



Sonia Fiorentino

(ricercatrice di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Milano)

L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche contumaciali in materia matrimoniale nell'ordinamento spagnolo: spunti microcomparativi.

SOMMARIO: 1. I limiti posti dall'ordinamento spagnolo al riconoscimento delle pronunce straniere rese in contumacia di una delle parti – 2. Rilevanza della componente volontaristica della contumacia nel caso delle pronunce confessionali – 3. Contumacia volontaria e libertà di coscienza: la sentenza 24 ottobre 2007 del Tribunale Supremo spagnolo – 4. L'ordinamento italiano e il riconoscimento delle pronunce ecclesiastiche rese in contumacia di una delle parti: considerazioni comparative - 5. La giurisprudenza italiana sul tema – 6. La specificità dell'ordinamento canonico ostativa al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche contumaciali: possibili sviluppi a partire *a)* dalla sentenza n. 19809 del 2008 della Cassazione Sezioni Unite - 7. (*segue*): *b)* dalla giurisprudenza europea.

1 - I limiti posti dall'ordinamento spagnolo al riconoscimento delle pronunce straniere rese in contumacia di una delle parti

Nell'ordinamento spagnolo, sebbene tra i più tardivi in Europa a percorrere nel secolo scorso l'accidentato cammino dalla forma autoritaria di Stato alla democrazia, sono state prospettate da ultimo alcune soluzioni giuridiche, e al tempo stesso politiche per la delicatezza dei nodi affrontati, che si sono distinte sullo scenario europeo come significative di una tendenza alla più ampia affermazione dei diritti di libertà. Una maturazione in cui è evidente il segno di una svolta laica che, a confronto con il recente passato di Paese cattolico confessionista, appare sempre più decisa e senza ritorni.

In questo processo la giurisprudenza ha, come spesso accade, un ruolo propulsivo, per la sua connaturata vocazione a raccogliere la spinta della realtà sociale attraverso gli interessi del caso concreto; né va sconosciuto che l'interazione complessa tra diritto e società è alimentata per altra via dal dibattito pubblico, mai come ora amplificato dalle nuove tecnologie di comunicazione talora ben oltre la reale incidenza pratica delle questioni considerate o, comunque, esacerbato da questioni di principio ¹.

¹ Un "caso spagnolo" che di recente ha suscitato una certa eco specie in Italia, la cui soluzione in punto è di segno assai diverso (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n.556 del 2006),



Meno eclatante, sebbene più autorevole per la posizione apicale dell'organo giurisdizionale coinvolto, e di sicuro rilievo nelle scelte esistenziali dei soggetti interessati, si può ritenere la soluzione offerta in materia di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e delle dispense *super rato*, di cui tratta la sentenza che qui si segnala del Tribunale Supremo spagnolo 24 ottobre 2007, n. 1084² in tema di cause ostative, nello specifico la contumacia ("*rebeldía*").

Il senso della segnalazione si rivela in modo più compiuto se si considera, quale anticipazione, che la pronuncia citata, per un verso, conferma in materia un indirizzo restrittivo inaugurato da pochi anni dalla giurisprudenza della medesima Cassazione spagnola³, il cui carattere innovativo appare idoneo a mettere in evidenza esigenze di tutela della libertà religiosa non considerate né soppesate altrimenti; essa, quindi, può fornire utili spunti nell'esame della giurisprudenza delle Corti di quei Paesi che hanno con la Santa Sede accordi simili a quello spagnolo, come il nostro. Per altro verso, tuttavia, rivisitando con un parziale *revirement* la precedente impostazione del problema, perviene ad una precisazione delle proprie conclusioni tale da moderare, relativamente a queste sentenze confessionali, l'assolutezza del carattere impeditivo della contumacia, con l'ausilio di un criterio ampiamente saggiato in altri campi dalla giurisprudenza anche nostrana, quello del bilanciamento, o *balancing test*, tra beni o interessi

riguarda la sentenza del Tribunale di *Valladolid* che, accogliendo il ricorso della Associazione Culturale Scuola Laica contro un provvedimento del *Consejo Escolar* della scuola *Macías Picabea*, ha imposto il ritiro del crocifisso e di altri simboli religiosi dalle aule scolastiche argomentando che l'esposizione di essi nella scuola pubblica condiziona la formazione dei minori e ne viola il diritto di uguaglianza (art. 14 CE) e di libertà religiosa nell'ambito di uno Stato aconfessionale (art. 16 CE), così *Juzgado del Contencioso – Administrativo* di *Valladolid*, 14 novembre 2008, n. 288, in *www.olir.it*, su cui cfr. **J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA**, *La prima pronuncia spagnola sulla questione del crocifisso*, in *I volti della laicità in Europa: il crocifisso nella scuola pubblica*, (a cura di **E. CAMASSA AURA**), Trento, Seminario di Studio 11 dicembre 2008.

² Massimata in *Quad. dir. pol. eccl.* 2008/3, p. 950.

³ La equiparazione del Tribunale Supremo spagnolo con la Corte di Cassazione italiana è certo una semplificazione, che vuole evidenziare il significato comune di massima istanza giurisdizionale nell'ordinamento, con l'avvertenza che nel caso spagnolo la medesima giurisdizione è estesa all'ambito amministrativo. Il precedente antesignano dell'impostazione rivisitata dalla sentenza che qui si segnala, e di cui si dirà oltre, è la pronuncia del Tribunale Supremo 27 giugno 2002, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003/3, p. 931-932, sul cui carattere fortemente innovativo cfr. **R. RODRÍGUEZ CHACÓN**, *Derecho comparado. Efectos civiles de las sentencias eclesiásticas en la Unión Europea*, in *Rivista telematica (www.justel.com)*, e **P. C. PARDO PRIETO**, *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Valencia, 2008, p. 174.



costituzionalmente protetti, tra i quali appunto la libertà ideologica e religiosa di cui all'art. 16 Cost. spagnola (CE) .

In materia, si ricorda che l'art. 80 c.c. spagnolo, dettato in attuazione dell'art. VI.2 dell'Accordo giuridico siglato tra Spagna e Santa Sede il 3 gennaio 1979⁴, all'atto di riconoscere gli effetti civili delle sentenze di nullità emesse dai Tribunali ecclesiastici e delle dispense papali di scioglimento del matrimonio (rato e non consumato), rimette alla giurisdizione statale, su iniziativa delle parti, il compito di accertare che dette pronunce siano conformi ("*ajustadas*") al diritto dello Stato, verificando che sussistano le condizioni stabilite dal codice di rito per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere⁵. Va rilevato, in relazione alla condizione di definitività della sentenza delibanda, che il Concordato spagnolo, a differenza di quello italiano, non prevede espressamente che la sentenza canonica sia munita del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo (Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica) che attesti la sussistenza della "doppia conforme", presupponendo in un certo senso l'operatività del diritto canonico.

Se pure è diverso il profilo formale della fonte, definibile di derivazione concordataria in senso lato⁶, il riconoscimento contenuto nella norma spagnola opera analogamente al disposto dell'art. 8, n. 2 lett. c dell'Accordo di Villa Madama stipulato tra Italia e Santa Sede il 18 febbraio 1984⁷, dal momento che stabilisce un rinvio alle norme di

⁴ Strumento di ratifica 4 dicembre 1979, pubblicato sul BOE 15 dicembre 1979. Alla stipulazione del Concordato è seguita direttamente, in via attuativa, la novella codiciale del 1981, secondo un uso invalso nel diritto spagnolo che sottolinea la centralità del Codice civile; a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, in cui la disciplina attuativa delle norme concordatarie è contenuta in una legge speciale, nel senso di esterna al Codice civile che pure vi rimanda, vedi art. 82 c.c.

⁵ Art. 80 c.c. spagnolo: "*Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez Civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*".

⁶ Per una visione d'insieme delle fonti di produzione concordate con le confessioni religiose, nel contesto delle fonti del Diritto Ecclesiastico Italiano, si rinvia a G. CASUSCELLI, *Elementi introduttivi*, in *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di G. CASUSCELLI, 2^a ediz., Torino, 2007, p. 6-13.

⁷ Legge di esecuzione 25 marzo 1985, n. 121. Va precisato però che, a differenza di quello spagnolo, il Concordato italiano del 1984 non ammette più il riconoscimento civile delle dispense *super rato*, precedentemente contemplato dall'art. 34 del Concordato lateranense del 1929. Come noto, la Corte costituzionale con sentenza n. 18 del 1982 ha dichiarato illegittima la disposizione che lo prevedeva in considerazione della natura non giurisdizionale del corrispondente procedimento; né in Italia tali dispense possono essere oggetto di delibazione quali sentenze straniere ai



procedura civile per la delibazione delle sentenze straniere, più esattamente all'art. 954 della previgente *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC)⁸. Tuttavia, mentre per l'art. 797, n. 3 c. p. c. italiano la contumacia non è di ostacolo alla delibazione, purché "accertata e dichiarata validamente in conformità alla legge del luogo dove si è svolto il giudizio"⁹, il ricordato art. 954 LEC, comma 2, considera *tout court* la contumacia quale circostanza ostativa alla delibazione¹⁰.

In tal modo, l'ordinamento spagnolo si segnala come maggiormente restrittivo di quello italiano all'ingresso di sentenze straniere, comprese quelle canoniche: pur se il convenuto avanti un tribunale ecclesiastico sia da considerare regolarmente citato, come quando volontariamente rifiuti di ricevere l'atto di citazione o impedisca che la citazione gli sia recapitata (can. 1507 c.j.c.)¹¹, la

sensi della L. n. 218 del 1995, malgrado ciò sia stato episodicamente ammesso (cfr. Appello Torino 9 luglio 1996 e, da ultima, anche Cass. 13 ottobre 2000 n. 13651).

⁸ In virtù della disposizione derogatoria n. 1, comma 3 del riformato Codice di procedura civile (LEC 7 gennaio 2000), l'art. 954 della previgente LEC 3 febbraio 1881 è tuttora applicabile nel giudizio che dichiara civilmente efficaci le pronunce ecclesiastiche matrimoniali. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la Corte di cassazione (Sez. Un., 18 luglio 2008 n. 19809, preceduta nello stesso senso da Cass. 10 maggio 2006 n. 10796, Cass. 1 dicembre 2004 n. 22514, Cass. 30 maggio 2003 n. 8764) ha chiarito che gli artt. 796 e 797 c.p.c., abrogati dalla riforma del diritto internazionale privato (L. 31 maggio 1995 n. 218), sono però "ultrattivi", e quindi tuttora applicabili, nel giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale perché divenuti parte integrante della convenzione internazionale che le richiama; tale è l'Accordo, e il Protocollo Addizionale, tra Stato italiano e Chiesa cattolica che prevale in quanto legge speciale ai sensi dell'art. 2 della legge di riforma cit.; si esclude, cioè, che il richiamo contenuto nella norma concordataria sia un mero rinvio formale. Da tale ricostruzione secondo le Sezioni Unite cit. discende che l'accertamento del non contrasto con l'ordine pubblico di cui all'art. 797, n. 7 c. p. c. debba tenere conto della nozione di ordine pubblico interno, e non internazionale.

⁹ Da intendersi riferita, nel caso, alla legge canonica ex Protocollo Addizionale dell'Accordo punto 4, in relazione all'art. 8, lett. b n. 1.

¹⁰ L'art. 954 LEC detta le seguenti condizioni ai fini della dichiarazione di efficacia civile delle sentenze straniere: "1° Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal. 2° Que no haya sido dictada en rebeldía. 3° Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. 4° Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes española requieran para que haga fe en España".

¹¹ Nel processo canonico, l'assenza o contumacia della parte può riguardare sia la parte attrice che la parte convenuta le quali, pur ritualmente citate, non siano comparse senza addurre l'esistenza di un legittimo impedimento. Si può pervenire all'emissione della sentenza anche in caso di mancata comparizione dell'attore, di cui sia stata disposta una seconda citazione, non avendo effetti una sua rinuncia all'istanza senza l'accettazione del convenuto; tuttavia nel caso di specie ha poco senso ipotizzarla. Prima di dichiarare l'assenza del convenuto, il giudice deve accertare che la citazione sia stata notificata in tempo utile e può, se necessario, disporre che la parte



sentenza nondimeno resa in legittima contumacia non potrebbe, stando ad un'interpretazione testuale dell'art. 954 LEC, conseguire efficacia civile.

Ma per quel che riguarda il riconoscimento delle sentenze straniere, la giurisprudenza del Tribunale Supremo, con indirizzo consolidato, ha temperato la rigidità della regola: allo scopo di favorire una più ampia circolazione delle stesse, considera di ostacolo la contumacia del convenuto esclusivamente quando non dipenda dalla sua volontà, sia cioè involontaria (perché questi non sia stato citato in giudizio in base alle norme processuali o lo sia stato in maniera irregolare o con assegnazione di termini insufficienti per organizzare la propria difesa) e non anche quando consegua ad una libera opzione dello stesso, sia cioè volontaria o di *conveniencia*¹² (perché non riconosce la competenza del giudice, o semplicemente non gli convenga o perché lasci scadere il termine di comparizione). Infatti, solo nel primo caso la modalità della contumacia compromette l'adeguata tutela del diritto di difesa e per tale ragione assume rilevanza¹³.

Il Tribunale costituzionale spagnolo, a sua volta, ha giudicato l'indirizzo conforme a Costituzione¹⁴: con questo definitivo avallo, l'interpretazione restrittiva della contumacia, quale ostacolo alla dichiarazione di efficacia della sentenza straniera, circoscritta ai casi in cui abbia carattere volontario, può ritenersi ormai parte dell'ordine pubblico internazionale (privato). L'interpretazione, peraltro, è in linea con i Regolamenti comunitari¹⁵ in cui è posta in relazione con il diritto

venga nuovamente citata (can. 1592 par. 2 c.j.c.). La parte convenuta assente, anche se ritualmente citata (can. 1592 c.j.c.), può sempre far valere le sue ragioni sia costituendosi in giudizio prima della definizione della causa sia, successivamente, utilizzando gli ordinari mezzi di impugnazione contro la sentenza, ma nel caso della querela di nullità per difetto di contraddittorio deve dimostrare di essere stata costretta all'assenza da un ostacolo legittimo che non abbia potuto provare sino a quel momento senza sua colpa (can. 1593, par. 2 c.j.c.), per ulteriori rinvii cfr. E. VITALI, S. BERLINGÓ, *Il matrimonio canonico*, Milano, 2007, p. 179.

¹² Così esplicitandone il senso si esprime Audiencia Provinciale di Toledo, 2 marzo 2005, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005/3, p. 960, secondo cui la *rebeldía* di cui all'art. 954 del previgente c.p.c. "*se puede concebir de dos diferentes formas: la involontaria, en la que el emplazamiento y citación del demandado se basa en mecanismos basados en la ficción legal (edictos en tablonas de anuncios, boletines, etc.) y la de conveniencia, en la que el demandado tiene plena constancia de la existencia del litigio y aún así opta por no comparecer*".

¹³ Da ultimo si veda *auto* Tribunale Supremo 10 novembre 2002, ulteriori rinvii nel testo della sentenza.

¹⁴ Tribunale cost. 15 aprile 1986 n. 43.

¹⁵ Art. 34 R. (CE) 22 dicembre 2001, n. 44 (concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale): "Le decisioni non sono riconosciute: (*omissis*) 2) se la domanda



alla tutela giudiziale effettiva e con il principio di sicurezza giuridica nell'ambito internazionale.

2 - Rilevanza della componente volontaristica della contumacia nel caso delle pronunce confessionali

Il Tribunale Supremo tuttavia da oltre un lustro devia dalla suddetta regola giurisprudenziale con riferimento alle pronunce confessionali, ritenendo di giustificare il recupero della rigida regola normata nell'art. 954 LEC sulla base di argomentazioni che attengono alla qualificazione dello Stato in materia religiosa e alla posizione del soggetto di fronte ai poteri giurisdizionali che caratterizzano gli ordinamenti di Stato e Chiesa cattolica. Si perviene, anche se solo implicitamente, alla rottura dello schema internazionalistico, dal quale deriva l'assimilazione di tali sentenze a quelle straniere¹⁶. La Corte esclude che nel caso del riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche valga, in relazione alla contumacia del convenuto, la regola generale da essa elaborata per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere: per queste pronunce non opera la distinzione introdotta tra volontaria e involontaria.

giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione; art. 22 R. (CE) 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (che abroga il R. CE n. 1347 del 2000 ed è stato a sua volta modificato dal R. CE n. 2116 del 2004): "Motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio. La decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio non è riconosciuta nei casi seguenti: (*omissis*) b) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione".

¹⁶ Metodologia invalsa anche nella dottrina italiana per "giustificare l'ancoraggio della libertà della Chiesa al diritto internazionale" e a cui si doveva "una disciplina arenata nelle secche del formalismo giuridico, che riduceva i problemi ecclesiastici ad una *species* dei rapporti tra ordinamenti originari" con il difetto di togliere spazio per gli interessi dei cittadini, cioè "nel senso che agli individui erano concessi spazi di realizzazione dei propri interessi nella misura in cui questi coincidessero con quelli propri dell'istituzione", così E. VITALI, *Luigi De Luca e la libertà religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005/1, p. 185; più diffusamente cfr. A. ALBISETTI, voce *Diritto ecclesiastico italiano*, in *Digesto delle discipline pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 238, che sottolinea la necessità di reagire alla "angusta visione di una sistematica dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, nel senso stretto di rapporti tra ordinamenti".



Con la sentenza pioniera del 27 giugno 2002¹⁷, il Tribunale Supremo – dopo avere confermato sotto il profilo costituzionale la piena giurisdizione statale in materia di dichiarazione di efficacia civile di tali sentenze¹⁸ e ribadito il punto che la cooperazione tra Stato e Chiesa non implica la ricezione automatica delle sentenze ecclesiastiche nell'ordinamento statale¹⁹ - ha respinto la domanda di riconoscimento anche nel caso in cui la contumacia del convenuto nel giudizio ecclesiastico sia volontaria, tanto per ragioni ideologiche che di opportunità (*"ya sea por su convicciones o, incluso, por su interés"*). Inoltre, la pronuncia dà atto che nel diritto processuale canonico non esiste *"el término rebeldía"* e quindi equipara genericamente alla contumacia l'assenza della parte (can. 1592 c.j.c.): ciò comporta, in definitiva, che è sufficiente la mancata comparizione della parte, qualunque sia la motivazione, per impedire l'esecuzione della sentenza ecclesiastica²⁰.

L'argomento forte portato a sostegno della decisione, è che, diversamente, sarebbe come obbligare il soggetto a sottomettersi alla giurisdizione (confessionale, com'è quella) ecclesiastica, in contrasto con le proprie convinzioni e quindi in violazione del principio della

¹⁷ Nello stesso senso successivamente anche Tribunale Supremo 23 marzo 2005.

¹⁸ *"En quanto exigencia derivada del derecho a la tutela judicial que se califica por la nota de la efectividad (art. 24.1 CE)"*, cfr. Trib. Cost. sentenze 26 gennaio 1981, n. 1 e 13 gennaio 1997, n. 6 secondo cui gli effetti civili delle pronunce ecclesiastiche sono di esclusiva competenza dei giudici civili come conseguenza dei principi di aconfessionalità dello Stato (art. 16 comma 3 CE) e di esclusività della giurisdizione (art. 117 comma 3 CE).

¹⁹ In tal senso già Trib. Cost. 12 dicembre 1982 n. 66. In punto, il Tribunale Supr. ha precisato che *"base incuestionable"* è il principio costituzionale di aconfessionalità dello Stato (art. 16 comma 2 CE), che *"no hace otra cosa que recoger"* l'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani ove si proclama la libertà religiosa *"de una manera absoluta"*, perchè una cosa è attribuire rilevanza civile alla giurisdizione ecclesiastica, come previsto dal Concordato, altra cosa è attribuire incondizionatamente efficacia civile alle sentenze canoniche di nullità.

²⁰ Il punto è criticato da **A. MOTILLA**, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones de Derecho Eclesiástico (2008)*, in *An. Der. Ecl. del Est.*, 2009 (in corso di pubblicazione, dal dattiloscritto per gentile concessione dell'Autore) a giudizio del quale si apre così una strada pericolosa perchè restrittiva del riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche, basata oltretutto su *"erróneo enfoque"* determinato da uno squilibrato bilanciamento dei diritti in gioco. Va ricordato che il processo matrimoniale canonico non prevede un atto formale di costituzione in giudizio delle parti, dalla cui mancanza dipende nel diritto statale la dichiarazione di contumacia. Ad essa, quindi, corrisponde la presentazione della parte davanti al giudice per la contestazione della lite; in tal senso, la mera assenza equivale alla contumacia, anche se nel diritto statale le due nozioni sono distinte.



aconfessionalità dello Stato e del diritto di libertà ideologica e religiosa (art. 16 CE)²¹.

La giurisprudenza di merito, a parte qualche spunto minoritario sulla irrilevanza della *rebeldía* volontaria²², si è conformata anche con maggior ampiezza di considerazioni²³ all'orientamento del Tribunale Supremo. In definitiva, la contumacia esclude in ogni caso l'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche, e rileva sia quando è involontaria, per tutelare il diritto di "*audiencia y defensa*" ex art. 24 CE, sia quando è volontaria, perché allora opera la tutela del principio di laicità e di libertà religiosa ex art. 16 CE.

3 - Contumacia volontaria e libertà di coscienza: la sentenza 24 ottobre 2007 del Tribunale Supremo spagnolo

Il Tribunale Supremo, nella recente sentenza 24 ottobre 2007, conferma in parte il suo precedente indirizzo, rafforzandolo sul piano argomentativo. Infatti, si riconosce che "*puede resultar.....que obligar a*

²¹ La sentenza in punto è lapidaria: "*Ya que en el primer caso – no voluntariedad – le debe amparar el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española; y en el segundo – voluntariedad – le ampara el principio (omissis) de la libertad religiosa establecida en el artículo 16 de dicho Texto, y sobre todo el de la aconfesionalidad del estado. Ya que podrá estar de acuerdo una persona en someterse a una contienda judicial matrimonial dentro del cauce procesal canónico, y así atenerse a todas las consecuencias que se deriven de la resolución que se dicte. Pero lo que no se puede obligar a nadie a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de la que la misma es consecuencia, ya sea por su convicciones o, incluso, por su interés.*" (Tribunale Supremo 27 giugno 2002, cit., p. 932).

²² Cfr. Audiencia Provinciale di Soria, 8 novembre 2004, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005/3, p. 959, nel senso che la inesistenza di un obbligo specifico di sottoposizione ad una giurisdizione non statale, qual'è quella ecclesiastica, non osta a che lo Stato riconosca in base agli artt. 80 c.c. e 954 LEC gli effetti civili alle pronunce degli organi di detta giurisdizione, "*siempre que éstas sean consecuencia de una forma matrimonial (la canónica) libremente aceptada por los contrayentes, pese a no ser obligatoria como consecuencia del principio de aconfesionalidad del Estado*".

²³ Cfr. Audiencia Provinciale di Toledo, 2 marzo 2005, cit., p. 961, secondo cui la condotta del convenuto "*puede ser calificada como de ausencia o rebeldía de las denominadas de conveniencia, es decir, de aquellas que si se tratara de una sentencia de tribunal extranjero carecería de efectos impeditivos para la concesión del exequatur, pero que tratandose de una decisión canónica de nulidad de matrimonio, al entrar plenamente en juego los principios de libertad religiosa y aconfesionalidad del estado, si produciría según la sentencia del Tribunal Supremo (omissis) ya sea por razones de mera conveniencia, económicas, ideológicas o de conciencia, lo cierto y verdad es que la demandada en ningún momento ha aceptado ni se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción canónica, razón por la que la decisión por esta adoptada no puede ser reconocida como eficaz en el orden civil*".



una persona a someterse a una jurisdicción confesional, como es la eclesiastica, en contra de sus convicciones, vulnera el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE)” e, anche, la libertà di coscienza, espressamente e autonomamente garantita dalle convenzioni internazionali (cita art. 18 Dichiarazione Universale dei Diritti Umani o DUDH, art. 18 Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici o PIDCP, e art. 9 Convenzione Europea dei Diritti Umani o CEDH), la quale, come insegna il Tribunale Costituzionale spagnolo, presuppone oltre al diritto di formare liberamente la propria coscienza anche quello di agire in conformità ad essa ²⁴.

In altri termini, stando alla ricostruzione della Corte, l’assenza volontaria della parte, nel giudizio davanti ai Tribunali ecclesiastici per decidere della nullità del proprio matrimonio religioso, si configura di per sé come manifestazione della libertà di coscienza della persona, atto di obiezione di fronte ad una giurisdizione che non si riconosce come tale, per motivo ideologico (allontanamento dalla fede) o magari per convenienza personale (perché, ad esempio, si mira ad acquisire avanti il giudice civile le provvidenze economiche ben più consistenti dell’assegno divorzile) dissimulata come motivo di coscienza.

Nella seconda parte del suo argomentare, però, il Tribunale Supremo orienta la propria interpretazione alla luce dei Regolamenti comunitari in materia di riconoscimento delle sentenze degli Stati membri dell’Unione che, pur se non applicabili al caso concreto in quanto entrati in vigore successivamente alla sentenza ecclesiastica in questione, sembrano confermare un principio generale (“*expresan sin duda un principio que va más allá de su ámbito de aplicación y debe ser aceptado en el Derecho interno*”) secondo cui la rilevanza della contumacia si circoscrive esclusivamente all’ipotesi in cui sia involontaria. Ne deriva la moderazione (“*matización*”) del proprio indirizzo interpretativo, in particolare di quel carattere, generale ed astratto,

²⁴ Il Trib. cost. spagnolo ha precisato che la libertà di coscienza “*supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma*”, sentenza n. 15 del 1982; si sottolinea inoltre che i diritti fondamentali sono direttamente applicabili e che l’obiezione di coscienza “*forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa*”, sentenze n. 53 del 1985 e n. 160 del 1987; si veda però l’incertezza palesata dalla giurisprudenza di merito circa la configurabilità di un diritto all’obiezione di coscienza di carattere generale, così Tribunale Superiore di Giustizia di Andalusia, Sede in Siviglia, 4 marzo 2008, che lo ammette a prescindere dalla specifica previsione del legislatore, e *contra* Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna 28 novembre 2007, che lo esclude in mancanza di quella, cui si conforma Tribunale Superiore di Giustizia delle Asturie 11 febbraio 2008 in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008/3, p. 995-999.



impeditivo del riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche precedentemente attribuito alla contumacia.

Pertanto, ricollegandosi all'insegnamento del Tribunale costituzionale, il Tribunale Supremo puntualizza che il diritto di libertà ideologica e religiosa ex art. 16 CE, che dovrebbe garantire in ogni caso la rilevanza della contumacia volontaria, *"no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos"*. Per un verso, quindi, si conferma la regola che tale libertà, come gli altri diritti fondamentali, non è un diritto assoluto²⁵; per altro verso, il passaggio non è limpido, almeno inizialmente: facendo riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia di obiezione di coscienza al servizio militare²⁶, la Corte contrappone la libertà ideologica e religiosa ad un c.d. dovere (*"carga"*) di comparire davanti i tribunali ecclesiastici, obbligo che sarebbe strumentale al riconoscimento di effetti civili alla sentenza canonica, secondo quanto previsto da norme di legge di derivazione concordataria²⁷. In riferimento all'ordinamento italiano, la configurazione di un siffatto obbligo sembra da escludere, salvo considerare un generico obbligo di cooperazione processuale che si realizzi con la comparizione davanti al giudice a seguito di regolare citazione.

Solo in un secondo momento, il ragionamento della Corte si svolge con maggior chiarezza. Infatti, al fine di valutare se l'esercizio della libertà di coscienza, estrinsecato nella contumacia processuale,

²⁵ La non absolutezza dei diritti fondamentali di libertà è punto consolidato nella giurisprudenza costituzionale spagnola, nel senso che *"los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que, de manera mediata o indirecta, se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (omissis)...en todo caso las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable"*, ivi con ampi rinvii giurisprudenziali Trib. Cost. spagnolo 4 giugno 2007, n. 128, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008/3, p. 845.

²⁶ Da ultimo cfr. Trib. Cost. n. 55 del 1996; per i precedenti cfr. sentenze n. 15 del 1982, n. 101 del 1983, n. 160 del 1987, n. 161 del 1987, n. 321 del 1994.

²⁷ *"Para apreciar que la libertad ideológica y religiosa justifica el incumplimiento de la carga de comparecer ante los tribunales eclesiásticos y, con ello, impide reconocer efectos civiles a la resolución dictada, como excepción a lo que establecen las normas de rango legal aplicables en el Derecho interno, es menester valorar las circunstancias que concurren en cada caso para examinar si se ha alegado de manera razonable la existencia de unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparecencia ante el tribunal eclesiástico con su libertad ideológica o religiosa, y valorar su trascendencia teniendo en cuenta la afectación concreta del derecho, los efectos negativos que conlleva la omisión de la carga de comparecer y la ponderación de estas circunstancias frente a los restantes valores y derechos constitucionales que puedan estar en juego (omissis)"*.



possa legittimamente ostacolare il riconoscimento di effetti civili delle sentenze canoniche, occorre procedere non in astratto, ma in seguito ad un giudizio di bilanciamento, da effettuarsi in concreto, caso per caso.

In particolare, bisogna verificare se è allegata in modo ragionevole l'esistenza di convinzioni religiose od ideologiche della persona che ne rendano incompatibile la sottoposizione alla giurisdizione confessionale, e ponderare la rivendicata libertà con gli altri valori e diritti costituzionali che possano essere in gioco, qual'è – finalmente lo si specifica – il diritto alla tutela giudiziale effettiva che si estrinseca nel riconoscimento della sentenza ecclesiastica, purchè ammesso dal diritto interno (*“el derecho a la tutela judicial efectiva inherente al reconocimiento de las eficacia de las sentencias eclesiacas si se reconoce por el ordenamiento interno”*)²⁸. In punto, il Tribunale Supremo avverte però che la circostanza che la persona, contraendo matrimonio canonico, ne abbia accettato i presupposti confessionali, come la sottoposizione alla giurisdizione ecclesiastica, non esclude il diritto di mutare credo che rilevi al fine di giustificare la mancata comparizione davanti a tali tribunali (*“no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia antes dichos tribunales”*).

Qualora, in esito a tale valutazione, risulti accertata la lesione del diritto di libertà ideologica o religiosa, non giustificata dalla prevalenza di altri diritti o interessi protetti dalla Costituzione - quale la giurisdizione ex art. 24 CE²⁹ come garanzia dei diritti del cittadino anche in assenza, purchè ingiustificata, dell'altra parte -, allora la mancata comparizione nel processo ecclesiastico costituirà ostacolo alla dichiarazione di efficacia civile³⁰. Ne deriva che tale libertà, come gli

²⁸ Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale : si cita Trib. Cost. 10 dicembre 1982 n. 66.

²⁹ Art. 24 CE: *“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. 3. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”*

³⁰ Con riguardo alla fattispecie concreta (nullità canonica per mancanza grave di libertà interna dello sposo equiparata alla nullità per mancanza del consenso matrimoniale ex art. 73 comma 1 c.c.), la sentenza in oggetto non rinviene elementi tali da suffragare insuperabili ragioni di coscienza a sostegno della contumacia della parte e quindi respinge il ricorso del Pubblico Ministero contro la sentenza di appello, Audiencia Provinciale di Valencia, 18 ottobre 2006, n. 735, che ha riconosciuto la



altri diritti fondamentali, è un diritto assoluto per sua natura, ma non tale da prevalere in ogni conflitto, compreso quello, nella specie, con il diritto dell'altro coniuge a vedersi riconosciuta l'efficacia civile della sentenza legittimamente contumaciale; invero, come si è osservato nella dottrina italiana, se pure l'ordinazione gerarchica non è concepibile in astratto, essa può darsi in concreto, dal momento che i conflitti di ordine assiologico richiedono "comunque di essere ripianati in un modo o nell'altro e pur sempre, però, secondo ragionevolezza"³¹.

Il bilanciamento concreto, che così viene prescritto, con altri beni costituzionalmente garantiti, rende il bene assoluto della libertà di coscienza una "variabile", che però non dipende dalla sussistenza di accordi con soggetti di diritto internazionale, in particolare con la S. Sede. In altri termini, il bilanciamento è tra la libertà di coscienza della parte che, mutati i propri convincimenti religiosi, si sottrae al giudice ecclesiastico, e il diritto della controparte che, rimanendo nella fede, pretende dallo Stato una effettiva tutela giudiziale, che si realizzi in pratica con il riconoscimento agli effetti civili della sentenza di nullità canonica come previsto dall'ordinamento interno. In questo bilanciamento la libertà di coscienza non è destinata inevitabilmente a soccombere, solo perché la tutela giudiziale effettiva è garantita dal regime concordatario, che pure è costituzionalmente garantito (art. 16 CE). Essa eventualmente soccomberà davanti al bene giuridico della giurisdizione confessionale civilmente efficace solo quando, ovviamente, non sia stata dichiarata ovvero, quando dichiarata, non risulti – all'esito dell'istruzione probatoria chiesta dalla controparte³² – sincera.

Se si considera che quest'ultimo accertamento, essendo in fatto, è rimesso al giudice di merito e sfugge in quanto tale, se congruamente motivato, al sindacato di legittimità, sembra che l'utilizzo della tecnica del bilanciamento concreto con altri beni costituzionalmente garantiti permetta alla libertà di coscienza di orientare il regime concordatario nella direzione di una maggiore tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

pronuncia ecclesiastica in un caso di contumacia volontaria, negato in primo grado da *Juzgado* di Torrent, 14 ottobre 2005, n. 63; in punto, si evidenzia che, a differenza dell'Italia in cui il procedimento in questione è rimesso alla Corte di appello in unico grado, in Spagna è previsto il doppio grado di giurisdizione.

³¹ A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nota 18, giugno 2008, il quale sottolinea altresì che "l'assolutezza va riferita alla natura del bene, fermo restando che esso può, nelle vicende della vita, trovarsi obbligato a piegarsi davanti ad altri beni della sua stessa natura".

³² Sui possibili mezzi di prova v. *infra* § 6.



4 – L'ordinamento italiano e il riconoscimento delle pronunce ecclesiastiche rese in contumacia di una delle parti: considerazioni comparative

Nella misura in cui tempera una disciplina altrimenti rigida, la sentenza spagnola si presta a fare da termine di una microcomparazione³³ per giurisprudenze sviluppatesi in ordinamenti che non prendono in considerazione la posizione delle parti nel momento che precede un giudizio il quale, avendo la peculiarità di essere confessionale, implica, anche e prima di ogni altra considerazione, una presa di posizione ideologica del soggetto.

In particolare, l'ordinamento italiano si preoccupa esplicitamente dell'effettività del diritto di difesa solo nell'ambito del processo canonico, imponendo alla Corte di Appello, organo di controllo, di accertare "che nel procedimento davanti ai giudici ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano" (art. 8.2, lett. b dell'Accordo di modificazioni al Concordato lateranense 11 febbraio 1984, legge di esecuzione n. 121 del 1985) e che siano rispettate, tra le prescrizioni legislative per la delibazione delle sentenze straniere, anche quelle che permettono la regolare instaurazione del contraddittorio: esclusivamente in questi limiti è presa in considerazione la contumacia³⁴.

³³ Per l'uso della nozione di microcomparazione, cioè della comparazione settoriale tra specifici istituti giuridici che può prescindere da una precedente macrocomparazione, ossia comparazione fra sistemi e principi generali, solo se relativa ad ordinamenti facenti parte di un medesimo sistema come nel caso spagnolo e italiano, cfr. F. ONIDA, *Diritto ecclesiastico e comparazione giuridica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2007.

³⁴ In relazione all'art. 8.2, lettera c dell'Accordo, il Protocollo Addiz. richiama gli artt. 796 e 797 del c.p.c. dettati per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere; in particolare, l'art. 796 punti 2 e 3 c.p.c. prescrive che la Corte d'Appello accerti che le parti siano state regolarmente citate, che si siano costituite in giudizio o che la contumacia sia stata accertata e dichiarata validamente; cfr. G. BALENA, *Le condizioni per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in AA.VV., *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, (a cura di F. CIPRIANI), Napoli, 1992, p. 46-7, secondo cui la disposizione concordataria ex art. 8, n. 2, lett. b attribuisce al giudice italiano il potere, che non gli competerebbe in base all'art. 797 c.p.c., di sindacare la stessa rispondenza delle norme processuali canoniche agli elementi essenziali del diritto d'azione e di difesa secondo il diritto statale, potendo perciò negare il riconoscimento quando il processo, pur svolto validamente alla luce del diritto canonico, non soddisfi le garanzie difensive fondamentali assicurate dal nostro



Non v'è dubbio che essa incida sullo svolgimento del processo ed è certo connessa alla effettiva garanzia del diritto di resistere, come di agire, riguardando la regolare instaurazione del contraddittorio. La contumacia, invero, non impedisce il valido corso del processo fino alla sentenza finale³⁵ e, quindi, si giustifica in generale la norma del codice di rito cui fa riferimento l'Accordo. Ma la sua recezione nell'ordinamento statale pone non trascurabili problemi a fronte dell'ordinamento canonico che, essendo di natura confessionale, potrebbe incontrare l'opposizione del convenuto, eventualmente allontanatosi dalla fede cattolica, o senz'altro dalla fede, negli anni intercorsi dalla celebrazione del matrimonio.

Il mutamento o l'abbandono della fede religiosa è irrilevante per il diritto canonico, secondo cui in materia matrimoniale la giurisdizione canonica sussiste "per diritto proprio" quando la causa riguardi i battezzati (can. 1671 c.j.c), ma non può esserlo per lo stato di diritto, trattandosi dell'esercizio di un diritto fondamentale garantito, implicitamente, dalla Costituzione (artt. 2 e 19) ed, espressamente, anche dall'art. 9 CEDU (e dall'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali, c.d. Carta di Nizza, del dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007). Ove infatti il rifiuto di prendere parte al processo canonico consegua ad un allontanamento dalla fede, si realizzerebbe un

ordinamento; nel senso, invece, che si tratti di disposizioni da ritenersi assorbite nella più ampia disposizione pattizia in quanto tendenti alla medesima finalità, cfr. **M. CANONICO**, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, Napoli, 1996, p. 102.

³⁵ Nel senso che la contumacia non può danneggiare la parte costituita né la speditezza del processo Corte cost. 12 marzo 1975, n. 60. Peraltro, secondo l'opinione prevalente riferita da **O. G. CARBONARI**, voce *Contumacia (procedimento in) 1) diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1-2, la qualità di contumace non pone questi in una posizione di svantaggio rispetto alla parte costituita, nel senso che non è consentito al giudice di trarre da essa elementi di convinzione rispetto al merito della causa (non ha valore di *ficta confessio*), né influisce sulla ripartizione dell'onere della prova. In relazione alla riformata (2005) impostazione preliminare del giudizio, da cui emerge la necessità per le parti di prendere posizione sui fatti affermati dall'avversario entro la prima udienza di trattazione, l'inosservanza dell'onere ha identiche conseguenze per la parte costituita come per il contumace, cfr. **B. ZUFFI**, *Del procedimento in contumacia*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di **C. CONSOLO** e **F. P. LUISO**, 3^a ediz. a cura di **C. CONSOLO**, Milano, 2007, p. 2252 s. specie pp. 2258-2263 relative agli artt. 290-291 c.p.c.; la dichiarazione di contumacia del convenuto (l'unica che abbia senso nel caso preso in esame) comporta semplicemente l'applicazione nella ulteriore dinamica del processo delle regole fissate dal legislatore per il giudizio contumaciale. Per la disciplina spagnola, affine a quella italiana, secondo cui la *rebeldía* non è considerata né come rinuncia alla difesa, né come riconoscimento della fondatezza della domanda attorea v. **DE LA OLIVA-FERNANDEZ**, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1995, p. 534.



recesso di fatto dalla confessione, non dissimile da quello considerato dalla Corte costituzionale italiana come diritto di recesso dalle Comunità israelitiche³⁶, che priverebbe di giustificazione la persistenza della soggezione alla giurisdizione confessionale.

Questa eventualità non è stata ignorata dal legislatore concordatario che ne ha tenuto conto sia nella nuova disciplina della trascrizione (tardiva), sia in riferimento all'atto di impulso del procedimento di efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche. Infatti, non va trascurato che nel nuovo sistema matrimoniale italiano il collegamento fra i due ordinamenti è rimesso alla volontà dei singoli. In particolare, le sentenze ecclesiastiche possono essere riconosciute agli effetti civili su domanda delle parti o di una di esse, e non più d'ufficio come previsto nel regime previgente³⁷. Il rilievo della volontà delle parti nella procedura di riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità, come anche in quella di trascrizione del matrimonio canonico nei registri di stato civile, getta nuova luce sul vigente sistema matrimoniale nel senso che il rapporto Stato-Chiesa è organizzato anche al fine di agevolare un aspetto pratico del diritto libertà religiosa garantito dall'art. 19 Cost.³⁸.

E' in questa ottica, più ampia rispetto allo schema inter-ordinamentale, che, ai fini del riconoscimento della sentenza ecclesiastica, si dovrebbe valutare anche la scelta di non costituirsi nel giudizio ecclesiastico. Ed è appunto in questa ottica che la giurisprudenza spagnola prende in considerazione la posizione delle parti nel momento che precede il processo, quello in cui si forma la volontà del convenuto il quale, ricevuto l'atto di citazione, deve decidere se appunto resistere o meno davanti al giudice canonico, se cioè costituirsi o, se più gli conviene, rimanere contumace. Momento, a ben vedere, distinguibile logicamente dal giudizio vero e proprio, e in cui il soggetto valuta, insieme alla strategia difensiva, se riconoscere

³⁶ La dichiarazione di recesso dalle Comunità israelitiche era prevista dall'art. 5 r.d. 30 ottobre 1930 n. 1731, ora abrogato dall'art. 34 della L. n. 101 del 1989; la Corte cost. 30 luglio 1984 n. 239 ha dichiarato illegittimo l'art. 4 norme cit. da cui derivava l'appartenenza di diritto, intesa come obbligatoria, alle Comunità israelitiche di tutti gli israeliti che avessero residenza nel territorio di esse, con conseguente soggezione al loro ordinamento giuridico.

³⁷ Anche se autorevole dottrina ha dimostrato che i Patti del 1929 non avevano eclissato la libertà del volere dei singoli in materia matrimoniale, cfr. **L. SCAVO LOMBARDO**, *Sulla condizionalità della trascrizione civile del matrimonio canonico alla volontà delle parti*, in *Foro it.*, 1947, I, p. 249; **C. MAGNI**, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 1948, p. 40 s. e 171 s.

³⁸ **F. FINOCCHIARO**, voce *Sentenza ecclesiastica*, in *Enc. del Dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997, p. 925.



l'autorità giudicante avanti alla quale è convocato, effettuando le scelte conseguenti ³⁹.

Questa ricostruzione tiene conto della concezione di contumacia oggi recepita dall'ordinamento, secondo cui in sé l'astensione/inattività della parte può essere riguardata quale espressione della libertà di gestione delle facoltà ad essa assegnate rispetto al giudizio e non comporta alcuna sanzione⁴⁰. Invero, nell'ordinamento spagnolo la qualificazione di segno negativo della contumacia sembra riferita alle implicazioni soggettive concernenti la volontarietà del comportamento omissivo, circoscritta ai casi come quelli esaminati. Un'opzione, questa, che può avere la valenza di un atto di libertà di coscienza e per questa significazione rileva per il diritto di difesa anche al di fuori, e non solo nell'ambito, del giudizio ecclesiastico vero e proprio.

5 – La giurisprudenza italiana sul tema

L'elaborazione della Cassazione italiana in tema si presenta più circoscritta, nel senso che, ai fini del riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità, prende in considerazione la contumacia nel solo ambito della verifica della tutela del diritto di difesa, seppure divenuta più attenta nel tempo⁴¹. Ma anche in origine, rispetto all'indirizzo più

³⁹ Come noto, l'ammissibilità dell'operazione teorica di distinguere l'atto di scelta dall'atto scelto, giustificata dalla particolare gravità delle conseguenze che ne derivino sul piano giuridico, è alla base della costruzione di Corte cost. 1 marzo 1971 n. 32, che ha affermato in tal modo l'autonomia dell'atto di scelta degli effetti civili del matrimonio canonico rispetto alla volontà matrimoniale espressa nella celebrazione religiosa.

⁴⁰ **B. CIACCIA CAVALLARI**, voce *Contumacia*, in *Digesto delle discipl. priv.*, IV, sez. civ., Torino, 1989, p. 321, che sottolinea il superamento delle passate teorie secondo le quali l'omessa costituzione in giudizio può essere qualificata come rinuncia al diritto di azione o difesa, o motivo di autonoma soccombenza, e delle teorie volontaristiche, posto che la contumacia o mancata costituzione in giudizio è presa in considerazione come fatto non sanzionabile, in quanto non integra alcuna violazione; essa corrisponde ad un potere-onere che vale a sottolineare l'assenza di una qualificazione legislativa di segno negativo della nozione di contumacia.

⁴¹ Si tratta di indirizzo giurisprudenziale secondo cui il giudice della delibazione deve accertare non solo che nel processo ecclesiastico siano stati rispettati i principi fondamentali in materia dell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 8, n. 2, lett. b) dell'Accordo di Villa Madama, ma anche, e preliminarmente, che siano state osservate le norme dell'ordinamento canonico relative alla costituzione delle parti e alla dichiarazione di contumacia (cfr. Cass. 13 febbraio 1991 n. 1553 e da ultimo conforme Cass. 15 maggio 2008 n. 12303). Orientamento che non ha evitato all'Italia nel 2001 la condanna nel c.d. caso *Pellegrini* da parte della Corte di Strasburgo in ragione delle inadeguate garanzie processuali sottostanti la sentenza canonica "delibata", e ciò



liberale⁴², la contumacia rileva esclusivamente nell'ambito dell'accertamento degli "elementi essenziali" del diritto di agire e resistere in giudizio (insieme a competenza giurisdizionale, regolarità della citazione e della rappresentanza), ossia sotto quel profilo della tutela giurisdizionale individuato come principio supremo dalla Corte costituzionale italiana (sent. n. 18 del 1982). Sotto altri aspetti, la contumacia è irrilevante: come nel caso in cui si chieda il riconoscimento agli effetti civili di una sentenza ecclesiastica di nullità per simulazione unilaterale, in cui la contumacia non ha alcun significato probatorio in relazione alla domanda dell'attore, perché al pari del silenzio in campo negoziale non equivale ad alcuna manifestazione di volontà adesiva alla pretesa della controparte⁴³; o ai fini del riesame del merito, che resta sempre escluso anche in caso di contumacia della parte nel giudizio ecclesiastico⁴⁴.

Invero, la valutazione della contumacia come atto di obiezione di coscienza alla giurisdizione ecclesiastica ha vieppiù senso in un ordinamento come quello spagnolo in cui, dall'avvento della Costituzione del 1978 e stipulato il nuovo Accordo con S. Sede del 1979, la giurisdizione statale in materia di nullità del matrimonio concordatario non è mai stata seriamente contestata⁴⁵. In Italia, malgrado il nuovo Accordo non riproduca più la riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici prevista in materia dall'art. 34, comma 4 Concordato del 1929 e quindi, in base all'art. 13 comma primo Accordo del 1984, il riconoscimento di questa fosse da ritenersi abrogato, si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite

malgrado l'indirizzo di massima stabilito dalla Corte CEDU, secondo cui la verifica del diritto di difesa va realizzata in "modo globale" dal momento che la violazione di una delle singole garanzie processuali non comporta in sé violazione del principio del c.d. equo processo, cfr. sentenza *Brulla Gomez de la Torre c. Spagna* citata in F. LATTANZI, *Diritti di difesa nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e nella giurisprudenza della Corte*, in AA.VV., *La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 20 luglio del 2001*, Atti del convegno di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 42.

⁴² Cass. 15 maggio 1982 n. 3024 e conformi Cass. 17 febbraio 1983 n. 1225, Cass. 25 febbraio 1986 n. 1159.

⁴³ Cass. 28 marzo 2001 n. 4457; nello stesso senso Cass. 12 marzo 2003 n. 3644, Cass. 30 maggio 2003 n. 8764.

⁴⁴ Cass. 12 giugno 1980 n. 3745, Cass. 12 aprile 1984 n. 2351, Cass. 18 dicembre 1984 n. 6621.

⁴⁵ In punto, per una ricostruzione storica e giuridica esaustiva, che studia il sistema matrimoniale sia dal punto di vista dell'ordinamento statale che dell'ordinamento canonico secondo un'impostazione classica nella scienza giuridica spagnola si veda M. LÓPEZ ALARCÓN – R. NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canonico y concordado*, 4^a ediz., Madrid, 1990, p. 374 s.



della Cassazione per fugare ogni dubbio interpretativo riguardo la sussistenza del concorso di giurisdizione⁴⁶, che permetta a chiunque non senta *cum Ecclesia* di rivolgersi al giudice civile al fine di ottenere che il proprio matrimonio canonico sia dichiarato non valido nel diritto dello Stato. Attualmente, dunque, entrambi gli ordinamenti ammettono la possibilità per la parte di adire sia i tribunali della Chiesa che quelli dello Stato; simile constatazione può considerarsi in senso ampio condizione di fondo del sistema favorevole alla rilevanza della scelta di non comparire di fronte ai tribunali della Chiesa, non solo nell'ordinamento spagnolo ma anche in quello italiano.

Ancora, si possono segnalare progressive indicazioni della giurisprudenza italiana che potrebbero favorire la recezione della soluzione spagnola illustrata. Il fatto che la Cassazione abbia riconosciuto espressamente la non assimilabilità delle sentenze ecclesiastiche alle sentenze straniere⁴⁷ non esclude l'opera di "filtraggio" del diritto confessionale. Anzi, il permanere del regime concordatario in materia esclude il ritorno all'automatismo del riconoscimento, come sarebbe se alle sentenze ecclesiastiche si applicasse la legge di riforma del diritto internazionale privato (L. n. 218 del 1995) riguardante le sentenze straniere⁴⁸.

Quello che in passato era il timore della dottrina che venisse vanificato dall'opera applicativa della giurisprudenza il richiamo alle condizioni di "delibazione" del codice di rito, restringendone la portata per le sentenze ecclesiastiche con il risultato di un sostanziale ritorno all'automatismo del loro riconoscimento quale era previsto dal regime previgente⁴⁹, trova oggi nuove risposte.

⁴⁶ Già Cass., Sez. Un., 1 marzo 1988 n. 2164, nel ridisegnare il procedimento deliberativo delle sentenze ecclesiastiche, coglieva l'occasione per affermare che "*il superamento del principio di riserva di giurisdizione costituisce la caratteristica più saliente del nuovo concordato*"; definitivamente Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1993 n. 1824, cui si è allineata in prevalenza la giurisprudenza di merito successiva malgrado la posizione contrastante espressa in un discusso *obiter dictum* da Corte cost. 11 dicembre 1993 n. 421. L'opinione della Consulta, peraltro, sembra in linea con l'autorevole dottrina secondo cui, pur abrogata la "riserva", non si possa parlare tecnicamente di concorso ma solo di riparto di giurisdizione: cfr. in sintesi **F. FINOCCHIARO**, voce *Matrimonio concordatario*, Aggiornamento, in *Enc. del Dir.*, I, Milano, 1997, p. 760.

⁴⁷ Cass. 1 dicembre 2004 n. 22514.

⁴⁸ È un caso in cui il sopravvenire di una riforma più favorevole del diritto comune, rende il diritto pattizio in analoga materia meno vantaggioso per le confessioni religiose e non facilmente modificabile; il problema è segnalato ad es. anche in relazione al procedimento di riconoscimento della personalità giuridica civile degli enti religiosi.

⁴⁹ Cfr. **G. BALENA**, *Le condizioni per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, cit., p. 34.



In tal senso, sembra avere soddisfacenti possibilità di sviluppo l'esito cui sono pervenute le Sezioni Unite della Cassazione⁵⁰, che di recente hanno ripreso la lezione della Corte Costituzionale, nella sentenza n. 18 del 1982, circa l'operatività del limite dell'ordine pubblico anche nei confronti dell'ordinamento canonico. Nel loro primo, immediatamente successivo, orientamento, "la specificità del diritto canonico", che i giudici italiani devono tenere presente nell'accertamento che consegue, si traduceva nel maggior favore da accordare alla efficacia interna delle sentenze ecclesiastiche rispetto alle pronunce di altri Stati⁵¹. Ma se è pur vero che "la mera diversità di disciplina normativa di uno stesso istituto nei due ordinamenti (Cass. 9 dicembre 1993 n. 12144) è presupposto necessario ma non sufficiente perché possa esservi un'incompatibilità di una pronuncia interna di uno di tali ordinamenti con l'ordine pubblico dell'altro", ora però si precisa che la medesima specificità "non può assumere rilievo a far riconoscere fattispecie alle quali, per i principi cogenti del nostro ordinamento, è vietato comunque produrre effetti simili a quelle delle sentenze di cui si chiede il riconoscimento in Italia".

Il passaggio registra una nuova e importante acquisizione. Per le Sezioni Unite il regime concordatario, imponendo al giudice della delibazione di tenere conto della "specificità" del diritto canonico, determina una "graduazione" delle possibili incompatibilità con l'ordine pubblico italiano⁵², a differenza di quanto previsto dalla

⁵⁰ Sentenza 18 luglio 2008 n. 19809, criticata da **N. BERTONE**, *Pronunciato incostituzionale sulla (in) delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione Sezione Unite Civili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2008.

⁵¹ Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1982 n. 5026, secondo cui l'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche può essere negata non quando vi sia "una pur rilevante differenza di disciplina fra le cause di nullità del matrimonio considerate nei due ordinamenti" ma solo quando tale differenza "superi quel livello di maggiore disponibilità tipico dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica". Tuttavia, sembra possibile rintracciare un indirizzo delle Sezioni Unite di chiusura a tutte le ipotesi di riserva mentale tendente a contrastare la tesi riduttiva dell'operatività dell'ordine pubblico, rispetto alle sentenze ecclesiastiche, fatta propria dalla Prima Sezione, che tuttavia non è riuscito a consolidarsi, cfr. **V. CARBONE**, *La giurisprudenza della Cassazione sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, cit., p. 20 - 23, indirizzo però non privo di compromissioni con posizioni "confessionali", cfr. Cass. 6 dicembre 1985 nn. 6128 e 6129, in *Corr. Giur.*, 1986, p. 162, con nota critica di **Id.**, "Ordine pubblico" e delibazione di sentenze ecclesiastiche di scioglimento del vincolo.

⁵² L'utilizzo della relativa nozione deriva dalla premessa ultrattività degli art. 796 e 797 c. p. c., a causa della confermata inapplicabilità della L. 218 del 1995 di riforma del diritto internazionale privato alle sentenze ecclesiastiche (cfr. nota n. 8).



normativa comunitaria⁵³ per le sentenze statali in materia di invalidità del matrimonio, per le quali rileva qualunque contrasto con esso. Solo e soltanto nel caso delle sentenze ecclesiastiche si possono superare le incompatibilità definite “relative”, in ragione del peculiare rilievo che lo Stato italiano si sarebbe impegnato con la S. Sede a dare a tali pronunce a determinate condizioni; ciò accade quando i giudici ecclesiastici, in applicazione del diritto canonico, individuino fatti assimilabili a quelli previsti dall’ordinamento statale, “attuandosi in tal modo, con il Protocollo addizionale, anche il rispetto del pluralismo”⁵⁴. Ma restano insuperabili le incompatibilità “assolute”, quando cioè i fatti alla base della disciplina applicata nella sentenza ecclesiastica “non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia”, nel senso che “i giudici ecclesiastici abbiano dato rilievo a valori assolutamente incompatibili con quelli cogenti allo stesso fine, per la fattispecie cui la pronuncia si riferisce”.

L’area delle incompatibilità assolute si delinea qui ben oltre la ristretta casistica delle nullità fondate su motivi solo religiosi (voto pubblico e perpetuo di castità, ordine sacro, *disparitas cultus*), da tempo indicata come limite insuperabile alla dichiarazione di efficacia delle sentenze ecclesiastiche. Ancora, si arriva a formulare una critica esplicita, che è anche autocritica⁵⁵, alla giurisprudenza prevalente che esclude il carattere ostativo alla delibazione dei comportamenti di coabitazione o della convivenza dei coniugi, ritenendole condotte in contrasto non assoluto con l’ordine pubblico interno (da ultimo Cass. 10 maggio 2006 n. 10796, nel testo ulteriori rinvii); e si conferma il carattere assoluto del contrasto con l’ordine pubblico interno di una sentenza ecclesiastica di nullità fondata sull’apposizione di una condizione al vincolo matrimoniale (relativa alla residenza familiare), se non

⁵³ In relazione al riconoscimento delle sentenze di invalidità del matrimonio si ricorda che l’art. 63 del Regolamento (CE) n. 2201 del 2003 (che sostituisce l’art. 40 del R. n. 1347 del 2000) fa salvi i Concordati stipulati dalla Santa Sede con Italia (1984), Portogallo (il riferimento è a quello del 1940, ma è stato rinnovato nel 2003), Spagna (1979) e ora anche Malta (cfr. modifica del Regolamento n. 2116 del 2004, che aggiunge il Concordato tra Santa sede e Malta del 1993).

⁵⁴ Sulle contraddizioni del pluralismo giuridico europeo che tende allo smantellamento delle giurisdizioni religiose in materia matrimoniale e in cui le differenze di *gender* sarebbero più rilevanti di quelle di religione si rinvia a **S. FERRARI**, *La rilevanza civile del matrimonio canonico negli ordinamenti giuridici dei Paesi dell’Unione Europea. Problemi e prospettive*, in corso di pubblicazione (dal dattiloscritto per gentile concessione dell’Autore).

⁵⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 20 luglio 1988 nn. 4700, 4701, 4702, 4703.



manifestata o almeno conosciuta o conoscibile dall'altro nubendo (Cass. 6 marzo 2003 n. 3339)⁵⁶.

In riferimento alla fattispecie concreta riguardante un caso di infedeltà prematrimoniale, poi, si ritiene assolutamente incompatibile con l'ordine pubblico interno la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio fondata su errore soggettivo che cada su comportamenti temporanei e occasionali. Infatti, l'incidenza inderogabile che la forma e la manifestazione del consenso hanno nell'ordine pubblico interno implica che, tra i vizi del consenso, l'errore, per essere rilevante, debba ricadere su circostanze esterne ed oggettive, assimilabili a quelle di cui all'art. 122 c.c., e attinenti a connotati stabili o permanenti della persona dell'altro nubendo. Invero, una condotta prematrimoniale può ben rilevare al fine del riconoscimento della nullità canonica qualora induca in un errore su connotati stabili e permanenti del nubendo, come sulla transessualità o omosessualità (Cass. 7 aprile 2000 n. 4387). Solo a queste condizioni si configura una relativa incompatibilità della pur differente disciplina canonica dei vizi del consenso con l'ordine pubblico interno ed è ammessa la dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. **G. D'ANGELO**, *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale, contrasto tra giudicati e tutela dell'ordine pubblico interno: certezze ed incertezze della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003/3, p. 925, il quale sottolinea come tale indirizzo "ancora il contenuto all'ordine pubblico interno ai più pregnanti profili della tutela della personalità del singolo individuo nel costituirsi del vincolo matrimoniale".

⁵⁷ Per le Sezioni Unite della Cassazione sono relativamente incompatibili, e quindi correttamente dichiarate efficaci, le nullità canoniche fondate sulla base di errore su anomalie psichiche incidenti sulla vita coniugale o sullo stato libero dell'altro nubendo (Cass. 6 dicembre 1985 n. 6134, 9 dicembre 1993 n. 12144, 5 maggio 1998 n. 4500); errore relativo alla qualifica di laureato (Cass. 26 maggio 1987 n. 4707); errore sull'incapacità di intendere e di volere o di agire qualificate come connotati permanenti dell'altro coniuge (Cass. 25 novembre 1988 n. 6331, Cass. 10 maggio 2006 n. 10796); così pure la differenza di disciplina quanto alla legittimazione per far valere tali incapacità, che l'ordinamento canonico ha esteso ad entrambi i nubenti in ragione del rilievo che nel sacramento ha chi ne è ministro, non incide sul matrimonio atto o rapporto e pertanto non comporta una incompatibilità assoluta (Cass. 24 luglio 1987 n. 6444 e, da ultimo, Cass. 14 novembre 2008 n. 27236); dolo e riserva mentale, irrilevanti nell'ordinamento statale, sono relativamente incompatibili con l'ordine pubblico se gli artifici o raggiri abbiano determinato errori con caratteri oggettivi o se la riserva mentale fosse conosciuta o almeno conoscibile dall'altra parte per assimilare il caso a quello della simulazione, considerato il rilievo dell'affidamento nell'ordinamento statale, o ancora quando possa accertarsi la intervenuta manifestazione della volontà di essa a non volere un siffatto matrimonio.



6 – La specificità dell’ordinamento canonico ostativa al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche contumaciali: possibili sviluppi a partire a) dalla sentenza n. 19809 del 2008 della Cassazione Sezioni Unite

L’esercizio della tipica funzione di nomofilachia porta la Cassazione a ridisegnare il confine dell’ordinamento dello Stato alla recezione delle sentenze prodotte dalla giurisdizione confessionale. Il confine, proprio in considerazione della peculiarità dell’ordinamento da cui esse provengono, è ad un tempo più ampio di quel che sarebbe se si trattasse di sentenze statali, ma del tutto non valicabile laddove siano in gioco principi cogenti del diritto italiano che appunto risultano irriducibili a quelli dell’ordinamento confessionale.

Ora, la distinzione tra fattispecie di nullità canonica relativamente e assolutamente incompatibili poggia sul diverso grado di assimilabilità derivante da una specificità in contrasto con i valori cogenti sottesi alle nullità interne. In tal modo, la Corte sperimenta qui⁵⁸, sul versante del diritto sostanziale, la valenza ostativa – e non solo favoritiva/facilitante - della specificità dell’ordinamento canonico, evocata in una clausola pattizia introdotta nell’ultima redazione dell’Accordo e collocata nel Protocollo Addizionale (punto 4, in relazione all’art. 8, lett. b).

Proprio il fatto che sia ritornata a considerare la specificità della disciplina canonistica del matrimonio potrebbe indurre la nostra Cassazione a prendere in considerazione il “precedente” spagnolo, nella versione moderata della sentenza che si commenta: la garanzia della scelta della contumacia per motivi di religione, sempre nel bilanciamento con eventuali altri beni costituzionali emergenti dagli atti processuali o dedotti dalle parti, potrebbe essere valutata come motivo di ordine pubblico sostanziale o di rispetto del principio di distinzione degli ordini⁵⁹.

⁵⁸ Sebbene la Corte ritenga che il principio enunciato abbia avuto sostanziale applicazione nella giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, anche se non sempre consapevolmente e formalmente.

⁵⁹ Cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *La “maggiore disponibilità” nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula “ellittica” al vaglio dell’evoluzione dell’ordine pubblico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2007, secondo cui “è il principio costituzionale di distinzione degli ordini a non permettere una sorta di libera e autonoma circolazione di significati e decisioni confessionali nel sistema giuridico dello Stato” e in un settore, come quello coniugale, che “esprime contenuti propri dell’ordine delle questioni civili, quali gli aspetti personali e patrimoniali della famiglia”. Cfr. su tale principio ID., *L’indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli*



Nell'intenzione del legislatore concordatario⁶⁰, la "specificità" riconosciuta all'ordinamento canonico per facilitare l'ingresso delle sentenze confessionali nell'ordinamento statale significava, innanzitutto, l'adattamento delle regole processuali della delibazione alle peculiarità di una giurisdizione confessionale con particolare riguardo a tre casi specifici: quelli cioè relativi al luogo del giudizio, al non passaggio in giudicato delle sentenze canoniche e al non riesame del merito (nn. 1, 2, 3 lett. b). Tuttavia, nell'intento di "evitare l'inesco di una prassi compressiva dell'autonomia confessionale"⁶¹, la clausola s'è trasmutata, nell'opera applicativa della giurisprudenza, in "maggiore disponibilità", ossia in una particolare flessibilità del giudizio sulla conformità della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico⁶².

ordini nell'ordinamento italiano, Milano, 2006, p. 118 – 125, e per un approfondimento dello stesso in connessione al carattere democratico dell'ordinamento cfr. **G. CASUSCELLI**, *Le laicità e le democrazie: la laicità della "Repubblica democratica" secondo la Costituzione italiana*, in *Quad. dir. pol. Eccl.*, 2007/1, p. 169 s.

⁶⁰ Lo ricorda, anche nella veste di presidente della commissione per la revisione degli Accordi, **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Sulle condizioni per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in **AA.VV.**, *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, cit., p. 231. Nello stesso senso, e critico sulla sopravvalutazione del valore giuridico dell'inciso in questione, **L. GAROFALO**, *La delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale al vaglio dei principi di diritto processuale civile internazionale*, *ivi*, p. 84, il quale insiste sulla diversa qualità formale del Protocollo, in cui è inserito, rispetto alla norma base dell'art. 8 parte 2 dell'Accordo, con la conseguenza che esso può solo modulare alcune delle verifiche demandate al giudice della delibazione e non mai incidere sulla loro quantità.

⁶¹ Come subito avvertito da **S. BERLINGÓ**, *Spunti per una fenomenologia della rilevanza dell'ordinamento confessionale e dell'ordine pubblico matrimoniale*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, vol. II, Perugia, 1984, p. 284-285, ma con il rischio, evidenziato da **M.C. FOLLIERO**, *Giurisdizioni in materia matrimoniale e diritti confessionali*, Salerno, 1992, p. 283, di stabilire, come viene definita ironicamente, la "regola della delibabilità sempre".

⁶² Sulla evoluzione della giurisprudenza in materia, cfr. **N. MARCHEI**, *La giurisdizione sul matrimonio "concordatario" tra legge e giudice*, Torino, 2008, p. 60 s. Dunque, la clausola relativa al rispetto della specificità dell'ordinamento canonico influenza e vincola particolarmente il sindacato delle sentenze ecclesiastiche sotto il profilo dell'ordine pubblico: sui criteri che devono guidarne la ricostruzione del contenuto cfr. **P. FLORIS**, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Napoli, 1992, p. 267 s., e sul "bipolarismo interpretativo" tra ordine pubblico interno e internazionale, molto praticato da dottrina e giurisprudenza, cfr. **M.C. FOLLIERO**, *Giurisdizioni in materia matrimoniale*, cit., p. 246 s. Per un aggiornamento sui problemi aperti dalla giurisprudenza riguardo alla nozione di ordine pubblico in materia, cfr. **M. CANONICO**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità: problemi attuali e prospettive future*, in *Il Dir. di fam. e delle pers.*, 2008, II, specie p. 412-423.



Interpretazione, questa, tutta in favore dell'ordinamento confessionale, in linea con la "giurisprudenza innovatrice" della Cassazione prima della revisione concordataria, secondo cui l'accertamento dell'eventuale contrasto con l'ordine pubblico delle sentenze ecclesiastiche va condotto "nell'ambito consentito dalla copertura costituzionale della norma concordataria"⁶³. Interpretazione, tuttavia, che nella mutata situazione normativa prodotta dal nuovo Accordo ignora l'altro profilo del riconoscimento della "specificità" dell'ordinamento canonico, questa volta a salvaguardia della sovranità dello Stato, totalmente compatibile con una previsione di natura concordataria o bilaterale, e che si traduce nella impossibilità di tale accoglimento tutte le volte in cui si realizzi una irriducibilità dei due ordinamenti ad un comune denominatore⁶⁴.

Invero, la presunta elasticità della clausola menzionata va letta pure "a rovescio", o meglio nel bilanciamento con il valore-limite della laicità, che costituisce un principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano⁶⁵: la "specificità dell'ordinamento canonico" richiede uno sforzo di adattamento ma attesta, altresì, che c'è un *proprium* irriducibile, nel suo nucleo forte, alla dimensione del diritto statale⁶⁶. Essa va dunque intesa nei due sensi, della maggior disponibilità o apertura dell'ordinamento statale all'ingresso delle

⁶³ "Questa è l'affermazione nuova più significativa accolta dalla Cassazione, che amplifica notevolmente i poteri d'esame delle corti di merito", secondo F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza innovatrice della Cassazione in tema di efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, nota a Cass. 29 novembre 1997 n. 5188, in *Giur. It.*, 1978, I, cc. 1699, ora in ID, *Saggi (1973 - 1978)*, a cura di A. ALBISETTI, Milano, 2008, p. 726.

⁶⁴ Cfr. G. CASUSCELLI, *La problematica*, cit., p. 47 - 48, che preferisce evidenziare come alla specificità della Chiesa si contrapponga la specificità dello Stato, alla cui salvaguardia è preordinato il limite dell'ordine pubblico; si premette, infatti, che clausola concordataria della "specificità" del diritto canonico e tutela dell'ordine pubblico esprimono esigenze che risalgono a principi teorici antitetici. Analogamente, nel senso che l'impegno pattizio al rispetto della specificità del diritto canonico non può compromettere l'ambito di operatività del controllo di ordine pubblico la cui tutela è ascisa al rango di principio supremo, valevole quindi anche per le norme concordatarie, v. J. PASQUALI CERIOLI, *La "maggiore disponibilità"*, cit., p. 18-19. Critico rispetto alla configurazione di ulteriori ostacoli al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche, in omaggio ad una "piena e sincera attuazione degli impegni concordatari", M. CANONICO, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità: problemi attuali e prospettive future*, cit., specie p. 446.

⁶⁵ Corte cost. 12 aprile 1989 n. 203. La stessa giurisprudenza spagnola citata fa della laicità dell'ordinamento spagnolo uno degli argomenti fondanti l'esclusione della riconoscibilità delle sentenze ecclesiastiche rese in contumacia della parte.

⁶⁶ Cfr. N. COLAIANNI, *Sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in AA.VV., *Matrimonio concordatario*, cit., p. 233.



sentenze che sono confessionali, ma anche di chiusura quando le stesse sentenze riflettano tali peculiarità dell'ordinamento canonico da rendere irripetibili date situazioni di diritto nell'ordinamento dello Stato⁶⁷.

Con questa ampia premessa, si vuole ulteriormente sviluppare l'assunto che la contumacia volontaria può essere interpretata come atto di obiezione di coscienza; in quanto tale, infatti, essa può corrispondere al rifiuto di una giurisdizione confessionale ma anche al rifiuto di una giurisdizione avente caratteristiche non riconoscibili, come accade nel caso della giurisdizione canonica, che dà rilievo a situazioni ritenute nel diritto civile soggettivamente non rilevanti (fattispecie della simulazione unilaterale) ed è, comunque, "senza spada". Invero, il processo canonico si palesa come esercizio di poteri giurisdizionali non accostabili a quelli propri del giudice civile, poiché il giudice dispone di strumenti di sanzione spirituale ma non di poteri giuridici d'imperio, coercitivamente realizzabili⁶⁸. In altri termini, la giurisdizione confessionale si va configurando come una *iurisdictio inter volentes*, una volontaria giurisdizione o una sorta di arbitrato che, non solo l'attore, ma anche il convenuto deve non rifiutare⁶⁹.

Appare ipotizzabile, del resto, un'istruzione probatoria della Corte di appello per accertare che l'assenza volontaria del convenuto nel processo ecclesiastico corrisponda alla volontà di non soggiacere alla giurisdizione ecclesiastica, salvo che la dichiarazione non sia

⁶⁷ Per questa tesi v. già N. COLAIANNI, *Sulla "specificità" dell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *Matrimonio concordatario*, cit., p. 78-81, il quale, circa l'interpretazione di Cass. 10 gennaio 1991 n. 188, sottolinea come essa escluda un atteggiamento *benevolentior* da parte dell'ordinamento dello Stato, nel senso che tocca alle parti "pagare" la specificità dell'ordinamento canonico non ottenendo l'efficacia civile della sentenza ecclesiastica "il cui *proprium* sia talmente peculiare, specifico, da risultare incompatibile con l'area di tutela dell'affidamento e, in generale, con l'ordine pubblico": esiste evidentemente una specificità "di fondo" del matrimonio canonico rispetto al matrimonio civile, nel senso che "in *apicibus* per l'ordinamento canonico conta soprattutto il sacramento e invece per l'ordinamento dello Stato soprattutto la convivenza". Nello stesso senso v. F. 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.

⁶⁸ Limpidamente ed efficacemente cfr. P. BELLINI, *Matrimonio concordatario: problemi vecchi e nuovi*, in *Il nuovo concordato tra Italia e Santa Sede*, Milano, 1987, pp. 271 s., ora in *Saggi di diritto ecclesiastico italiano*, Soveria Mannelli, 1996, p. 641.

⁶⁹ Cfr. N. COLAIANNI, *Nozze e tribunali e are. I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione. L'esperienza italiana*, in *Nozze e tribunali e are. I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione*, Como, 28-29 novembre 2008 (in corso di pubblicazione, dal dattiloscritto per gentile concessione dell'Autore), che perciò critica l'efficacia civile di sentenze o lodi confessionali non voluti da entrambe le parti.



contraddetta dal contesto di vita. Infatti, tale accertamento riguarda un presupposto dell'azione, come tale non "coperto" dal divieto del riesame del merito, e quindi, come di regola, rimesso alla piena cognizione/facoltà di provvedere del giudice statale⁷⁰. In definitiva, tra le condizioni di ammissibilità del giudizio di delibazione si dovrebbe presumere la volontà di entrambe le parti di assoggettarsi alla giurisdizione ecclesiastica; presunzione non superabile (*iuris et de iure*) quando dagli atti e dalla sentenza risulti che la parte convenuta sia comparsa ed abbia svolto le sue difese nel merito.

Quando invece il convenuto sia rimasto contumace nel giudizio ecclesiastico, il giudizio di delibazione è ammissibile solo se la domanda sia stata presentata da entrambe le parti ovvero anche solo da una sola di esse, senza però l'opposizione dell'altra. Qualora la parte convenuta opponga, in via preliminare, di non essere comparsa nel giudizio ecclesiastico volontariamente, non riconoscendolo come vincolante e non volendo assoggettarvisi (in ragione della sua specificità e della sua distanza dai parametri della giurisdizione ordinaria), sarebbe impreteribile affrontare la discussione di tale eccezione pregiudiziale, il cui accoglimento renderebbe inammissibile il giudizio di delibazione.

Soluzione obbligata, questa, nel caso di chi compare nel giudizio ecclesiastico formulando la questione preliminare del disconoscimento della vincolatività della giurisdizione ecclesiastica, ottenendo la verbalizzazione di tale opposizione. In tali casi, la Corte di appello dovrebbe dichiarare inammissibile la domanda di riconoscimento della sentenza canonica di nullità, senza procedere oltre nell'esame dell'effettività del diritto di difesa e del non contrasto con l'ordine pubblico.

⁷⁰ I suddetti poteri istruttori della Corte di appello sono attentamente vagliati dalla giurisprudenza in tema di accertamento della buona fede ex art. 129 bis c.c., ai fini della rilevanza della simulazione unilaterale del consenso matrimoniale. La giurisprudenza prevalente tende a delimitarli alle risultanze della sentenza ecclesiastica e degli atti del processo canonico eventualmente acquisiti, in quanto prodotti dalle parti; in punto, i divieti di consegna degli stessi atti alle parti, previsti nei regolamenti dei tribunali ecclesiastici italiani, sono ora recepiti dall'Istruzione *Dignitas Connubii*, pertanto si esclude che possano essere prodotti nel giudizio di delibazione, cfr. **M. CANONICO**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità: problemi attuali e prospettive future*, cit., p. 420-421. Sul filone minoritario secondo cui invece compete al giudice statale un autonomo accertamento ed un'apposita istruttoria su circostanze che sono irrilevanti per il diritto canonico ma non per quello italiano, come l'avvenuta esteriorizzazione della riserva mentale, si rinvia a **N. MARCHEL**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche ed i poteri istruttori della Corte di Appello*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2007.



Negli altri casi, in cui la parte ricorrente contesti la sincerità dell'allegata obiezione di coscienza posta a base della contumacia, potrà essere ammessa un'istruzione probatoria limitata a quest'oggetto nella fase preliminare del giudizio di delibazione. In particolare, una prova decisiva può essere costituita dall'avvenuto "sbattezzo" del soggetto contumace, quando cioè sia stata trasmessa alla parrocchia competente la dichiarazione di "non voler più appartenere" o di "non essere mai appartenuto" alla Chiesa cattolica⁷¹, e questa sia stata debitamente annotata nel registro parrocchiale⁷². Non sono richieste altre formalità; in particolare, non è necessario che si indichino nell'istanza le ragioni che ne sono alla base né che l'istante si rechi personalmente presso il destinatario, essendo sufficiente la lettera raccomandata⁷³.

Ancora, in questioni che tocchino l'intimo convincimento maturato dalle persone nel corso degli anni non si potrà non attribuire efficacia probatoria ai comportamenti concludenti in fatto: come, ad esempio, la domanda di divorzio o di nullità presentata al giudice civile o, comunque, "chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita"⁷⁴.

7 – (segue): b) dalla giurisprudenza europea

La non riconoscibilità della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, quando la contumacia della parte sia sorretta da obiezioni di coscienza verso una giurisdizione non più riconosciuta come tale, in particolare sotto i profili della effettività e della giustizia, appare in linea con una interpretazione degli impegni concordatari costituzionalmente orientata⁷⁵ anche in senso europeo. Il riferimento è

⁷¹ Sulla pratica dello "sbattezzo" come predisposta dall'U.A.A.R. (Unione Atei Agnostici Razionalisti) cfr. **R. CARCANO** e **A. ORIOLI**, *Uscire dal gregge. Storie di conversioni, battesimi, apostasie e sbattezzi*, Roma, 2008, *passim* e specie p. 218.

⁷² Garante per la protezione dei dati personali, in *Bollettino*, n. 9, 1999, p. 54.

⁷³ Garante per la protezione dei dati personali, in *Bollettino*, rispettivamente n. 44, 2003, e n. 32, 2002; per la disciplina di adeguamento adottata dalla C.E.I. si permetta il rinvio alla sintesi di **S. FIORENTINO**, *La libertà di religione (art. 19)*, in *Nozioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 55.

⁷⁴ Così Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, nel caso di Eluana Englaro.

⁷⁵ Per una interpretazione della libertà religiosa orientata costituzionalmente nel senso della sua conformità al principio di laicità v. **N. COLAIANNI**, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in *Dir. Eccl.*, I, 2007, p. 83 s. Cfr. **G. CASUSCELLI**, *La risposta italiana della legislazione contrattata tra Stato e Confessioni: dalle esigenze particolari alla omologazione dei privilegi*, in **AA.VV.**, *Integrazione europea e società*



innanzitutto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; invero, si pone la questione se la specificità del processo canonico contumaciale sia compatibile con il diritto di difesa. Come noto, infatti, la norma convenzionale europea sull'"equo" processo (art. 6.1 CEDU), peraltro quasi testualmente riprodotta nell'art. 111 della Costituzione⁷⁶, è alla base della condanna nel "caso Pellegrini"⁷⁷ che l'Italia ha subito in anni recenti, da parte della Corte di Strasburgo, per aver riconosciuto una sentenza ecclesiastica emessa in seguito ad un particolare procedimento canonico ("documentale"), privo del carattere del contraddittorio e in assenza di difesa tecnica. In sintesi: la "specificità" dell'ordinamento canonico, espressa nella peculiarità del processo documentale, viene accolta dall'ordinamento italiano in virtù del regime concordatario, ma è sanzionata dalla Corte europea sotto il profilo dell'ordine pubblico processuale. Infatti, la Corte ha giudicato che, anche qualora la causa di nullità sia fondata su fatto oggettivo e non contestato (nel caso specifico la consanguineità), spetta solo alle parti valutare le allegazioni prodotte, con la necessità di essere informate adeguatamente in anticipo e di essere assistite da un avvocato⁷⁸. In questo caso, la procedura canonica è parsa insufficiente a garantire un processo "equo", di cui il diritto al contraddittorio è uno degli elementi caratteristici; con la conclusione che "il y va notamment de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice", non senza aver messo in rilievo che di fronte ad un giudice che è anche un religioso, e in mancanza dell'avvocato, la parte vive una condizione anomala di intimidazione ("elle a été intimidée par le fait que le juge était un religieux").

Invero, ai fini di un processo "equo", non basta che ciascuna parte possa esprimere le proprie posizioni, ma è necessario che abbia anche "la sensazione di beneficiare di un processo dotato di tale qualità, senza sentirsi psicologicamente schiacciata dal peso di un procedimento di fronte ad un'autorità sovraordinata" e senza che venga meno la fiducia che i tribunali di una società democratica hanno il dovere di

multietnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa, (a cura di V. TOZZI), Torino, 2002, p. 93 s.

⁷⁶ Come modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

⁷⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pellegrini c. Italia*, sent. 20 luglio 2001, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001/3, p. 887 sul quale cfr. AA.VV., *La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 20 luglio del 2001*, cit.

⁷⁸ "Le droit à une procédure contradictoire, qui est l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6.1, implique que chaque partie à un procès, pénal ou civil, doit en principe avoir la faculté de connaître et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision".



ispirare alla parte soggetta alla giurisdizione⁷⁹. Occorre, cioè, che il processo, oltre ad essere equo, appaia tale, che la giurisdizione debba, non solo essere, ma anche apparire indipendente⁸⁰.

Se, in generale, l'*arrêt* Pellegrini autorizza un "ripensamento dell'intera tematica" legata all'esercizio del diritto di difesa da parte dei giudici italiani⁸¹, in particolare esso consente una riflessione di sicuro interesse ai fini della rilevanza (ostativa alla delibazione) della contumacia per motivi di coscienza. Si consideri, infatti, che chi si sottragga per questi motivi, volontariamente, alla giurisdizione confessionale, lo fa anche per mancanza di fiducia e di affidamento nel funzionamento effettivo e indipendente di quella giustizia, a cui non è estraneo il senso di soggezione ingenerato dalla presenza di un giudice che è chierico o religioso.

Invero, il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo interviene quando è già avvenuto il passaggio in giudicato della pronuncia deliberativa della sentenza ecclesiastica, onde l'accertamento della violazione del diritto di difesa compiuto dalla Corte non impedisce che detta violazione si consumi: realizza, cioè, una sanzione *a posteriori*⁸². Ma, in un sistema basato sulla "integrazione fra ordinamenti", spetta innanzitutto ai tribunali nazionali il compito di armonizzarli, evidentemente in via preventiva⁸³. Questo compito

⁷⁹ Secondo la Corte CEDU va presa in considerazione anche l'ottica dell'individuo sottoposto a giudizio, cfr., pure per ulteriori rinvii giurisprudenziali relativamente al diritto ad un equo processo, F. LATTANZI, *Diritti di difesa nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e nella giurisprudenza della Corte*, cit., p. 43.

⁸⁰ Il concetto di indipendenza del giudice è stato approfondito dalla giurisprudenza europea valorizzando l'apparenza, nel senso che il giudice deve non solo essere ma anche apparire indipendente cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Belgio*; 28 giugno 1984, *Campbell c. Regno Unito*. In tal senso, sul piano questa volta della giurisdizione interna, si riferiscono le recenti affermazioni della Prima Commissione del Consiglio Superiore della magistratura, intervenuta nello scontro tra Procure sul caso "Why not", secondo cui il discredito gettato sulla magistratura deriva dall'aver violato i doveri di indipendenza e terzietà propri di ogni magistrato offrendo "l'immagine di una azione giudiziaria, non meditata e orientata a finalità di giustizia, ma strumentalizzata da ragioni di reazioni e rivalsa", da *La Repubblica*, venerdì 12 dicembre 2008, p. 8.

⁸¹ In questo senso già S. DOMIANELLO, *I matrimoni "davanti a ministri di culto"*, in *Famiglia e matrimonio*, (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO), tomo I, *Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto*, Milano, 2002, p. 480.

⁸² Per la tutela della libertà religiosa attraverso il ricorso davanti alla Corte Cedu si rinvia per una sintesi a M. LUGLI, J. PASQUALI CERIOLI, I. PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi, modelli, giurisprudenza*, Torino, 2008, p. 69 s.

⁸³ Infatti, come stabilisce l'art. 19 par. 1 del nuovo Trattato dell'Unione europea, "gli stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".



corrisponde ormai ad un preciso dettato costituzionale, emergente dal nuovo testo dell'art. 117, comma 1 Cost., per cui, come spiegato di recente dalla Corte costituzionale, "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme"⁸⁴.

Ove dunque non appaia di piana interpretazione, come invece è apparsa al supremo giudice spagnolo, la questione della rilevanza ostativa della contumacia non sembra tuttavia manifestamente infondata sul piano della costituzionalità interna, sicché il giudice comune, qualora ritenga l'armonizzazione impossibile, "ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta ... deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma". Né varrebbe opporre alla maggior forza di resistenza delle norme CEDU, rispetto a leggi ordinarie successive, la "maggior forza vantata dalle norme interposte contenute negli accordi tra lo Stato e la Chiesa cattolica" per effetto della "copertura" che ne vieta la collisione solo con i principi supremi della Costituzione⁸⁵: nella specie, infatti, la norma interposta concerne il diritto di difesa, il primo principio supremo sancito dalla Corte proprio in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale⁸⁶.

Inoltre, la questione potrebbe essere posta non solo alla Corte nazionale, ma anche alla Corte di Giustizia europea, con la possibilità di un rimedio che sia invece preventivo, attraverso il ricorso in via pregiudiziale (art. 267 ex 234 TCE) che permetterebbe di accertare l'eventuale violazione dei Trattati anche prima del passaggio in giudicato della sentenza di delibazione per poterla, eventualmente, paralizzare. Questa prospettiva non è lontana nel tempo e si manifesterà non appena entrerà in vigore il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, già ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008 n. 190, con cui l'Unione Europea ha aderito alla Convenzione europea dei diritti umani⁸⁷ ed ha riconosciuto la Carta dei diritti fondamentali

⁸⁴ Corte cost. 22 ottobre 2007 n. 349 (e cfr. pure la coeva sent. n. 348).

⁸⁵ Così **M. TIGANO**, *Norme interposte e artt. 7 e 8 Cost.: norme interposte di "tipo diverso"?*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008/3, p. 908.

⁸⁶ Corte cost. n. 18 del 1982.

⁸⁷ Tale adesione è considerata una scelta storica, decisione culturale e politica coraggiosa che va a definire dell'Europa il futuro, oltre che il passato cfr. **V. ZAGREBELSKY**, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, sito www.europeanrights.eu, dicembre 2007, in tal modo superandosi l'iniziale ripartizione di competenze che erano prevalentemente economiche per l'area comunitaria,



adottata a Nizza. Tali atti così diventeranno fonti del diritto europeo aventi lo “stesso valore giuridico dei Trattati” (art. 6 par. 2 nonché protocollo n. 8 e dichiarazione n. 1), per quanto da tempo ormai vengano utilizzati, accanto ai principi generali del diritto comunitario, tanto dalla Corte di giustizia di Lussemburgo⁸⁸ quanto dalle Corti nazionali⁸⁹.

In questa prospettiva, sarà così possibile accertare ulteriormente se la ritenuta irrilevanza della contumacia volontaria nel giudizio ecclesiastico non contrasti con i presupposti normativi per un’interpretazione dell’Accordo conforme al diritto di “mutamento di fede religiosa”, espressamente garantito dall’art. 9 CEDU e ormai parte del diritto comunitario.

L’Italia, nell’ambito della propria discrezionalità di Paese membro UE, ha esteso a tutte le proprie giurisdizioni la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte, prevedendo altresì che i giudici di ultima istanza abbiano l’obbligo di rinviare la questione pregiudiziale alla stessa. Pertanto, la Corte di appello avrebbe mera facoltà di domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione della rilevanza della contumacia, mentre la Corte di cassazione, in quanto ultimo organo giurisdizionale, ne ha l’obbligo⁹⁰.

laddove il Consiglio d’Europa è stato istituito per promuovere e diffondere in Europa la democrazia ed il rispetto dei diritti umani di cui la Corte CEDU e la sua giurisprudenza sono espressione.

⁸⁸ CGCE 13 marzo 2007, *Unibet c. Justitiekanslern*, in *www.europalex.kataweb.it*, 2007. Sulla incorporazione di fatto della giurisprudenza della Corte Cedu avvenuta precedentemente al Trattato di Lisbona ad opera della Corte di Giustizia, e più in generale sul cammino di questa nell’affermazione dei diritti fondamentali CEDU nell’ordinamento giuridico comunitario, con specifico riferimento alla libertà religiosa, si rinvia a **G. MACRÌ**, *Evoluzione ed affermazione del diritto fondamentale di libertà religiosa nell’ambito della “comunità sovranazionale” europea*, in *AA.VV., La libertà religiosa in Italia, in Europa e negli ordinamenti sovranazionali*, (a cura di **G. MACRÌ**), Salerno, 2003, p. 74 s.

⁸⁹ Per un caso recente di utilizzo della Carta Nizza come fonte di diritto interno cfr. Cass., Sez. III, 12 dicembre 2008, n. 29191, che, in sede di valutazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto alla salute, precisa essere “dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona ovvero all’integrità morale, quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall’art. 2 della Costituzione italiana in relazione all’art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall’Italia con legge 2 agosto 2008 n. 190 (*omissis*)”.

⁹⁰ Al riguardo l’art. 267 comma 3 del nuovo Trattato dell’Unione europea (versione consolidata *Gazzetta ufficiale n. C 115 del 09/05/2008*) stabilisce che “quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti ad un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso



Anche la Corte costituzionale italiana, che a differenza di altri omologhi stranieri aveva mostrato in passato una certa ritrosia, ha rivendicato a sé direttamente tale possibilità, esclusa fino ad oggi sulla base della supposta mancanza del proprio carattere di “giudice nazionale”⁹¹.

Nel caso specifico, la Corte di Giustizia interverrebbe nell’ambito della propria competenza ad accertare l’infrazione di uno Stato membro in violazione dei diritti fondamentali contenuti nella CEDU⁹², quale il diritto al “mutamento di fede religiosa” garantito dall’art. 9 (e dall’art. 10 della Carta di Nizza) che si concretizza nella scelta della contumacia nel giudizio canonico di nullità matrimoniale: un diritto che potrebbe prevalere, in sede di “bilanciamento”, sulle stesse norme costituzionali⁹³. Il ricorso davanti alla Corte di Lussemburgo consentirebbe così di intervenire a tutela della libertà di coscienza della parte contumace quando la questione sia sollevata in corso del giudizio di delibazione ancora pendente, non quindi “a cose fatte”, come sarebbe nel caso di un ricorso davanti alla Corte di Strasburgo, ma prima che la sentenza di dichiarazione degli effetti civili della nullità matrimoniale produca la lesione del diritto di libertà.

giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte”.

⁹¹ La Corte costituzionale italiana con ord. n. 103 del 2008, in relazione alla conformità ai vincoli comunitari delle c.d. “tasse sul lusso” istituite con legge dalla Regione Sardegna, è ritornata sulla propria consolidata giurisprudenza modificandone radicalmente l’impianto, cfr. **M. E. GENNUSA**, *Il primo rinvio pregiudiziale di Palazzo della consulta: la Corte costituzionale come “giudice europeo”*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 612 s.; particolarmente sulle condizioni poste dalla Corte per ammettere detto rinvio, che si configura come eccezione, cfr. **P. ZICCHITTU**, *Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: verso il superamento della teoria dualista?*, *ivi*, p. 616 s. Ne deriva che il giudice italiano, di fronte ad una norma interna irrispettosa degli obblighi derivanti dall’ordinamento europeo, potrebbe validamente prospettare alla Corte cost. una situazione di illegittimità costituzionale ex art. 117, comma 1 Cost. e, se questa non potesse accertare immediatamente la violazione del diritto comunitario, potrebbe investire della questione la Corte di Giustizia in via pregiudiziale.

⁹² **U. VILLANI**, *Istituzioni di Diritto dell’Unione Europea*, Bari, 2008, pp. 43-45 e 360-361. Favorevole ad una interpretazione sia del diritto comunitario che delle leggi nazionali orientata verso la CEDU, e quindi sulla possibilità di investire in via pregiudiziale la Corte di giustizia europea anche dell’interpretazione di norme della CEDU nella prospettiva assiologico-sostanziale, **A. RUGGERI**, *op. cit.*, pp. 6-7, che cita Corte cost. ord. 25 gennaio 2007.

⁹³ In contrasto con la Corte Cost. che ritiene che la CEDU dovrebbe sottostare all’osservanza non solo dei principi fondamentali dell’ordinamento ma di ogni norma costituzionale, può astrattamente darsi il caso che i diritti della CEDU prevalgano, in sede di “bilanciamento”, sugli stessi diritti costituzionali “proprio in quanto paritaria è la partita che ogni volta si svolge e rinnova tra principi ugualmente fondamentali”, così **A. RUGGERI**, *op. cit.*, p. 5.



In definitiva, la valorizzazione della problematica *de qua* sembra contribuire alla progressiva emersione di un diritto ecclesiastico europeo⁹⁴, inteso come “tutela multilivello” della libertà religiosa e di coscienza, la cui la pluralità di sedi di riconoscimento assicurerebbe la tutela al livello più elevato⁹⁵, o più semplicemente come una tutela “integrata”, e quindi più ampia di quella riconosciuta in un singolo ambito nazionale⁹⁶. Di conseguenza, il contenuto dell’art. 19 Cost. che non esplicita, tra l’altro, il diritto di mutamento di credo, si arricchisce e si determina in relazione alle norme interposte della CEDU e della Carta di Nizza, essendone influenzato direttamente, e non solo in via interpretativa.

Al contempo, la mutata situazione normativa invita ad una nuova ricognizione dei profili della laicità in senso sostanziale⁹⁷, patrimonio comune degli Stati europei, che permetta di preservare il *civis* (non più o diversamente) *fidelis* dalla soggezione ad una

⁹⁴ Per un approfondimento si rinvia a G. MACRÌ, M. PARISI, V. TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Bari, 2006.

⁹⁵ Cfr. S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, a cura di ID., Napoli, 2005, p. 76 s.; *La tutela multilivello dei diritti*, a cura di P. BILANCIA e E. DE MARCO, Milano, 2004; per una riflessione in punto cfr. N. COLAIANNI, *L’influenza della “Costituzione europea” sul diritto (statale) di libertà di religione*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 2, 2007, p. 322-327.

⁹⁶ Sulla protezione della libertà religiosa nella giurisprudenza europea v. lo studio antesignano di F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 1967, specie p. 181 s.; di recente nella dottrina italiana cfr. M. PARISI, *Orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di libertà religiosa*, in AA.VV., *La libertà religiosa in Italia, in Europa e negli ordinamenti sovranazionali*, cit., p. 67 s.; nella dottrina spagnola cfr. A. TORRES GUTIÉRREZ, *La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH)*, in AA.VV., *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, a cura di J. GARCÍA ROCA e PABLO SANTOLAYA, Madrid, 2005, p. 509 s. e J. MARTINEZ TORRON, *Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 2, 2003; ID., *La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa*, in *Proyección nacional e internacional de la Libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, p. 89-131; ID., *La protección internacional de la libertad religiosa y de conciencia, cincuenta años después*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, 1999, p. 63-88.

⁹⁷ La laicità dello Stato è infatti l’altra argomentazione utilizzata, seppure laconicamente, dalla giurisprudenza spagnola sopra illustrata ai fini dell’affermazione del carattere ostativo della contumacia al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche. Sulla costruzione di uno statuto della laicità per l’Europa da parte della giurisprudenza della Corte europea cfr. M. VENTURA, *La laicità dell’Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, 2001; M. G. BELGIORNO DE STEFANO, *Le radici europee della laicità dello Stato*, in AA. VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. FUCCILLO, Torino, 2008, p. 465.



giurisdizione estranea, in quanto confessionale, che egli non riconosce come tale in ragione dei suoi mutati convincimenti religiosi e al quale va riconosciuto il diritto di obbiettarvi secondo coscienza, sottraendovisi, e non solo mediante l'opzione secondo legge civile dello scioglimento di un vincolo che la religione considera indissolubile.