



Graziano Mioli

(avvocato della Rota romana)

La convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali *

SOMMARIO: 1. La critica della (non) critica della ragion giuridica – 2. Il riesame del merito: un pericolo imminente – 3. La rilevabilità d'ufficio delle questioni di contrarietà all'ordine pubblico – 4. Le inquietanti derive delle corti di merito – 5. Il riproporsi di una *vexata quaestio*, ossia il divieto di attività istruttoria – 6. Per una soluzione definitiva di una storia infinita.

1 – La critica della (non) critica della ragion giuridica

Cogliendo l'occasione della pubblicazione della pronuncia della Corte di Cassazione, 4 giugno 2012, n. 8926¹, con il presente contributo intendiamo offrire alcuni spunti di riflessione a proposito del recente orientamento con il quale la Suprema Corte ha considerato la convivenza coniugale quale elemento ostativo, in quanto contrario all'ordine pubblico, alla dichiarazione di efficacia nell'ordinamento italiano della sentenza di nullità matrimoniale pronunciata dai Tribunali ecclesiastici.

I riflettori su una questione che sembrava ormai definitivamente risolta sono stati nuovamente accesi, come noto, dalla pronuncia della prima Sezione della Corte di Cassazione, 30 gennaio 2011, n. 1343, ampiamente commentata in dottrina², che ha segnato una significativa

* Contributo sottoposto a valutazione

Il contenuto dei §§ 1-2-6, con alcune modifiche ed in versione ridotta nelle note, è destinato alla pubblicazione su *Ius Ecclesiae* come nota a sentenza di Cass., 4 giugno 2012, n. 8926.

1 Per i primi commenti si vedano **M. CANONICO**, *Convivenza coniugale e nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione torna sui suoi passi (nota a Cass. 4 giugno 2012 n. 8926)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 25 giugno 2012, pp. 1-13; nonché **M. FIORINI**, *Il mancato rispetto dei precedenti a sezioni Unite indebolisce la funzione nomofilattica della Corte*, in *Guida al diritto*, 18 (2012), n. 26, pp. 50-54.

2 **A. D'ALESSIO**, *Limiti della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio in caso di prosecuzione della convivenza coniugale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 66 (2011), pp.



battuta di arresto, con clamore anche mediatico, rispetto ad un orientamento il quale, dopo un pronunciamento delle Sezioni unite della Cassazione nel 1988 con quattro sentenze conformi che avevano definito il contrasto insorto fra le sezioni semplici³, era rimasto per ventitré anni assolutamente monolitico: fatto più unico che raro.

La *querelle* giurisprudenziale riguardava, all'epoca, il fatto che l'ordinamento civile italiano prevede termini decadenziali per l'esercizio dell'azione di invalidità matrimoniale, precisamente un anno di coabitazione con decorrenza del *dies a quo* diversificata in rapporto alle diverse fattispecie invalidanti il matrimonio⁴ nonché, con riferimento alla fattispecie simulatoria di cui all'art. 123 c.c., un anno dalla celebrazione del matrimonio, in assenza di convivenza (prima ipotesi prevista dal comma 2 del citato articolo), oppure immediata efficacia sanante alla convivenza

1293-1303; **M. CANONICO**, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in *Dir. fam.*, 40 (2011), pp. 718-731; **V. CARBONE**, *Validità del "matrimonio rapporto" anche dopo la nullità religiosa del "matrimonio atto"*, in *Fam. Dir.*, 18 (2011), pp. 237-246; **G. DALLA TORRE**, *La C.S.C.*, 20 gennaio 2011 n. 1343, *nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza*, in *Dir. famiglia*, 40 (2011), pp. 1644-1649; **P. DI MARZIO**, *A volte ritornano: la Cassazione ripropone la tesi che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non può essere delibata dopo anni di convivenza dei coniugi*, in *Dir. fam.*, 40 (2011), pp. 731-760; **M. FINOCCHIARO**, *Sulla non contrarietà all'ordine pubblico si era formato il giudicato interno*, in *Guida al diritto*, 17 (2011), n. 7, pp. 73-77; **N. MARCHEI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza tra i coniugi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2012, pp. 1-20; **J. PASQUALI CERIOLI**, *"Prolungata convivenza" oltre le nozze e mancata "delibazione" della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale (brevi note a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2011, pp. 1-12; **E. QUADRI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e convivenza coniugale: le recenti prospettive della giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 17 (2001), pp. 195-202; **F. ZAULI**, *Riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche in Italia: può essere dichiarata la nullità del matrimonio nel nostro ordinamento giuridico, se i coniugi hanno convissuto?*, in *Fam., pers. e succ.*, 7 (2011), pp. 572-573.

3 Si trattava di Cass., Sez. un., 20 luglio 1988 nn. 4700, 4701, 4702, 4703, la prima reperibile in *Foro it.*, 112 (1989), cc. 427-440 con nota critica di **E. QUADRI**, *Impressioni sulla nuova giurisprudenza delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, cc. 428-431.

4 Un anno di coabitazione dalla revoca dell'interdizione, nel caso di matrimonio celebrato dall'interdetto (art. 119 c.c.); dal recupero delle piene facoltà mentali, nel caso del matrimonio celebrato dall'incapace di intendere o di volere (art. 120 c.c.); dalla cessazione della violenza o delle cause che hanno determinato il timore o dalla scoperta dell'errore, nel caso del matrimonio celebrato con consenso estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne allo sposo o cadendo in errore sull'identità della persona o in errore essenziale sulle qualità personali dell'altro coniuge (art. 122 c.c.).



successiva alle nozze (seconda ipotesi prevista comma 2 del citato articolo).

A fronte della giurisprudenza assolutamente prevalente che negava la natura di ordine pubblico ai termini previsti dall'ordinamento civile per far valere le invalidità – a differenza di quello canonico ove l'azione non è soggetta a prescrizioni o decadenze – in quanto si riteneva trattarsi di norme che, pur imperative, non costituiscono principi essenziali dell'ordinamento dello Stato o dell'istituto matrimoniale⁵, si erano registrate alcune pronunce in senso contrario con riferimento ad ipotesi di *simulatio*⁶. In particolare, la giurisprudenza minoritaria aveva distinto le

5 Si vedano Cass., 12 aprile 1984, n. 2351 (in materia di *vis vel metus* [*metus reverentialis*]); Cass., 12 aprile 1984, n. 2357 (in materia di *incapacitas* [*amentia*]); Cass., 3 maggio 1984, n. 2677 (in materia di simulazione); Cass., 3 maggio 1984, n. 2678 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum prolis*]); Cass., 10 maggio 1984, n. 2855 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum sacramenti*]); Cass., 13 giugno 1984, n. 3535 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum sacramenti*]); Cass., 21 gennaio 1985, n. 192 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum prolis*]); Cass., 18 febbraio 1985, n. 1370 (in materia di *incapacitas*); Cass., 18 febbraio 1985, n. 1376 (in materia di *impotentiae viri*); Cass., 10 aprile 1985, n. 2370 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum sacramenti*]); Cass., 16 ottobre 1985, n. 5077 (in materia di simulazione); Cass., 15 novembre 1985, n. 5601 (in materia di simulazione [simulazione totale]); Cass., 4 dicembre 1985, n. 6064 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum sacramenti*]); Cass., 6 dicembre 1985, n. 6134 (in materia di *impotentia coeundi*); Cass., 7 maggio 1986, n. 3057 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum indissolubilitatis*]); Cass., 7 maggio 1986, n. 3064 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum indissolubilitatis*]); Cass., 31 luglio 1986, n. 4897 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum prolis*]); Cass., 1 agosto 1986, n. 4908 (in materia di *vis vel metus*); Cass., 1 agosto 1986, n. 4916 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum indissolubilitatis*]); Cass., 1 agosto 1986, n. 4917 (in materia di *incapacitas* [*ob incapacitatem praestandi validum consensum, seu conscium ac liberum*]); Cass., 15 gennaio 1987, n. 241 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum indissolubilitatis*]).

6 Si trattava di Cass., 18 giugno 1987, nn. 5354 e 5358; Cass., 3 luglio 1987, n. 5823; Cass., 14 gennaio 1988, n. 192 (tutte in vicende specifiche di esclusione del *bonum prolis*). Annota come nelle quattro sentenze in materia di simulazione “la convivenza tra i coniugi era stata ritenuta preclusiva del riconoscimento indipendentemente dalla durata”, N. MARCHEI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 7. Comunque, dalla lettura delle pronunce si ricava che nella prima vicenda le parti avevano “convissuto come coniugi” per cinque anni degli otto trascorsi dal giorno della celebrazione delle nozze”; nella seconda vicenda vi era stata una “situazione di convivenza fra i contraenti (per più di due anni)”; nella terza vicenda “marito e moglie convissero per tre anni dopo il matrimonio”; nella quarta vicenda le parti avevano “convissuto come coniugi per oltre un anno (dal 5 maggio 1977 all'ottobre 1978)”. Tuttavia in Cass., 3 luglio 1987, n. 5822 in materia di *incapacitas*, si precisava: “Con riguardo alla sentenza del tribunale ecclesiastico dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario *ob defectum discretionis iudicii*, cioè, per una ragione riconducibile fra le cause invalidanti previste dall'ordinamento interno



due ipotesi contemplate nell'art. 123, comma 2 c.c., giudicando non ostativo all'accoglimento della domanda di delibazione il fatto che la sentenza ecclesiastica non tenesse conto della improponibilità della simulazione del matrimonio dopo il decorso di un anno dalla celebrazione, mentre aveva giudicato ostativa l'ipotesi che la sentenza ecclesiastica non tenesse conto dell'essersi verificata la convivenza dei coniugi successivamente alla celebrazione atteso che l'instaurazione del matrimonio-rapporto, con la pienezza della convivenza morale e materiale dei coniugi, quale ragione preclusiva ad ogni possibilità di far valere vizi simulatori del matrimonio-atto, va annoverata nell'ambito delle suddette regole e principi essenziali dell'ordinamento statale.

Le Sezioni unite, nel comporre il conflitto, avevano con articolata motivazione cui per economia del presente contributo si rinvia, escluso che i riferimenti normativi della Costituzione (artt. 2 e 29) e della legislazione ordinaria, in particolare gli articoli del codice civile in materia di invalidità matrimoniali e la disciplina sul divorzio, legittimassero una simile soluzione, come pretendeva l'orientamento minoritario⁷. Mai in seguito, lo ribadiamo, la giurisprudenza di legittimità si era discostata dal principio di diritto affermato⁸.

con gli art. 120 e 122 c.c., un ostacolo alla delibazione, per contrarietà di detta sentenza con l'ordine pubblico, non è configurabile in relazione al mero verificarsi di coabitazione o convivenza dei coniugi, ove non risulti la sopravvenienza delle relative situazioni dopo la cessazione della causa d'invalidità, poiché solo in quest'ultimo caso può profilarsi un'eventuale esigenza di tutela del matrimonio-rapporto, instaurato sulla base di un successivo valido consenso”.

7 Per poi concludere con l'affermazione del seguente principio di diritto: “in tema di delibazione della sentenza del tribunale ecclesiastico dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione unilaterale di uno dei *bona matrimonii*, manifestata all'altro coniuge, nella disciplina di cui agli art. 1 l. 27 maggio 1929 n. 810 e 17 l. 27 maggio 1929 n. 847 (come risultanti a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1982), non contrasta con l'ordine pubblico italiano e deve quindi essere dichiarata esecutiva in Italia la sentenza ecclesiastica che tale nullità abbia dichiarato, anche se la relativa azione sia stata proposta dopo il decorso dell'anno della celebrazione o dopo che si sia verificata la convivenza dei coniugi successivamente alla celebrazione stessa”: Cass., Sez. un., 20 luglio 1988 n. 4700.

8 Fra le pronunce conformi successive rammentiamo: Cass., 17 ottobre 1989, n. 4166 (in materia di *vis vel metus*); Cass., 12 febbraio 1990, n. 1018 (in materia di simulazione); Cass., 29 maggio 1990, n. 5026 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum sacramenti*]); Cass., 27 giugno 1990, n. 6551 (in materia di *vis vel metus*); Cass., 11 febbraio 1991, n. 1405 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum prolis*]); Cass., 19 febbraio 1991, n. 1709 (in materia di *vis vel metus*); Cass., 22 marzo 1995, n. 3314 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum prolis*]); Cass., 7 aprile 1997, n. 3002 (in materia di *incapacitas*); Cass., 7 aprile 2000, n. 4387 (in materia di *incapacitas* [incapacità di assumere



Anzi, talmente pacifica appariva la questione che ancora nell'agosto 2010, in una vicenda per incapacità di uno dei coniugi, la Cassazione, nel rigettare per manifesta infondatezza addirittura con ordinanza, evidentemente *ex art. 375, n. 5 c.p.c.*⁹, l'unica eccezione della ricorrente in punto di legittimazione attiva, ricordava che deve escludersi che il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica

“trovi ostacolo nei principi fondamentali dell'ordinamento italiano, non rilevando in contrario le differenze della disciplina codicistica in punto di legittimazione attiva e rilevanza ostativa della coabitazione alla proponibilità dell'azione, in quanto non investono principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano”¹⁰.

Ciò nonostante, dopo neppure sei mesi, con la citata sentenza 30 gennaio 2011, n. 1343 della prima Sezione, la Corte di Cassazione affermava il principio esattamente contrario, ossia che è ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del vincolo di coniugio la “particolarmente prolungata convivenza oltre il matrimonio”, in quanto

“riferita a date situazioni invalidanti dell'atto matrimonio, la successiva prolungata convivenza è considerata espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito e con questa volontà è incompatibile il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione, altrimenti riconosciuta dalla legge”.

A tale sentenza ha fatto poi seguito una puntualizzazione della stessa Corte di Cassazione¹¹ contenuta nella pronuncia 8 febbraio 2012, n.

gli obblighi matrimoniali essenziali]); Cass., 12 luglio 2002, n. 10143 (in materia di simulazione); Cass., 13 settembre 2002, n. 13428 (in materia di *vis vel metus*); Cass., 1 febbraio 2008, n. 2467 (in materia di simulazione [esclusione del *bonum indissolubilitatis*]). Per una ricostruzione degli sviluppi della giurisprudenza sul tema, con approfondita analisi delle varie argomentazioni, si rinvia al contributo di **N. MARCHEI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit.

9 Che dispone: “La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio quando riconosce di dovere: [...] 5) accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza”.

10 Vedi Cass., ordinanza 6 agosto 2010, n. 18417, reperibile nella banca dati *DeJure*.

11 Si è trattato peraltro di puntualizzazione sintonica con la nozione di convivenza quale già elaborata in passato dalla dottrina ed anche da una parte della giurisprudenza nel fervore del precedente dibattito; ad esempio, si legge in Cass., 18 giugno 1987, n. 5354: “sul piano del diritto sostanziale, occorre tener presente che la coabitazione consiste semplicemente nel vivere sotto lo stesso tetto, mentre la convivenza coniugale (“caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi”, secondo la testuale espressione del codice) richiede la prova della comunione spirituale e materiale degli sposi”. In dottrina,



1780¹², nella quale, manifestata *sic et simpliciter* adesione al succitato indirizzo giurisprudenziale, lo si giudicava applicabile solo “nei casi in cui, dopo il matrimonio nullo, tra i coniugi si sia instaurato un vero consorzio familiare e affettivo, con superamento implicito della causa originaria di invalidità”. Infatti, secondo tale sentenza, il limite di ordine pubblico postula

“che non di mera coabitazione materiale sotto lo stesso tetto si sia trattato, – che nulla aggiungerebbe ad una situazione di mera apparenza del vincolo – bensì di vera e propria convivenza significativa di un'instaurata *affectio familiae*, nel naturale rispetto dei diritti ed obblighi reciproci – per l'appunto come tra (veri) coniugi (art. 143 cod. civ.) – tale da dimostrare l'instaurazione di un matrimonio-rapporto duraturo e radicato, nonostante il vizio genetico del matrimonio-atto”.

Siffatta puntualizzazione è stata ribadita, sia pure più sommariamente, in Cass., 15 giugno 2012, n. 9844, nella quale, dopo aver richiamato gli argomenti contenuti nella sentenza del gennaio 2011, si rammentava che “alla convivenza prolungata dei coniugi successivamente alla celebrazione del matrimonio e non alla semplice durata del matrimonio medesimo”, cui meramente si era richiamata la ricorrente¹³, si

sul tema si veda il volume di **U. ROMA**, *Convivenza e coabitazione*, Cedam, Padova, 2005, nonché **ID.**, *La “comunione materiale e spirituale tra i coniugi” fra il matrimonio-atto e il matrimonio rapporto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 57 (2011), pp. 423-444.

12 Per un commento a tale sentenza si veda **M. CANONICO**, *La convivenza coniugale come ostacolo al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione fornisce precisazioni ma le incertezze aumentano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 26 marzo 2012, pp. 1-8.

13 Nello specifico, la Cassazione fa notare che la ricorrente si era “limitata a porre in evidenza la mera durata ventennale del matrimonio e non la effettiva convivenza dei coniugi per lo stesso periodo”: preme sottolineare come l'affermazione del principio della effettiva comunione di vita sia avvenuta con riguardo proprio ad un matrimonio di lunghissima durata, di fronte alla quale i giudici potevano invece cedere alla facile tentazione di argomentare che fosse improbabile il non essersi concretizzata una *affectio familiae*, ossia potevano cedere alla tentazione di configurare una presunzione, sia pure semplice, di vera convivenza in presenza di una coabitazione di lunghissima durata. Si legge ad esempio in Cass., 18 giugno 1987, n. 5354: “Naturalmente, sul terreno processuale – probatorio e istruttorio – la prova della coabitazione potrà contribuire alla formazione del libero convincimento del giudice circa l'esistenza di una vera e propria convivenza coniugale; sebbene si debba escludere che dal fatto della coabitazione derivi una presunzione legale, assoluta o relativa, di convivenza, trattandosi piuttosto di una presunzione semplice”.



deve fare riferimento nel caso si sollevi l'eccezione di contrarietà all'ordine pubblico¹⁴.

Ebbene, in assenza di qualsivoglia mutamento del quadro normativo di riferimento per la soluzione delle questioni *de quibus* che potesse giustificare un ripensamento così radicale da parte della Suprema Corte, ci si sarebbe aspettati che una sentenza di Sezione semplice quale quella n. 1343/2011, con la pretesa di abbandonare un orientamento indiscusso per oltre vent'anni, procedesse a scardinare l'impianto argomentativo delle pronunce delle Sezioni unite del 1988 con argomenti di diritto articolati, stringenti e, soprattutto, confutanti rigorosamente le motivazioni giuridiche che avevano condotto la stessa Suprema Corte, a composizione allargata, a rigettare a suo tempo la posizione che si pretendeva di riaffermare nuovamente¹⁵. Sennonché così non è stato e l'*iter* logico-argomentativo della pronuncia del gennaio 2011 appare davvero esangue, come persino la dottrina che pur si è espressa in senso favorevole alla soluzione adottata non ha comunque potuto far a meno di riconoscerne¹⁶.

Infatti, la Corte di Cassazione, in quella pronuncia, in una sola paginetta richiama tralaticciamente le scarse affermazioni contenute in altra nota decisione delle Sezioni unite¹⁷, quella del 18 luglio 2008, n.

14 La sentenza è reperibile nella banca dati *DeJure*. È interessante notare che la decisione in camera di consiglio tanto della pronuncia n. 9844/2012 quanto della pronuncia n. 1780/2012 è avvenuta lo stesso giorno, ossia il 9 dicembre 2011 e i magistrati componenti il Collegio giudicante erano i medesimi, variando solo la designazione del Consigliere relatore. In altri termini, le due sentenze che confermano la necessità di non limitarsi al dato formale della durata del matrimonio, ma di valutare il dato sostanziale della convivenza matrimoniale intesa quella effettiva comunione di vita, sono in realtà coeve, quanto al momento della decisione, ed espressione del medesimo Collegio. Invece, la camera di consiglio della decisione n. 8926/2012, che tenta di stroncare l'orientamento introdotto con la pronuncia n. 1343/2011, è successiva di pochi mesi alle due pronunce depositate nel 2012, in quanto si è tenuta il 22 febbraio 2012 e nel suo Collegio si individua soltanto un giudice facente parte dei precedenti due Collegi, fra l'altro proprio il Consigliere relatore, che evidentemente nelle precedenti vicende doveva essere stato posto in minoranza.

15 Cfr. **M. CANONICO**, *La convivenza coniugale come preteso limite*, cit., p. 728.

16 Ammette infatti che si è in presenza di "laconiche motivazioni", **J. PASQUALI CERIOLI**, *"Prolungata convivenza" oltre le nozze*, cit., p. 7; però secondo **E. QUADRI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 195, la sentenza si è espressa sì "in maniera asciutta", ma "forse proprio per questo più inequivocabile e convincente".

17 Anche **M. CANONICO**, *La convivenza coniugale come preteso limite*, cit., p. 720 osserva che «a sostegno della decisione di accoglimento viene offerta una sintetica motivazione, che si fonda essenzialmente sul richiamo alla sentenza delle Sezioni unite 18 luglio 2008 n. 19809, considerata come operante una "rivisitazione della precedente



19809¹⁸, che oltretutto, è bene rammentarlo sempre, sulla questione *de qua* costituivano soltanto degli *obiter dicta*, come la dottrina più attenta aveva subito fatto notare¹⁹ e come anche la recente sentenza n. 8926/2012 non manca di rimarcare. Ma tali affermazioni delle Sezioni unite del 2008 – che fra l'altro, a loro volta, fanno riferimento ad un precedente di legittimità neppure specifico sulla questione²⁰ – appaiono talmente scarsamente argomentate dal punto di vista giuridico²¹ da non poter certamente sostanziare una motivata confutazione a quanto con dovizia di ragionamenti e di richiami normativi era stato sostenuto dalle Sezioni unite nel 1988. Infatti, nel 2008 le Sezioni unite non si sono addentrate a replicare ai singoli argomenti conclusivi di quel precedente (ormai datato, ma in seguito mai più discusso) – né d'altro canto avrebbero potuto farlo, come esse stesse ammettono, posto che un'eccezione di coabitazione tra i coniugi non era stata “esaminata e prospettata in sede di merito” ed era “quindi irrilevante nel giudizio di legittimità” – ma in pratica si sono semplicemente limitate a formulare un giudizio di non “condivisibilità”

giurisprudenza della Corte”».

18 Reperibile in *Dir. fam.*, 37 (2008), pp. 1874-1895.

19 Cfr. **M. FINOCCHIARO**, *Sulla non contrarietà all'ordine pubblico*, cit., p. 77; **M. CANONICO**, *La convivenza coniugale come preteso limite*, cit., p. 727; **P. DI MARZIO**, *A volte ritornano: la Cassazione*, cit., p. 755.

20 Si trattava di Cass., 6 marzo 2003, n. 3339, pronunciata in una vicenda di condizione apposta relativa alla determinazione della residenza familiare; secondo le Sezioni unite n. 19809/2008, quella “pronuncia di legittimità implicitamente dà rilievo anche al matrimonio-rapporto”. In realtà, non solo l'invocato precedente non entra in alcun modo sulla questione della convivenza quale elemento ostativo alla delibazione per contrarietà all'ordine pubblico, ma afferma una serie di altri principi del tutto consolidati in giurisprudenza e dai quali non è dato affatto evincere le conclusioni implicite che le Sezioni unite pretendono di ricavare. In un passaggio di quella sentenza, infatti, Corte di Cassazione aveva semplicemente osservato che l'accertamento sulla conoscenza o conoscibilità dell'apposizione di una condizione “deve essere rigoroso, attenendo al rispetto di un principio di ordine pubblico” – sottintendendo quello della tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole dell'altro coniuge – “di speciale valenza e alla tutela di interessi della persona riguardanti la costituzione di un rapporto – quello matrimoniale – oggetto di rilievo e tutela costituzionale, in quanto incidente in maniera particolare sulla vita della persona e su istituti e rapporti costituzionalmente rilevanti”. Tutto qui. D'altro canto, che l'accertamento del profilo della conoscenza-conoscibilità, con riferimento questa volta ad un'ipotesi di riserva mentale, dovesse essere rigoroso era stato ribadito, *con motivazioni testualmente identiche*, anche in Cass., 28 gennaio 2005, n. 1821. Seguendo allora il ragionamento, peraltro errato, delle Sezioni unite del 2008, si dovrebbe ritenere che pure questa sentenza dia “implicito rilievo al matrimonio-rapporto”.

21 Osserva **M. CANONICO**, *La convivenza coniugale come preteso limite*, cit., p. 728 che la sentenza del 2008 “sul punto di cui trattasi offre solo dei fugaci richiami”.



dell'orientamento maggioritario, *rectius* unanime, esprimendo pertanto l'idea che probabilmente erano maturi i tempi per un ripensamento dello stesso²². In altre parole, con le loro stringate considerazioni, nel 2008 le Sezioni unite non hanno fatto altro che rinviare ad una eventuale successiva pronuncia²³ il compito di una riflessione compiuta, articolata ed approfondita che potesse motivatamente superare le obiezioni delle quattro pronunce delle Sezioni unite del 1988 e rinnovare l'indirizzo. Ecco allora che questo compito sarebbe eventualmente spettato alla Corte di Cassazione con la sentenza del gennaio 2011, la quale peraltro, non adempiendolo, ha finito soltanto per tradire la funzione nomofilattica della Suprema Corte.

A ben vedere, tutte le sentenze della Cassazione, dal 2008 ad oggi, hanno realizzato sulla questione soltanto un gioco quasi illusionistico di specchi, attraverso reciproci rimandi, con il quale hanno cercato di celare l'assoluta carenza motivazionale dei tentativi di rivedere l'orientamento precedente.

La sentenza del 4 giugno 2012, n. 8926 ha, tra i tanti, il pregio di ammetterlo, laddove scrive che

“ritiene il Collegio di non doversi discostare dai principi affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 4700 del 1988, con dovizia di argomentazioni che vengono in questa sede condivise e che, per altro, non sembrano essere state adeguatamente valutate né da parte della corte territoriale, né nella stessa decisione cui la stessa si ispira”²⁴.

Dunque tale decisione critica, neppure troppo velatamente, anche i colleghi con l'ermellino per non aver adeguatamente criticato nella pronuncia del 2011 le doviziose ragioni giuridiche espresse dai giudici delle Sezioni unite nel 1988. D'altronde, ci permettiamo di far osservare,

22 «La Cassazione richiama incidentalmente la questione della coabitazione o convivenza tra le parti come a segnalare che si tratta di questione non ancora compiutamente definita, e tradisce qualche imbarazzo citando l'orientamento “attualmente prevalente”, quasi a significare che esso potrebbe cambiare»: così C. CARDIA, *Matrimonio concordatario. Nuovo equilibrio tra ordinamenti*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, a cura di G. Dalla Torre, C. Gullo, G. Boni, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, pp. 179-198, alla p. 191.

23 Secondo M. CANONICO, *La convivenza coniugale come preteso limite*, cit., p. 728, nota 12, le affermazioni delle Sezioni unite del 2008 al riguardo avevano “natura meramente dichiarativa e programmatica”.

24 Ossia, per l'appunto, Cass., n. 1343/2011.



parafrasando il celeberrimo titolo di un quadro di Francisco Goya, che il sonno della ragione giuridica può generare mostri giuridici.

Così la sentenza, dopo una ricostruzione delle evoluzioni della giurisprudenza sulle principali questioni in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, la trattazione di alcune delle quali peraltro non appariva strettamente funzionale al *thema decidendum* – come ad esempio la fine della riserva di giurisdizione in favore dei Tribunali ecclesiastici (negando la quale peraltro essa si colloca in palese controtendenza con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità assolutamente maggioritario)²⁵ –, e dopo aver richiamato alcuni degli argomenti contenuti nella pronuncia delle Sezioni unite n. 4700/1988 (rinviando peraltro integralmente alla stessa), conclude con l'affermazione del seguente principio:

“[...] la convivenza fra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non è espressiva delle norme fondamentali che disciplinano l'istituto e, pertanto, non è ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico [...]”.

Si tratta, come evidente, di un principio di diritto che non si discosta dalla giurisprudenza delle Sezioni unite del 1988 e in netta contrapposizione con quanto sostenuto nelle pronunce nn. 1343/2011, 1780/2012, 9844/2012²⁶.

E a proposito del principio di diritto espresso nella pronuncia del gennaio 2011, la dottrina più attenta non ha potuto fare a meno di osservare come esso non appaia neppure perspicuo nella sua formulazione²⁷.

²⁵ L'orientamento è iniziato con Cass., Sez. un., 13 febbraio 1993, n. 1824 e poi è stato seguito pacificamente: si vedano Cass., 18 aprile 1997, n. 3345; Cass., 16 novembre 1999, n. 12671; Cass., 19 novembre 1999, n. 12867; Cass., 23 marzo 2001, n. 4202; Cass., 4 marzo 2005, n. 4795; Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809; Cass., Sez. un., ordinanza 6 luglio 2011, n. 14839.

²⁶ Ad onore del vero, il principio formulato da Cass. n. 1343/2011 viene riportato anche in un *obiter dictum* di Cass., Sez. un., ordinanza 6 luglio 2011, n. 14839, in *Fam. Dir.*, (19) 2012, pp. 355-358, con nota di L. IANNACCONE, *Libertas Ecclesiae, giurisdizione dello Stato e tutela aquiliana*, pp. 358-371.

²⁷ Scrive in particolare N. MARCHEI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 6: “Non è del tutto chiaro se la pronuncia intenda assegnare efficacia sanante del consenso viziato ad una (presunta) volontà sopravvenuta, desumibile dalla convivenza dopo il matrimonio (così come ha sostenuto unanimemente fino ad ora la giurisprudenza di legittimità in relazione alla causa di decadenza della “coabitazione” per oltre un anno, prevista da alcune disposizioni del codice civile) o riconnettere efficacia preclusiva del



D'altronde, a fronte delle critiche, pienamente condivisibili, mosse dalla dottrina sull'assoluta indeterminatezza del criterio temporale introdotto, con tutti i conseguenti pericoli di eccesso di discrezionalità da parte del giudice e di disparità di trattamento per i cittadini²⁸, gli autori favorevoli al nuovo orientamento hanno suggerito, da un canto, lo svincolo da parametri strettamente temporali²⁹, dall'altro il superamento dell'attribuzione alla convivenza di una significativa volontà di accettazione del rapporto viziato³⁰. Il solo accertamento della convivenza matrimoniale, intesa quale costituita, effettiva e piena comunione materiale e spirituale dei coniugi, finirebbe così per diventare *ex se* ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica³¹.

Tuttavia, tali autori paiono dimenticare che anche simile impostazione era già stata espressamente sconfessata dalla pronuncia delle Sezioni unite del 1988 e contro di essa continuano a militare le obiezioni, tuttora insuperate, contenute nella stessa:

«La limitata portata della “convivenza come coniugi”, nell'ambito dell'ordinamento – con riferimento sia alle altre norme che disciplinano la nullità del matrimonio sia alle disposizioni in tema di legge sul divorzio – e l'inesistenza nelle norme costituzionali di un principio chiaramente evincibile circa la prevalenza del matrimonio-rapporto sul matrimonio-atto, anche se viziato, impediscono, poi, la praticabilità di una interpretazione adeguatrice, pure acutamente prospettata, e per la quale in ogni caso di matrimonio nullo per vizio del consenso, l'impugnazione sarebbe comunque impedita a prescindere dal decorso dei termini previsti dalle singole norme qualora vi sia stata convivenza come coniugi. Si tratterebbe, infatti, non già di una interpretazione adeguatrice, sempre possibile ove ne

riconoscimento direttamente alla comunione di vita instaurata dai coniugi dopo la celebrazione del matrimonio nullo, indipendentemente dall'eventuale intervenuta sanatoria del consenso. In questa seconda ipotesi, il rapporto vissuto dai coniugi prevarrebbe sulla volontà – iniziale o successiva – eventualmente viziata o mancante”.

28 Cfr. **P. DI MARZIO**, *A volte ritornano: la Cassazione*, cit., pp. 759-760; **J. PASQUALI CERIOLI**, *“Prolungata convivenza” oltre le nozze*, cit., p. 7; **N. MARCHEI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 20. Inoltre **M. CANONICO**, *La convivenza coniugale come ostacolo*, cit., p. 6, fa notare che anche la precisazione introdotta con la sentenza n. 1780/2012 rischia di incrementare “il margine di discrezionalità affidato al giudice della delibazione, tenuto a valutare, oltre alla durata, la qualità della vita matrimoniale”.

29 Così **J. PASQUALI CERIOLI**, *“Prolungata convivenza” oltre le nozze*, cit., pp. 7 e 10.

30 Si vedano **J. PASQUALI CERIOLI**, *“Prolungata convivenza” oltre le nozze*, cit., pp. 7-8 ed **E. QUADRI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., pp. 201-202.

31 Cfr. **J. PASQUALI CERIOLI**, *“Prolungata convivenza” oltre le nozze*, cit., pp. 8-10 nonché **E. QUADRI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 202.



sussistano i presupposti, ma dell'introduzione di una sostanziale modifica dell'ordinamento, consentita al legislatore ordinario, ma assolutamente vietata all'interprete».

Certo è che qualora una siffatta interpretazione, pur da ultimo sconfessata nuovamente dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 8926/2012, dovesse continuare a trovare seguito nelle pronunce dei giudici, in particolare delle corti territoriali – non fosse altro che per il suo valore di strumento utile a risolvere sul piano equitativo della giustizia sociale sostanziale, attraverso il rigetto delle domande di delibazione, situazioni di palese sfavore economico per il coniuge debole in ipotesi di applicazione delle norme sul matrimonio putativo conseguente alla dichiarazione di *exequatur*³² –, non lievi sarebbero i problemi che potrebbero porsi.

E su alcuni di essi intendiamo ora soffermare la nostra attenzione.

2 – Il riesame del merito: un pericolo imminente

Partendo dalla considerazione che buona parte dei matrimoni sottoposti al giudizio dei Tribunali ecclesiastici sono caratterizzati da una convivenza abbastanza lunga, tanto la dottrina favorevole alle posizioni espresse dalle pronunce del gennaio 2011 e seguenti, quanto quella contraria non hanno mancato di osservare che, con l'affermarsi del suddetto orientamento, si produrrebbe l'effetto pratico di negare con estrema frequenza alle pronunce di nullità la dichiarazione di esecutività nell'ordinamento italiano e, di fatto, si svuoterebbe di contenuto l'impegno concordatario assunto in tal senso dallo Stato italiano.

A tale osservazione, che appartiene all'ambito dei rapporti Stato e Chiesa e quindi al piano "politico", una parte della dottrina ne aggiunge

³² Scrive G. BONI, *Exequatur delle sentenze ecclesiastiche e decreto di esecutività della Segnatura Apostolica: alla ricerca di una coerenza perduta. Qualche riflessione generale scaturita dalla lettura di una recente monografia*, in corso di pubblicazione, p. 8: "[...] sono ben altri gli scopi eminentemente perseguiti dalla giurisprudenza sin dalle prime pronunce in qualche modo "disgregatrici" dell'assetto concordatario (che hanno poi guidato la redazione delle novellate pattuizioni), ed ancora inseguiti instancabilmente dai giudici italiani che continuano a cercare affannosamente una via per attingere ad un obiettivo di equità in sé inoppugnabilmente meritevole: quello di preservare il coniuge debole (il quale eventualmente ha "subito" una dichiarazione di nullità a lui non attribuibile e talora neppure immaginata), privato di una tutela economica che, in virtù della prolungata permanenza del vincolo coniugale, gli spetta".



un'altra, che appartiene invece al piano squisitamente giuridico, ossia che l'orientamento in materia di convivenza, come sta andando delineandosi in alcune pronunce della Cassazione, determina che la Corte d'appello, allorquando entra a considerare il fatto della durata della convivenza, viola sistematicamente, nel giudizio di delibazione, il divieto di riesame del merito³³.

L'obiezione riposa sulla considerazione che

“il controllo di non contrasto delle sentenze straniere – tra le quali sono da ricomprendere anche quelle canoniche – con i principi dell'ordine pubblico italiano non è una *quaestio facti*, ma una *quaestio iuris*. Ciò significa che in detto giudizio non è consentito di confrontare il fatto esaminato, o non, dalla sentenza delibanda rispetto all'ordine pubblico, limitandosi il confronto a quanto disposto dalla sentenza in relazione ai relativi principi di ordine pubblico”³⁴.

Dunque, il divieto di riesame del merito consiste nel divieto di riesame del fatto, *rectius* dei fatti accertati nella sentenza delibanda.

Si tratta di considerazione che merita sicuramente grandissima attenzione: anche perché il suo accoglimento determinerebbe l'assoluta illegittimità del comportamento delle corti territoriali che seguono l'orientamento introdotto da Cass. n. 1343/2011. Rinviamo ad altra sede l'approfondimento della questione, qui ci limitiamo ad osservare che, in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, la più recente

33 Ancora recentemente, la giurisprudenza di legittimità ricordava che “al giudice italiano è, per espressa disposizione pattizia, interdetto il “riesame del merito” della vicenda processuale matrimoniale, quando uno dei coniugi a detto giudice abbia chiesto di attribuire effetti civili alla sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio”: Cass., Sez. un., ordinanza 6 luglio 2011, n. 14839. Siffatto divieto discende infatti ora espressamente dall'art. 4.b.3 del Protocollo addizionale all'Accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede del 1984 di revisione del Concordato, per il quale “*si intende che in ogni caso non si procederà al riesame del merito*”. Peraltro, prima di tale espressa disposizione normativa, la giurisprudenza faceva discendere il divieto di riesame del merito dalla riserva di giurisdizione in favore dei Tribunali ecclesiastici relativamente ai matrimoni concordatari (cfr. ad esempio Cass., 6 maggio 1985, n. 2824), con conseguente inapplicabilità nella materia *de qua* dell'art. 798 c.p.c. che prevedeva per la delibazione delle sentenze straniere la possibilità del riesame del merito nell'ipotesi di sentenza resa in contumacia di una delle parti (cfr. ad esempio Cass., 12 giugno 1980, n. 3745; Cass., 12 aprile 1984, n. 2351; Cass., 9 luglio 1987, n. 5990).

34 Così, G. DALLA TORRE, *La C.S.C.*, 20 gennaio 2011, cit., p. 1647; si veda anche F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2003, 9^a ed., p. 484.



giurisprudenza della Cassazione non sembra riconoscerle cittadinanza e pare ragionare diversamente.

Innanzitutto, secondo la stessa, il divieto di riesame del merito comporta soltanto che la Corte d'appello non possa rigettare la domanda di delibazione dichiarando l'insussistenza della nullità matrimoniale attraverso una diversa valutazione dei fatti costituenti gli elementi giuridici sui quali la stessa si fonda³⁵; la Corte cioè non può operare una nuova lettura dei fatti accertati nella sentenza ecclesiastica delibanda per concludere che il matrimonio è in realtà valido.

Fermo restando allora che “il giudice italiano è vincolato ai fatti accertati in quella pronuncia”³⁶, e che non può riesaminarli per concludere nel senso della validità del matrimonio e negare la delibazione, tuttavia, secondo la Cassazione, nell'esaminarli per valutare profili di contrarietà all'ordine pubblico, e ove riscontrati rigettare la domanda di *exequatur*, egli dispone di un certo margine di manovra³⁷.

Così, a proposito della fattispecie della simulazione, si legge in Cass., 10 marzo 1994, n. 2330 che

“[...] non è compito del giudice della delibazione confutare il giudicato ecclesiastico, anche perché la sua pronuncia non riguarda e non può riguardare la sussistenza della c.d. riserva unilaterale, ma solo ed esclusivamente, ripetesi, l'accertamento della conoscenza o conoscibilità di tale riserva”.

35 Così, con riferimento ad una vicenda di simulazione, Cass., 28 gennaio 2005, n. 1821 rammentava che “il divieto di riesame nel merito che incontra il giudice della delibazione impedisce il controllo sulla sussistenza di detta riserva”; nello stesso senso cfr. Cass., 16 giugno 2011, n. 1324 e Cass., 14 marzo 1996, n. 2138. Sul punto, in dottrina, si veda **N. MARCHEI**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche ed i poteri istruttori della Corte d'appello*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., luglio 2007, pp. 1-12, alla p. 7.

36 Così Cass., 30 marzo 2012, n. 5157; cfr. anche Cass., 24 ottobre 2011, n. 21968 e Cass., 10 marzo 1994, n. 2330.

37 Sul punto, si veda in particolare Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809. In realtà, l'estensione dell'ambito di indagine che la sentenza delle Sezioni unite n. 19809/2008 riconosce alla Corte d'appello – con riferimento ai vari capi di nullità matrimoniale al fine di determinarne la loro incompatibilità relativa o assoluta con l'ordine pubblico italiano e quindi l'ingresso oppure no nel nostro ordinamento – rende ora il pericolo di riesame del merito sempre incombente: sul punto si vedano **M. CANONICO**, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle sezioni Unite*, in *Dir. fam.*, 37 (2008) pp. 1895-1931, alla p. 1930, nonché **P. MONETA**, *Poteri dello Stato e autonomia della funzione giudiziaria ecclesiale*, in *Dir. fam.*, 40 (2011), pp. 1827-1852, alla p. 1848, che scrive: “Ed è inevitabile che scendendo a valutare la concreta configurazione del capo di nullità posto a base della sentenza canonica, i giudici italiani finiscano per travisare il contenuto sostanziale di tale decisione [...]”.



questione, come si vedrà *infra*, che può eventualmente determinare una contrarietà all'ordine pubblico della decisione canonica e relativamente alla quale peraltro si “esclude il giudicato formatosi in sede ecclesiastica”³⁸, anche ove eventualmente accertata da parte del giudice canonico.

È dunque il giudicato canonico, per la Corte di Cassazione, a limitare l'ambito di manovra e a rappresentare l'unico confine sempre invalicabile: soltanto se oltrepassa quello, il giudice italiano commette la violazione della regola del divieto di riesame del merito nel giudizio di delibazione. In pratica, la Cassazione sembra interpretare il divieto di riesame del merito soltanto come divieto di riesame dei fatti coperti dal giudicato, ritenendo viceversa lecito l'esame dei fatti non coperti dal giudicato.

Seguendo questa prospettiva della giurisprudenza di legittimità, si tratta allora di stabilire i limiti oggettivi del giudicato canonico *pro nullitate*. In proposito la Suprema Corte afferma:

«è appena il caso di precisare – in replica all'affermazione del ricorrente che la sentenza ecclesiastica faccia stato “solo in ordine al suo dispositivo” – che il correlativo giudicato copre viceversa anche gli accertamenti di fatto che costituiscono il presupposto (a quanto emerge dalla motivazione) della finale decisione (cfr. 2862-84)»³⁹.

Ritenendosi peraltro che esso copra esclusivamente l'accertamento dei fatti costitutivi di elementi giuridici *contenuti nelle norme positive del codice di diritto canonico* che prevedono le varie fattispecie di invalidità, – i c.d. “fatti giuridici” o “fatti principali”⁴⁰ – allora se ne dovrebbe

38 Cfr. Cass., 16 giugno 2011, n. 13240.

39 Si veda in motivazione Cass., 13 gennaio 1993, n. 348.

40 «Nel processo i fatti non vengono narrati per il gusto di farlo o per intrattenere qualcuno, ma per dimostrare la fondatezza fattuale di una situazione giuridica, che viene definita dal riferimento a norme che si ipotizzano come applicabili a determinati fatti. In sostanza, è la norma di cui si ipotizza l'applicazione nel singolo caso concreto ad indicare quali sono i fatti di cui occorre dare dimostrazione perché l'esistenza di quella situazione giuridica possa essere accertata. In questo senso si può dire che la norma funziona come criterio di selezione dei fatti che debbono essere provati: essa determina invero quali sono i fatti che possono fondarne l'applicazione, e che quindi vanno “inclusi” tra quelli che occorre provare, ed al tempo stesso determina quali fatti non hanno rilievo ai fini della sua applicazione, e quindi vanno “esclusi” dal novero dei fatti che occorre provare. In questo modo si distinguono i fatti “giuridicamente rilevanti” dai fatti che non sono giuridicamente rilevanti: i primi vanno provati, mentre la prova dei secondi è superflua. I fatti giuridicamente rilevanti si definiscono anche come “principali”, “costitutivi” o



concludere che un accertamento relativo alla questione della durata e soprattutto dell'effettività della convivenza, contenuto nella sentenza ecclesiastica, non sia coperto da giudicato e non vincoli il giudice della delibazione, posto che nessun canone esige specificatamente per la declaratoria di invalidità la circostanza che tale *communitas vitae et amoris* non sia sorta⁴¹. In altri termini, in quanto sempre *irrilevante per il diritto canonico sostanziale*, la questione della convivenza non potrebbe essere decisiva per la pronuncia di nullità e quindi, anche se accertata in sentenza, non essendo coperta dal giudicato, il giudice della delibazione potrebbe procedere a riesaminarla senza violare il merito.

Questo argomento, d'altronde, che riscuote il consenso di parte della dottrina⁴², è esattamente quello utilizzato dalla giurisprudenza

“giuridici”, proprio per sottolineare che essi corrispondono alla fattispecie normativa alla quale si fa riferimento»: **M. TARUFFO**, *Prova giuridica*, in *Enciclopedia del diritto, Annali I*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1016-1037, alla p. 1020.

41 Neppure nella simulazione totale, il cui unico elemento giuridico normativo, *ex can. 1101, § 2* è l'intenzione prenuziale di escludere il *matrimonium ipsum*, ossia l'intenzione di non costituire una *intima communitas vitae et amoris*, e non anche il fatto che essa non sia stata effettivamente costituita. Al punto che, sia pure a livello teorico, si potrebbe astrattamente configurare un matrimonio nullo per simulazione totale, ma nel quale la comunione di vita materiale e spirituale sia sorta; facendo riferimento agli esempi scolastici di chi, magari abbastanza avanti negli anni, sposi una donna *esclusivamente* con l'intenzione di procurarsi una badante e una donna delle pulizie, non si può escludere che tale soggetto qualche settimana dopo le nozze finisca per innamorarsi realmente della moglie, dando vita con lei ad un vero consorzio familiare ed affettivo, magari allietato da prole. Ove non intervenga una convalidazione, senza dubbio la nullità potrebbe essere pronunciata, ferme restando, ovviamente, le difficoltà sul piano probatorio.

42 Secondo **E. QUADRI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 200 l'intero rapporto matrimoniale nella dinamica del suo svolgimento è “del tutto estraneo” alla logica del “giudizio circa la validità dell'atto e, quindi agli elementi rilevanti in relazione ad esso”; v. pure **A. D'ALESSIO**, *Limiti della delibazione*, cit., pp. 1301-1302. Sembra sposare tale tesi, sia pure con riferimento alle sole ipotesi di simulazione parziale, anche **M. CANONICO**, *La convivenza coniugale come ostacolo*, cit., p. 7-8. Tuttavia tale autore, in un contributo successivo, non opera più alcun distinguo in relazione alle diverse fattispecie invalidanti, e scrive: “Non può d'altra parte non rilevarsi che in realtà il contenuto della decisione canonica difficilmente potrà offrire elementi rilevanti ai fini che qui interessa, in quanto oggetto del giudizio ecclesiastico è l'accertamento della validità originaria del vincolo, mentre la durata ed effettività del rapporto di coppia successivamente instauratosi esula dalle finalità e dagli obiettivi del processo matrimoniale. Del resto, quand'anche la pronuncia del tribunale ecclesiastico contenesse riferimenti in merito alla qualità della vita coniugale, le affermazioni in proposito non farebbero stato e non sarebbero vincolanti per il giudice della delibazione”: **M. CANONICO**, *Convivenza coniugale e nullità*, cit., p. 5, nota 6.



minoritaria della Corte di Cassazione che, prima delle Sezioni unite del 1988, aveva tentato di sostenere che la convivenza fosse ostativa alla deliberazione. Analizzando il problema specifico della possibile invasione del merito, tali sentenze avevano concluso che il divieto

“non viene eluso con il riconoscimento del potere-dovere del giudice nazionale di accertare l'eventuale sopravvenienza della convivenza dei coniugi, in tutte le componenti necessarie per la configurabilità di una piena instaurazione del consorzio familiare, poiché la relativa indagine investe circostanze irrilevanti per il diritto canonico, quindi esorbitanti dal merito della sentenza del Tribunale ecclesiastico, ancorché in ipotesi riscontrate dalla sentenza stessa”⁴³.

Nell'argomentare in favore di tale tesi⁴⁴, la giurisprudenza di legittimità si richiamava espressamente all'accertamento da parte della Corte d'appello, pacificamente ammesso senza sollevare lo scudo del

43 Così Cass., 18 giugno 1987, n. 5358. Secondo la Cassazione, le circostanze della convivenza sarebbero irrilevanti in quanto “non attinenti alla formazione del vincolo perché posteriori alla costituzione di esso” (Cass., 18 giugno 1987, n. 5354), al punto che addirittura ad esse “il giudice canonico non può né deve rivolgere la sua attenzione” (Cass., 3 luglio 1987, n. 5823), visto che “lo stesso oggetto dell'indagine necessaria ai fini dell'accertamento del dedotto vizio di nullità originaria del vincolo non si estende al riscontro della situazione di fatto” (Cass., 18 gennaio 1988, n. 192). Tali affermazioni tuttavia appaiono eccessive ed erranee, in quanto l'intero rapporto matrimoniale costituisce, di regola, oggetto di indagine nel corso dell'istruttoria da parte del giudice ecclesiastico, che può e deve indagarlo nella ricerca delle c.d. *circumstantiae post nuptias*, ossia di una serie di elementi circostanziali, tipizzati astrattamente dalla giurisprudenza rotale relativamente ai singoli capi di nullità matrimoniale. Così, anche se si giudica un consenso viziato all'atto della celebrazione del matrimonio (ossia il matrimonio-atto) ciò non priva di rilevanza giuridica ai fini della pronuncia di invalidità il comportamento tenuto in costanza di esso (ossia il matrimonio-rapporto) in quanto nel fatto storico del comportamento dei coniugi successivo alle nozze – nel quale è ovviamente compresa la situazione giuridica della convivenza coniugale nel senso sopra inteso dalla giurisprudenza della Cassazione – il giudice ecclesiastico può rinvenire precisi elementi, con indubbia valenza giuridica, confermativi o meno dell'assunto dell'invalidità matrimoniale.

44 Non erano tuttavia mancate anche nella giurisprudenza di legittimità prese di posizione in senso nettamente contrario: “In ogni caso, non può attribuirsi alla predetta norma” – ossia all'art. 123, comma 2 c.c. – “quella efficacia ostativa che l'impugnata ordinanza ha creduto di poter ravvisare, poiché in tal caso verrebbero vanificati altri principi prevalenti, primo tra essi la riserva esclusiva della giurisdizione ecclesiastica che ha copertura costituzionale, con l'ulteriore incongruenza che i relativi accertamenti esigerebbero un riesame di merito sul comportamento dei coniugi, incompatibili con la detta riserva, oltre che con la natura camerale del procedimento di deliberazione (cfr. 2357-84, 2677-84, Cass. 2855-84, 192-85, 1370-85)”: Cass., 7 maggio 1986, n. 3057.



divieto del riesame del merito, di altra questione irrilevante per il diritto canonico sostanziale, ossia quella sopra menzionata della conoscenza-conoscibilità della riserva mentale o dell'apposizione di una condizione⁴⁵: la *ratio*, secondo la Suprema Corte, sarebbe infatti identica posto che “anche la tutela dell'affidamento, invero, è rimessa alla valutazione di circostanze diverse da quelle appartenenti allo specifico oggetto del giudizio ecclesiastico”⁴⁶.

Tuttavia, non si deve dimenticare che secondo la giurisprudenza della Cassazione il giudicato si forma anche sulla parte di motivazione che decide le questioni costituenti il presupposto logico e necessario della pronuncia⁴⁷. Lo stesso principio, d'altronde, è affermato anche dalla giurisprudenza rotale:

45 A proposito di essa, si legge in Cass., 6 dicembre 1985, n. 6128, che si tratta di “questione irrilevante per l'ordinamento canonico e decisiva solo in sede di recepimento della pronuncia ecclesiastica nell'ordinamento interno” oppure in Cass., 1 febbraio 2008, n. 2467, che è profilo “del tutto irrilevante nella disciplina canonica del matrimonio”. Più impropriamente, invece, si esprime assai di frequente la Cassazione allorquando tralaticciamente ripete che si tratta “di profilo estraneo, in quanto irrilevante, al processo canonico”: Cass., 19 marzo 2010, n. 6686; cfr. anche, tra le tante, Cass., 19 ottobre 2007, n. 22011; Cass., 10 novembre 2006, n. 24047; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1821; Cass., 19 novembre 2003, n. 17535; Cass., 30 maggio 2003, n. 8764; Cass., 8 gennaio 2001, n. 198; Cass., 16 maggio 2000, n. 6308; Cass., 4 luglio 1998, n. 6551; Cass., 14 marzo 1996, n. 2138; Cass., 10 marzo 1994, n. 2330. L'espressione è impropria in quanto si tratta di profilo che è presente spessissimo nelle tavole processuali dei giudizi ecclesiastici giacché, sul piano probatorio, può avere un peso anche significativo e quindi può essere “assai rilevante” nel processo al fine dell'accoglimento della domanda; ma non è senz'altro, allo stesso fine, “decisivo” in quanto, sul piano sostanziale, fra gli elementi giuridici previsti dal can. 1101, § 2 e dal can. 1102, §§ 1-2 si esige esclusivamente l'atto positivo di volontà del simulante escludente uno dei *bona matrimonii* o l'apposizione di una vera condizione, a prescindere quindi dalla manifestazione all'altro coniuge e/o conoscenza-conoscibilità da parte di questi, che può anche difettare. Si tratta dunque di profilo “estraneo” non al processo canonico, per il quale può essere rilevante, ma al diritto canonico sostanziale, per il quale è sempre irrilevante e, quindi, non decisivo ai fini della pronuncia di nullità matrimoniale. Correttamente dunque si legge in Cass., 6 settembre 1985, n. 4644 che l'indagine circa la manifestazione della condizione all'altro coniuge “investe un elemento non decisivo per la pronuncia ecclesiastica (salva la sua rilevanza sotto il diverso profilo della prova della *condicio*)”.

46 Così Cass., 18 giugno 1987, n. 5354.

47 “In considerazione dell'inscindibile rapporto di connessione che viene a crearsi tra oggetto del giudicato ed oggetto del processo nel quale questo si è formato, l'efficacia del giudicato si estende alle questioni che costituiscono presupposti logicamente e giuridicamente ineliminabili della statuizione finale, mentre è da escludere il giudicato sul punto di fatto, ossia sul puro e semplice accertamento dei fatti storici contenuto nella motivazione [...]” (Cass., 11 febbraio 2011, n. 3434); “Il giudicato si forma, oltre che sull'affermazione (o negazione) del bene della vita controverso, sugli accertamenti



“Quo fit ut iudicatum, in quo duae vel plures sententiae inveniantur conformes, efficiatur et partes dispositiva sententiae et motivi disponendi in sua substantia consideratis, quae sint eiusdem partis dispositivae praesuppositum necessarium et logicum”⁴⁸.

Anzi, secondo la Cassazione⁴⁹, il giudicato si forma non solo sulle questioni, ma anche sugli “accertamenti di fatto, i quali rappresentano le premesse necessarie e il fondamento logico giuridico della pronuncia”⁵⁰.

Ci si potrebbe allora domandare se possano darsi casi nei quali l'eventuale accertamento di un fatto secondario⁵¹, quale il non essersi

logicamente preliminari e indispensabili ai fini del *decisum*, quelli cioè che si presentano come la premessa indefettibile della pronuncia, mentre non comprende le enunciazioni puramente incidentali e in genere le considerazioni estranee alla controversia e prive di relazione causale col *decisum*. L'autorità del giudicato è circoscritta oggettivamente in conformità alla funzione della pronuncia giudiziale, diretta a dirimere la lite nei limiti delle domande *hinc et inde* proposte, sicché ogni affermazione eccedente la necessità logico giuridica della decisione deve considerarsi un *obiter dictum*, come tale non vincolante” (Cass., 8 ottobre 1997, n. 9775); per giurisprudenza conforme più datata si vedano, ad esempio, Cass., 17 giugno 1966, n. 1559; Cass., 18 luglio 1966, n. 1944; Cass., 18 febbraio 1965, n. 266.

⁴⁸ Sentenza *Lugdunen*. 31 gennaio 1990 *coram* Palestro, ARRT Dec. vol. LXXXII, pp. 52-64, alla p. 57, n. 6

⁴⁹ Poiché la individuazione del limite oggettivo del giudicato della pronuncia ecclesiastica viene operato dalla Corte d'appello in sede di deliberazione al fine di stabilire il confine oltre il quale la stessa, nei suoi accertamenti, violerebbe il merito, è inevitabile che essa non potrà che tenere conto, nell'individuare, della delimitazione frutto di elaborazione della giurisprudenza della Cassazione, e non del complesso dibattito canonistico dottrinale e giurisprudenziale in materia, che i giudici italiani delle corti territoriali non possono che ignorare. Tuttavia non si può non rilevare come apparirebbe più corretto che a quest'ultimo i giudici italiani facessero riferimento, poiché se il giudicato si è formato nell'ordinamento canonico, alla nozione di giudicato come inteso in quell'ordinamento occorrerebbe avere riguardo.

⁵⁰ Così Cass., 23 dicembre 1999, n. 14477; nello stesso senso, Cass., 18 ottobre 1997, n. 10196.

⁵¹ «L'individuazione dei fatti giuridicamente rilevanti può portare all'applicazione di un ulteriore criterio di scelta dei fatti da individuare come oggetto di prova, criterio che si può definire di “rilevanza logica”. Esso consente di individuare altri fatti, che non sono giuridicamente rilevanti perché non rientrano nella fattispecie legale prevista dalla norma, ma che sono logicamente rilevanti in quanto, se provati, possono costituire le premesse per la formulazione di inferenze logiche idonee a produrre conclusioni relative alla verità o falsità di un fatto giuridicamente rilevante. Si tratta dei cosiddetti “fatti secondari” o “semplici” (tra cui rientrano soprattutto gli “indizi” e le “fonti di presunzione”), che possono essere oggetto di prova proprio perché il loro accertamento può essere utile per acquisire conoscenze relative all'esistenza di un fatto principale»: **M. TARUFFO**, *Prova giuridica*, cit., p. 1020. Sulla distinzione, nello specifico ambito matrimoniale canonico, tra fatti principali, o giuridici che dir si voglia, e fatti secondari si



instaurata tra i coniugi una vera comunione di vita, possa costituire in una sentenza ecclesiastica, in relazione a determinate fattispecie di nullità matrimoniale, un presupposto logico-giuridico necessario della decisione *pro-nullitate*⁵². In caso di risposta affermativa, infatti, l'accertamento di quel fatto sarebbe coperto da giudicato, con conseguente divieto di riesame del merito da parte della Corte d'appello, secondo il ragionamento della stessa Suprema Corte.

Per rispondere alla domanda, può essere utile esemplificare capi di nullità e situazioni in cui è verosimile che tale accertamento giudiziale venga operato. Così, nelle cause per esclusione dell'indissolubilità, la durata del matrimonio viene solitamente indagata dal giudice, in quanto la breve durata del matrimonio è circostanza confermativa della domanda mentre la lunga durata dello stesso è circostanza negativa, sebbene si possa dimostrare che sia stata una mera coabitazione, senza alcuna *affectio coniugalis* e protrattasi per molto tempo per ragioni del tutto particolari (come ad esempio l'impossibilità di trovare altre idonee sistemazioni abitative). Nelle cause per grave difetto di discrezione di giudizio per grave immaturità psico-affettiva, la capacità del soggetto di creare una *intima communitas vitae et amoris*, di instaurare una matura relazione

rinvia a **G. MARAGNOLI**, "Causa petendi", *identificazione della domanda giudiziale, conformità sostanziale (o equivalente) di due sentenze*, in *Ius Ecclesiae*, 21 (2009), pp. 605-628, in particolare alle pp. 608-612, nonché **J. LLOBELL**, *Il concetto di conformitas sententiarum nell'Istruzione Dignitas Connubii e i suoi riflessi sulla dinamica del processo*, in *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2005, pp. 193-230, alle pp. 215-217.

52 Tuttavia, per alcuni autori, tale domanda non potrebbe neppure astrattamente porsi, poiché un fatto secondario non potrebbe mai assurgere a presupposto logico necessario del dispositivo *pro-nullitate* di una sentenza ecclesiastica: così **G. MARAGNOLI**, "Causa petendi", *identificazione*, cit., p. 614, nota 16. Dello stesso parere anche **J. LLOBELL**, *Il concetto di conformitas sententiarum*, cit., p. 215. Ci permettiamo tuttavia di dissentire da tale opinione, in quanto riteniamo che vi siano casi in cui ciò possa accadere, sia pure eccezionalmente. E un esempio ci viene offerto proprio dall'*aversio*, che il primo dei due autori citati indica – in quanto mero elemento probatorio – tra i fatti secondari nelle cause di *vis vel metus*; infatti, è affermazione ricorrente nella giurisprudenza rotale che senza *aversio* non può esserci costrizione: "*Ad aversionem quod attinet, notetur, ubi aversio prorsus desit, frustra omnino contendit matrimonium contractum esse ob metum. Etenim sine aversione coactio ne concipi quidem potest*" (sentenza Romana 20 aprile 1985 *coram* Jarawan, ARRT Dec. vol. LXXVII, pp. 206-215, alla p. 208, n. 2). Ecco allora che l'accertamento dell'elemento dell'*aversio*, che pur non è fatto principale, ossia elemento contemplato dalla fattispecie legale di cui al can. 1103, bensì fatto secondario, diventa presupposto logico-giuridico imprescindibile di una pronuncia di nullità matrimoniale per violenza morale: senza di esso, infatti, la coazione, fatto costitutivo della *vis vel metus*, non può neppure essere logicamente concepita.



affettiva costituisce oggetto diretto del giudizio e quindi il giudice ecclesiastico procederà di regola anche a verificare se in concreto tra i coniugi sorse oppure no un "vero consorzio familiare ed affettivo". Nelle cause per violenza morale, nel caso di una vicenda caratterizzata da una convivenza di lunga durata sarà naturale per il giudice ecclesiastico indagare se si trattò di *intima communitas vitae et amoris* o di una mera coabitazione, al fine di stabilire il permanere o meno dell'*aversio ad personam compartis* anche in costanza di matrimonio. Nelle cause di simulazione totale del matrimonio od esclusione del *bonum coniugum*, il cui oggetto diretto è proprio l'accertamento dell'intenzione del simulante di non instaurare alcun "vero consorzio familiare ed affettivo" sarà stata necessariamente analizzata in sede ecclesiastica anche la "qualità" del consorzio coniugale instaurato dopo le nozze.

Ebbene, in nessuno di questi esempi, nei quali è intervenuto un accertamento di fatto sulla questione dell'essersi instaurata tra i coniugi una *intima communitas vitae et amoris* – di per sé astrattamente irrilevante a livello di normativa canonica (ossia quale fatto giuridico principale), ma concretamente rilevante, in relazione ai singoli capi di nullità matrimoniale, a livello di significativa circostanza postnuziale (ossia quale fatto secondario) –, in nessuno di questi esempi, dicevamo, si può in realtà affermare che tale questione abbia costituito presupposto logico-giuridico necessario del *decisum pro-nullitate*.

Se ne deve concludere che neppure la suddetta interpretazione estensiva dei limiti oggettivi del giudicato – nel senso che esso copre anche l'accertamento di fatti che costituiscono presupposto logico necessario della pronuncia – consente di affermare che sulla questione della convivenza si possa formare in sede ecclesiastica un giudicato, invalicabile per la Corte d'appello in sede di giudizio di delibazione.

Da questa prospettiva, pertanto, il recente orientamento della Corte di Cassazione non pare poter essere messo in discussione.

Tuttavia, quale considerazione finale, ribadiamo che le obiezioni mosse da una parte della dottrina e citate all'inizio di questo paragrafo – sebbene vengano oggi completamente pretermesse dalla giurisprudenza e anche per il futuro verosimilmente continueranno ad esserlo – rivestirebbero carattere preliminare, ed assorbente, rispetto agli argomenti invocati ed invocabili dalle pronunce di legittimità per giustificare nel giudizio deliberativo l'accertamento di fatto in materia di convivenza⁵³.

⁵³ Poter eccepire che una sentenza di Corte d'appello di rigetto della domanda di delibazione sia incorsa in una violazione del divieto di riesame del merito, previsto come



3 – La rilevabilità d'ufficio delle questioni di contrarietà all'ordine pubblico

Ad aggravare il pericolo del divieto del riesame del merito vi è la considerazione che tale accertamento di fatto, in quanto ritenuto dalla giurisprudenza citata attinente alla eventuale contrarietà all'ordine pubblico – che costituisce uno degli oggetti specifici dell'accertamento della Corte d'appello, *ex art. 797 n. 7 c.p.c.*⁵⁴ –, potrebbe essere compiuto anche d'ufficio, in ragione dell'interesse non meramente privato che costituisce il fondamento e la *ratio* del limite dell'ordine pubblico⁵⁵, e quindi indipendentemente dall'essere stata la questione sollevata dalle parti (da una o da entrambe).

Va tuttavia rammentato che, con riferimento alla questione della manifestazione-conoscenza-conoscibilità della riserva mentale – che attiene, secondo un consolidato orientamento della Cassazione, alla eventuale contrarietà all'ordine pubblico della sentenza delibanda per violazione del principio di buona fede ed affidamento incolpevole sulla validità del matrimonio da parte dell'altro coniuge⁵⁶ –, la giurisprudenza

si è visto a livello normativo, consentirebbe di presentare avverso la stessa un ricorso per cassazione *ex art. 360, n. 3 c.p.c.* “*per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto*”, superando così i ristretti limiti posti oggi all'impugnazione in Cassazione dalla attuale formulazione dell'art. 360, n. 5 c.p.c., nel quale non si ammette più, tra i motivi del ricorso, quello della “*insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio*”, ma soltanto l’ “*omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*”, con una limitazione che è ovviamente ancor più gravosa nel caso di sentenze pronunciate in un unico grado, quali quelle del giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

54 Norma che, secondo l'orientamento ormai prevalente della Cassazione, gode *in subiecta materia* di ultrattività – nonostante l'intervenuta abrogazione per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 218/1995 – in virtù del rinvio, da intendersi come materiale, agli artt. 796 e 797 c.p.c. operato dal Protocollo addizionale agli Accordi del 1984: così Cass., 24 ottobre 2011, n. 21968; Cass., 25 giugno 2009, n. 14906; Cass., 5 marzo 2009, n. 5292; Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3186; Cass., 7 giugno 2007, n. 13363; Cass., 10 maggio 2006, n. 10796; Cass., 11 novembre 2005, n. 21865; Cass., 8 giugno 2005, n. 12010; Cass., 25 maggio 2005, n. 11020; Cass., 31 maggio 2003, n. 8764.

55 Sul punto **C. MARINO**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 291; **N. MARCHEI**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 9; **P. DI MARZIO**, *A volte ritornano: la Cassazione*, cit., p. 734.

56 Peraltro, con rilievo a nostro avviso *tranchant*, si è fatto notare in dottrina che non si riesce a comprendere come sia possibile invocare la tutela della buona fede per impedire la delibazione della sentenza ecclesiastica quando il dato legislativo, costituito dagli artt.



ormai costante ritiene che deve pur sempre essere fatto salvo il diritto della parte incolpevole di optare per la non conservazione del rapporto viziato per fatto dell'altra parte, in quanto il limite suddetto è ricollegato a un valore individuale ed è preordinato a tutelare questo valore contro gli ingiusti attacchi esterni, non contro la volontà del titolare⁵⁷; essa dunque ritiene che le ragioni di tutela vengano meno qualora il coniuge ingannato, ed interessato ad opporsi, rinunci a farle valere, non opponendosi al riconoscimento della sentenza ecclesiastica o addirittura invocandolo egli stesso⁵⁸. Per cui, un'applicazione analogica di siffatto principio dovrebbe comportare, in presenza di un ricorso congiunto o di un atto di citazione introdotto dal c.d. coniuge economicamente debole oppure di una sua costituzione adesiva in comparsa di risposta – coniuge debole che avrebbe quindi interesse ad opporsi alla domanda di delibazione eccependo l'essersi instaurata una vera comunione di vita materiale e spirituale e che invece non abbia sollevato la relativa eccezione⁵⁹ –, che la Corte

128, 129 e 129-bis c.c., disciplinando l'ipotesi del matrimonio putativo e le conseguenze della buona e mala fede dei coniugi, prevede espressamente la possibilità che, nonostante la buona fede di una o di entrambe le parti, il vincolo possa essere dichiarato invalido (così, **M. CANONICO**, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico*, cit., pp. 1916-1918, il quale menziona in nota anche gli altri autori che hanno mosso analoghe osservazioni).

57 Tuttavia, in dottrina è stata apertamente denunciata l'evidente incongruenza di ritenere un principio di ordine pubblico, per sua natura inderogabile e quindi sottratto all'autonomia privata, come rientrante nella sfera di disponibilità della parte (vedi tra i tanti, **M. CANONICO**, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico*, cit., p. 1920). Effettivamente, non sono mancate voci di segno opposto anche in giurisprudenza: così Cass., 14 novembre 1984, n. 5749, secondo la quale la riserva non manifestata all'altro coniuge contrasta in ogni caso con l'ordine pubblico italiano, restando sottratta alla disponibilità e all'iniziativa delle parti la relativa incidenza sulla pronuncia di delibazione.

58 Fra le tante, si vedano Cass., 25 giugno 2009, n. 14906; Cass., 11 novembre 2005, n. 21865; Cass., 7 dicembre 2005, n. 27078; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1822; Cass., 1 aprile 2004, n. 6371; Cass., 30 maggio 2003, n. 8764; Cass., 28 marzo 2001, n. 4457; Cass., 2 marzo 2001, n. 3056; Cass., 22 ottobre 1999, n. 11863; Cass., 19 maggio 1995, n. 5548. Si osserva peraltro, in Cass., 25 febbraio 1986, n. 1202, che si deve prescindere dal diverso atteggiamento che il coniuge incolpevole abbia eventualmente tenuto nel processo canonico conclusosi con la pronuncia delibanda: in altri termini, questi può essere favorevole alla nullità, ma contrario alla delibazione.

59 Lo stesso ragionamento, naturalmente, potrebbe essere dispiegato con riferimento all'eventuale eccezione di violazione del diritto di difesa, che costituisce, sin dalla nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 18 del 22 gennaio 1982, un altro aspetto dell'indagine della Corte d'appello la quale, ora espressamente in base all'art. 8, n. 2, comma 2, lett. b) della legge n. 121/1985, deve accertare che “*nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano*”.



territoriale, in simili situazioni processuali, non potrebbe-dovrebbe entrare d'ufficio sulla questione, andando altrimenti contro alla volontà dei soggetti interessati a farla eventualmente valere.

È vero peraltro che, tanto nei giudizi introdotti con citazione quanto nei procedimenti introdotti con ricorso, l'eccezione davanti alla Corte d'appello potrebbe pur sempre essere sollevata autonomamente dal P.G.⁶⁰, il cui intervento, nonostante il silenzio della normativa concordataria, si ritiene obbligatorio sia ai sensi dell'art. 796, ult. comma c.p.c. sia ai sensi dell'art. 70, comma 1, nn. 2 e 3 c.p.c. che prescrivono come necessaria la partecipazione del p.m. nelle cause matrimoniali e in quelle riguardanti lo stato delle persone⁶¹ (p.m. che può anche proporre impugnazione in Cassazione *ex art. 72 c.p.c.*)⁶².

Non solo.

Anche nel giudizio di cassazione la questione della ostatività della convivenza alla dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica, pur in assenza di eccezioni delle parti o del P.G. davanti alla Suprema Corte, sarebbe comunque rilevabile d'ufficio, sempre che, ove non dedotta espressamente dalle parti o dal P.G. nel grado di merito, i fatti che rendono possibile alla Corte di Cassazione esprimere un giudizio su di essa risultino comunque accertati nella sentenza della Corte d'appello impugnata, stanti le peculiarità proprie del giudizio di legittimità. Ha infatti chiarito la Cassazione nella sentenza 19 maggio 1989, n. 2397:

60 Ad esempio, quale notazione storica, osserviamo che l'eccezione – quando all'epoca la trasmissione delle sentenze ecclesiastiche alla Corte competente avveniva d'ufficio da parte della Segnatura Apostolica – era stata sollevata proprio dal P.G. davanti alla Corte d'appello di Milano, che l'aveva accolta, in quelle vicende che, approdate innanzi alla Suprema Corte, avevano condotto alle pronunce di Cass., 18 giugno 1987, nn. 5354 e 5358 e Cass., 14 gennaio 1988, n. 192, in netta controtendenza con il precedente orientamento maggioritario (e rispetto alle conclusioni delle quali peraltro il P.G. della Cassazione si era sempre manifestato contrario), nonché alla pronuncia di Cass., 1 agosto 1986, n. 4908, che viceversa si era uniformata all'orientamento maggioritario.

⁶¹ 61 Riconduce l'obbligatorietà dell'intervento del p.m. all'art. 796 c.p.c., Cass., 7 marzo 2006, n. 4876, mentre lo riconduce alla previsione di cui all'art. 70 c.p.c., Cass., 12 marzo 2003, n. 3644. Ne consegue che il suo mancato intervento sarebbe causa di nullità insanabile – rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo *ex art. 158 c.p.c.* – del procedimento e della sentenza che lo conclude. Su tale intervento, si veda in dottrina C. MARINO, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., pp. 277-283.

⁶² Si veda, sul potere di impugnazione del p.m., anche Cass., 16 gennaio 1984, n. 332. Effettivamente nelle vicende che hanno condotto alle pronunce di Cass., 12 febbraio 1990, n. 1018 e Cass., 29 maggio 1990, n. 5026 (ove si nega peraltro che la convivenza possa essere ostativa alla delibazione) il ricorso per cassazione avverso le sentenze dichiarative dell'esecutività era stato proposto proprio dal Procuratore Generale presso la Corte d'appello, in quel caso di Roma.



“È vero che il giudice della delibazione deve procedere d'ufficio all'indagine circa la non contrarietà all'ordine pubblico della sentenza da riconoscere [...], e quindi anche la Cassazione può d'ufficio procedere alla suddetta indagine, ma nei limiti consueti attinenti ad ogni questione rilevabile d'ufficio e non dedotta nei precedenti gradi e cioè se i fatti che rendono possibile il giudizio siano già stati accertati dalla sentenza impugnata [...]. Pertanto, quando (come nella specie) il principio di ordine pubblico potrebbe (in ipotesi) affermarsi condizionatamente all'accertamento di una circostanza di fatto (la convivenza, nel senso di cui all'art. 123 c.c.), se dalla sentenza impugnata essa non risulta, non è possibile neppure l'esame della questione giuridica [...]”.

Così, in una recentissima pronuncia, a fronte dell'eccezione di convivenza sollevata dalla ricorrente (unitamente ad altri motivi), la Corte di Cassazione, rilevato “come la questione non risulti prospettata ed esaminata in sede di merito”, l'ha ritenuta “irrilevante nel giudizio di legittimità⁶³, non essendo consentita la sua proposizione per la prima volta in questa sede”⁶⁴. Ciò che ha precluso l'esame del motivo di ricorso da parte della Suprema Corte non è stato dunque il fatto in sé che la questione sia stata proposta per la prima volta con l'atto introduttivo del giudizio legittimità⁶⁵, ma il fatto che, non essendo la stessa stata esaminata in sede di merito, è mancato nella sentenza impugnata l'accertamento dei fatti attinenti la convivenza che avrebbero consentito, alla Corte di Cassazione, anche d'ufficio, di pronunciarsi sulla questione giuridica. In presenza di tale accertamento infatti, la questione, in quanto comunque rilevabile d'ufficio, potrebbe essere sollevata per la prima volta anche davanti al giudice di legittimità, non solo nel ricorso ma anche nella memoria *ex art. 378 c.p.c.*⁶⁶.

63 Esattamente come era avvenuto in Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809.

64 Così Cass., 1 giugno 2012, n. 8857. Anche in Cass., 15 giugno 2012, n. 9844, nel rigettare l'eccezione, si legge: “in ogni caso tale situazione di effettiva convivenza avrebbe dovuto essere dedotta e provata, nella fase di delibazione della sentenza ecclesiastica, da parte della convenuta, che, invece, né dalla sentenza impugnata né dallo stesso ricorso per cassazione risulta aver spiegato nel giudizio di delibazione attività difensiva in tal senso”.

65 Nel senso del rigetto dell'eccezione, in quanto questione nuova introdotta per la prima volta dai ricorrenti nel giudizio di cassazione, si vedano, in motivazione, anche Cass. 31 maggio 2012, n. 8772, Cass., 22 agosto 2011, n. 17465, Cass., 10 maggio 2006, n. 10796 nonché Cass., 13 giugno 1984, n. 3536.

66 Come si ricava *a contrariis* dalla seguente massima di Cass., 20 febbraio 2009, n. 4240: “Nel giudizio di cassazione tali memorie sono destinate esclusivamente a illustrare



Con questa chiave di lettura, ossia in quanto l'accertamento dei fatti relativi alla convivenza si può affermare esservi effettivamente stato nel precedente grado, sembra doversi interpretare la già citata sentenza della Corte di Cassazione, 8 febbraio 2012, n. 1780, che nel rigettare in via pregiudiziale di rito l'eccezione del resistente di inammissibilità per novità della questione della convivenza sollevata nel giudizio di cassazione dalla ricorrente, aveva affermato che

“la prospettazione del contrasto con l'ordine pubblico non si configura, nella specie, come *causa petendi* di una domanda, bensì come impedimento assoluto alla riconoscibilità della decisione ecclesiastica, rilevabile d'ufficio, anche nella contumacia della convenuta. Al giudice compete, infatti, di verificare sempre la sussistenza degli antecedenti, in fatto ed in diritto, che giustificano l'emissione del provvedimento richiesto; e non v'è dubbio che tra questi, prima di ogni altro, rientri la conformità a diritto del *petitum*. Tanto più, ove sia in discussione financo l'eventuale lesione di principi fondativi riassunti nella formula dell'ordine pubblico: sintagma che, seppur non presente nella carta costituzionale, deve essere identificato con i principi costituzionali su temi basilari che sono la traduzione, in termini di diritto, dei principi etico-politici su cui sorge e si fonda l'orientamento. Nonostante la relatività storica di contenuto, connaturale a qualsiasi concetto giuridico, l'ordine pubblico esprime valori non negoziabili, a pena di rottura dell'armonia del sistema costituzionale; e la sua lesione rientra dunque nel *thema decidendum* del giudice chiamato a dichiarare l'efficacia nello Stato italiano di una sentenza ecclesiastica, senza preclusioni ed indipendentemente da eccezioni di parte”.

Leggendo la sentenza, infatti, si apprende che nella vicenda specifica l'eccezione di convivenza si era limitata a valorizzare il mero dato temporale della durata del vincolo. Tale dato necessita, per essere

e a chiarire i motivi dell'impugnazione, ovvero alla confutazione delle tesi avversarie, di modo che con esse non possono essere dedotte nuove censure né sollevate questioni nuove, che non siano rilevabili d'ufficio, e neppure può essere specificato, integrato o ampliato il contenuto dei motivi originari del ricorso”. Dunque, nella vicenda che ha portato alla pronuncia di Cass., 19 maggio 1989, n. 2397 sopra citata, ove la questione della convivenza era stata effettivamente sollevata con una memoria giudicata “tardiva ed inammissibile”, la valutazione di inammissibilità nel giudizio di legittimità non discendeva, come si evince dalla lettura della motivazione, dal non essere stata la questione dedotta *ab initio* in ricorso, ma discendeva dal non essere la questione rilevabile d'ufficio per il mancato accertamento nella sentenza impugnata dei fatti attinenti la convivenza.



calcolato, esclusivamente del giorno di celebrazione delle nozze e del giorno della separazione legale (o di introduzione del giudizio di nullità matrimoniale innanzi al Tribunale ecclesiastico), elementi di fatto che senza dubbio dovevano essere reperibili nella sentenza della Corte d'appello impugnata. Dunque soltanto in quanto la durata della convivenza coniugale, formalmente intesa, era un fatto che risultava accertato dalla pronuncia di delibazione della corte territoriale, la relativa questione era rilevabile d'ufficio e poteva essere sollevata dalla parte ricorrente per la prima volta anche nel ricorso⁶⁷. Non ci pare infatti possibile, a meno di non voler snaturare il giudizio stesso di cassazione, interpretare le suddette affermazioni come il riconoscimento alla Corte di Cassazione di una facoltà di giudicare d'ufficio, *sempre*, la questione della contrarietà all'ordine pubblico della convivenza, pure quando gli elementi della stessa siano stati accertati esclusivamente nelle due pronunce ecclesiastiche (o negli atti istruttori eventualmente prodotti), ma non anche nella sentenza della Corte d'appello: infatti, soltanto di quest'ultima la Suprema Corte deve giudicare la legittimità⁶⁸.

È comunque evidente come queste considerazioni giuridiche, in un prossimo futuro, siano destinate a perdere rapidamente di interesse. Chiunque operi quotidianamente nelle aule di giustizia delle Corti d'appello italiane può confermare come nei giudizi di delibazione l'eccezione di convivenza venga ormai sistematicamente sollevata dalla parte convenuta che si oppone, indipendentemente dalla sua fondatezza ed anche solo per fini dilatori; il che porta necessariamente le corti

⁶⁷ Addirittura, si può rilevare che ove si accogliesse una nozione formale e non sostanziale di convivenza, posto che il dato della durata del matrimonio è *praticamente sempre* evincibile dalla sentenza della Corte d'appello, la questione in Cassazione sarebbe *praticamente sempre* rilevabile d'ufficio e/o deducibile per la prima volta.

⁶⁸ "Con riguardo al procedimento di delibazione di sentenza straniera, la parte che impugni per cassazione la sentenza della Corte d'appello che riconosca la sussistenza delle condizioni per procedere alla delibazione stessa non può dedurre per la prima volta in sede di legittimità profili di preteso contrasto della sentenza delibanda con l'ordine pubblico, poiché il principio di conoscibilità di ufficio di siffatta contrarietà opera in detta sede, in coerenza con i limiti istituzionali propri del giudizio di cassazione, solo quando i fatti di cui trattasi sono già stati acquisiti nella precorsa fase di merito e accertati nella sentenza impugnata" (Cass., 18 dicembre 1992, n. 13437); "La Corte di Cassazione non può riesaminare nel merito l'apprezzamento reso dal giudice della delibazione in ordine ai requisiti della sentenza da delibare che implicino un giudizio di fatto (Cass. 12 maggio 1971 n. 1367; Cass. 19 gennaio 1984 n. 465; Sez. un. 21 luglio 1981 n. 4691). Pertanto, si può esaminare solo la sentenza di delibazione e non gli atti del procedimento di delibazione, ivi compresa la sentenza straniera da delibare, che non è investita direttamente dal ricorso" (Cass., 19 maggio 1989, n. 2397).



territoriali a esaminare nelle proprie pronunce la questione, rendendola conoscibile d'ufficio anche da parte del giudice di legittimità.

4 – Le inquietanti derive delle Corti di merito

Desideriamo a questo punto soffermarci brevemente proprio sull'analisi di cinque pronunce di alcune Corti di appello italiane (quattro delle quali inedite) che, in punto di diritto, hanno manifestato adesione al nuovo orientamento della Cassazione, per analizzare come esso abbia trovato applicazione pratica nelle corti territoriali e a quali argomenti in punto di fatto abbia poi condotto.

Illustreremo tali precedenti in ordine cronologico di pubblicazione, limitandoci, in presenza di plurime eccezioni della parte convenuta e/o plurime motivazioni della sentenza, ad analizzare soltanto la trattazione della questione della convivenza che qui ci interessa.

1) Corte d'appello di Palermo, n. 1391, 8 ottobre 2010-15 ottobre 2010

Trattasi di sentenza di rigetto. La motivazione della nullità matrimoniale era stata l'errore su una qualità della convenuta direttamente e principalmente intesa. Il giudizio di delibazione era stato introdotto con citazione dall'uomo. Le conclusioni del P.G. erano state per l'accoglimento della domanda. Le spese sono state compensate.

La Corte rigetta la domanda di delibazione della sentenza ecclesiastica per “contrarietà di questa con l'ordine pubblico interno” sia perché “l'errore sulla fertilità del coniuge non è contemplato dal nostro ordinamento” sia perché “secondo quanto si legge nella sentenza ecclesiastica, la convivenza matrimoniale tra il N. e la M. è durata sedici anni”. In quest'ultima affermazione si risolve la trattazione *in punto di fatto* della questione. *In punto di diritto* la Corte innanzitutto onestamente riconosce che “è principio consolidato” in giurisprudenza quello per cui i termini di cui all'art. 122 c.c. – e quindi nello specifico l'introduzione dell'azione non oltre un anno di coabitazione dopo che sia stato scoperto l'errore – non configurano “l'espressione di principi e regole fondamentali con cui la costituzione e la legge ordinaria delineano l'istituto del matrimonio”. Tuttavia la sentenza richiama brevemente le affermazioni della pronuncia delle Sezioni unite del 2008 per “concludere che è assolutamente incompatibile con l'ordine pubblico interno l'annullamento, per errore (essenziale) su qualità della persona, di un matrimonio



caratterizzato da molti anni di convivenza o coabitazione dopo la scoperta dell'errore".

La sentenza appare interessante innanzitutto in quanto antesignana di Cass. n. 1343/2011. Inoltre essa, anziché affermare semplicemente che nella nozione di ordine pubblico rientrano i termini decadenziali di cui all'art. 122 c.c., crea un nuovo "ibrido giuridico", in quanto da un canto fa salvo il *dies a quo* del termine "sanante" dal momento della scoperta dell'errore, dall'altro esige però che da quel momento decorra non soltanto un anno, ma molti anni, per di più senza distinguere fra convivenza (sostanziale) o coabitazione (formale). Non emerge peraltro chiaramente dalla sentenza se l'eccezione era stata sollevata dalla parte convenuta o *ex officio*.

2) Corte d'appello di Bologna, n. 509, 15 aprile 2011-19 aprile 2011

Trattasi di sentenza di accoglimento. La motivazione della nullità matrimoniale era stata l'incapacità da parte della donna convenuta per grave difetto di discrezione di giudizio ed incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio. Il giudizio di delibazione era stato introdotto con citazione dall'uomo. Le conclusioni del P.G. erano state per accoglimento della domanda. La parte convenuta era stata condannata alle spese.

In presenza di un'eccezione della convenuta che, richiamando Cass. n. 1343/11, sostiene che «una convivenza *"particolarmente prolungata"* tra i coniugi sarebbe ostativa alla delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità», la Corte, *in punto di diritto*, manifesta, sia pure implicitamente, adesione a tale nuovo orientamento, del quale si limita a richiamare pochissime righe. Tuttavia, *in punto di fatto*, finisce per rigettare la domanda ritenendo non potersi considerare la convivenza coniugale *de qua* espressiva di una volontà di accettazione del rapporto matrimoniale, sia perché "è durata solo tre anni" sia perché

"secondo quanto è dato desumere dalle motivazioni della sentenza ecclesiastica, non può ritenersi che i tre anni di durata del matrimonio siano stati del tutto sereni ed idonei a rappresentare una volontà di entrambe le parti di accettare in via definitiva il rapporto, dal momento che la pur breve convivenza coniugale risulta essere stata particolarmente travagliata proprio a causa dei disturbi depressivi della convenuta".



La sentenza dunque, anticipando la pronuncia di Cass. n. 1780/2012, non si limita ad una nozione meramente formale di convivenza, ma ne accoglie una sostanziale.

3) Corte d'appello di Bologna, n. 161, 27 settembre 2011-25 gennaio 2012

Trattasi di sentenza di rigetto. La motivazione della nullità matrimoniale era stata l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio da parte della donna convenuta. Il giudizio di delibazione era stato introdotto con citazione dall'uomo. Le conclusioni del P.G. erano state per l'accoglimento della domanda. Le spese sono state compensate.

In presenza di un'eccezione di parte convenuta per la quale non sarebbe più possibile far valere l'*incapacitas* decorso un anno dal pieno recupero delle facoltà mentali, la Corte, *in punto di diritto*, si limita in modo stringatissimo ad asserire che

“la Giurisprudenza di legittimità è fermamente orientata nel riconoscere rilievo di ordine pubblico al matrimonio quale rapporto. Si cita in primo luogo Sez. 1, Sentenza n. 3339 del 06/03/2003⁶⁹ e poi a seguire Sezioni unite sentenza 18/7/2008 n. 19809 e Sez. 1, Sentenza n. 1343 del 20/01/2011”.

Quindi, *in punto di fatto*, si legge:

“Orbene, nel caso di specie non può affatto dubitarsi che il matrimonio, sia pure difettosamente sorto a cagione della situazione psichica della donna tale da non consentirle di rappresentarsi adeguatamente i doveri essenziali, abbia poi raggiunto, quale rapporto, la necessaria adeguatezza rispetto al modello legale. Ne è la riprova il fatto che la donna non si sia affatto sottratta a uno di tali essenziali doveri, quello della procreazione, tant'è che nell'anno 1997 la coppia generò un figlio. Questo vale a dimostrare, in mancanza di specificazione da parte del giudice ecclesiastico di motivi per ritenere perduranti gli effetti di quella iniziale incapacità quanto a restanti doveri essenziali, che essa è venuta meno in corso di rapporto e per una durata tale da attestare la validazione di esso rapporto da parte di entrambi i coniugi”.

⁶⁹ Come si vede, la Corte cade nell'errore – ingenerato dalla pronuncia delle Sezioni unite del 2008 – di ritenere precedente specifico sulla questione la pronuncia di Cass., n. 3339/2003: cfr. *supra* nota 20.



Tali affermazioni suscitano alcune perplessità. Innanzitutto non appare specificato chiaramente in sentenza se, dal momento temporale in cui si assume il venir meno dell'incapacità, bastasse il protrarsi della convivenza "convalidante" per un solo anno oppure si richiedesse un periodo più lungo. Inoltre si pretende di evincere il recupero della capacità semplicemente per aver l'incapace generato un figlio; pur in assenza di altri elementi che inducano a conclusioni contrarie, appare comunque abbastanza riduttivo e semplicistico giudicare recuperate le piene facoltà mentali dal *solo fatto* della procreazione di prole, che *ex se* non può indurre conclusivamente in tale direzione posto che la letteratura medico-scientifica, nonché le vicende umane che approdano nelle aule giudiziarie, sono piene di casi di persone disturbate che hanno messo al mondo dei figli e hanno continuato ad essere disturbate anche dopo.

4) Corte d'appello dell'Aquila, n. 226, 28 febbraio 2012-19 marzo 2012

Trattasi di sentenza di rigetto⁷⁰. La motivazione della nullità matrimoniale era stata l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio da parte della donna convenuta. Il giudizio di delibazione era stato introdotto con citazione dall'uomo. Le conclusioni del P.G. erano state per l'accoglimento della domanda. Le spese sono state compensate.

Anche in questa vicenda, come nella precedente, la parte convenuta ha eccepito che "la sentenza ecclesiastica era contraria al principio sancito dall'art. 120 c.c., secondo il quale l'azione non può essere proposta se per un anno vi sia stata coabitazione tra i coniugi". *In punto di diritto*, dato atto del prevalente orientamento in senso contrario della giurisprudenza di legittimità, la Corte tuttavia annota come esso sia stato "rivisitato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 18 luglio 2008, n. 19809", della quale vengono riferiti pressoché testualmente gli argomenti, rammentando anche le conclusioni cui è pervenuta la Cassazione nella sentenza 20 gennaio 2011, n. 1343, per arrivare poi ad asserire di ritenere di "doversi uniformare" al "nuovo orientamento", con la puntualizzazione come esso operi sia con riferimento alle ipotesi di simulazione sia con riferimento alle ipotesi di incapacità. Dopodiché, rilevato *in punto di fatto* che nella fattispecie "la sentenza del Tribunale Ecclesiastico è stata pronunciata nel febbraio 2006, quando i coniugi, che avevano contratto matrimonio nell'aprile 1976, avevano convissuto per ben trent'anni", la Corte conclude per il rigetto.

⁷⁰ Reperibile in www.101professionisti.it.



La sentenza dunque accoglie una nozione meramente formale di convivenza, senza entrare sulla questione della sua qualità sostanziale – come invece sarebbe apparso opportuno posto che una incapacità psichica avrebbe eventualmente potuto gravemente perturbarla –, per di più prendendo, stranamente, quale *dies ad quem* della durata della convivenza quello della pronuncia del Tribunale ecclesiastico, anziché, quantomeno, quello dell'introduzione del libello.

5) Corte d'appello di Napoli, n. 60, 24 febbraio 2012-22 marzo 2012

Trattasi di sentenza di rigetto. La motivazione della nullità matrimoniale era stata l'esclusione della indissolubilità da parte dell'attrice. Il procedimento di delibazione era stato introdotto con ricorso congiunto. Le conclusioni del P.G. erano state per il rigetto della domanda.

In punto di diritto, la Corte dichiara di aderire ad un "recente orientamento" per il quale "è ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario la convivenza prolungata dai coniugi successivamente alla celebrazione del matrimonio", limitandosi a "copiare" pressoché integralmente la motivazione – *rectius* pseudo-motivazione – di Cass. n. 1343/2011⁷¹. Quindi, *in punto di fatto*, la decisione innanzitutto evidenzia che

"i ricorrenti hanno contratto matrimonio il 2.10.2003 (come è documentalmente provato) e la convivenza si è protratta per oltre quattro anni, come è dato evincere dalla data della presentazione del libello introduttivo dinanzi al Tribunale ecclesiastico".

Dopodiché la sentenza prosegue osservando anche come

"va ben posto in evidenza che dall'unione coniugale [...] è nato anche un figlio peraltro fortemente voluto tanto che la G. si sottopose a cure ed anche ad un intervento chirurgico per consentire il concepimento".

Le conclusioni alle quali, partendo da questo fatto, la Corte perviene sono le seguenti:

«ciò dimostra inequivocabilmente che, pur non essendo in questa sede sindacabile la decisione di annullamento del giudice canonico, il motivo di annullamento rilevante per quell'ordinamento (*difetto di*

⁷¹ Ad onor del vero, tra i precedenti specifici, la Corte d'appello cita anche gli estremi di "Cass. N. 16999/2007", peraltro erroneamente, giacché tale pronuncia non affronta assolutamente la questione *de qua*.



consenso per avere l'attrice escluso l'indissolubilità del vincolo) attenesse essenzialmente alla sfera psichica interna dei coniugi, che infatti con la prolungata convivenza e la procreazione di un figlio avevano dato ben concreto valore al rapporto coniugale e dimostrato di essere capaci di assumere gli oneri coniugali e di essere maturi. Dunque l'accettazione del rapporto e la sua realizzazione con la "costruzione" di una famiglia, allietata anche dalla nascita di un figlio, si pone come limite esterno alla delibabilità della sentenza canonica alla stregua dei principi costituzionali che tutelano famiglia e i rapporti di filiazione».

Sic!

La sentenza merita di essere segnalata per tre motivi. Innanzitutto perché considera "prolungata convivenza" una convivenza durata in realtà soltanto più di quattro anni: e già ciò non potrebbe non suscitare perplessità. Se infatti il criterio seguito è quello introdotto da Cass. n. 1343/2011, nel valutare quando una convivenza possa considerarsi "particolarmente prolungata" i giudici di merito non dovrebbero dimenticare che il principio è stato introdotto da quella sentenza con riferimento ad un matrimonio durato quasi vent'anni. Inoltre, davvero inquietanti appaiono le riflessioni successive laddove la pronuncia *de qua* pare spingersi alla creazione di una nuova "figura giuridica" ostativa alla delibazione: quella della costruzione di una famiglia nella quale venga generata prole!⁷² Infine, pur non risultando dalla sentenza se l'eccezione di convivenza fosse stata sollevata dal P.G. (come è ipotizzabile, visto che egli conclude per il rigetto della domanda) o *ex officio*, rimane il fatto che la Corte si è pronunciata, in materia di simulazione di una delle parti, contro la volontà dell'altra parte non simulante che aveva sottoscritto il ricorso congiunto.

Come si è visto, nessuna delle sentenze esaminate si è posta la questione preliminare, sollevata dalla dottrina, se l'accertamento in materia di convivenza andasse a invadere il merito della decisione ecclesiastica; non solo, ma tutte le pronunce hanno operato sui fatti della

⁷² Per inciso, al fine di arrivare a negare l'*exequatur* ci appare davvero improprio richiamare in sentenza, anziché una piena comunione di vita materiale e spirituale dei coniugi, la capacità di assumere gli obblighi coniugali e la maturità delle parti, che possono costituire autonomi – e diversi da quello per il quale è stata pronunciata la sentenza delibanda – capi di nullità matrimoniale, e oltretutto pretendere di dimostrarne la sussistenza evincendola dal mero fatto del concepimento di un figlio che invece, *ex se*, non può certo costituire elemento dirimente in tal senso, come abbiamo già detto. In altri termini, così motivando la sentenza sembra asserire che il matrimonio sarebbe comunque valido per altra ragione giuridica, con argomentazione sconfinante nel divieto di riesame del merito, oltre che, ovviamente, erronea.



convivenza proprio quel tipo di esame che, secondo la summenzionata opinione dottrinale, violerebbe il divieto di riesame del merito.

Tutte le sentenze appaiono poi caratterizzarsi, *in punto di diritto*, per l'assenza in motivazione di una riflessione approfondita e matura sulla questione giuridica, giacché o si limitano a riportare le argomentazioni della pronuncia delle Sezioni unite del 2008 (da tutti i giudici di merito erroneamente considerata quale precedente giurisprudenziale specifico) e quelle contenute nella pronuncia della Cassazione del gennaio 2011, sull'inconsistenza delle quali, peraltro, ci siamo sopra già ampiamente dilungati, oppure si limitano semplicemente ad un rinvio al "nuovo orientamento" al quale manifestano la loro adesione. *In punto di fatto*, poi, le Corti territoriali o si fermano ad una nozione "formale" di convivenza, con riferimento al mero dato temporale della durata del matrimonio dalla celebrazione delle nozze alla fine dello stesso (considerata peraltro con riferimento a momenti diversi a seconda dell'opinione delle Corti), oppure accolgono una nozione "sostanziale" di vita coniugale, nella quale pare assumere rilievo talora decisivo, a prescindere dal capo di nullità matrimoniale che ha determinato la pronuncia ecclesiastica, la circostanza della generazione di prole⁷³.

Infine, va osservato che tutte le sentenze illustrate si sono astenute dal porre in essere una nuova attività istruttoria per accertare la questione della convivenza coniugale. Il che ci porta ad affrontare l'ultimo punto giuridico della nostra riflessione, quello della prova nel giudizio di deliberazione della sussistenza o meno di una vera ed effettiva comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi.

5 – Il riproporsi di una *vexata quaestio*, ossia il divieto di attività istruttoria

In ordine ai poteri istruttori delle corti territoriali nell'accertare la questione della convivenza matrimoniale (stante l'assenza, secondo la odierna giurisprudenza e una parte della dottrina, del divieto del riesame del merito sulla stessa), si ripresentano puntuali tutte le note

⁷³ Non si dimentichi che anche nella vicenda che ha originato la decisione della Cass. n. 8926/2012, la Corte d'appello di Reggio Calabria aveva respinto la domanda di deliberazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale per difetto di discrezione di giudizio dell'uomo, per essere trascorsi trent'anni, nel corso dei quali, come si legge nella parte della sentenza dedicata allo svolgimento del processo, "la coppia aveva vissuto "pubblicamente come tale", procreando tre figli".



problematiche relative alle limitazioni probatorie e alla eventuale produzione degli atti istruttori ecclesiastici nei giudizi di delibazione che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato con riferimento alla questione dell'accertamento, da parte della Corte d'appello, dell'elemento della conoscenza-conoscibilità della riserva o dell'apposizione di una condizione da parte dell'altro coniuge.

Sul punto, l'orientamento ormai consolidatosi negli ultimi venticinque della giurisprudenza della Corte di Cassazione⁷⁴ è, come noto, quello per il quale l'indagine del giudice della delibazione sul profilo della conoscenza-conoscibilità, da parte dell'altro coniuge, della riserva contro uno dei *bona matrimonii* o della apposizione di una condizione – indagine compiuta con piena autonomia di giudizio rispetto al giudice ecclesiastico – deve essere condotta con esclusivo riferimento alla pronuncia delibanda e agli atti del processo canonico eventualmente acquisiti, opportunamente riesaminati e valutati, non essendovi luogo in fase delibatoria ad alcuna integrazione di attività istruttoria⁷⁵.

Tuttavia, sebbene tale esclusione costituisca ormai *ius receptum*, la dottrina aveva fatto osservare come non se ne comprenda appieno la *ratio*, che riposa sul divieto di riesame del merito: difatti poiché la conoscenza o conoscibilità della riserva mentale o dell'apposizione di una condizione – oggetto di accertamento da parte del giudice della delibazione – non costituisce un presupposto logico-giuridico della dichiarazione di nullità e non fa parte del *decisum* canonico, la Corte d'appello ben potrebbe sul punto espletare una nuova ed autonoma indagine istruttoria, attraverso nuovi interrogatori delle parti o l'esibizione di nuovi documenti o l'assunzione di nuove testimonianze, senza incorrere per questo nel divieto di riesame del merito⁷⁶.

74 Assai utili per una ricostruzione dell'evoluzione degli orientamenti in materia sono i contributi di **M. MATTETTI**, *Rassegna di giurisprudenza sui poteri istruttori del giudice della delibazione (1984-2003)*, in *Dir. eccl.*, 115 (2004), II, pp. 137-150, nonché di **N. MARCHEI**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit.

⁷⁵ Cfr. Cass., 3 maggio 2010, n. 10657; Cass., 19 marzo 2010, n. 6686; Cass., 5 marzo 2009, n. 5292; Cass., 1 febbraio 2008, n. 2467; Cass., 19 ottobre 2007, n. 22011; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20281; Cass., 29 aprile 2004, n. 8205; Cass., 19 novembre 2003, n. 17535; Cass., 31 maggio 2003, n. 8764; Cass., 5 marzo 2003, n. 3339; Cass., 8 gennaio 2001, n. 198; Cass., 16 maggio 2000, n. 6308; Cass., 7 marzo 1998, n. 2530; Cass., 14 marzo 1996, n. 2138; Cass., 10 gennaio 1991, n. 188; Cass., 23 agosto 1985, n. 449; Cass., 17 giugno 1985, n. 3634.

⁷⁶ L'osservazione è di **M. MATTETTI**, *Riserva mentale ed ordine pubblico: i poteri istruttori del giudice della delibazione*, in *Dir. eccl.*, 115 (2004), II, pp. 207-257 alla p. 248. Si vedano più recentemente anche **C. MARINO**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., pp. 293-294 nonché **N. MARCHEI**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 9 e **M.**



Queste obiezioni alle limitazioni probatorie nel giudizio di delibazione ritornano cogenti con riferimento alla prova della durata e soprattutto della qualità della convivenza. Difatti, ove si assuma non sussistere il divieto di riesame del merito e posto che la questione convivenza, come abbiamo detto, non ha costituito un punto decisivo della sentenza ecclesiastica, né ne ha rappresentato un presupposto-logico necessario, non si vede per quale ragione la Corte non potrebbe procedere ad accertamento sul punto con autonomia di giudizio facendo ricorso a tutti i mezzi processuali di prova riconosciuti dall'ordinamento italiano⁷⁷.

Tuttavia, tenuto conto che i giudici delle corti d'appello italiane sono già gravati da ampio carico di lavoro, il quale verrebbe ulteriormente appesantito dall'aggiunta di udienze *ex art.* 184 c.p.c., e che ad essi è "culturalmente estranea" l'attività di istruttoria probatoria – trattando di regola giudizi di impugnazione nei quali è del tutto eccezionale l'ammissione di nuovi mezzi di prova – ed infine che essi non sono stati neppure adusi negli ultimi venticinque anni al compimento di una autonoma istruttoria nei giudizi di delibazione che pur si svolgono davanti a loro in primo (ed unico) grado, è da ritenere altamente probabile che essi continueranno ad astenersi dal compiere tale attività, limitandosi a richiamare tralaticciamente la giurisprudenza della Cassazione, consolidatasi sul punto, che nega la possibilità di nuove prove.

In proposito, sebbene si ritenga in dottrina che il divieto di istruttoria probatoria vada inteso nel senso di vietare anche l'esibizione di nuovi documenti⁷⁸, riteniamo che non possa essere fisicamente impedita la produzione nel giudizio di delibazione di documenti che non figurano nel fascicolo del processo canonico (il c.d. sommario), fermo restando che la Corte d'appello, al momento della decisione, potrà eventualmente non tenerne conto. Ci sembra invece che qualora non venga depositato nel giudizio di delibazione il Sommario del processo canonico – ed oggi sarà

CANONICO, *La convivenza coniugale come ostacolo*, cit., pp. 7-8.

⁷⁷ Favorevole ad una istruttoria *ad hoc* sulla circostanza se la convivenza si sia verificata o meno, in quanto questione sempre estranea all'ambito cognitivo del giudice ecclesiastico, anche **A. D'ALESSIO**, *Limiti della delibazione*, cit., pp. 1301-1302; in realtà, la questione non è sempre estranea all'ambito cognitivo, giacché può costituire oggetto di accertamento anche da parte del giudice ecclesiastico, ma non entra a far parte del suo *decisum pro nullitate* ed è quindi estranea al giudicato.

⁷⁸ Vedi **P. MONETA**, *Il matrimonio nullo. Diritto civile, canonico e concordatario*, La Tribuna, Piacenza, 2005, p. 288; v. anche **L. IANNACCONE**, *Ancora sul procedimento di exequatour: rito, diritto di difesa e ordine pubblico. I controlli della Corte d'appello e il rilievo del comportamento processuale del convenuto nel giudizio di delibazione*, in *Fam. Dir.*, 13 (2006), pp. 608-620, alla p. 619.



la regola alla luce dell'espresso divieto contenuto nell'art. 235, § 2 della *Dignitas Connubii*⁷⁹ – nulla vieti che documenti, che si trovano nella materiale disponibilità della parte e che siano stati depositati nel giudizio di nullità matrimoniale innanzi al Tribunale ecclesiastico (siano oppure no menzionati nella sentenza canonica, non importa)⁸⁰, possano essere prodotti anche nel giudizio di delibazione e vadano debitamente tenuti in considerazione dalla Corte d'appello al momento della decisione. Piuttosto, come è noto, la giurisprudenza pone a carico della parte, al fine di assolvere l'onere della prova, di “produrre ogni documento che ritenga rilevante e, quindi, anche copia autentica degli atti canonici”⁸¹; ma posto

⁷⁹ La norma citata testualmente recita: “*Advocati autem gravi obligatione tenentur ne actorum exemplar, ex toto vel ex parte, aliis, partibus haud exceptis, tradatur*”. Non si può quindi escludere che il difensore canonista consegni alla parte, o al collega civilista che cura la delibazione, il fascicolo in suo possesso (quando naturalmente non sia egli stesso che segua anche la fase dell'*exequatur* civile); nel qual caso, le conseguenze, senz'altro gravi, si avranno soltanto per l'avvocato canonista sul piano meramente deontologico. Peraltro, il Sommario consegnato agli avvocati dalle Cancellerie dei Tribunali ecclesiastici contiene molti atti soltanto nella forma della copia semplice, come ad esempio i verbali delle deposizioni delle parti e dei testimoni (che sono poi gli atti di causa più rilevanti): questo renderebbe agevole per la controparte eccepire la non conformità agli originali, *ex art. 2719 c.c.*, e rendere inutilizzabile, sul piano probatorio, la documentazione offerta in comunicazione, stante l'impossibilità per chi ha prodotto gli atti in copia semplice di ottenere dal Tribunale ecclesiastico gli originali o una copia autentica da depositare nel giudizio civile.

⁸⁰ Si pensi, ad esempio, ad una perizia di parte stragiudiziale o a documentazione medica, il tutto allegato al libello, oppure a lettere manoscritte scambiate all'epoca del fidanzamento tra le parti e prodotte in giudizio in corso di causa, magari durante l'interrogatorio giudiziale. È chiaro che la menzione nella sentenza ecclesiastica del documento che si intende produrre nel giudizio di delibazione faciliterà la riconoscibilità della sua natura di atto facente parte del processo ecclesiastico e quindi la sua conseguente ammissione come produzione nel giudizio civile.

⁸¹ Cfr. Cass., 5 luglio 1984, n. 3944. Senz'altro potranno produrre il libello nel giudizio di delibazione tanto l'attore del giudizio canonico, che l'ha confezionato personalmente o con l'assistenza di un difensore e quindi ne possiede una copia, sia pure semplice, quanto il convenuto, che l'ha ricevuto notificato direttamente dal Tribunale, sia pure anch'esso in copia semplice; ciò sarà utile allorché in tale atto introduttivo siano menzionati profili attinenti l'andamento della vita coniugale e l'essersi tra i coniugi instaurata, oppure no, una vera comunione di vita materiale e spirituale, ed anzi oggi appare assai opportuno menzionarli qualora la parte attrice abbia in mente di chiedere anche la delibazione della sentenza ecclesiastica. Inoltre, tra la documentazione “rilevante”, riteniamo doversi comprendere anche gli atti processuali di parte, i verbali di interrogatori e i provvedimenti giudiziari relativi ai giudizi di separazione e/o divorzio oppure a cause che trovano il loro presupposto nel vincolo di coniugio (si pensi, ad esempio, ad un'azione di risarcimento danni per illecito endofamiliare), qualora in essi venga trattata specificatamente la questione della “sostanza” della convivenza coniugale (il che, nelle



che di regola ciò non è possibile per la parte – in quanto l'avvocato canonista non consegnerà la sua copia per non esporsi a sanzioni deontologiche e l'autorità ecclesiastica sempre oppone un rifiuto alla richiesta della parte di rilascio di una copia degli atti in qualsivoglia forma, semplice o autentica, qualunque sia la ragione della richiesta –, secondo la Cassazione “al giudice della deliberazione non è imposta l'acquisizione dei verbali e degli atti del processo canonico”⁸², ed è anche inammissibile la formulazione di un ordine di esibizione degli atti del processo canonico al Tribunale ecclesiastico che ha emanato la sentenza da eseguire⁸³.

Proprio l'impossibilità di far confluire nel vaso processuale civile il Sommario degli atti della causa ecclesiastica, combinata con la giurisprudenza restrittiva della Corte di Cassazione in materia di attività istruttoria nei giudizi di deliberazione, potrebbe oggi ripresentare quella che alcuni anni or sono avevamo definito una possibile “aberrazione del sistema canonico”⁸⁴.

separazione giudiziali, in particolari in quelle con addebito, avverrà regolarmente).

⁸² Così Cass., 16 febbraio 1995, n. 1701; nello stesso senso, Cass., 16 dicembre 1983, n. 7448.

⁸³ Il principio è espresso sempre in Cass., 5 luglio 1984, n. 3944. Osserva la dottrina che non è possibile per il giudice dello Stato ordinare all'autorità giurisdizionale di altro ordinamento, indipendente e sovrano – quale la Chiesa in forza del principio costituzionale sancito dall'art. 7 –, l'acquisizione dei documenti: così **E. DE FEIS**, *Diritto di difesa e deliberazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Fam. Dir.*, 14 (2007), pp. 459-467, alle pp. 464-465. Nel senso però di una legittimità della acquisizione degli atti del processo canonico, con riferimento all'ipotesi di querela per diffamazione contro i testimoni di tale processo, si veda Cass., 12 marzo-14 maggio 2004, n. 22827, in *Dir. fam.*, 35 (2006), pp. 936-942, con nota di **M. CANONICO**, *Sulla sindacabilità penale delle dichiarazioni rese nel giudizio ecclesiastico di nullità matrimoniale*, pp. 943-958.

⁸⁴ Riferendoci ad una vicenda giudiziaria che aveva condotto al rigetto della domanda di deliberazione da parte della Corte d'appello di Bologna, scrivevamo che “si evidenzia dunque una possibile «aberrazione del sistema canonico» che da un canto impone al fedele, con l'art. 60 del Decreto Generale CEI del 5.11.1990, l'obbligo di richiedere la dichiarazione di efficacia della sentenza canonica, dall'altro non lo pone in condizione di adempiere a tale obbligo qualora la sentenza canonica non menzioni il profilo della conoscenza-conoscibilità della riserva, pur presente nei verbali di causa, e l'autorità giudiziaria ecclesiastica, interpretando in senso stretto l'art. 235, § 2 DC, rifiuti l'autorizzazione alla produzione nel giudizio di deliberazione degli atti contenenti le deposizioni che tale profilo esaustivamente avevano affrontato in corso di istruttoria”: **G. MIOLI**, *Prassi e giurisprudenza della Corte d'appello di Bologna in materia di deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in **AA.VV.**, *Matrimonio canonico e ordinamento civile*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2008, pp. 185-197, alle pp. 192-193.



Così, tenendo conto dell'orientamento della Cassazione che la sentenza n. 8926/2012 tenta di stroncare ma la cui vitalità è ancora imprevedibile, e al fine di evitare tale aberrazione, pare opportuno che, da un canto, il giudice istruttore provveda sempre a evidenziare con precisione la durata "formale" del matrimonio e ad approfondire anche gli aspetti della consistenza qualitativa del rapporto matrimoniale e del momento in cui fra i coniugi sia venuto meno l'*affectio coniugalis*, per potersi determinare così anche la durata "sostanziale" del matrimonio⁸⁵. Non si tratta, d'altronde, di un particolare aggravamento dell'attività istruttoria, posto che di regola tutto il periodo *post nuptias* è già oggetto di indagine da parte del diligente istruttore alla ricerca di circostanze significative e che i suddetti elementi possono anche essere *ex se* rilevanti in relazione ai singoli capi di nullità, come abbiamo visto nelle esemplificazioni di cui sopra⁸⁶. Dall'altro canto, il giudice relatore dovrà

85 Non è peraltro infrequente leggere verbali di interrogatori nei quali, arrivati alla fine all'analisi delle cause della separazione dei coniugi, il giudice istruttore, spesso per stanchezza, proceda alla trattazione del punto con una certa superficialità e sbrigatività. Talvolta non si è rinvenuta neppure la distinzione del momento della separazione di fatto da quello del deposito del ricorso per separazione legale, il quale ultimo può essere anche di gran lunga posteriore rispetto al primo (talora addirittura di anni), in quanto l'istruttore si era limitato ad indicare soltanto la data dell'udienza di separazione davanti al Tribunale statale. Ovviamente, siffatta generica indicazione è del tutto insoddisfacente per discernere il momento in cui è venuta meno la piena comunione materiale e spirituale fra i coniugi, che di solito è anteriore anche alla stessa interruzione della coabitazione, visto che essa non interviene, quantomeno secondo l'*id quod plerumque accidit*, come un fulmine a ciel sereno, ma come atto finale di un matrimonio da tempo in crisi.

86 È chiaro però che lo scenario potrebbe farsi molto più complesso ove si verificchi, e non è possibile a questo punto escluderlo, un *revirement* anche sulla giurisprudenza che finora non considerava la previsione del termine decadenziale di un anno, in relazione alle diverse fattispecie di invalidità, quale elemento di contrarietà all'ordine pubblico. Infatti, in tale caso, individuare il preciso *dies a quo*, con riferimento alle varie ipotesi di invalidità (cfr. *supra* nota 4), potrebbe risultare per il giudice ecclesiastico oltremodo difficile ed anche oneroso a livello istruttorio. Facciamo allora un esempio, con riferimento ai casi di *incapacitas*, ipotizzando quindi che la giurisprudenza non ritenga più delibabile la sentenza di nullità ove la causa davanti al Tribunale ecclesiastico non sia stata introdotta entro l'anno dall'eventuale pieno recupero delle facoltà mentali del soggetto incapace. Ebbene, se l'eventuale recupero in costanza di matrimonio delle "facoltà mentali" da parte del soggetto asseritamente incapace è elemento che può avere una sua rilevanza quanto alla questione della gravità della patologia psichica e quindi il giudice ecclesiastico, ove dedotto in giudizio da una delle parti, procederebbe senz'altro ad un suo accertamento, peraltro la determinazione del preciso momento, *rectius* della precisa data di tale recupero, ossia del *dies a quo*, rappresenta elemento che, in rapporto alle peculiarità dell'*incapacitas* canonica, solo per l'appunto "assimilabile" alle fattispecie dell'incapacità di intendere o di volere di cui all'art. 120 c.c., potrebbe essere individuato



necessariamente menzionare in sentenza⁸⁷ gli esiti di tale approfondimento istruttorio⁸⁸, fornendo così alla Corte d'appello gli

con difficoltà nel giudizio canonico. Si pensi alle fattispecie di grave immaturità psico-affettiva, relativamente alle quali, pur accertate sussistenti all'epoca delle nozze, risulti nella perizia *ex officio* (in risposta a domanda usualmente posta dal giudice) che il soggetto, magari grazie ad un lungo percorso di psicoterapia, versi ora in condizione di maturità sufficiente per la celebrazione di nuove nozze: come stabilire quando *esattamente* egli è tornato maturo? È certo peraltro che ove la sentenza ecclesiastica preveda a carico dell'incapace il divieto di passare a nuove nozze, *ex can. 1684 e art. 251, § 1 Dignitas Connubii*, la presunzione sarebbe sempre nel senso che, civilisticamente parlando, non vi sarebbe stato il "pieno recupero delle facoltà mentali". A questo proposito, è interessante quanto si legge in Cass., 3 luglio 1987, n. 5822. Si trattava di vicenda nella quale la Corte di Cassazione cassava con rinvio una sentenza della Corte d'appello di Milano che, in un caso di nullità matrimoniale per difetto di discrezione di giudizio ed incapacità di assumere gli obblighi matrimoniali essenziali, aveva rigettato la domanda di delibazione avendo fatto "*sic et simpliciter* riferimento alla durata della convivenza per alcuni anni dopo la celebrazione del matrimonio" e non invece, come avrebbe eventualmente dovuto, avendo verificato "se in concreto risulti certa l'effettiva e consapevole attuazione della comunione di vita, per un congruo periodo, dopo la cessazione della causa di invalidità in concreto riscontrata dal giudice ecclesiastico", dando così "rilievo giuridico alla coabitazione successiva all'atto di matrimonio senza affatto preoccuparsi di verificare se nel frattempo fosse venuta meno la causa di invalidità del consenso"; ebbene, la pronuncia osservava in motivazione che "le sentenze dell'autorità ecclesiastica di nullità del matrimonio per cause invalidanti di carattere soggettivo (quali, appunto, il difetto di discrezione e la incapacità *assumendi onera coniugalia*) molto spesso proprio in relazione al permanere della causa di invalidità subordinano l'eventuale nuovo matrimonio dell'ex-coniuge, cui essa si riferisce, alla autorizzazione dell'ordinario diocesano".

87 Possono infatti darsi casi nei quali l'elemento, pur accertato in corso di istruttoria, non venga poi menzionato in sentenza. Per trarre spunto dalla realtà della casistica giudiziaria dei Tribunali ecclesiastici, in una vicenda nella quale era stata accusata sia l'esclusione della indissolubilità – con redazione e firma delle parti di una scrittura privata con cui si accordavano a sottoporre a "revisione" il rapporto coniugale dopo sette anni dalle nozze e, qualora giudicato insoddisfacente, a separarsi e a divorziare – sia l'esclusione della prole – confermata con lettera della simulante consegnata all'altro coniuge pochi giorni prima dalla celebrazione nuziale –, il giudice relatore, in sentenza, si era concentrato nella motivazione in modo pressoché esclusivo sulle circostanze e sul significato, in contestazione tra le parti, del confezionamento di quei documenti decisivi, senza menzionare, se non tangenzialmente, elementi attinenti la vita coniugale, pur assai problematica e approfonditi nel corso dell'istruttoria.

88 In realtà, per non negare sul piano fattuale al fedele la possibilità di ottenere la dichiarazione di efficacia della sua pronuncia di nullità matrimoniale, lo stesso discorso riteniamo valga anche per la questione della conoscenza-conoscibilità della riserva mentale e dell'apposizione di una condizione, che andrebbe anch'essa indagata in fase istruttoria e menzionata in sentenza. A quest'ultimo proposito però è stato scritto che si finirebbe "per distorcere la natura del giudizio canonico introducendovi surrettiziamente elementi a questo estranei e portando prove (che legittimamente potrebbero anche non essere ammesse) quanto più precise possibili su circostanze del tutto irrilevanti in quella



elementi per una autonoma valutazione della questione della convivenza coniugale eventualmente ostativa alla delibazione⁸⁹.

6 – Per una soluzione definitiva di una storia infinita

Secondo l'opinione di uno dei primi commentatori della sentenza del 4 giugno 2012, n. 8926

“l'articolata e convincente motivazione che sostiene il provvedimento in esame induce a ritenere che la decisione, sebbene pronunciata a sezione semplice, sia destinata a comporre in maniera definitiva la pericolosa deriva originata dalla sentenza n. 1343, che a quanto pare era fondata su un'errata interpretazione delle affermazioni contenute nel pronunciamento delle Sezioni Unite”⁹⁰.

Pur condividendo gli apprezzamenti per tale sentenza, siamo purtroppo convinti che l'auspicio formulato sia destinato a restare tale. Se

sede per poterle utilizzare avanti al giudice della delibazione”: N. MARCHEI, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., pp. 9-10. A parte la considerazione che, di regola, non di circostanze irrilevanti si tratterebbe – come abbiamo visto –, ma al massimo di circostanze non decisive ai fini del giudicato, in realtà gli ulteriori adempimenti richiesti al giudice ecclesiastico riteniamo vadano letti semplicemente quale naturale conseguenza della logica concordataria perseguita dalla Chiesa cattolica italiana. In altri termini, nel momento in cui la Chiesa, con modalità pattizia, chiede la disponibilità dello Stato italiano a dichiarare l'efficacia nel suo ordinamento di sentenze ecclesiastiche, a sua volta deve rendersi disponibile ad approfondire nei suoi giudizi profili che, *ex se*, potrebbero talora non essere rilevanti e, soprattutto, non sarebbero mai decisivi per una pronuncia ecclesiastica quando la stessa fosse destinata ad avere effetto esclusivamente all'interno dell'ordinamento canonico.

89 In questo modo potrebbero anche superarsi i rilievi mossi da M. CANONICO, *La convivenza coniugale come ostacolo*, cit., pp. 6-7, per il quale, dovendo le parti dimostrare nel giudizio di delibazione rispettivamente la sussistenza o l'insussistenza dei requisiti richiesti per il riconoscimento della sentenza ecclesiastica, e quindi anche, rispettivamente, la mancanza o la presenza di una convivenza coniugale prolungata ed effettiva, si verrebbe a gravare l'attore “dell'onere di una prova sostanzialmente negativa, con i problemi e i limiti che la stessa impone” e il convenuto di un onere della prova “seriamente ostacolato alla luce delle incisive limitazioni istruttorie che la Cassazione ritiene sussistere in sede di delibazione delle sentenze ecclesiastiche”. Avevano accennato ai problemi che, sotto il profilo istruttorio, avrebbero potuto avere le Corti d'appello al momento di accertare la piena e totale “convivenza”, stanti le note limitazioni probatorie, Cass. 3 luglio 1987, n. 5823 nonché Cass., 18 giugno 1987, n. 5358.

90 M. CANONICO, *Convivenza coniugale e nullità*, cit., p. 13.



con tanta disinvoltura⁹¹ la Cassazione ha potuto disattendere un orientamento espresso da ben quattro pronunce delle Sezioni unite e da oltre ventitré anni di giurisprudenza unanime, temiamo che ben difficilmente una singola pronuncia, sia pur fortemente e motivatamente critica verso un precedente della stessa Suprema Corte, ponga fine ad una controversia che non scaturisce soltanto da diverse interpretazioni di norme giuridiche, ma che trova il suo *humus* in problematiche di ben altra natura e di più ampio respiro⁹² e talora, sia pure eccezionalmente, anche in animi umanamente influenzati da valutazioni ideologiche e politiche.

91 E non solo per la debolezza delle argomentazioni di Cass. n. 1343/2011, ma anche per non aver rimesso il Collegio di quella sentenza la questione alle Sezioni unite. Osserva **M. FINOCCHIARO**, *Sulla non contrarietà all'ordine pubblico*, cit., p. 77, che, essendo quello della pronuncia delle Sezioni unite del 2008 un mero *obiter dictum*, stante la previsione dell'art. 374, comma 3 c.p.c, già nel gennaio 2011 il Collegio della prima Sezione sarebbe stato tenuto a rimettere alle Sezioni unite, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso se riteneva di non condividere il principio di diritto enunciato nelle quattro pronunce delle Sezioni unite del 1988. Dispone infatti il comma citato: "Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso". Però, secondo **P. DI MARZIO**, *A volte ritornano: la Cassazione*, cit., p. 736-737 e nota 12 la norma non sarebbe stata applicabile *ratione temporis*, anche se la rimessione alle Sezioni unite sarebbe comunque potuta avvenire per i contrasti già registratisi in precedenza, ex art. 374, comma 2 c.p.c. (mai modificato), che stabilisce: "Inoltre il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza". Tuttavia, osserviamo che i suddetti contrasti erano tutti antecedenti alle pronunce delle Sezioni unite del 1988 e quindi non si vede perché il Primo Presidente avrebbe dovuto rimettere alle Sezioni unite per la trattazione di una questione da più di vent'anni indiscussa.

92 Scrive espressamente **G. BONI**, *Exequatur delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 5: «Eppure – ci sia consentito annotarlo –, più concretamente, al fondo di ogni puntiglioso inciampo alla delibazione, di ogni scrupoloso (ed a volte artificioso) *distinguo* tra diritto canonico e diritto italiano, della serrata intensificazione e dell'incessante aumento ed enfaticizzazione dei sindacati demandati alle Corti d'appello (coi correlati veti), di ogni resistenza all'ingresso delle pronunce ecclesiastiche, al fondo, dicevamo, si rinviene quasi sempre – come invero nessuno ignora, al di là di mistificanti dissimulazioni – la medesima *ratio* determinante. Le ragioni che hanno reso sempre più difficoltosa la delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale sono da individuare per lo più nel tentativo di presidiare certe dimensioni della protrattasi comunità coniugale e familiare che sarebbero frustate e vanificate da una piena esplicitazione della pronuncia di nullità: più specificatamente, e pressoché solitamente, sono da individuare nel tentativo di impedire che vengano travolte le statuizioni del giudice italiano in sede di separazione e divorzio per quanto concerne segnatamente l'assestamento e la fissazione delle "vicende patrimoniali" tra gli ex coniugi».



D'altro canto, le due pronunce di legittimità successive a quella del gennaio 2011 e la sollecita adesione al nuovo orientamento registratasi presso alcuni Corte di merito, con decisioni che appaiono sotto diversi profili quantomeno opinabili, inducono a ritenere che sia alquanto improbabile una rapida eclissi dello stesso.

Certamente tale orientamento scaturisce dal tentativo di porre un freno a strumentalizzazioni immorali del processo canonico e del conseguente procedimento di delibazione e per questo verosimilmente riscuoterà ancora consenso quantomeno tra i giudici inferiori; ma non può certo considerarsi colpa della Chiesa se vi sono *cives fideles* che abusano del giudizio ecclesiastico per finalità non certo commendevoli e del tutto aliene dallo scopo ultimo della pronuncia della nullità matrimoniale che è sempre e soltanto la *salus animarum*. La Chiesa anzi dimostra di aborre siffatti comportamenti strumentali, finalizzati a sottrarsi agli obblighi economici nei confronti dell'ex-coniuge, nel momento in cui riporta in calce ad ogni sua sentenza di nullità, secondo quanto previsto dal can. 1689 e dall'art. 252 *Dignitas Connubii*, l'ammonizione alle parti ad adempiere gli obblighi morali e civili cui sono tenuti l'una verso l'altra per quanto riguarda il sostentamento. Se il combinato disposto di norme dell'ordinamento giuridico italiano ormai vetuste produce a livello patrimoniale un effetto "perverso" per il coniuge c.d. debole e se l'intervento correttivo del legislatore statale, richiesto ormai da moltissimi anni dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche dei massimi organi giurisdizionali, appare sempre più una chimera, nonostante vari progetti di legge sempre abortiti, la Chiesa più che sollecitare un simile intervento non si vede cosa possa fare⁹³.

Essa però non può certamente rimanere in silenzio⁹⁴ di fronte alla reviviscenza di orientamenti che, prima ancora che con l'impegno concordatario assunto dallo Stato italiano, sembrano contrastare con il buon diritto⁹⁵.

93 Come d'altronde ha fatto, con l'editoriale apparso su *L'Osservatore Romano*, 11 febbraio 2012, p. 1, nel quale si legge: "Sempre in tema matrimoniale, sembra ormai divenuto urgente un intervento, di esclusiva competenza del legislatore italiano, che sostituisca la vetusta legge n. 847 del 1929 e detti nuove disposizioni per l'applicazione delle norme concordatarie sul matrimonio. Ciò anche al fine di provvedere, nel caso di matrimoni canonici invalidamente contratti, a più adeguati interventi a favore delle parti più deboli, tenuto conto del mutato contesto sociale ed economico".

94 Come attraverso il succitato articolo non è rimasta; tale intervento tuttavia è stato duramente criticato da N. COLAIANNI, "A chiare lettere". *Un 11 febbraio particolare: Chiesa contro giudici?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., febbraio 2012, pp. 1-6.

95 Parla senza mezzi termini di forzature del testo normativo "mediante acrobazie



Forse, neppure un nuovo pronunciamento chiarificatore delle Sezioni unite – adesso senz'altro possibile a norma del comma 2 dell'art. 374 c.p.c. per il recentissimo contrasto fra pronunce della prima Sezione che la decisione n. 8926/2012 ha generato⁹⁶ con i tre precedenti nn. 1343/2011, 1780/2012, 9844/2012 – potrebbe porre termine al dibattito giurisprudenziale sulla questione⁹⁷, quantomeno nelle corti di merito, stante l'assenza di un sistema del precedente giudiziario vincolante, come rammenta anche la decisione del 4 giugno 2012, nonché, nel contempo, la scarsa autorevolezza “morale” di cui ormai godono presso i giudici inferiori le sentenze della Suprema Corte, comprese quelle delle Sezioni unite, anche e soprattutto a causa di una loro contraddittorietà, negli ultimi anni, al limite della schizofrenia.

La soluzione che appare a questo punto preferibile per dirimere in modo definitivo l'interpretazione della questione giuridica *de qua* sembra allora quella recentemente suggerita dalla migliore dottrina, ossia di far ricorso alla Commissione paritetica prevista dall'art. 14 dell'Accordo di revisione del Concordato del 1984 qualora sorgano “difficoltà di

ermeneutiche talora discutibili” e di una “giurisprudenza intraprendente e solerte che, per sopperire e rimediare a patenti iniquità, ripetutamente è stata indotta ad arrampicarsi sugli specchi di elucubrazioni giuridiche spesso francamente claudicanti e contraddittorie”, G. BONI, *Exequatur delle sentenze ecclesiastiche*, cit., pp. 8 e 6.

⁹⁶ Ipotizza M. CANONICO, *Convivenza coniugale e nullità*, cit., p. 7, in mancanza di ulteriori specificazioni in sentenza, che proprio la ritenuta assenza di tale contrasto prima della decisione n. 8926/2012 deve essere verosimilmente stata alla base del rigetto da parte del Primo Presidente della Corte dell'istanza di pronunciamento a Sezioni unite formulata dal ricorrente nel giudizio terminato con la suddetta pronuncia. Se ciò è effettivamente probabile, tuttavia non possiamo fare a meno di osservare come in realtà, per quanto si evince dalla lettura della parte relativa Svolgimento del processo, al momento del deposito del ricorso il contrasto già esistesse: infatti la pronuncia della prima Sezione n. 1343/2011 era già stata pubblicata e si poneva in netto contrapposizione con tutte le altre pronunce della prima Sezione (citate nella nostra nota n. 8) che, dal 1988 a tutto il 2010, avevano seguito l'indirizzo delle quattro pronunce identiche delle Sezioni unite. Ricordiamo poi che la richiesta delle Sezioni unite, presentata tanto dal ricorrente quanto dal P.G. nuovamente al Collegio, era stata respinta questa volta a norma del comma 3 dell'art. 374, c.p.c. in quanto lo stesso aveva ritenuto “di non doversi discostare dai principi costantemente affermati da questa Corte, anche a sezioni unite, circa le conseguenze, in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, della diversa regolamentazione, nel diritto canonico ed in quello interno, del regime di rilevazione delle nullità”.

⁹⁷ D'altronde, l'esito di tale pronunciamento non può, a questo punto, darsi affatto per scontato; ricordiamo che la Corte di Cassazione in ciascuna Sezione giudica con il numero invariabile di cinque votanti, mentre a Sezioni unite giudica con il numero invariabile di nove votanti.



interpretazione o di applicazione” delle norme in esso contenute, come già avvenuto in passato relativamente ad un altro orientamento giurisprudenziale, in quel caso del Consiglio di Stato in materia di riconoscimento degli enti ecclesiastici, che appariva contrastare con lo spirito concordatario⁹⁸.

Ponendo così fine ad una storia che, anche considerati i tempi della giustizia italiana, rischia davvero di diventare infinita.

Abstract

L'orientamento introdotto con Cass. n. 1343/2011, che considera – in contrasto con la Cass., Sez. un., n. 4700/1988 e tutte le successive pronunce – la convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale per contrarietà a principi di ordine pubblico, pare destinato a raccogliere ancora adesioni, nonostante la recente stroncatura operata da Cass. n. 8926/2012. Sebbene una parte della dottrina vi individui una violazione del divieto di riesame del merito, la Cassazione ritiene che l'unico limite per il giudice della delibazione sia rappresentato dal giudicato canonico, nel quale non rientra l'accertamento di fatto inerente la convivenza coniugale. La questione oltretutto sarebbe rilevabile d'ufficio, sia davanti alla Corte d'appello, sia davanti alla Corte di Cassazione, sempre che, in quest'ultimo caso, i fatti attinenti la convivenza risultino accertati nella sentenza impugnata. Nel seguire il nuovo orientamento, le Corti di merito hanno già pronunciato alcune sentenze che appaiono quantomeno discutibili. Inoltre, si ripresentano i problemi relativi alle limitazioni dei poteri istruttori del giudice della delibazione e del divieto di produzione degli atti del giudizio ecclesiastico. La soluzione definitiva al problema dell'interpretazione giuridica della questione potrebbe venire da un pronunciamento della Commissione paritetica prevista dall'Accordo Stato-Chiesa del 1984.

⁹⁸ Cfr. P. MONETA, *Poteri dello Stato*, cit., p. 1850.



Conjugal life as an obstacle to the *exequatur* procedure of the ecclesiastical sentences of nullity of marriage in the light of the latest jurisprudence

The statement of the Supreme Court in the decision n. 1343/2011, according to which – contrary to what has been stated by the Supreme Court itself in the decision n. 4700/1988 and in all the subsequent rulings – conjugal life represents an obstacle to the *exequatur* procedure of the ecclesiastical sentences of nullity of marriage – otherwise this procedure would be inconsistent with the principles of public policy – seems destined to be supported in the future, despite the recent negative position expressed by the Supreme Court in the decision n. 8926/2012. Even if some Authors consider what has been said above a breach of the prohibition of review of a judgment on the merits, the Supreme Court states that the only limit for the Court within the *exequatur* procedure is represented by the Canon *res judicata*, in which investigations on conjugal life are not included. Moreover, this issue would be raised *ex officio* by both the Court of Appeal and the Supreme Court, provided that, in the latter case, the facts related to the conjugal life have been established within the sentence under impugment. In this perspective, many of the Courts recent judgments seem to be controversial. Besides, there are problems regarding limitations of the investigatory powers of the Judge of the *exequatur* procedure and the prohibition on obtaining the documents related to the ecclesiastical judgement. The final solution could come from a ruling of the Joint Committee set up within the Agreement signed by the State and the Catholic Church in 1984.

Keywords

Procedimento di delibazione, sentenze ecclesiastiche, nullità di matrimonio, convivenza coniugale, contrarietà ordine pubblico

Exequatur procedure, ecclesiastical sentences, nullity of marriage, conjugal life, inconsistency with public policy