889-'93, p. 760.

abolita solo a seguito della l. 28 ottobre 1860¹⁷³.

L'*iter* logico seguito fa richiamo ai «principi di gius pubblico universalmente osservati» grazie ai quali, nonostante l'annessione territoriale della Lombardia al Regno del Piemonte, in forza del trattato di Zurigo, la legislazione civile austriaca conservava vigenza obbligatoria fino alla pubblicazione del Codice civile italiano. Ora, la Cassazione romana considerò valide per quel matrimonio le disposizioni della Patente austriaca del 1856, la quale attribuiva carattere di legge civile alle prescrizioni di diritto canonico sul matrimonio, al punto da conferir loro prevalenza, nel caso di conflitto con le disposizioni di natura civile¹⁷⁴. Il giudice civile, insomma, utilizzava nel

¹⁷³ Avverte Del Giudice, che per giusta causa ai fini delle dispense, ossia delle «*precipuae causae graves et sufficientes ad concedendam dispensationem*», secondo l'interpretazione canonica, si intende «sopravvenuta impotenza per un disgraziato accidente prima della copula matrimoniale, un odio insanabile per la scoperta di gravi circostanze, o un divorzio civile che l'altra parte abbia ottenuto ...». Cfr. VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico* cit. p. 392, nota 7. Anche in tal caso si assiste ad un'applicazione di norme canoniche, quali l'inconsumazione del matrimonio e la ricorrenza della giusta causa, ad opera del giudice civile in rapporto ad un *iter* logico di osservanza delle leggi e dei generali principi di diritto: la legge vigente al tempo della celebrazione del matrimonio, ossia la legislazione austriaca, il richiamo da questa operato alle norme canoniche. In particolare, la possibilità dello scioglimento del vincolo ricorrendo la condizione di matrimonio rato e non consumato. Non c'è dubbio che, nel caso qui in esame, la veridicità del concorso della giusta causa – la frattura subito inserita e così rimasta tra i novelli sposi –, fu un argomento solidamente confortato dalla notorietà dell'«Eroe dei due mondi», a favore del quale giocavano «efficaci presunzioni, congetture, la voce pubblica e la fama». Anche in questo caso il giudice dovette chiarire alcuni problemi processuali: verificare se l'azione di nullità che poggiava sulla legislazione vigente in Lombardia al tempo del matrimonio (e nascente dal Concordato austriaco del 1855) fosse ancora valida e tale da giustificare la proponibilità in giudizio; in secondo luogo e conseguentemente, vestendosi dei panni legali della Curia ecclesiastica, verificare gli estremi dello scioglimento per rato e non consumato.

Per le riserve critiche sulla sentenza della Corte d'Appello di Roma che coinvolse Giuseppe Garibaldi, cfr. DOMENICO BARILLARO, *Raimondi-Garibaldi: matrimonio rato e non consumato*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1979/I, pp. 246-247; nonché ARTURO CARLO JEMOLO, (*Le vicende matrimoniali di due grandi figure del risorgimento*) cit., pp. 179 ss. spec. p. 193, che sostiene la natura «personalistica» della dispensa, da cui deriva la sua «incomunicabilità» ad organi statuali; PASQUALE STANISLAO MANCINI, *Per G. Garibaldi contro G. Raimondi: dichiarazione di nullità di matrimonio*, Pallotta, Roma, 1879; CARLO FRANCESCO GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, UTET, Torino, 1897, II, pp. 180 ss. Si veda anche GIUSEPPE PIOLA, *Matrimonio* cit., pp. 1335 e 1336 n. 6, p. 1337 n. 7.

¹⁷⁴ In questo aspetto specifico della causa Garibaldi-Raimondi consisteva uno dei due capi di nullità del matrimonio, supponendosi l'incapacità di contrarre un valido matrimonio nella Raimondi, ancora minorenne, per le succitate leggi, al tempo della celebrazione del matrimonio. Anche su questo capo della questione la Cassazione romana vestì l'abito del giudice ecclesiastico in quanto applicò il diritto canonico – prevalente sulle leggi civili austriache, per espressa disposizione di queste – dando ragione alla Raimondi, sul punto della validità del consenso. La Corte ritenne legittimo potersi applicare le disposizioni austriache e dunque il diritto canonico in esse riconosciuto, anche alla prospettiva contrattualistica – civilistica e statutale, ossia non sacramentale –, del matrimonio: gli estremi della dispensa per matrimonio rato e non consumato si ritennero infatti compatibili anche in sede civile, posto che la mancata consumazione rendeva comunque incompleto il contratto matrimoniale. In tal modo si dichiarava perfetta aderenza tra matrimonio-contratto (di radice privatistica) e

suo ragionamento i criteri del diritto canonico in quanto riconosceva in quel vincolo un caso di scioglimento per matrimonio rato e non consumato, ossia un «matrimonio rimasto nei termini di non integralmente perfetto»¹⁷⁵.

Un altro caso di richiamo alle norme canoniche sulla base della previgente legislazione austriaca è una decisione della Corte d'Appello di Roma del 1888, adita per un difetto di consenso. Per la legittima applicazione di quelle norme anteriormente vigenti, il giudice civile individua il parroco «competente» (proprio) alla celebrazione, in quello «della parrocchia dove sono nati e furono battezzati i coniugi, ma anche quello nella cui parrocchia sono domiciliati ...», richiamandosi al diritto canonico¹⁷⁶.

Sul presupposto del riconoscimento degli effetti civili ad un matrimonio ecclesiastico, la Cassazione di Napoli si reputa competente a conoscere della validità del vincolo celebrato in Inghilterra: «l'autorità giudiziaria (italiana) è competente a conoscere della validità di un matrimonio celebrato in Inghilterra secondo il rito e le forme della Chiesa cattolica romana, dovendolo riconoscere produttivo di effetti civili, finché il coniuge che lo impugna non provi il contrario»¹⁷⁷.

Coinvolgendo un'ipotesi di conflitto di legislazioni e con il richiamo me-

matrimonio-istituzione, come «fondamento dell'ordine della famiglia», (di radice pubblicistica). Fulcro della decisione è il richiamo ai principi di diritto transitorio cui le nuove leggi debbono osservanza per ciò che attiene ai «diritti quesiti» sotto le legislazioni anteriori. Tuttavia, alle nuove leggi va riconosciuta massima e immediata ampiezza operativa ed «efficacia modificativa» circa la questione di competenza e sul procedimento giudiziario, vale a dire circa giurisdizione, obbligo di conoscere e decidere sulle proposte azioni di nullità e scioglimento di matrimonio canonico nato sotto l'impero delle decadute leggi. Un altro caposaldo della logica argomentativa della Cassazione romana riguardava la possibile retroattività delle leggi nuove del C.c. italiano, data la natura della questione vertente sullo stato delle persone e i diritti di famiglia: questione sulla quale la Corte di esprime negativamente, riconoscendo nel matrimonio un vincolo di natura essenzialmente contrattuale e, dunque, tangibile con azione di scioglimento.

¹⁷⁵ Cass. Roma, 14 gennaio 1880, Garibaldi c. Raimondi, in BETTINI, 1880, p. 334; MAZZONI, 1876-'80, p. 1441; Racc. XXXII, I, 2, p. 334; Foro It., V, p. 161; Legge, 1875-'86, p. 192. Il richiamo alla logica canonica e ai principi di giustizia viene ancora chiaramente espresso nella motivazione di quella famosa sentenza, a proposito delle condizioni per la dispensa: «nella legislazione ecclesiastica, la dispensa del matrimonio rato e non consumato non concedevasi *tamquam simplex gratia ex aequitate*, ma piuttosto *tamquam prudens administratio iustitiae ex iuris necessitate*». Va qui aggiunto che decisioni di medesimo avviso sulla questione di scioglimento di matrimonio religioso rato e non consumato furono emesse da altre corti d'Appello. Così, Corte d'Appello di Genova, 21 luglio 1874, Brambilla c. Rocca; Corte d'Appello Napoli, 23 dicembre 1867, Miglio c. Angelillo.

¹⁷⁶ Del resto, è il Codice civile austriaco a prescrivere che «il consenso debba prestarsi davanti al parroco ordinario dello sposo o della sposa ...». Stesso richiamo è operato per individuare gli effetti dell'omessa pubblicazione, circostanza che si pone come titolo di reato per il parroco e gli sposi, ma che «non vizia per diritto canonico il matrimonio». Corte d'Appello Roma, 28 luglio 1888, Appell c. Pettenati, Temi romana, 1888, p. 369; Foro It., 1888, p. 709; MAZZONI, 1884-'88, p. 1634.

¹⁷⁷ Cass. Napoli, 14 febbraio 1883, Roma c. Delpi, Legge, XXIV, 1, p. 14; MAZZONI, 1881-'83, p. 894.

diato al diritto canonico, sulla base del principio della prevalenza della legge valida nel luogo in cui si svolge la celebrazione – il Regno delle Due Sicilie –, in concorso con la regola dei «diritti quesiti», la Corte d'Appello fiorentina rinvia, anch'essa, al diritto tridentino¹⁷⁸.

Ancora in tema di errore quale causa di nullità del matrimonio, esemplare è il giudice catanese nel 1881¹⁷⁹, poi esteso nell'interpretazione dell'art. 105 C.c. italiano, dalla Cassazione di Palermo, nel 1883. Presupposto rilevante è che qui viene in oggetto un matrimonio concluso sotto le leggi civili: circostanza che porta ad escludere il principio dei «diritti quesiti» e del rispetto delle norme ecclesiastiche. L'atteggiamento della Corte catanese su questi nuovi presupposti è più difficilmente spiegabile: esso, in definitiva, tende ad attribuire effetti giuridici al vincolo matrimoniale religioso costituito sotto l'impero delle nuove leggi che, invece, ne sanzionavano l'improduttività di qualsiasi effetto giuridico. E ciò fa dubitare sulla possibilità di poter attribuire una pur larvata rilevanza ad un errore incidente su un fatti che, per la legge vigente, è ora inesistente. Anche l'interpretazione dell'art. 105 C.c., che menziona solo l'errore sulla persona, rivela il favore per una ultrattività delle norme canoniche, mentre l'equiparazione dell'errore sulle qualità personali essenziali rappresenta un'operazione ermeneutica da dimostrare¹⁸⁰. La me-

¹⁷⁸ Detta Corte giudicò applicarsi le leggi napoletane, nel caso di un matrimonio contratto nel Regno delle Due Sicilie, tra suddito napoletano e suddito inglese. Soddisfatta la legge che rinvia al diritto canonico, sussistendo un sistema matrimoniale «misto» canonico-civile, nell'ex Regno, il richiamo ai canoni tridentini, oltre alle leggi civili napoletane era compiuto. Anche in questo caso la Corte civile competente a decidere richiamava il diritto anteriore in osservanza dei «diritti quesiti». Corte d'Appello Firenze, 4 giugno 1884, Blanc c. Trafford, Ann., 1884, p. 335; MAZZONI, 1884-'88, p. 1634.

¹⁷⁹ La Corte d'Appello di Catania avrebbe affermato che: «se uno degli sposi ignori che l'altro ha contratto matrimonio soltanto in faccia alla Chiesa e lo ritenga perciò persona libera, tale errore cade sulla persona, e quindi è causa di nullità matrimoniale». In questo caso il giudice non poteva fare riferimento, per decidere nei termini di cui sopra, alle leggi anteriori, trattandosi di matrimonio celebrato nella piena vigenza del nuovo C.c. italiano. La possibilità di giungere ad una causa di nullità del vincolo, dunque, si argomenta attraverso una diversa prospettiva: l'interpretazione lata dell'art. 105 C.c. italiano, ossia dell'errore che cade sull'identità fisica della persona. Corte d'Appello Catania, 19 dicembre 1881, Raciti c. Strano, Bettini, 182, p. 96; MAZZONI, 1881-'83, p. 593; Foro It., VII, 1, p. 423.

¹⁸⁰ Occorre verificare quale errore sulle qualità individuali sia sovrapponibile a quello sull'essenza della persona civile. È, insomma, questione di interpretazione dell'espressione «errore nella persona» e del valore attribuito al contenuto giuridico e morale di «persona». Nelle parole della Corte emerge con inconsueta intensità il criterio etico, in quanto: «... la parola persona non è sinonimo di individuo, ma accenna all'idea di un uomo ammesso a godere di un complesso più o meno esteso di diritti ... poiché le qualità di un uomo sono così intimamente legate alla sua personalità giuridica; ne consegue che se il consenso è viziato allorché ricade sull'identità fisica delle persone, certamente lo è del pari quando l'errore versa su di una qualità essenziale che si confonde ... su quelle doti che contribuiscono ... alla pubblica estimazione». E sicuramente quelle «doti» vengono meno quando l'uomo già sposato *ante faciem Ecclesiae*, sposi civilmente altra donna che lo credeva libero.

desima posizione giuridica sarà assunta, due anni più tardi, dalla Cassazione di Palermo¹⁸¹.

A conclusione di questo elenco del decennio 1880, un ultimo caso riprova la scarsa armonia tra le varie corti civili italiane in tema di effetti civili da riconoscere ai matrimoni religiosi. Per la Corte d'Appello di Torino, il matrimonio religioso non faceva incorrere in violazione della condizione di vedovanza, anche quando fosse imposta per testamento dal coniuge defunto, in quanto tale matrimonio non produce effetti civili. E tuttavia, questo matrimonio, se vietato dal testatore secondo una disamina delle sue ultime volontà, poteva produrre la decadenza dal legato¹⁸².

Della speciale attenzione che i giudici riservano al profilo «sociale» e convenzionale del matrimonio è indicativa una sentenza catanese del 1884. Vi si indica quale fosse la precedenza accreditata ad un rito sull'altro nella sensibilità collettiva. Si giunge ad ammettere la dipendenza del rito civile e del rapporto coniugale da esso legittimamente sorto, dal rito religioso: l'unico in grado di conferire il crisma di legittimità morale anche al primo: «È lecito il patto anche sotto l'impero del cc. italiano con cui gli sposi dichiarano di sospendere la loro unione sino alla celebrazione del matrimonio ecclesiastico. Il rifiuto del marito a celebrare il matrimonio ecclesiastico disobbliga la moglie dal seguire il domicilio coniugale, e costituisce un'ingiuria grave verso di lei»¹⁸³.

Il giudice si sofferma anche su valutazioni extragiuridiche: «Perocché non è chi non vegga quanto dura e atroce sia la condizione di una donna in cui sia vivo il sentimento religioso, nel vedersi pur sempre legata ad un uomo che non potrà mai diventare suo marito in faccia alla Chiesa, perché contrasse ecclesiasticamente altre nozze». L'argomentazione extraformale poi si tinge di contenutismo improprio: «... la società cattolica, la terrà per una concubina. E non può la legge per fermo, autorizzare la indissolubilità di un nodo, stretto a causa di un errore sì grave». La decisione esemplifica un riconoscimento improprio del matrimonio religioso basato su criteri metagiuridici e sociologici non di dominio del giudice, che dovevano interpretare in senso più restrittivo e «letterale» l'art. 105 C.c.

¹⁸¹ «L'art. 105 cc. non contempla solo il caso dell'errore sull'identità fisica delle persone degli sposi; ma sibbene quello di una qualità essenziale che si compenetra nella persona civile, morale o giuridica». Così, Cass. Palermo, 4 luglio 1883, Raciti c. Strano, Foro Cat., III, p. 142; Foro It., VIII, 1, p. 1215; MAZZONI, 1881-'83, p. 893.

¹⁸² Corte d'Appello Torino, 17 gennaio 1881, Olivero c. Pelotto, Legge, 1875-'86.

¹⁸³ Corte d'Appello di Catania, 28 marzo 1884, Bonaccorsi c. Cavallaro, Giurisp. Cat., XIV, p. 65; Giurisp. It., 1884, 2, p. 382; Ann., XVIII, 3, p. 407; Foro Cat., IV, p. 116; MAZZONI, 1884-'88, p. 1636; Foro It., 1884, p. 722.

In tema di obblighi nascenti dal matrimonio si possono cogliere interessanti sfumature e diversità di posizioni: il Tribunale di Teramo, 2 febbraio 1886, Cardamone c. Lattanzi, così statuisce: «Tanto la condizione che non sia valido il matrimonio civile se non venga eziandio celebrato dinanzi alla Chiesa, quanto la promessa di fare il matrimonio col rito religioso, non producono obbligazioni civili. I fatti che costituiscono causa di separazione, possono essere indotti dalla moglie quali giusti motivi di rifiuto a seguire il marito». Cfr. MAZZONI, 1884-'88, p. 1636. Per le altre questioni, relative

Le decisioni raccolte indicano l'esistenza negli orientamenti dei giudici civili, di un doppio criterio di valutazione: da un lato, la coercitività e l'imperatività delle leggi; dall'altro, l'esigenza di non comprimere, fino ad annullarle, le regole secolari vigenti per il matrimonio religioso. Se il giudice statuale ha il dovere d'imporre il primato del matrimonio-contratto sul matrimonio-sacramento, tuttavia quest'ultima dimensione del vincolo di coniugio ha dalla sua la speciale forza cogente dell'autorità morale per la maggioranza degli italiani¹⁸⁴.

8. d) *Il decennio di fine secolo*

Non sembra potersi affermare che, nel decennio 1890-'99, gli eventi politici abbiano influenzato significativamente gli orientamenti delle corti civili del Regno. Non vi sono sobbalzi nella politica della Sinistra giolittiana, ormai stabilizzata. La «questione romana» è sospesa nell'arenile della diplomazia ecclesiastica internazionale, ma è soprattutto la società civile a frenare il ritmo revisionista che la politica, fin dal 1893, vorrebbe imprimere alla riforma del matrimonio, con la precedenza del rito civile sul religioso. Eppure, gli italiani continuano a preferire il matrimonio contratto sull'altare, sino ad accettare le disagiabili condizioni imposte da un matrimonio di fatto, sanzionato pecuniariamente come unione illegale, ritenendo quello civile un rito obbligatorio ma inutile per le esigenze della «*salus animarum*».

La riforma della magistratura segue il suo corso, mentre le corti decidono ancora sul diritto anteriore applicabile ai vincoli matrimoniali di più antica data e alla bolla *Satis vobis*, tuttora produttiva di effetti nel meridione italiano. Si tratta di un ulteriore sintomo della resistenza delle convenzioni, nonostante l'avvicinarsi degli uomini di potere, del fluire dei regni, del rinnovarsi delle leggi.

alla *condicio viduitatis*, o alla rilevanza quale impedimento degli ordini sacri e voti religiosi, la giurisprudenza si mostra stabile. Si omettono perciò ulteriori richiami per questo decennio ed in seguito.

¹⁸⁴ Così, ancora nel pieno impero delle leggi civili, la Corte d'Appello di Ancona affermerà che: «Sebbene il diritto canonico non abbia più *vim legis*, costituisce però sempre alta autorità morale nelle questioni che si attengono ai rapporti morali nati dal matrimonio e tutelati dagli articoli 130-132 cc.». Corte d'Appello Ancona, 10 novembre 1888, Palazzi-Gisberti c. *Utrisque*, La Legge, 1887-'97. Per un quadro della situazione, vedi ARNALDO DE VALLES, *Valore ed efficacia della giurisdizione ecclesiastica per il diritto italiano*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1925, I, pp. 305 ss.; FRANCESCO DEgni, *Del matrimonio*, Napoli-Torino, 1926; ARTURO CARLO JEMOLO, *Competenza dei tribunali civili nelle cause di annullamento dei matrimoni preconcordatari*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, Anno VII, n. 3, Cedam, Padova, 1930, pp. 200-211; GIROLAMO PENSO, *La validità del matrimonio*, in *Critica Forense*, 1927, p. 170.

Nel 1890 la Corte d'Appello di Venezia si pronunciava su una questione di diritto transitorio, circa un matrimonio contratto sotto l'impero delle norme tridentine, ma dovendosene considerare l'effettiva validità, dato che la celebrazione si compì avanti al parroco «non proprio» di uno degli sposi. La questione, non nuova, venne risolta nel senso della nullità del matrimonio. Il vincolo era stato celebrato sotto la vigenza del Codice civile austriaco e quindi nell'impero di un sistema che si richiamava al diritto canonico. La logica applicata dal giudice riproduce i principi generali di diritto già esaminati: rispetto dei «diritti quesiti», e, dunque, inapplicabilità della nuova legge ad un fatto compiuto precedentemente alla sua attuazione.

Più interessante la seconda questione posta alla Corte e che solleva il problema se fosse ammissibile in quel giudice la competenza a decidere secondo il diritto canonico, dichiarando il matrimonio difettoso della condizione di essere celebrato dinanzi al «parroco proprio» degli sposi¹⁸⁵.

Il matrimonio di coscienza, sul finire del secolo, è ancora oggetto di decisioni contrastanti anche nel medesimo contesto culturale. Ciò è testimoniato dai forti contrasti emersi in seno alla magistratura palermitana: la Corte d'Appello di Palermo, nella causa Benso-Manetti, afferma che i matrimoni di coscienza riconosciuti dalla bolla *Satis vobis* non sono matrimoni clandestini e costituiscono un impedimento dirimente ogni altro matrimonio, salvo il mancato adempimento degli atti dello stato civile, che ne avrebbe precluso

¹⁸⁵ Il giudice civile statuiva che «l'azione per siffatta nullità non era più proponibile, ove fosse decorso un anno dall'attuazione del cc.». In tal modo il giudice evitava il rischio di derogare al principio dell'irretroattività delle leggi, affermando che una tale azione poteva esercitarsi solo dopo che un giusto lasso di tempo – un anno –, ex. art. 104 C.c. italiano, avesse «confermato» la stabilità delle leggi nuove evitando così di ledere i principi a garanzia delle leggi anteriori.

Il giudice giustificava l'applicazione del diritto civile nuovo (qui la prescrizione di un'azione di nullità sul matrimonio religioso) a situazioni anteriori, sulla base del «fine altissimo di pubblica utilità» contenuto nell'istituto della prescrizione. Sul fatto che tale azione incidesse su una questione di diritto canonico – il difetto di parroco proprio introduceva il caso di un matrimonio clandestino –, il giudice civile argomentava, affermando la sostanziale identità di *ratio legis* tra diritto ecclesiastico (difetto del parroco) e diritto civile nuovo (incompetenza dell'ufficiale di stato civile), sostenendo che le due evenienze implicavano «identità di concetto». Infatti, come si rilevò, anche nelle precorse normative austriache «il parroco era, quanto al diritto e per gli effetti civili, né più né meno che un ufficiale di stato civile».

Seguendo un criterio di comparazione di sistemi giuridici diversi, cui si perveniva all'affermazione di una «identità di diritto canonico e civile», il giudice statuale adombrava una soluzione di compromesso in cui riconosceva rilevanza al vincolo matrimoniale canonico e alle leggi che lo governavano, ma condizionandone l'esercizio a termini stretti, sotto la crescente pressione esercitata dal nuovo Codice civile. Corte d'Appello Venezia, 25 luglio 1890, Capparozzo c. Sormani, BETTINI, 1891, p. 203; Temi Ven., 1890, p. 609; Legge, 1891, 1, p. 161; Foro It., 1890, p. 754; MAZZONI, 1889-'93, p. 760. Sul punto, vedi anche l'art. 47 disp. trans. – richiamato in sentenza – per il quale, in tema di prescrizione, quando già iniziate, debbono essere regolate dal C.c., sebbene riguardino azioni già sorte precedentemente.

la produzione di effetti civili. Siffatto orientamento viene salutato da molti giuristi come un apprezzabile progresso su precedenti convincimenti¹⁸⁶. Di contrario avviso, la Cassazione palermitana che, riesaminata la controversia, afferma: «il matrimonio di coscienza contratto con le forme della bolla *Satis vobis*, sotto le passate leggi, costituiva una unione valida e quindi era di impedimento ad altro connubio». Conseguenza di ciò è che detto vincolo, sorto all'ombra delle antiche leggi «non può venir modificato dalla nuova legge, che non ha effetto retroattivo; e quindi l'unione valida allora, tale rimase sotto il nuovo regime»¹⁸⁷. Ciò, a dimostrazione dell'errore del giudice d'appello nel ritenere che il matrimonio di coscienza, celebrato nelle forme della bolla *Satis vobis*, fosse un'unione meramente naturale anziché sacramentale ed indissolubile. La Cassazione, dunque, impiega nuovamente le ragioni del diritto canonico.

La trafila delle motivazioni logiche assunte nella lite esaminata non termina qui, e il rimpallo d'opinioni la rendono un caso esemplare delle incongruenze espresse da giudici dei diversi gradi di giudizio, rimasti tenacemente fedeli alle proprie convinzioni. Il giudice di rinvio di Palermo, occupatosi della causa Benso-Manetti, riproduceva il contenuto della sua precedente decisione adottata in grado d'appello: quel matrimonio di coscienza non seguito da regia sanatoria e non trascritto secondo il disposto della legge 5 febbraio 1863, era «privo di effetti civili e quindi non poteva dar luogo ad adulterio, né ad incapacità a succedere dei figli adulterini»¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Corte d'Appello Palermo, 18 aprile 1896, Benso c. Manetti, Legge, XXXVI, 2, p. 26; Foro Sic., IV, p. 296; Circ. Giurid., XXVII, p. 195; Riv. Dir. Eccl., XII, p. 611.

¹⁸⁷ La Cassazione di Palermo emendava il giudice di Appello con un rilievo logico, ritenendo la sentenza viziata per contraddittorietà dei motivi: non si poteva sostenere l'esistenza di una «unione meramente naturale» e, nel contempo, affermare la validità del matrimonio di coscienza, salvo non contestare che quella Corte «si preoccupò un po' troppo degli effetti civili ...». Insomma, se quel vincolo matrimoniale era, per le leggi del tempo, matrimonio legittimo produttivo di impedimento dirimente per la Chiesa, tale era anche per la legge civile. Nell'*iter* dimostrativo del giudice di Cassazione che ancora applica il principio di irretroattività di leggi nuove per situazioni anteriori (specialmente se incidenti su *status* personale), val bene anche la reminiscenza storica: i regi rescritti e le leggi intercorse tra il 1823 e il 1865 di sanatoria a quei matrimoni, atti a produrre effetti civili, confermano la tesi che i matrimoni religiosi di coscienza erano validi. Cfr. il Regio rescritto 30 maggio 1823; legge 20 maggio 1863 e legge 23 marzo 1865 sulla trascrizione dei matrimoni di coscienza nei registri dello stato civile. Cass. Palermo, 30 dicembre 1897, Benso c. Manetti, Legge, XXXVIII, 1, p. 447; Foro Sic., VI, p. 64; Circ. Giur., XXIX, p. 3; Foro Catt., VIII, p. 68; Riv. Dir. Eccl., IX, p. 265.

¹⁸⁸ Corte d'Appello Palermo, 16 febbraio 1900, Benso c. Manetti, Riv. Dir. Eccl., 1900, p. 331 e nota 1, circa le sentenze ivi richiamate un materia di matrimoni di coscienza. Il giudice d'Appello spiega che la possibilità di sanatoria a gli effetti civili di matrimoni puramente religiosi diviene evento sempre più raro. I rescritti regi successivi al 1819 sono infatti nel senso del diniego degli effetti civili, salvo casi eccezionali di sanatoria per risoluzione sovrana. Così, i rescritti 1 aprile 1822; 30 maggio 1823; 16 novembre 1825; 26 settembre 1828. Tale linea di condotta si conservò ancora nel

L'inconciliabilità di vedute tra le corti palermitane degenerò poi in un'incomponibile divaricazione con il *dictum* della Cassazione di Roma a Sezioni Unite, del 22 giugno 1901¹⁸⁹. Questa sentenza riapriva la discussione sul tema degli effetti civili del matrimonio religioso, mettendo in luce le disarmoniche opinioni della magistratura «più tradizionalista», e suggeriva al legislatore la necessità di operare un compromesso tra Stato e Chiesa circa le materie più delicate di comune interesse.

Questa tendenza è ripetutamente espressa dalle Corti romane, sul matrimonio di coscienza disciplinato dalla bolla *Satis vobis* e, come tale, produttivo di effetti civili solo se pubblicato con la procedura semplice di richiesta del regio decreto di autorizzazione¹⁹⁰.

Uno dei casi tra i più spinosi giunto fino alla Cassazione romana è menzionato nei repertori, è il contenzioso tra i coniugi Palazzone, del 1891¹⁹¹. Il giudice era chiamato ad individuare, tra l'altro, la legge applicabile al caso, sia in rapporto al tempo che ai luoghi di celebrazione. Il secondo matrimonio fu celebrato in Roma, nel 1863, vigenti le leggi pontificie, ossia in osservanza delle prescrizioni del concilio di Trento, le quali, nello Stato Pontificio avevano applicazione piena, sia agli effetti civili che canonici¹⁹². La Corte,

rescritto 1 marzo 1839, per i vedovi che contraevano il solo matrimonio religioso, e nel rescritto del 22 settembre 1840, riguardo alla pena di cuxoricidio.

¹⁸⁹ Cass. Roma Sez. Un., 22 giugno 1901, Benso c. Manetti Orgini.

¹⁹⁰ Affermata la indiscussa validità del matrimonio di coscienza contratto sotto l'impero delle passate leggi del Regno di Napoli, la Corte romana chiariva che tale validità doveva intendersi sia «all'effetto di impedire ... il contrarsi da uno dei coniugi, altro matrimonio», sia nel rendere «adulterine, e relazioni sessuali» extramatrimoniali. Tali effetti (civili) «perdurano anche sotto l'impero del cc. italiano». A queste condizioni tali matrimoni producevano tutti i possibili effetti riconosciuti dallo Stato: quelli civili, ma «anche quelli feudali e nobiliari». Corte d'Appello Roma, 19 dicembre 1899, Notarbartolo c. Di Napoli; Temi Rom., 1899, p. 525; Corte d'Appello Roma, Di Napoli c. Di Napoli; Temi rom., 1899, p. 532.

¹⁹¹ La causa interessava Diana Valessini, sposata all'anziano Ignazio Palazzone nel 1852. La Corte giudicò «vero matrimonio nella sua essenza» (ai fini di impedimento a nuovi matrimoni) il successivo vincolo legittimamente contratto con Silvestro Palazzone innanzi alla Chiesa, secondo le leggi napoletane del 1819, sebbene non preceduto dalle formalità civili. In pari luogo la Corte riconobbe, sempre ritenendo applicabili dette leggi, la validità della dispensa pontificia dell'impedimento *publicae honestatis*, nel caso di matrimoni tra affini in linea retta, a causa del precedente e primario matrimonio, ritenuto come rato e non consumato, che legava la donna al marito, poi defunto. Cfr. VITTORIO SCIALOJA, nota a sentenza, in *Giur. It.*, vol. XLIV, 1892, Parte I, Sez. I, coll. 224-236.

¹⁹² La Cassazione statui sul punto, che: «il decreto luogotenenziale del 1861 che abolì il Concordato, non abolì le disposizioni delle leggi civili del 1819 relative al matrimonio»; quel decreto rimetteva in vigore le leggi costitutive l'antico diritto pubblico ecclesiastico. In secondo luogo, risolvendo la questione di diritto transitorio, collegata all'annessione territoriale dello Stato Pontificio, la corte affermò che «un matrimonio tra cittadini celebrato a Roma prima del 1870 e valido secondo il diritto pontificio, acquistò i pieni effetti civili a seguito della riunione delle Province romane al Regno d'Italia». La complessità della causa riuniva assieme le varie questioni di diritto spazio-temporale

in ossequio alla regola del *ius quaesitum*, affermò che tutti i matrimoni celebrati nell'ex Stato Pontificio conservassero intatti gli effetti civili ivi goduti, sebbene non fossero conformi alle leggi del Regno d'Italia, anche dopo l'annessione del 1870¹⁹³.

Indubbiamente questa sentenza della Cassazione segna un altro caso di applicazione, nel rispetto dei diritti quesiti, delle regole di diritto canonico. In particolare, interviene sulla questione della dispensa pontificia dall'impedimento di pubblica onestà, che avrebbe permesso alla parte interessata di vedersi riconosciuto agli effetti civili il matrimonio successivo, ma precedente al 1870. Tuttavia, anche nella precorsa fase di giudizio, la Corte de l'Aquila aveva fatto riferimento al diritto canonico¹⁹⁴.

Ed ancora a quelle norme rinvia il Tribunale di Palermo, sempre in virtù delle leggi civili napoletane del 1819, in tema di matrimonio clandestino¹⁹⁵.

Successivamente, il giudice d'Appello di Palermo invertì la decisione. Il

e personale che il giudice civile era chiamato ad accertare. Per chiarezza, ricorderò che il secondo matrimonio tra Diana Valentini e Silvestro Palazzone, ossia il vincolo che fu impugnato di validità e di legittimità, fu inquadrato come matrimonio putativo, cioè in buona fede, e dunque valido, (anche per i diritti riconoscibili in capo ai figli nati da questa unione), sia in rispetto delle leggi civili, sia delle più antiche leggi canoniche. Queste ultime, infatti, stabilivano che il matrimonio putativo legittimava agli effetti civili indistintamente tutti i figli, anche se incestuosi o adulterini.

¹⁹³ Ora, però, si poneva il diverso problema dell'applicazione ferrea dei «diritti quesiti» e dello stato personale (essendo i coniugi di origine napoletana): poteva detto matrimonio ritenersi valido anche nell'ex Regno di Napoli, ormai già fuso all'Italia nel 1870? Anche in tal senso il matrimonio era valido, a meno di non ritenere che «il matrimonio stesso avesse avuto gli effetti di matrimonio legittimo in una parte del Regno, mentre in un'altra si sarebbe dovuto ritenere come vietato, e considerare come incestuosi i figli nati da siffatta unione». Così, Cass. Roma, 30 maggio 1891, Palazzone c. Palazzone. Vedi BETTINI, 1892, I, I, p. 224; Legge, XXXI, 2, p. 469; Foro It., XVII, 1, p. 71; Corte Supr., XVI, 2, p. 316; MAZZONI, 1889-'93, II, p. 759.

¹⁹⁴ Ciò, non solo richiamando le leggi anteriori civili vigenti nel napoletano prescriventi le forme tridentine, per ottenere gli effetti civili «riguardo ai coniugi, ai loro figli e necessariamente per la legittima ...», ma anche per qualificare l'essenza del vincolo, in quanto «secondo le leggi canoniche, era considerato legittimo-rato, quel matrimonio che non era seguito dalla copula e senza di questa si aveva solamente vincolo, ma non si riteneva perfetto ...». L'Aquila, 14 gennaio 1890, Palazzone c. Palazzone, Giorn. Giur., V, p. 369; MAZZONI, 1889-'93, II, p. 760.

¹⁹⁵ La Corte lo riconosce come vincolo indissolubile, nonostante difettasse delle forme civili atte a renderlo produttivo di effetti civili. Tale indissolubilità comportava l'illiceità di un nuovo matrimonio contratto da uno dei coniugi, in quanto «viziato da nullità assoluta e imprescrittibile per bigamia ... in costanza del primo, effettuato innanzi la Chiesa». Il richiamo al diritto canonico si riflette anche nei meccanismi processuali, imponendosi il rispetto in sede civile delle fasi precorse davanti al giudice canonico: «... se per le leggi del 1819, del Concordato della Santa Sede del 1818, la giurisdizione per pronunciare la validità o la nullità del matrimonio spettava unicamente all'autorità ecclesiastica, ciò nondimeno per le susseguenti leggi transitorie del 1865, non è aperto l'adito all'esperimento di opposizione di terzo contro il giudicato in siffatta materia emesso dalla Curia ecclesiastica, se non esclusivamente innanzi la Corte d'Appello». Trib. Palermo, 30 marzo 1892, Di Maria c. Virgadamo, Legge, XXXII, 2, p. 492.

matrimonio clandestino contratto prima del 1827 non poteva essere equiparato al matrimonio di coscienza e, dunque, non valeva quale impedimento matrimoniale, in quanto improduttivo di effetti civili e così anche i figli nati da questa unione erano da considerarsi naturali¹⁹⁶.

Vi sono poi, dei casi eccezionali, in cui il giudice civile non solo rinvia al diritto canonico in applicazione del principio «*tempus regit actum*», ed escludendo esplicitamente le disposizioni civili per la disciplina delle prove, ma addirittura si avvale della giurisprudenza della Rota romana¹⁹⁷.

Ancora del 1890, una decisione della Cassazione di Torino che dichiara improduttivo di effetti civili il matrimonio religioso, non gli nega poi, sulla base delle regole interpretative sulla volontà del *de cuius* negli atti testamentari, la forza interruttiva della *condicio viduitatis* e, quindi, l'effetto risolutivo sulle disposizioni testamentarie¹⁹⁸.

Degna di nota è la decisione del Tribunale di Milano, con la quale si dichiarava la nullità del matrimonio religioso sulla base di norme canoniche, applicate sia per verificare il rispetto delle condizioni di celebrazione, sia per individuare le qualità personali dei coniugi «*vagantes*»¹⁹⁹.

Si ricorda, ancora, la decisione del giudice di Palermo in primo grado, in cui si statuiva che: «lo scioglimento del matrimonio fatto alla Chiesa per voto di castità dei coniugi non ha effetti civili, né esecuzione in Italia». Quel tribunale, poi ribaltato in appello, ammetteva stabilità al vincolo e rifiutava il riconoscimento della causa di scioglimento di natura canonica, ossia, per una ipotesi di matrimonio rato e non consumato²⁰⁰.

¹⁹⁶ Trib. Palermo, 3 giugno 1895, Virgadamo c. Di Maria, Foro Sic., II, p. 278; MAZZONI, 1894-'98, p. 97. Tale sentenza chiariva quanto disposto dal rescritto reale 6 agosto 1832, che permetteva agli Ordinari di benedire il matrimonio senza l'adempimento precedente degli atti di stato civile. Ciò, solo nei casi per i quali le regole tridentine permettevano la dispensa delle pubblicazioni. In tal caso il matrimonio non produceva effetti civili, ma poteva essere «sanato» attraverso la trascrizione civile su ordine regio. Beninteso, il matrimonio religioso contratto prima del 1827, senza le forme e le necessarie pubblicazioni, non poteva esprimere alcuna ipotesi di impedimento matrimoniale, sia nel civile, sia nell'ecclesiastico. Analogamente, Corte dei Conti, 4 dicembre 1896, Limoto, Municipio it., II, p. 122.

¹⁹⁷ Così, è in base a quella giurisprudenza la quale ammetteva anche la *prova semiplena*, per matrimoni non annotati nei registri parrocchiali che il giudice civile accoglie la prova, poi andata distrutta o smarrita, di un matrimonio registrato. Trib. Campobasso, 2 giugno 1890, Petrini c. Spetrino, Riv. Sann. Irp., 1892, p. 40; MAZZONI, 1889-'93, p. 759.

¹⁹⁸ Cass. Torino, 28 dicembre 1890, Draghi c. Rossi, Giurisp. T., XXVIII, p. 157.

¹⁹⁹ «... agli effetti delle disposizioni canoniche sulla celebrazione del matrimonio, non possono reputarsi nomadi o *vagantes*, due artisti di teatro» in viaggio per ragioni di lavoro. «È quindi nullo per incompetenza del celebrante, il loro matrimonio ivi benedetto da un parroco locale». Trib. Milano, 25 gennaio 1894, Brunello c. Bracale, Monit. M., XXXV, p. 155; MAZZONI, 1894-'98.

²⁰⁰ In sede di Appello il giudice di Palermo modificava la decisione, affermando che «un matrimo-

Si vorrà, infine, menzionare una sentenza della Cassazione napoletana, del 2 aprile 1894, relativa al matrimonio di un religioso: decisione significativa, perché segno del cambiamento dei tempi, dato che a mutare opinione è la giurisprudenza tradizionalmente più restia ad accogliere il principio di separazione.

Con un deciso colpo d'ala che scuote gli orientamenti espressi sin dagli anni '70 – esemplificati dalla decisione in causa Treglia c. Treglia per il rinvio al diritto canonico – il mutamento giurisprudenziale è un fatto compiuto: quella Corte infatti sostiene la validità del «matrimonio del prete contratto sotto lo impero del codice civile italiano» argomentando in modo innovativo²⁰¹.

9. *Giurisprudenza e dottrina postconcordataria in tema di matrimoni religiosi. Cenni*

All'indomani della stipula del Concordato del 1929 la giurisprudenza si trovò ad operare entro un sistema matrimoniale trasformato nel quale l'introduzione della «riserva di giurisdizione» (ex art. 34 co.4 Concordato) e gli artt.21 e 22 della legge matrimoniale 27 maggio 1929, n.847 in attuazione di

nio rato e non consumato, concluso validamente da un italiano all'estero con la forma religiosa e nell'estero Stato validamente annullato con dispensa pontificia accettata e eseguita dalla competente autorità civile dello Stato, è perciò solo, annullato anche in Italia». Nel giudizio d'Appello si ristabilì il principio, trascurato in primo grado, del «*locus regit actum*»: la questione infatti, prendeva in considerazione il criterio dello stato personale. L'art. 6 disp. gen. cc. 1865, in materia di forme dei matrimoni celebrati all'estero, stabiliva che non vige lo stato personale e nazionale, ma lo stato reale locale (*locus regit actum*). Nel caso de quo, il matrimonio celebrato nelle isole Ionie era «misto» civile-religioso ed annullato dalla competente giurisdizione di Corfù. Vedi Trib. Palermo, 11 settembre 1893, Carrington c. Latour; Foro Sic., 1893, p. 298; Foro It., 1893, p. 885; Appello Palermo, 16 agosto 1895, Carrington c. Latour, Foro It., 1896, p. 892; BETTINI, 1896, I, II, p. 1.

²⁰¹ La Corte scoglie in nodo della legge applicabile al caso, ed osserva che: «... *in lege condita*, dove non è riprodotto il divieto per vincolo di voto solenne o degli ordini sacri, che era scritto nell'art. 162 delle leggi del 1819, (...) il silenzio serbato dalla legge appunto per escludere come estraneo al suo istituto ogni altro aspetto che non si attenga al rapporti prettamente civili». Nell'affermare l'inefficacia di qualsiasi disposizione intesa ad imporre «divieti ed impedimenti non sanciti dalla legge», il riferimento è ad un matrimonio inteso esclusivamente come vincolo civile, giacché: «... il codice civile, seguendo il principio della separazione della Chiesa dallo Stato, ha considerato e regolato il matrimonio non altrimenti che sotto l'aspetto di contratto civile». È, quindi, grazie ad una diversa e duplice natura riconosciuta ontologicamente dal giudice, che è possibile applicare norme appartenenti a tempi e ad ordinamenti differenti: «Sicché non è ibridismo detta sentenza che avesse indotto l'applicazione simultanea di due codici diversi, ma è la diversa indole dei due diritti da definire, di cui l'uno reclama l'applicazione del codice civile, e l'altro quella delle leggi del 1819». *Riv. Dir. Eccl.*, 1894, pp. 756 ss.

quello,²⁰² contribuirono a modificare nella sostanza l'assetto postorisorgimentale dominato dal diritto transitorio²⁰³.

Va rilevato che l'art. 22, nell'introdurre le condizioni del riconoscimento civile di una pronuncia ecclesiastica di nullità matrimoniale, qualora ricorresse «una causa ammessa anche nel codice civile», nell'infelice fattura tecnica della formula²⁰⁴, introduceva surrettiziamente una modalità di rinvio al

²⁰² I due articoli avevano lo scopo, in quanto disposizioni transitorie, di parificare giuridicamente i matrimoni celebrati prima e dopo l'entrata in vigore della legge 847/29 (8 agosto 1929).

²⁰³ La dottrina si occupò ampiamente della legge n.847/1929. Qui ci si limita a rammentare il differente scopo delle due norme citate, destinate a sollevare problemi interpretativi: l'art. 21 consentiva ai nubenti preconcordatari la trascrizione con effetti *ex nunc* nei registri dello stato civile; l'art. 22, quello «più tormentato dagli studiosi» equiparava i due modelli matrimoniali (il preconcordatario, che affiancava i due matrimoni e il duplice rito, civile e canonico; il concordatario, che proponeva in solo matrimonio religioso, produttivo di effetti civili), con il fine di risparmiare agli sposi preconcordatari l'eventuale contraddittorietà di decisioni di nullità da parte di due giurisdizioni concorrenti. L'art. 22 poneva sul tappeto una serie di questioni cui la giurisprudenza avrebbe risposto con motivazioni oscillanti, per poi aderire alla tesi della giurisdizione concorrente in caso di annullamento (o nullità canonica) del vincolo. Cfr. RAFFAELE NIGRO, *Matrimonio: art. 22 legge 27 maggio 1929, n. 847*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 649 ss. Per la dottrina, in generale: CORRADO BERARDINI, *L'art. 22 della legge 27 maggio 1929, n. 847, per l'applicazione del Concordato nella parte relativa al matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1930, p. 11 ss.; ARNALDO BERTOLA, *Sulla trascrizione del matrimonio religioso preconcordatario*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1931, p. 82 ss.; LUIGI CAPALTI, *La funzione giudiziaria negli effetti civili dei matrimoni preconcordatari*, in *Foro Italiano*, 1930, I, p. 577 ss.; LUIGI CAPALTI, *La procedura per la trascrizione delle sentenze di nullità e della dispensa pei matrimoni preconcordatari*, CEDAM, Padova, 1933; LUIGI CAPALTI, *Tre anni di diritto matrimoniale concordatario in Italia*, in Biblioteca de "Il diritto ecclesiastico", Roma, 1932; RAFFAELE DE RUBEIS, *L'art. 22 della legge 27 maggio 1929, n. 847, sul matrimonio nella relazione annuale del Proc. Generale presso la Corte di Appello di Cantanaro*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1934, pp. 330 ss.; ADRIANO GIUFFRÉ, *Vitalità di una disposizione transitoria: art.22 legge 27 maggio 1929, n. 847*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1974/II, pp.141 ss.; GAETANO GRISOSTOMI MARINI, *Il diritto matrimoniale*, Sefi, Roma, 1929; ARTURO CARLO JEMOLO, *Cenni sul processo canonico con particolare riguardo alle cause di annullamento matrimoniale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, Anno VIII, n.3, Cedam, Padova, 1931, pp. 145-160; ARTURO CARLO JEMOLO, *La disciplina del matrimonio civile nella riforma del codice*, in *Giuspr. It.*, LXXXVI, UTET, Torino, 1934, coll. 69 ss.; ANDREA PIOLA, *Di alcune condizioni per l'applicabilità dell'art. 22 sui matrimoni preconcordatari (correlazione tra le due celebrazioni e volontà dei coniugi per gli effetti civili della dispensa «de rato»)*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1935, pp.438 ss.; LUIGI SCAVO LOMBARDO, *Variazioni tematiche intorno all'art.22 della legge 27 maggio 1929 n. 847*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1944-'45, pp. 46 ss.; MARIO SINOPOLI, *Ancora sulla controversia relativa all'applicabilità dell'art. 22 della legge 27 maggio 1929, n. 847*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1934, pp. 48 ss. Quanto alle questioni relative alla trascrizione dei matrimoni preconcordatari, vedasi: CESARE MAGNI, *Effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 1948, pp. 144-155; FRANCESCO SIRACUSA, *La trascrizione dei matrimoni religiosi preconcordatari*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1933, pp. 27 ss. Più in generale, LORENZO SPINELLI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1966.

²⁰⁴ Tale imprecisione è motivo di ulteriori difformità nella giurisprudenza e nella dottrina, divisa nel sostenere la natura «obiettiva ed astratta» o, al contrario, «concreta» della causa ammessa dal Codice civile. RAFFAELE NIGRO, *Matrimonio* cit., pp. 657 ss.

diritto canonico, per il neppur tanto velato richiamo «per equipollenza» alle norme ecclesiastiche. Più in generale vale qui osservare che l'art. 22 dava per presupposto fondamentale, come rivelava più recente dottrina, la natura non giurisdizionale della sentenza ecclesiastica di nullità, con ciò, ponendosi in piena sintonia con la valutazione da attribuire all'atto del matrimonio canonico, recepito dallo Stato già in sé formato e solo riconosciuto agli effetti civili²⁰⁵, in coerenza, si aggiunge qui, con la consapevolezza della natura «sacramentale» di cui si sostanzia il vincolo religioso e di cui si intese sottolineare il significato sin dalle prime pagine di questo studio. In ogni caso, col nuovo assetto concordatario, le disposizioni transitorie ex artt. 21 e 22 sollecitavano la giurisprudenza al ruolo di traino e di concreta espansione della portata normativa della legge, anche in tal caso, operando sulla linea di confine della tecnica del rinvio al diritto canonico, specie nell'ipotesi di dispensa dall'impedimento canonico²⁰⁶.

Tenuto per fermo il collegamento finalmente posto in essere in ambito matrimoniale tra i due ordinamenti proprio grazie al complesso normativo del '29, soprattutto da questa fase in poi si veniva delineando con chiarezza la questione della qualificazione tecnica del fenomeno giuridico che induceva il giudice statale ad applicare *in subiecta materia* una norma canonica.

Anche in questi frangenti, sarà utile osservare, la giurisprudenza non smise di giocare un ruolo relevantissimo, talvolta divaricando dalle prospettive della dottrina. Ci basti la Cassazione civile a Sez. Unite, 7 agosto 1945, n.713, per la quale, in materia matrimoniale, si prefigurava chiaramente una possibilità per il giudice civile di «ricepire» il diritto canonico²⁰⁷.

²⁰⁵ LAZZARO MARIA DE BERNARDIS, *L'art.22 della legge matrimoniale n.847 del 1929 e la sentenza n. 18 del 1982 della Corte Costituzionale come premesse di una nuova disciplina concordataria*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffré, Milano, 1982/I, pp. 420-421.

²⁰⁶ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio (Art. 79-83)*, in *Commentario del codice civile* (a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca), Zanichelli, Bologna, 1971, spec. pp. 822- e 823, nota 10 e p. 824, nota 11, con richiamo a Corte App. Roma, 15 aprile 1941, per la quale, l'istituto del matrimonio, disciplinato dalle norme di diritto canonico, era oggetto di «diritto ricettizio da parte dello Stato».

²⁰⁷ Foro It., 1944-'45, I, p. 301. Sulle qualificazioni del fenomeno nel quadro dei criteri concettuali propri del diritto internazionale, del «rinvio» nelle sue modalità (rinvio tecnico, recettizio e non), una parte della dottrina esprime un giudizio negativo. Tra questi, Luigi De Luca, Francesco Falco, Orio Giacchi. Molto articolata, la posizione assunta dallo Jemolo e specialmente dal Finocchiaro, per il quale: «è ben chiaro che ... nessun organo dello Stato è chiamato ad applicare le norme canoniche» in materia matrimoniale e, in ogni caso, la vicenda giuridica prefigurata dall'art. 34 del Concordato, qualora spiegata con l'ausilio della tecnica del «rinvio», avrebbe condotto a «soluzioni erronee». Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio* cit., pp. 226 ss. nota 4, e p. 233. Di quest'ultimo A. si veda, tuttavia, la nota 221.

10. *Riemersione del sistema preconcordatario di rinvio a norme canoniche «concorrenti» in alcune recenti decisioni matrimoniali. L'interminabile tela di Penelope*

Con la stipula degli Accordi di revisione del 18 febbraio 1984 la disciplina matrimoniale ha registrato il suo terzo avvicinamento di sistema²⁰⁸. Il nuovo modello, tuttavia, si è mostrato claudicante sin dalle prime battute per un'opinabile tecnica di redazione testuale. L'abrogazione normativa per statuizioni implicite o «silenti»²⁰⁹ è stata giudicata «equivoca»²¹⁰ e, soprattutto, ha finito per mantenere vive – stigmatizzate dall'azione ermeneutica della dottrina e della giurisprudenza –, ormai croniche ambiguità²¹¹.

²⁰⁸ «La legislazione separatista (ha reso) irrilevante i matrimonio canonico... (quella) del 1929-'30 ha nuovamente consentito il riconoscimento del matrimonio cattolico, ... ma ha determinato la reviviscenza della giurisdizione ecclesiastica sulle cause di nullità dei matrimoni concordatari. (quella) del 1984 ... ne ha ridotto i privilegi». Così, CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010³, p. 365.

²⁰⁹ È appunto su tale poco pregevole tecnica nomogenetica delle «abrogazioni implicite» e dei vuoti normativi che si è originata una contrapposta dottrina, accomunata dalla «esegesi del silenzio», secondo la felice espressione in RAFFAELE BOTTA, *L'esegesi del silenzio. (Nuovo concordato e riserva di giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio)*, in *Concordato e legge matrimoniale* (a cura di S. Bordonali e A. Palazzo), Jovene, Napoli, 1990, p. 667 ss. In effetti, proprio su tale silenzio, sia gli assertori che i detrattori della sopravvivenza della «riserva di giurisdizione» avevano «individuato ... un argomento a favore delle proprie tesi». NATASCIA MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato sul matrimonio «concordatario» tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 90; RAFFAELE BOTTA, *Materiali di diritto ecclesiastico. Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 45 e 51.

²¹⁰ MARIO CONDORELLI, «Scherz und ernst» nel nuovo Concordato, in *Il Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1984, I, p. 376.

²¹¹ «Le affermazioni della Corte a favore della “sopravvivenza” della riserva di giurisdizione suscitano non poche perplessità – come dimostra l'ampio dibattito apertosi sulla questione – sia per il *modus procedendi* da essa adottato, sia per il fatto di non aver tenuto in debito conto le argomentazioni addotte dalla Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. 13 febbraio 1993 n.1824) la quale, ... si era espressa decisamente a favore dell'intervenuta abrogazione della riserva di giurisdizione e, di conseguenza, della sussistenza di un concorso di giurisdizione tra Stato e Chiesa in materia di nullità del matrimonio concordatario. In effetti, ciò che lascia più perplessi, è che la Corte costituzionale non mostra di prendere nella dovuta considerazione la grande novità dell'accordo del 1984, che consiste nella mancanza di un esplicito riferimento all'esclusività della giurisdizione ecclesiastica...». Così, ALESSANDRO ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2010⁴, p. 93. Identicamente, GIOVANNI BARBERINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2007⁴, p. 252, per il quale: «si è messo in piedi un sistema che manifesta dubbi di interpretazione, difficoltà di applicazione e perplessità». Ed ancora: «il tema della riserva di giurisdizione... è stato ed è tuttora al centro di divergenti interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, che ne hanno fatto uno dei capitoli più controversi della nuova normativa concordataria». Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2002², p. 138 ss.; GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *I limiti del nuovo matrimonio concordatario*, in AA.VV., *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede* (a cura di R. Coppola) Milano, 1987, p. 733.

In realtà, sarebbero riscontrabili nel complesso della materia «ambiguità anche maggiori», indice di

Nonostante che la posizione a sostegno della sopravvivenza della «riserva di giurisdizione» a favore del giudice ecclesiastico avesse goduto del sostegno autorevole della Consulta, con la sentenza 2 febbraio 1982, n. 18, seguita poi da una pronuncia della Cassazione Sez. Unite, del 1 ottobre 1982, n. 5026²¹², l'intervento pattizio del 1984, nel complesso degli artt.8 e 13, co.1, poneva un'ineludibile nodo. La dottrina si sarebbe divisa, con una propensione maggioritaria per la linea del superamento dell'antico sistema del '29²¹³. Ma a marcare in profondità il solco della *summa divisio* dottrinale sarebbero poi intervenute nel 1993, com'è noto, due opposte pronunce delle massime giurisdizioni: la sent. Corte Cass. Sez. Unite 13 febbraio 1993, n. 1824²¹⁴ e la sent. Corte Cost. 1 dicembre 1993, n. 421²¹⁵. Contraria, la prima, favorevole, la seconda, all'idea della permanenza della «riserva di giurisdizione» a favore del foro ecclesiastico.

Quanto alla dottrina aderente alla tesi della sopravvivenza²¹⁶, basterà qui

ulteriori tentativi di accomodamento, edificati però su «fondamenta friabili». Cfr. MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione alla prova* cit., pp.538 e 540.

²¹² Vedasi FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., p.485, nota 8.

²¹³ Di un: «panorama di opinioni estremamente frammentato» riferisce RAFFAELE BOTTA, *Materiali* cit., p. 49.

²¹⁴ «Va tenuta in debita considerazione la diversità di orientamento manifestata in due sentenze, l'una della Corte di Cass. Sez. Un. 13 febbraio 1993, n. 1824, l'altra della Corte Cost., 1 dicembre 1993, n. 421. La Corte di Cass. con una sentenza molto articolata, dopo aver ricordato la sua precedente giurisprudenza favorevole all'esercizio della piena giurisdizione ecclesiastica, ha rilevato che "non si rinviene nell'accordo del 1984 una disposizione che sancisca il carattere esclusivo" di tale giurisdizione in materia matrimoniale. Per cui, posta l'abrogazione dell'art.34 concordato 1929, ne ha tratto come conseguenza l'esercizio della competenza del giudice statale sulle nullità matrimoniali "concordatarie"». GIOVANNI BARBERINI, *Lezioni* cit., p. 256. Vedi anche RAFFAELE BOTTA, *Materiali* cit., p.59 e pp.210 ss.

²¹⁵ GAETANO LO CASTRO, *La questione sui matrimoni canonici trascritti*, nota in *Giur. Cost.*, 1993, pp. 3469 ss.; «La Corte cost. rifacendosi anche a sue precedenti pronunce, ha ritenuto che il matrimonio religioso rimane regolato dal diritto canonico senza che sia operata nell'ordinamento italiano una recezione di quella disciplina, con quanto ne segue in ordine alla giurisdizione. Vale a dire che le controversie sulla validità di quel matrimonio sono riservate alla cognizione degli organi giurisdizionali dell'ordinamento canonico», GIOVANNI BARBERINI, *Lezioni* cit., pp. 256-257; RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico* cit., p. 272. Id., *Materiali* cit., pp. 59, 65 e pp. 213 ss. Tale A. parla di «...sentenza particolarmente deludente» (p. 66), a fronte della volontà innovativa del revisore concordatario. Posizioni critiche assimilabili, sono anche in SALVATORE BERLINGÒ, *Matrimonio concordatario e giurisdizione ecclesiastica: tra cooperazione e concorso*, in *QDPE*, Il Mulino, Bologna, 1994/1, p.111, ad avviso del quale la Consulta non si è avveduta del respiro dinamico del «diritto vivente». Diversamente, ravvisa il notevole contributo della sent. 421/93, nel senso di aver fatto «chiarezza su una "zona d'ombra", su cui sarebbe opportuno» il ruolo interpretativo del legislatore, PASQUALE LILLO, *Corte costituzionale e riserva di giurisdizione in materia matrimoniale*, in *Dir. fam e pers.*, Giuffrè, Milano, XXIII, I, 1994, p. 498.

²¹⁶ «A favore della tesi configurante una giurisdizione concorrente, nel senso della competenza a giudicare della nullità del matrimonio canonico sia in capo al giudice civile che dell'ecclesiastico, si

menzionare, per tutte, la posizione abbracciata da Luigi De Luca che, tornato sulla questione in più occasioni, già commentando la decisione n.18/82, riconfermava il proprio scetticismo sulla possibilità di un rinvio da parte del giudice statale alle norme del CIC²¹⁷.

Dall'altro versante, una nutrita schiera di giuristi ha sostenuto la tesi del superamento del sistema matrimoniale ex art. 34, co. 4 del Concordato del '29, imbracciando con sicurezza l'armamentario positivista, in virtù del quale poteva senz'altro ritenersi abrogato ciò che non fosse espressamente richiamato dal legislatore pattizio²¹⁸. Occorre però aggiungere che la dottrina

è schierata la Corte di Cassazione nel 1993. Qui si disconosce la riserva di giurisdizione ecclesiastica, sicché, a differenza del passato, «chi oggi non intenda adire il giudice ecclesiastico potrebbe rivolgersi al giudice statale, che valuterà la dedotta invalidità sulla base delle norme del codice civile o di quelle del *codex iuris canonici*». Ed ancora: «è soprattutto con riferimento ai superiori principi costituzionali che la tesi della permanenza della riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici appare come la più convincente». Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico* cit., pp. 139 e 141. Si veda, inoltre: GIUSEPPE CAPUTO, *L'efficacia civile della giurisdizione ecclesiastica matrimoniale*, in AA.Vv., *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede* cit., pp. 298 ss.; SANDRO GHERRO, *L'efficacia civile della giurisdizione ecclesiastica matrimoniale (dalla 18/82 della Corte Cost. all'accordo di modificazioni del Concordato lateranense)*, in *Ult.loc.cit.*, pp. 323 ss.; FRANCESCO ONIDA, *Giurisdizione dello Stato e rapporti con la Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1964; PIERO BELLINI, *Matrimonio concordatario: problemi vecchi e nuovi*, in *Il Tetto*, 127, 1985, pp. 24 ss.; PIERO PELLEGRINO, *La riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici*, Giuffrè, Milano, 2001; TEMISTOCLE MARTINES, *Profili costituzionali di pronunce della Corte Costituzionale nella materia matrimoniale concordataria*, in AA.Vv., *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa Madama* (a cura di E. Vitali e G. Casuscelli), Milano, 1988, p. 59; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede: profili di libertà*, in *Ult.loc.cit.*, p. 113 ss.; MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione* cit., p. 539, in senso critico; ID., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010⁵, pp. 313 ss. e p. 315; RAFFAELE COPPOLA, *Introduzione*, a AA.Vv., *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede* cit., pp. 53-56; GAETANO LO CASTRO, *La giurisdizione sui matrimoni canonici trascritti*, in *Giur. Cost.*, 1993, pp. 3489 ss.; MARCO CANONICO, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, Napoli, 1996, spec. p. 49 ss., spec. p. 72.

²¹⁷ LUIGI DE LUCA, *Ancora: la Corte di Cassazione e il matrimonio canonico tra giudice civile e giudice ecclesiastico*, in *Dir. Eccl.*, 2000, I, p.349 e pp. 351-352. ID., *Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale: esclusiva o concorrente?*, in *Scritti vari di diritto ecclesiastico e canonico*, Vol. I, Cedam, Padova, 1997, pp. 401 ss.

²¹⁸ Così, FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 485. Ma lo stesso A. non assume una posizione monolitica sul punto: ID., *Il matrimonio concordatario tra giurisdizione della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, in *La disciplina del matrimonio concordatario* cit., pp. 274 ss. dove precisa che parlare di «caduta della riserva di giurisdizione canonica» sarebbe scorretto, data la storica estraneità tra i due fori. Osservazioni ben sottolineate da GIACINTO ROMANO GIACOMAZZO, *Della c.d. «riserva di giurisdizione»*, in *Il Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1991, I, pp. 399-400, n. 34. Rilievi critici sono anche in FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Sulla caduta della riserva di giurisdizione*, in AA.Vv., *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale* (a cura di F. Cipriani) ESI, Napoli, 1992, pp. 160 ss. Per ulteriore dottrina: FRANCO CIPRIANI, *«Requiem» per la riserva di giurisdizione*, nota in *Foro It.*, 1993, I, pp. 722 ss.; ID., *Abrogazione espressa e sopravvivenza «logica» della riserva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici*, in *Foro It.*, 1989, p. 3482 ss. spec. p. 3484, n. 21 per il richiamo esteso alla dottrina civilista, processualista e costituzionale; ID., *Alla ricerca della riserva perduta*,

non sempre ha offerto un'altrettanto univoca e, soprattutto, non ideologica motivazione delle scelte fatte²¹⁹. Ciò, con speciale riguardo ai profili direttamente conseguenti alla ipotizzata caducazione della «riserva».

Com'è noto, infatti, tale tesi rinfocolava la fiamma dell'antica questione, ancora ardente sotto le ceneri, dei rapporti tra giurisdizioni, ossia della scelta tra sistema di «separazione» o, al contrario, di «concorrenza-riparto» tra fori: dilemma che rimandava direttamente all'altro, della facoltà del giudice civile di rinviare, in caso di necessità, a norme non statali per dirimere i dubbi sulla sorte del vincolo coniugale²²⁰. Gaetano Catalano, aduso a guardare

in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1993, I, pp. 960 ss.; CARLO CARDIA, *Principi* cit., p. 375: «Con l'art.8 degli accordi di revisione del 1984 «nasce il grande problema della nuova disciplina concordataria, se con essa sia venuta meno la riserva di giurisdizione, esplicitamente sancita dall'art. 34 Concordato del 1929»; GIOVANNI BARBERINI, *Lezioni* cit., p. 256: «a noi sembra che si sia dato vita ad un regime di riparto di giurisdizione, tenendo conto delle sent. Corte cost. n.176/1973 e 421/1993». Nel senso di concedere, al più, solo una «miniriserva di giurisdizione», da intendersi, tuttavia, in senso escludente il rinvio al diritto canonico, si veda ENRICO VITALI, *Relazione di sintesi*, in AA.Vv., *La disciplina del matrimonio concordatario* cit., pp. 399-412.

Per ulteriore dottrina: VINCENZO STARACE, *Giurisprudenza costituzionale e modificazioni del concordato*, in AA.Vv., *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede* cit., pp. 93 ss.; ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1993⁷, pp. 310 ss, spec. p. 315; RENATO ORIANI, *Rapporti tra giudice italiano e giudice ecclesiastico nelle cause matrimoniali: è ammissibile il regolamento di giurisdizione?*, in «Quaderni della Scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico», 2, Napoli, 1993, p. 47; ALESSANDRO ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico* cit., pp. 92 ss.; NICOLA COLAIANNI, *Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale: la riserva che non c'è*, in *Foro It.*, 1993, I, coll. 727 ss.; SERGIO LARICCIA, *La riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici al concorso delle giurisdizioni civile e canonica: una giusta (ma tardiva) affermazione della sovranità statale in materia matrimoniale*, in *Foro It.*, 1993, I, pp. 734 ss.; SILVIO FERRARI, *La Corte Costituzionale si pronuncia sulla riserva di giurisdizione ecclesiastica*, nota in *Corriere giuridico*, 1994, pp. 177 ss.; ID., *La Sacra Rota ha perso l'esclusiva sulla nullità del matrimonio concordatario*, in *Corriere giur.*, 1993, p. 298 ss.; RAFFAELE BOTTA, *Il matrimonio tra pluralismo confessionale e ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 275 ss.; PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 104-105; MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Giurisdizioni in materia matrimoniale e diritti confessionali*, Edisud, Salerno, 1992, pp. 199 ss.

²¹⁹ Rilievo evidenziato da SALVATORE BERLINGÒ, *Introduzione a AA. Vv.*, *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale* (a cura di S. Berlingò e V. Scalisi), Giuffrè, Milano, 1994, p. 5.

²²⁰ Infatti, secondo il sistema della «separazione» che considerava il matrimonio concordatario nella sua complessiva essenza di «doppio vincolo», il giudice civile avrebbe arrestato la sua valutazione entro il proprio esclusivo ambito di competenza. Con il sistema della «concorrenza-riparto» il concorso tra due giurisdizioni avrebbe condotto il foro «prevenuto» ad occuparsi del vincolo di coniugio nella sua interezza, potendo il giudice statuire tanto sul temporale che sullo spirituale. La Cassazione del 1993 avrebbe così riaperto non solo un problema di litispendenza, ma anche – e non chiarendola – la questione della facoltà del giudice statale di applicare il diritto canonico. In effetti, e questa è un'oggettiva lacuna del sistema, il legislatore concordatario avrebbe dovuto prevedere il problema dell'identificazione del diritto cui il giudice civile deve fare rinvio. Cfr. RAFFAELE BOTTA, *Materiali* cit., p. 51 e n. 94. Sulla possibilità del rinvio a norme canoniche, in virtù di quanto disposto dagli artt. 17-27 disp. prel c.c. (criterio della legge straniera regolatrice del rapporto sostanziale), si veda MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Giurisdizioni* cit., p. 215.

oltre le apparenze più immediate, bene intravedeva l'incerto altalenare della giurisprudenza e della dottrina sul tema del «rinvio». Effettivamente, se può giudicarsi coerente con la tesi della permanenza della riserva la posizione espressa da De Luca²²¹, in maggiori perplessità induce quella del Vitale²²² e così, quella del Ferrari²²³, mentre riflessioni critiche sono registrate anche da autori che, come il Tedeschi²²⁴, hanno da subito espresso dubbi sulle posizioni assunte dalla giurisprudenza costituzionale del '93, in ordine al principio della riserva.

D'altra parte incertezze erano già alimentate dalla giurisprudenza precedente a quella data²²⁵. Era infatti De Luca a segnalare e criticare, per eccesso

²²¹ LUIGI DE LUCA, *Ancora cit.*, pp. 351-352. Vedi anche GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico cit.*, p. 139; favorevole al rinvio al diritto canonico, nel qual caso occorrerà «solo individuare il criterio di collegamento [così da attenuare il] non lieve privilegio accordato ai cittadini di fede cattolica», FRANCO CIPRIANI, *Abrogazione espressa cit.*, p. 3490; FERNANDO SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, UTET, Torino, 1987, p. 176.

Per una prospettiva opposta, Cardia, secondo cui, affermatosi l'orientamento della competenza concorrente di entrambe le giurisdizioni circa la nullità dei matrimoni religiosi, cd. Concordatari «parte della dottrina è in corsa in un macroscopico equivoco» nel ritenere obbligatorio per il giudice italiano il rinvio alle leggi del CIC, anziché al diritto civile. Cfr. CARLO CARDIA, *Principi cit.*, pp. 377-378. Su tale linea, e favorevole all'applicazione della legge civile, PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo concordato con la Santa Sede*, in *Diritto di famiglia*, 1984, p. 1215.

Più complessa la posizione assunta da FRANCESCO FINOCCHIARO, *Sentenze ecclesiastiche e giurisdizione dello Stato sul matrimonio «concordatario» nell'Accordo 18 febbraio 1984 fra l'Italia e la Santa Sede*, in *Riv. Dir. Proc.* XXXIX, Cedam, Padova, 1984, pp. 401 ss., spec. pp. 425, per il quale A. «... dato che il negozio matrimoniale è disciplinato dall'ordinamento della Chiesa, sarebbe evidente che il giudice statale dovrebbe applicare le norme canoniche» e del resto, anche in discipline diverse dalla matrimoniale il giudice statale ha dato luogo a tale tipo di rinvio.

²²² Secondo il quale il giudice civile deve rinviare al diritto canonico in quanto obbligato dal generale principio giusprocessuale *iura novit curia*, anche se si tratti di diritto non statutale. ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico cit.*, p. 315.

²²³ SILVIO FERRARI, *La Sacra Rota cit.*, p. 298, il quale A. ravviserebbe nella pratica del rinvio una *deminutio* della laicità dell'ordinamento italiano. Per la negativa, in quanto: «... “dietro il fatto” non sembrerebbe esserci una *norma di diritto conoscibile* da parte del giudice dello Stato», PASQUALE LILLO, *Corte costituzionale cit.*, p. 492.

²²⁴ Così, MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione cit.*, pp. 547 e 552, il quale A. accoglie la tesi della permanenza della riserva di giurisdizione, ma circonda di punti interrogativi lo strumento del rinvio, cui il giudice civile dovrà ricorrere per condizione di forza maggiore: «Il giudice civile può certamente rinviare a una disposizione di un ordinamento statutale esterno al nostro: quello canonico ... e a che titolo?» (p. 541).

²²⁵ A titolo d'esempio, Cass. civ. sez. I, 11 maggio 1994, n. 4605. Proc. Gen. Corte app. Catanzaro c. Pezzano e altro: «In tema di delibazione di sentenza ecclesiastica di annullamento del matrimonio concordatario, non è consentito al giudice della delibazione di valutare nel merito il contenuto del difetto di consenso ravvisato da tribunale ecclesiastico, consista esso nell'esclusione di uno dei *bona matrimonii* o nella posizione di una condizione *de futuro* (...), poiché ciò integrerebbe una inammissibile interferenza nella disciplina dell'ordinamento canonico...», in *Il codice civile* (a cura di F. Bartolini), CELT, Piacenza, 1998, p. 648. Secondo RAFFAELE BOTTA, *Materiali cit.*, p. 69, di tale

di astrattismo giuridico, una sentenza della I Sez. della Cassazione civile, 16 novembre 1999, n. 12671, intesa a promuovere l'ingresso del giudice civile nella dimensione sacramentale attraverso il rinvio, in spregio dell'autonomia vantata dal negozio canonico²²⁶. Ma quella sentenza poggiava su dei precisi pregressi, risalendo a ritroso sino alla Cass. civile n.1824/1993, attraverso un *dictum* della I Sez. Cass. civile del 4 maggio 1997²²⁷. E tale pendolarità delle decisioni in materia di rinvio si è riflessa nei diversi gradi giurisdizionali, riverberandosi nei convincimenti dei tribunali in anni a noi più prossimi²²⁸.

Il panno tessuto da Penelope è stato così nuovamente smembrato e scomposto.

Ecco, dunque, per riordinare le fila di queste pagine, quanto di utile può suggerire la visuale distesa che si disvela a chi si inerpichi sull'albero secolare della comparazione storica. Di fronte all'attuale quadro normativo non c'è la giurisprudenza postrisorgimentale memore di perenti apparati legali fondati su poderose tradizioni giuridiche: il giudice dei nostri tempi non ha bisogno, costretto da vuoti normativi, di ergersi ad artefice di principi ermeneutici e appellarsi alla certezza dei «diritti quesiti».

Appare paradossale, per questo, che nell'era del «secondo Concordato», così distante dai progetti del separatismo cavouriano, affiorino i vagheggiamenti - più che legittimi - per un ritorno all'antico sistema preconcordatario

stato di cose sarebbe causa principale la decisione costituzionale n. 421/93.

²²⁶ LUIGI DE LUCA, *Ancora cit.*, p. 355.

²²⁷ Per i precedenti della citata sentenza Cass. n. 1824/1993: Cass. Sez. Un. 5 febbraio 1988, n. 1212 e 1 marzo 1988, n. 2164, in RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico cit.*, p. 272. Si ricordi che la Cassazione, nelle due menzionate sentenze del 1988, salutava il «superamento del principio della riserva di giurisdizione ecclesiastica [come] la caratteristica più saliente del nuovo Concordato». Sul punto, RAFFAELE BOTTA, *Materiali cit.*, p. 61.

²²⁸ Per i tribunali favorevoli al mantenimento della riserva di giurisdizione: Trib. Catania, 13 ottobre 1987; Trib. Napoli, 22 aprile 1989; Trib. Roma, 16 febbraio 1989; Trib. Torino, 30 giugno 1990; Appello Torino, 29 aprile 1994; Appello Firenze, 21 maggio 1999. Per la giurisprudenza di contrario avviso: Trib. Benevento, 13 febbraio 1990; Trib. Cremona, 17 febbraio 1994; Trib. Padova, 7 gennaio 1995; Trib. Torre Annunziata, 25 gennaio 1996; Trib. Milano, 17 giugno 1996; Trib. Milano, 14 maggio 1998. Sul punto, cfr. RAFFAELE BOTTA, *Manuale cit.*, p. 272; MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione cit.*, p. 551, n. 41; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico cit.*, p. 487, nn. 10, 11 e 12; NATASCIA MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato cit.*, p. 93, n. 120 e p. 99, n. 134.

Occorre qui rilevare come tali Tribunali si siano occupati, con soluzioni contrastanti, della questione del diritto applicabile da parte del giudice statale. Al Trib. Cremona, favorevole al rinvio al diritto canonico, si è opposto il Trib. di Benevento, per il quale vale la sola legge statale. Una via mediana è quella indicata dal Trib. Padova, che ammette il rinvio al diritto canonico, ma in base ad un concorso cumulativo di due criteri (*lex loci actus* e *lex patriae communi*) con l'effetto di preordinare un principio di concorrenzialità, non più sul foro, quanto nella scelta delle norme applicabili al caso *de quo*. Sul punto, approfonditamente, RAFFAELE BOTTA, *Materiali cit.*, pp. 70-72.

delle «giurisdizioni parallele»²²⁹. Appare ancor più singolare l'incerto ragionare della giurisprudenza costituzionale²³⁰ sul fondamento del precetto nell'art. 7 della Carta fondamentale. Quella norma, intesa a definire il quadro dei rapporti Stato-Chiesa, sancisce – come insegnava Gaetano Catalano – ben chiari ed inequivoci limiti per lo Stato-legislatore circa «... la condizione giuridica della Chiesa (...) e gli interessi confessionali dei cittadini cattolici»²³¹.

Si torna, dunque, al secondo corno della questione: l'onnubilamento dottrinale sull'esistenza dell'elemento sacramentale, cui accede l'altro, della «specificità» dell'ordinamento canonico²³². Si tratta di fattori nei cui confronti il riformismo silente delle volontà inesprese dall'art.8 degli Accordi di Revisione del 1984 nulla può dire di veramente innovativo²³³.

La giurisprudenza italiana ottocentesca, che ci mostra una maggiore emancipazione dalle fascinazioni formalistiche in cui sarebbe incorsa tanta dottrina successiva, sembra avvertire di questo rischio ricorrente paventato dal Catalano: la sirena dell'abuso dei criteri ideologici, di astrattismo giuridico, di uso non corretto di schemi concettuali desunti da altre seppur contigue discipline, nonostante il succedersi di maggiori modelli normativi di riferimento²³⁴. Siffatto deprecato rischio è un abito che periodicamente lusinga gli interpreti del diritto, poco solleciti a considerare che nella «specificità» di un ordine giuridico risiede la sua natura ontologica e che tale prioritaria precauzione si rivela condizionante nel ricavare gli strumenti ermeneutici più consoni ad assicurarne un'autentica comprensione.

Non a caso il menzionato Maestro fitalese – nei riguardi del quale in più occasioni la giurisprudenza della Consulta ha teso l'orecchio –, trattando di riserva di giurisdizione e di rinvio, sosteneva l'idea della funzione «ricogni-

²²⁹ Chiari riferimenti sono in LUIGI DE LUCA, *Ancora cit.*, p. 359 e MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione cit.*, p. 553; *Id.*, *Manuale cit.*, p. 319.

²³⁰ Infatti, si veda Corte Cost., sent. 8 ottobre 1996, n. 334, la quale insiste sul principio di distinzione tra «ordine civile» e «ordine religioso». Cfr. MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione cit.*, p. 544.

²³¹ GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 52. Forse sin troppo disinvolta la posizione critica assunta da FRANCO CIPRIANI, *Abrogazione espressa cit.*, p. 3485.

²³² Si rinvia all'articolo di FRANCESCO ALICINO, *L'altra «faccia» della specificità del matrimonio canonico (A proposito di Cassazione, sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica www.statoechiese.it, marzo 2009, spec. pp.10 ss., laddove affronta la questione del limite posto dal principio dell'ordine pubblico interno e del rischio di un affievolirsi della sua coerenza in relazione a materia coperta da Concordato.

²³³ GIACINTO ROMANO GIACOMAZZO, *Della c.d. «riserva di giurisdizione» cit.*, p. 404.

²³⁴ RAFFAELE BOTTA, *Materiali cit.*, p. 73.

tiva» dell'autorità statale verso le norme proprie di un ordinamento originario e primario, qual è l'ecclesiastico: un criterio flessibile, che motivava il possibile rinvio al diritto canonico non su astrazioni ideologiche ma radicandolo, si ripete, sull'oggettiva natura sacramentale e «speciale» del vincolo di coniugio²³⁵. Un criterio, si aggiunge, che in ossequio ad un realismo giuridico sottovalutato dai più, attingeva al significato ultimo della fattispecie concreta da trattare, quale materiale metro di misura nei cui confronti la norma prescelta, per sua maggiore consonanza al dato reale, si potesse rivelare la più opportuna alle esigenze di verità del giudizio.

²³⁵ Un vincolo che, per dirla con le parole del Berlingò, si distingue totalmente dal suo immediato referente «temporale», per la «dimensione religiosa e misterica di un patto sacrale». Così, SALVATORE BERLINGÒ, *Introduzione* cit., p. 16.

Notava il Catalano come: «Non dobbiamo dimenticare non solo la caratteristica di qualsiasi tipo di rinvio, che porta ad applicare il diritto straniero estraneo o straniero che sia, nel suo originario significato (...) Certo, le sentenze dei tribunali ecclesiastici applicano il diritto canonico e non possono non applicarlo se non nel significato originario...». Ed in risposta alle osservazioni della Relazione di MASSIMO CESARE BIANCA, (*Il matrimonio concordatario nella prospettiva civilistica*, in AA.VV. *La disciplina del matrimonio* cit., p. 89) secondo il quale «... a seguito della riforma del 1975 (...) il matrimonio civile si sarebbe avvicinato al modello canonico» e che ciò non era da considerare un fenomeno di pura occasionalità, il Catalano replicava: «siamo di fronte ad un tentativo unificatore e che a me pare un gioco di imitazioni: cioè il matrimonio civilistico è una cattiva ed affrettata imitazione del matrimonio canonico (...) ma sono due modelli differenti perché ognuno ha avuto la sua storia e si è venuto riempiendo di significati e contenuti diversi proprio sul piano storico, sicché oggi si differenziano completamente e i loro significati non possono coincidere». GAETANO CATALANO, *Repliche e interventi*, in AA. VV. *La disciplina del matrimonio* cit., p. 135. Cfr. note 13 e 24 del presente studio.