

IL MATRIMONIO 'IN FACTO' NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

Roberto Palombi^a y Michela Profita^b

Fechas de recepción y aceptación: 24 de junio de 2013, 15 de febrero de 2014

Resumen: No solo en el contexto del derecho canónico, es bien sabido que la distinción entre la ley de matrimonio (el hombre y la mujer toman el compromiso de convivencia estable y de ayuda mutua como marido y mujer), relación matrimonial (entendida como un conjunto de recíprocos derechos y obligaciones existentes entre los cónyuges) y matrimonio-hecho (con respecto a la aplicación efectiva de la relación matrimonial a través de la convivencia y el cumplimiento de los demás deberes de solidaridad marital). En este artículo Roberto Palombi y Michela Profita, abogados ante el Tribunal apostólico de la Rota Romana, proponen una revisión de la doctrina y jurisprudencia en Italia, no solo con respecto a los procedimientos de separación y divorcio, sino también y sobre todo haciendo referencia a los juicios de exequatur de nulidad del matrimonio. En este contexto, los autores creen que una reflexión sobre las peculiaridades del orden canónico puede aportar una importante contribución a una mejor y más completa comprensión de la doctrina general en materia matrimonial, especialmente en este momento de gran incertidumbre en la ley civil.

^a Avvocato della Rota Romana.

Correspondencia: Viale delle Milizie, 17. 00192 Roma. Italia.

E-mail: studio.palombi@libero.it

^b Avvocata della Rota Romana.

Correspondencia : Via del Forte Trionfale, 79. 00135 Roma. Italia.

E-mail: studiolegaleprofita@gmail.com



Palabras clave: matrimonio-hecho, relación de matrimonio, separación, divorcio, validación, reconciliación, solidaridad marital – Exequatur – Jurisprudencia Rotal.

Abstract: Non only in the context of canon law, is well known the distinction between marriage-act (the man and the woman take on the commitment of stable coexistence and mutual aid as husband and wife), marriage-relationship (understood as a set of reciprocal rights and duties existing between the spouses) and marriage-fact (with respect to the effective implementation of the marriage relationship through cohabitation and the fulfillment of the other duties of marital solidarity). In this article Roberto Palombi and Michela Profita, lawyers of the Apostolic Tribunal of Roman Rota, propose a review of doctrine and jurisprudence in Italy, not only with regard to the proceedings of separation and divorce, but also and especially with reference to the exequatur judgments of nullity of marriage. In this context, the authors believe that a reflection on the peculiarities of the canonical order can provide an important contribution to a better and more complete understanding of the general doctrine in matrimonial matters, especially in this time of great uncertainty in civil law.

Keywords: Marriage-act, Marriage-relationship, Separation, Divorce, Validation, Reconciliation, Marital solidarity – Exequatur judgments – Rotal jurisprudence.

1. PREMESSA

Il matrimonio ‘in facto’ nel diritto civile configura una tematica di indubbio interesse, ancor più attuale nella sua peculiare complessità alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale, a far data dalla ben nota sentenza n.1343 del 2011, con la quale la Corte di Cassazione italiana aveva ritenuto che, nei giudizi di delibazione delle sentenze canoniche di nullità, dovesse essere privilegiato il matrimonio-rapporto rispetto al matrimonio-atto. A tale stregua, i giudici italiani non avrebbero potuto procedere alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario laddove la convivenza tra i coniugi si fosse protratta per un periodo di tempo considerevole. Era ed è chiara la linea guida di tale inquadramento concettuale: una volta che il rapporto matrimoniale



proseguia e si consolidi nel tempo sarebbe contrario ai principi di ordine pubblico 'rimetterlo in discussione' adducendo riserve mentali, o vizi del consenso, verificatisi al momento delle nozze; in altri termini, dopo la celebrazione delle nozze, la successiva prolungata convivenza sarebbe da ritenersi univocamente espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito.

In effetti la pronuncia del 2011 andava ad inscrivere nel quadro di un'articolata evoluzione giurisprudenziale, nell'ambito di un complesso processo ermeneutico non sempre rispettoso della specificità dell'ordinamento canonico e del quale si era già avuta chiara manifestazione, tra l'altro, con l'esclusione dell'efficacia nell'ordinamento italiano delle pronunce ecclesiastiche di scioglimento del vincolo, quale la *dispensatio super rato et non consummato*.

Un'evoluzione –giòva precisare- avviata negli anni immediatamente seguiti all'Accordo del 1984 di Revisione del Concordato Lateranense: è con esso e a far data da esso che (parallelamente al venir meno della giurisdizione esclusiva della Chiesa in tema di nullità matrimoniale) il riconoscimento degli effetti civili per le sentenze ecclesiastiche ha perduto quella connotazione di automatismo che lo aveva contraddistinto nella vigenza dell'originario sistema concordatario. Di qui l'attribuzione alla Corte d'Appello, in sede di deliberazione, dell'espletamento degli accertamenti di rito e di merito prescritti dall'art. 8 dell'Accordo, con necessaria verifica del non contrasto della pronuncia ecclesiastica con i principi dell'ordine pubblico statale.

Ad ogni buon conto, le recenti pronunce della Cassazione in materia deliberatoria offrono lo spunto per una complessiva riflessione sulle posizioni registratesi, nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza laiche, in merito alla relazione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto.

Come ampiamente noto, nell'ordinamento statale italiano, sarebbe vano cercare una definizione di matrimonio nella Costituzione, nel codice civile, nelle leggi speciali. Nondimeno il giurista non può sfuggire a questa ricerca, sia per l'interesse teorico ad una compiuta percezione del fenomeno, sia per i profili di ordine pratico in vista della "*soluzione di quei casi dubbi in cui l'esistenza formale del vincolo si accompagna alla mancata volontà di dar vita alla sostanza del rapporto coniugale*"¹.

¹ Cf. FERRANDO, G., «Matrimonio civile», in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile* 11, Torino 1994, p. 243.



2. PROFILI GENERALI DOTTRINALI

Taluni Autori, tra i quali il Bianca², operano la distinzione tra matrimonio-atto (negozio solenne con cui l'uomo e la donna assumono l'impegno di stabile convivenza e di reciproco aiuto come marito e moglie), matrimonio-rapporto (inteso come insieme dei reciproci doveri e diritti intercorrenti tra i coniugi) e matrimonio-fatto (con riguardo all'effettiva attuazione del rapporto matrimoniale attraverso la convivenza e l'osservanza degli altri doveri di solidarietà coniugale).

Ancor più frequentemente, a fronte della tripartizione anzidetta, si propone la semplice bipartizione 'matrimonio-atto'-'matrimonio-rapporto', facendo coincidere quest'ultima nozione con quella di matrimonio *in facto*.

Non si può non rilevare come, diversamente dal matrimonio canonico, nell'ordinamento civile la mancata predeterminazione normativa di fini tipici finisca con il sollecitare il ricorso a criteri di interpretazione sistematica. E' pur vero, come rilevato dall'Alpa, che la mancanza di una definizione normativa di matrimonio "non è mai stata vissuta, o avvertita, come problema di grave entità"³, ma è altrettanto incontestabile come la questione non rivesta rilievo meramente teorico, dal momento che definire il contenuto essenziale del matrimonio significa contestualmente individuare i limiti della tutela offerta dall'ordinamento.

2.1. *Il matrimonio atto*

E' ben chiara la divergenza di posizioni in dottrina tra chi ha posto maggior enfasi sul matrimonio-atto e chi, per contro, ha inteso privilegiare il rapporto che dall'atto medesimo è originato.

Sul primo versante si colloca certamente il Pietrobon, ad avviso del quale "la affermazione del valore essenziale della celebrazione pone in termini del tutto diversi dai tradizionali il problema della volontà matrimoniale, che corrisponde

² Cf. BIANCA, C. M., *Diritto civile* 2, Milano 1981, p. 28.

³ Cf. ALPA, G., «Matrimonio civile e matrimonio canonico: due modelli a confronto», in *Politica del diritto* 19 (1988) p. 324.



all'intenzione della celebrazione"⁴. Quest'ultima –annota il Trabucchi– “non è mai lasciata alla sfera esclusiva dei privati: e questo avviene non soltanto per l'opportuna pubblicità di un atto di tanta importanza, ma anche per far sentire, con l'intervento di chi rappresenta l'autorità, che vi sono di mezzo interessi superiori a quelli degli sposi”⁵. L'esistenza di un atto giuridicamente valido alla base della vita del rapporto coniugale “è il fatto che distingue le due situazioni, socialmente contrapposte, del matrimonio e del concubinato; e il primo, anche se non più caratterizzato dall'indissolubilità, è sempre un rapporto di stabilità”⁶. Questo dovrebbe ritenersi principio consolidato ed inalterato, pur dopo la legge introduttiva nell'ordinamento italiano dell'istituto divorzile e dopo la complessiva Riforma del diritto di famiglia del 1975. D'altronde, sarebbe erroneo disconoscere a quest'ultima una profonda incidenza sul matrimonio-atto, almeno sul piano della valorizzazione del consenso matrimoniale, per il quale si esigono effettività, piena consapevolezza e massima libertà. Come rileva lo Scalisi, “è solo con il riformato diritto di famiglia che il principio del consenso ha modo di dispiegarsi pienamente, per il più ampio e accentuato rilievo accordato alla tutela della libertà e spontaneità, consapevolezza e responsabilità del volere dei nubendi”⁷.

In effetti, i mutamenti di maggior rilievo pratico e sistematico nella disciplina del matrimonio civile concernono proprio i vizi del volere, connotandosi –come rileva il Cian– “per il ben più ampio spazio concesso alla rilevanza dell'esistenza o inesistenza di un normale processo volitivo alla base della dichiarazione dei nubendi”⁸. In tale contesto si inscrivono l'innalzamento dell'età matrimoniale, l'ampliamento della oggettiva portata dell'errore, l'introduzione della figura (in precedenza ritenuta inammissibile) della simulazione, l'estensione della possibilità d'impugnazione per interdizione, incapacità naturale e vizi del consenso, con

⁴ Cf. PIETROBON, V., «Sull'essenza del matrimonio civile», in *La Riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo: bilanci e prospettive. Atti del convegno di Verona, 14-15 giugno 1985*, Padova 1986, p. 220.

⁵ Cf. TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1989³⁰, p. 260.

⁶ Cf. *Ibid.*, p. 263.

⁷ Cf. SCALISI, V., «Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile», in *Rivista di diritto civile* 36 (1990) p. 153.

⁸ Cf. CIAN, G., «Introduzione sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato», in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, ed. CARRARO, L. - OPPO, G. - TRABUCCHI, A., Padova 1977, p. 38.



innalzamento del termine di decadenza (un anno e non più un solo mese) per l'esperibilità delle relative azioni.

Opportunamente chiosa il Roma: *“Questa linea di tendenza della riforma che attraversa tutta la disciplina del consenso matrimoniale, mirando ad assicurarne, più che in passato, la libera e consapevole formazione, segna un avvicinamento del diritto civile al diritto canonico, da sempre attentissimo custode e garante della volontà matrimoniale”*⁹.

Peraltro il legislatore civile, pur dimostrando grande attenzione alla manifestazione del consenso, non rinnega la concezione fondamentale che informava la disciplina e la contrapponeva all'ordinamento canonico, e cioè la tutela delle situazioni costituite. Osserva infatti il Rescigno: *“La tutela delle situazioni consolidate rimane principio ispiratore anche dove è chiesto un più lungo tempo di convivenza sanante del vizio del volere e del difetto di capacità”*¹⁰.

2.2. Il matrimonio rapporto

Non si può dubitare di come sia del tutto prevalente l'orientamento dottrinale che individua l'essenza del matrimonio nella comunione spirituale e materiale dei coniugi. Tale posizione gode di un solido supporto sul piano normativo, giacché il testo dal quale si argomenta per giungere ad una definizione di matrimonio –per quanto ciò possa apparire paradossale– è proprio quello che ne disciplina lo scioglimento, vale a dire la legge n. 898 del 1970, modificata con legge n.74 del 1987. Nello stabilire quando il matrimonio possa sciogliersi, il legislatore formula quella nozione del contenuto del vincolo di coniugio che sino ad allora era rimasta inespressa perché, probabilmente, data per assodata alla luce della tradizione romanistica. Ed invero in diritto romano, per il matrimonio non v'era giuridica necessità *“di alcuna solenne cerimonia iniziale, o di alcuna esplicita dichiarazione di volontà; elementi costitutivi del matrimonio erano essenzialmente un fattore materiale, costituito dalla convivenza, e un fattore d'ordine morale, costi-*

⁹ Cf. ROMA, U., «La ‘comunione materiale e spirituale tra i coniugi’ fra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto», in *Rivista di diritto civile* 57 (2011) pp. 431-432.

¹⁰ Cf. RESCIGNO, P., «I ‘tipi’ di matrimonio e la libertà del cittadino», in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo...*, cit. p. 67.



tuito dalla *maritalis affectio*, cioè dall'intenzione di vivere in perpetuo come marito e moglie. La *maritalis affectio* era richiesta sia all'inizio del matrimonio, sia in seguito, di modo che il suo venir meno portava con sé la fine del rapporto¹¹.

Non può non sovvenire la celebre definizione di Modestino: "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*"¹².

Tornando all'odierno sistema normativo, quest'ultimo -come annota il Lipari-

*“non ha definito in alcun modo il matrimonio come vincolo (avendo a lungo galleggiato sulla convinzione che lo schema giuridico non potesse che corrispondere ad un modello sociale non contestato e senza alternative) e ha trovato solo nella legge sul divorzio un indice qualificativo di segno positivo, laddove si dichiara che il vincolo si ritiene venuto meno nel momento in cui non è più operante la comunione spirituale e materiale fra i coniugi”*¹³.

Più in generale, si è evidenziato come la legge introduttiva dell'istituto del divorzio nell'ordinamento statale italiano abbia avviato il processo di privatizzazione del matrimonio, esprimendo il riconoscimento di più ampi spazi di autonomia tra i coniugi: l'unità familiare, evocata anche in Costituzione "*cessa di essere garantita incondizionatamente quale interesse di rilievo pubblicistico (secondo la concezione istituzionale della famiglia cara al Cico e risalente sino al codice Napoleone) e riceve una protezione mediata, nel senso che è subordinata alla persistenza della 'vitalità funzionale' del rapporto coniugale come tracciata dallo stesso legislatore divorzile. E' evidente una nuova considerazione dell'interesse del coniuge quale persona, prima che come coniuge; si instaura, in tal modo, un nuovo equilibrio tra l'interesse della persona e l'interesse del gruppo familiare che rispecchia l'assetamento interpretativo dei rapporti tra l'art.29 e l'art.2 della Costituzione*"¹⁴.

Ciò ha trovato riscontro nella successiva evoluzione sia normativa (a far data dalla predetta, complessiva Riforma del 1975) sia giurisprudenziale, non sempre uniforme in tema di patologia della vita familiare. E' a quest'ultima che sarà ora

¹¹ Cf. TRABUCCHI, A., *Istituzioni...*, cit. p. 261 nota 1.

¹² Cf. D. 23. 2. 1.

¹³ Cf. LIPARI, N., «Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia», in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, ed. FREZZA, G., Milano 2005, p. 19.

¹⁴ Cf. ROMA, U., «La 'comunione materiale...'» cit. p. 427.



opportuno rivolgersi, senza pretesa alcuna di esaustività, volutamente trascurando gli aspetti specificamente procedurali (per i quali è sin troppo agevole il rinvio all'amplissima manualistica), per contro privilegiando i profili 'sostanziali' relativi al matrimonio in facto.

3. LA PATOLOGIA DEL MATRIMONIO-RAPPORTO

3.1. *La separazione di fatto*

Nell'ottica di un'indagine incentrata sul matrimonio-rapporto, la separazione di fatto rappresenta un fenomeno di assoluto rilievo, sempre più diffuso nella società odierna, per quanto –su un piano ermeneutico- non sia agevole scorgerne e sintetizzarne i tratti distintivi. Della locuzione *de qua*, in effetti, ci si avvale per designare una pluralità di situazioni tra loro eterogenee, accomunate soltanto da un elemento oggettivo, vale a dire dalla effettiva interruzione della convivenza coniugale senza che si sia voluto o potuto procedere alla relativa formalizzazione legale.

Per dar conto delle difficoltà interpretative basti considerare come non vi sia identità di vedute su alcuni profili basilari. Il primo concerne il fondamento volontaristico: secondo una prima impostazione, non si potrebbe parlare di separazione di fatto in assenza di un accordo, intervenuto tra i coniugi e non necessariamente formalizzato per iscritto, per l'interruzione della convivenza. Per contro, parte della dottrina e la prevalente giurisprudenza ritengono che sia a ciò sufficiente la volontà unilateralmente manifestata, purché portata a conoscenza dell'altra parte ovvero concretizzata in un comportamento non equivoco, comunque idoneo a render palese la rottura del consorzio familiare¹⁵.

Un ulteriore, peculiare problema si è in concreto posto in relazione al fenomeno della c.d. 'separazione in casa', ricorrente ogniqualvolta, a fronte del venir meno del requisito soggettivo della *affectio*, permanga la coabitazione dei coniugi sotto il medesimo tetto. Ebbene, aspetti di sicuro interesse si possono cogliere nell'evoluzione giurisprudenziale che si è registrata *ad rem*, a far data

¹⁵ Cf. SUPPA, M. P., «La separazione di fatto», in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali. La separazione e il divorzio* 3, ed. CASSANO, G., Milano 2006, pp. 8-9.



dalla *stricta interpretatio* delle pronunce meno recenti, assai rigorose nel negare la permanenza della comunione materiale a fronte della cessazione della coabitazione. Peraltro tale orientamento ha gradualmente ceduto il passo ad una differente posizione, che confuta la possibilità stessa di istituire un necessario rapporto di corrispondenza biunivoca tra le due realtà: in breve, ben può aver-si convivenza senza coabitazione, come può avvenire allorquando, pur permanendo *l'affectio coniugalis*, uno dei coniugi viva lontano dall'altro, ad esempio per motivi di lavoro o per lunga degenza in ospedale; per converso, possono sussistere delle coabitazioni non rientranti nel concetto di convivenza perché non vivificate da reciproca stima, interessamento e comprensione ed in genere da sentimenti intesi a considerare l'altro coniuge come parte insostituibile del consorzio familiare.

Riepilogando: l'orientamento prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, è volto a riconoscere la sussistenza di un'ipotesi di separazione di fatto solo laddove vi sia la compresenza di due elementi: l'uno soggettivo, consistente nella volontà di non ristabilire la convivenza, a motivo del venir meno dell'*affectio coniugalis*; l'altro oggettivo, ravvisabile nell'interruzione della comunione materiale e spirituale tra coniugi (il c.d. *consortium vitae*). La Corte di Cassazione ha definito quest'ultimo alla stregua di "quel minimo di convivenza caratterizzato da una certa organizzazione domestica comune, dalla disponibilità al reciproco aiuto personale e normalmente da rapporti sessuali"¹⁶. La giurisprudenza di merito ha avuto modo di approfondire ulteriormente il concetto di comunione spirituale, qualificata come rapporto interpersonale tra i coniugi, anche senza un vero e proprio sentimento di amore, che implichi però l'intenzione reciproca di riservare all'altro la posizione di esclusivo compagno di vita¹⁷.

3.2. La separazione legale

L'istituto della separazione personale è ormai perfettamente in linea con un concetto di matrimonio fondato sull'effettiva esistenza della comunione tra i co-

¹⁶ Cf. «CASS. 11.8.1977, n. 3709», in *Massimario della Giurisprudenza Italiana* 47, Torino 1977, p. 813.

¹⁷ Cf. «TRIBUNALE DI ROMA, SENT. 10.6.1983», in *Temi Romana* 31 (1983) p. 839.



niugi piuttosto che sul superiore principio di unità della famiglia e sull'interesse pubblico di tutela e controllo di essa, concezioni queste ultime meglio rispondenti alla disciplina anteriore alla riforma del 1975.

Come tra l'altro evidenziato dalla Corte di Cassazione¹⁸, in tema di separazione personale dei coniugi, la riforma del 1975 ha profondamente innovato la previgente disciplina, eliminando la concezione della 'sanzione' basata sulla 'colpa' ed introducendo il concetto di 'rimedio' ad una situazione di intollerabilità della convivenza, o di grave pregiudizio all'educazione della prole, anche indipendente dalla volontà dei coniugi. Conseguentemente, l'art. 151 c.c. costituisce un modello unitario di separazione, fondato sull'accertamento di presupposti oggettivi, rappresentati dalla sussistenza di fatti tali da integrare la suddetta situazione, rispetto ai quali l'addebitabilità ad uno ad entrambi i coniugi si pone come dichiarazione eventuale, da pronunciare nel contesto della separazione, ove ne ricorrano le circostanze.

3.2.1. La separazione consensuale

La separazione consensuale prevista all'art. 158 cc. è la forma di separazione legale più diffusa, in quanto presenta l'indubbio vantaggio di una maggiore celerità dell'iter processuale, nonché la possibilità di predisporre un autonomo regolamento di interessi, di carattere personale e patrimoniale, evitando l'aggravamento della crisi coniugale e le inevitabili conseguenze psicologiche e sociali derivanti ai coniugi ed alla prole dal procedimento di separazione giudiziale. In particolare, con la separazione consensuale è demandata ai coniugi "*la facoltà di trasfondere in un accordo la comune volontà di far cessare la convivenza, regolamentando i propri rispettivi interessi di natura personale e patrimoniale, salvo il limite inderogabile del rispetto degli interessi morali e patrimoniali della prole*"¹⁹. Da tali premesse, discendono due importanti corollari, vale a dire:

¹⁸ Cf. «CASS. 17.7.1997 n. 6566», in *Massimario della Giurisprudenza Italiana* 67, Torino 1997, p. 1227.

¹⁹ Cf. SUPPA, M. P., «La separazione consensuale», in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali...*, cit. p. 31.



- a) il *contenuto degli accordi*: pur se finalizzato alla “*regolamentazione dei rispettivi interessi di natura personale e patrimoniale*”, l’atto consensuale di separazione è inquadrabile come negozio giuridico bilaterale familiare e non già alla stregua di un contratto, proprio perché, avendo ad oggetto la “*sospensione del rapporto matrimoniale*”, non può certo qualificarsi come rapporto giuridico di natura prevalentemente economica. I coniugi che decidono di separarsi consensualmente hanno la possibilità di consacrare in un accordo i loro rapporti personali e patrimoniali per il periodo di separazione, col solo limite del rispetto dei principi di ordine pubblico e di tutela della famiglia. Non sembra recepita dalla prevalente giurisprudenza la soluzione, dottrinalmente prospettata, di riconoscere validità all’atto di separazione anche laddove non contenga disposizioni circa i diritti patrimoniali e circa i rapporti con i figli aventi diritto al mantenimento;
- b) l’*omologazione*: una peculiare attenzione –nell’ottica della nostra analisi– è da riservare ai limiti del potere giurisdizionale rispetto alle autonome determinazioni delle parti. Il problema, tutt’altro che meramente teorico, assume risvolti di sicuro interesse a proposito della omologazione. Per la separazione consensuale si richiede che l’accordo delle parti sia esternato al Presidente del Tribunale secondo le modalità delineate dagli artt. 708 e 711 cpc e venga, pertanto, quanto meno inserito nel verbale di causa. Di qui il quesito: il consenso alla separazione, una volta manifestato e consacrato in un patto tra le parti, ha di per sé il proprio autonomo valore negoziale, con ogni pedissequa conseguenza sui reciproci diritti ed obblighi inerenti al rapporto tra coniugi? Oppure il consenso, in qualsiasi momento anteriore alla pronuncia di omologa, può esser revocato?

In via di estrema semplificazione constatiamo un duplice approccio *ad rem*.

- opzione ermeneutica pubblicistica: secondo tale impostazione (pressoché incontrastata per vari decenni) gli interessi superiori e indisponibili della famiglia non dovrebbero mai cedere rispetto all’interesse individuale; a motivo di ciò l’omologazione dovrebbe ritenersi momento costitutivo della separazione consensuale, di cui il consenso prestato dai coniugi sarebbe mero presupposto. Muovendo da tale impostazione è evidente come



si dovrebbe rispondere affermativamente al quesito circa la revocabilità o meno del consenso anteriormente all'omologa. È stata questa la linea seguita dalla prevalente giurisprudenza di merito²⁰;

- opzione ermeneutica privatistica: secondo altra impostazione, l'accordo dei coniugi, quale manifestazione di loro autonomia negoziale, sarebbe un elemento essenziale ed autonomo della fattispecie, di cui l'omologazione sarebbe solo una *condicio iuris*, ossia un requisito legale indispensabile per l'efficacia dell'accordo²¹.

Non pare tuttavia fuor di luogo perseguire un'ulteriore linea interpretativa, alla cui stregua il consenso delle parti e l'omologazione si attergerebbero ad elementi entrambi necessari e concorrenti per l'instaurazione dello stato di separazione, rappresentando le fasi di una fattispecie a formazione progressiva.

3.2.2. La separazione giudiziale

Aspetti di assai maggior interesse, ai fini della nostra indagine, riveste l'istituto della separazione giudiziale. Quanto alla sua disciplina, già la legge sul divorzio (n. 898 del '70) ed in modo ancor più organico la successiva Riforma del diritto di famiglia hanno segnato il superamento della più volte richiamata concezione pubblicistica, nel cui ambito l'interesse individuale a sottrarsi alla convivenza era riconosciuto in casi tassativamente indicati dalla legge, consistenti nelle più gravi violazioni dei doveri familiari (adulterio, volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi, condanna penale superiore a cinque anni, mancata fissazione della residenza da parte del marito), considerati gli unici idonei a giustificare il sacrificio del superiore interesse collettivo all'unità della famiglia. In siffatta accezione, la pronuncia di separazione giudiziale "per colpa" rappresentava una sorta di sanzione legata alla condotta di uno dei coniugi nei "soli casi determinati dalla legge"; la successiva, progressiva direttrice di privatizzazione connessa alla nuova disciplina normativa, ha operato nel senso di privilegiare,

²⁰ Cf. «CORTE D'APP. DI VENEZIA 11.6.1983», in *Giurisprudenza Italiana* 54 (1984) p. 666.

²¹ Cf. JEMOLO, A. C., «Il matrimonio», in *Trattato di diritto civile*, ed. VASSALLI, F., Torino 1957², p. 442.



rispetto all'accertamento delle responsabilità nel fallimento del coniugio, il profilo del consenso all'interruzione della convivenza. Ciò non può che esser interpretato se non come una conferma della rilevanza del principio consensualistico che connota l'intero svolgimento del rapporto coniugale, pur nella fase della sua crisi, facendo dipendere la prosecuzione della vita matrimoniale dalla valutazione concreta della possibilità di permanenza di un'autentica comunione²².

Alla luce del mutato equilibrio tra interesse della famiglia e interesse individuale, la Riforma del diritto di famiglia –si diceva poc'anzi- sostituisce l'elencazione tassativa delle cause di separazione con una clausola generale, che consente la stessa in presenza di quei "*fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole*" (art. 151 c.c.), anche a prescindere dalla condotta dei coniugi.

In difetto di una specifica indicazione da parte del legislatore dei fatti costitutivi dell'intollerabilità della convivenza, si è aperto in dottrina un ampio dibattito circa l'individuazione dei criteri di valutazione dei fatti dedotti a fondamento della domanda di separazione giudiziale; il tutto si può sostanzialmente ricondurre a due indirizzi interpretativi.

- *Tesi soggettivistica*: partendo dalla considerazione della separazione coniugale quale "*istituto di garanzia di quell'interesse alla realizzazione di sé stessi, in cui si esprime il criterio di rilevanza giuridica del rapporto familiare*"²³, si afferma che i fatti idonei a render intollerabile la convivenza sono le circostanze che impediscono l'attuazione della personalità dell'individuo, identificandosi l'intollerabilità nella "penosità soggettiva" della convivenza

²² Una sintesi efficace di tale evoluzione si ha in CASS. 9 ottobre 2007, n. 21099, al cui riguardo annota il Lenti: "La possibilità attribuita dal nuovo testo della norma [art. 151c.c.] a ciascun coniuge, a prescindere dalle responsabilità o dalle colpe nel fallimento del matrimonio, di richiedere la separazione, ne ha eliminato il carattere sanzionatorio ed ha modificato la posizione giuridica dei coniugi in relazione alla continuazione del rapporto quando l'*affectio coniugalis* sia venuta meno" [cf. LENTI, L., «Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la Cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative», in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 24 (2008) p. 519].

²³ Cf. FURGUELE, G., *Libertà e famiglia*, Milano 1979, p. 137.



per il coniuge che chiede la separazione²⁴. A tale assunto motivatamente si obietta che, a rigor di logica, la domanda di separazione potrebbe essere basata su motivi futili, con la conseguenza di ridurre il ruolo del giudice ad una mera funzione notarile.

- *Tesi oggettivistica*: in base a tale orientamento, del tutto prevalente in dottrina²⁵, l'istituto della separazione si caratterizza per la natura pubblicistica, fondata sul dato normativo, in ragione della presenza di una serie di prescritti univocamente improntati alla difesa dell'interesse superiore della famiglia; pertanto, ai fini dell'individuazione della intollerabilità della convivenza, è da ritenersi necessaria la presenza di elementi oggettivi, sul presupposto che la volontà unilaterale di un coniuge non è da sola sufficiente a fondare la costituzione dello stato di separazione, laddove non ricorrano fatti giustificativi ed in assenza di un apprezzamento di tali fatti da parte del giudice²⁶. La tesi in esame è condivisa anche dalla giurisprudenza, sia di legittimità che di merito. In particolare la Suprema Corte in più occasioni ha ritenuto insufficiente, ai fini della separazione giudiziale, il mero atteggiamento soggettivo di rifiuto della convivenza senza il concorso di circostanze che rendano oggettivamente apprezzabile (e quindi giudizialmente controllabile) l'intollerabilità della convivenza nella sua essenza e nella sua dinamica causale²⁷.

²⁴ Cf. CARRARO, L., «Il nuovo diritto di famiglia», in *Rivista di diritto civile* 21 (1975) p. 96; FERRANDO, G., «Dalla separazione personale alla separazione per 'impossibilità della convivenza'», in *Il nuovo diritto di famiglia, Atti del convegno organizzato dal sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia*, ed. DELITALA, C.- MINOLI, G., Milano 1976, p. 55; VETTORI, G., «L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione personale tra coniugi (profili interpretativi degli artt. 151 e 156 c.c.)», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 30 (1978) pp.731-747.

²⁵ Cf. FINOCCHIARO, A., *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151* 3, Milano 1979, p. 243; SANTOSUOSSO, F. «Delle persone e della famiglia, il matrimonio», in *Commentario al Codice Civile* 1/1, Torino 1981², p. 949; FINOCCHIARO, A., *Diritto di famiglia (legislazione-dottrina-giurisprudenza)* 1, Milano 1984, p. 494; QUADRI, E., «La crisi dell'unione matrimoniale», in *Famiglia e diritto. A vent'anni dalla riforma*, ed. BELVEDERE, A.- GRANELLI G., Padova 1996, p. 63.

²⁶ Cf. MANDRIOLI, C., *Il procedimento di separazione personale*, Torino 1962, p. 169.

²⁷ Cf. «CASS. 10.1.1986, n. 67», in *Diritto di Famiglia e delle Persone* 14 (1986) p. 487. Con riferimento alla giurisprudenza di merito, Cf. «CORTE D'APP. DI GENOVA 10.8.1987», in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 4 (1988) p. 245.



Per realizzare gli estremi di siffatta intollerabilità, come ha vieppiù affermato la Cassazione, non si esige che la stessa sia:

“riconducibile alla volontà di entrambi i coniugi, ben potendo la frattura, che mina il rapporto, dipendere dalla condizione di disaffezione spirituale di una sola delle parti, purché rilevabile con requisiti di effettività e gravità. Né tali requisiti (della situazione in cui versa il coniuge per cui sia divenuta intollerabile la convivenza) possono ritenersi esclusi per il solo fatto che l'altra parte assuma un atteggiamento di accettazione e di disponibilità, potendo un tale atteggiamento trovare alternativa spiegazione in motivi di ordine pratico e materiale o nella prevalenza di concezioni di carattere etico, ovvero in irreali prospettive di recupero del rapporto, che rendano quel coniuge, nell'un caso indifferente e, nell'altro, eccezionalmente tollerante rispetto ad una situazione pur obiettivamente priva di quei contenuti minimi di reciproca affectio, che devono assistere una comunione non meramente materiale e comunque non coercibile quale quella coniugale”²⁸.

Secondo tale indirizzo interpretativo, in definitiva, ciò che rileva ai fini della insostenibilità della convivenza è la gravità oggettiva dei fatti, da valutarsi alla stregua dei criteri della normale tollerabilità secondo l'*id quod plerumque accidit*. Conseguenza di tale concezione dovrebbe essere la possibilità per il giudice di respingere la domanda di separazione, laddove non rilevi la sussistenza di elementi di intollerabilità oggettiva della convivenza, sia nel senso di violazione dei doveri coniugali ai sensi dell'art. 143 c.c., sia di fatti o comportamenti atti a deteriorare i rapporti tra i coniugi. Tuttavia, l'esiguità delle pronunce di reiezione delle domande di separazione può rappresentare un argomento significativo a favore della tesi soggettivistica.

- *Tesi intermedia*: probabilmente, anche in questo caso, un buon punto di equilibrio può esser rappresentato da una soluzione ermeneutica intermedia, volta a superare la rigida contrapposizione tra la concezione oggettiva dell'intollerabilità della convivenza, basata sulla corrente valutazione sociale, e la concezione soggettivista, fondata sulla semplice volontà del

²⁸ Cf. CASS. 10.6.1992 n. 7148.



coniuge di porre fine al rapporto. Ed invero si può ragionevolmente sostenere l'opportunità di una più ampia e complessiva valutazione della realtà effettuale, che tenga in debito conto entrambi i fattori testé esaminati. Tale soluzione si fonda sulla considerazione che l'impegno matrimoniale implica il perseguimento dell'unità e della continuità familiare: a tale stregua, muovendo dal dato soggettivo dell'impossibilità del coniuge a tollerare la prosecuzione della convivenza, si esige che tale elemento sia altresì raggugliato a fattori oggettivi, costituiti non da parametri astratti di normale o media tollerabilità, ma alla luce del modello di vita prefigurato dai coniugi²⁹.

3.3. *La riconciliazione*

In base all'art. 157 c.c. si distinguono una riconciliazione espressa, risultante da una dichiarazione del coniuge, ed una riconciliazione tacita, non più collegata (come era previsto nella disciplina previgente alla Riforma del 1975) al mero fatto della coabitazione, ma connessa ad un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione.

Già con una sentenza di circa trent'anni or sono, la Corte di Cassazione ha sancito che

“la riconciliazione dei coniugi implica, oltre al perdono delle colpe precedenti, anche il completo ripristino della convivenza coniugale mediante la ripresa dei rapporti che caratterizzano il vincolo matrimoniale e che sono costituiti dalla comunione spirituale (intesa come animus di riservare al coniuge la posizione di esclusivo compagno di vita e di adempiere ai doveri coniugali) e dalla comunione materiale nella convivenza, caratterizzata da una comune organizzazione domestica e, normalmente, da rapporti sessuali. Pertanto, quando detti rapporti siano avvenuti sporadicamente senza essere accompagnati da altre manifestazioni di affetto, essi non possono da soli valere come riconciliazione, non essendo sufficienti a dimostrare la ripresa della predetta

²⁹ Cf. FORTINO, M., *Diritto di Famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano 1997, p. 289.



*comunione materiale e spirituale, in rapporto con il corrispondente concetto di separazione personale dei coniugi*³⁰.

A tal proposito, come chiaramente ribadito dalla Suprema Corte in altra pronuncia pressoché coeva (la n. 6860 del 17.11.1983), non sono sufficienti “*i salutarî ritorni del marito nel luogo di residenza della moglie, nonché gli stessi rapporti sessuali avvenuti in tali occasioni, trattandosi di fatti inadonei a privare di valore lo stato di perdurante separazione*”³¹.

Di per sé neppure l’assistenza prestata attraverso visite giornaliere al coniuge separato bisognoso di cure può di per sé comportare la ricostituzione della comunione spirituale e materiale tra i coniugi.

Come ben rileva il Roma, a proposito della riconciliazione tacita ex art. 157 c.c., mai si è dubitato

*“della non idoneità del fatto della coabitazione ad integrare la riconciliazione per fatti concludenti. Allora, poiché la riconciliazione si fonda sulla ricostituzione di quella situazione complessiva che, ove compromessa perché intollerabile, legittima l’attenuazione del vincolo, è logico corollario che la convivenza evocata dall’art. 151 c.c. non possa essere riduttivamente intesa come uno solo degli elementi –cioè quello della coabitazione– che normalmente compongono la situazione complessiva, ma come ‘comunione materiale e spirituale tra i coniugi’ o *communio vitae coniugal*is o, ancora, *consortium vitae*, ovvero, come si è scritto in dottrina, come la dedizione reciproca, il *mutuum adiutorium*, e tutto quanto caratterizza l’unità tra i coniugi*”³².

3.4. Il divorzio

In linea generale si possono individuare tre modelli di divorzio ai quali le legislazioni europee si ispirano:

³⁰ Cf. «CASS. 24.3.1983 n. 2058», in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, Torino 1983, p. 3.

³¹ Cf. «CASS. 17.11.1983 n.6860», in *Diritto di famiglia e delle persone* 12 (1984) p. 62.

³² Cf. ROMA, U., «La ‘comunione materiale...’ cit. p. 435; ID., *Convivenza e coabitazione*, Padova 2005.



- il ‘divorzio sanzione’ si situa in una visione moralizzatrice del matrimonio, il cui scioglimento vien posto in necessaria relazione con la violazione dei doveri matrimoniali da parte di uno dei coniugi, su esclusiva iniziativa del non colpevole e con previsioni normative tese a penalizzare l’altro;
- il ‘divorzio consensuale’, viceversa, esprime la visione esasperatamente privatistica del matrimonio, configurato alla stregua di un contratto, totalmente esposto all’eventuale volontà dei coniugi di porvi fine;
- il ‘divorzio rimedio’ è invece fondato sulla constatazione della dissoluzione della comunione coniugale, verificatasi anche indipendentemente dalla colpa dei coniugi; si contempla soltanto una causa generica, consistente nell’irrimediabile e definitivo fallimento del rapporto coniugale, il cui accertamento viene demandato al giudice con poteri di valutazione più o meno ampi, a seconda che il legislatore abbia o meno contemplato talune determinate situazioni, idonee ad incidere sulla funzionalità del rapporto stesso.

Ebbene l’istituto divorzile, così come concepito dalla l. 1.12.1970, si atteggia a rimedio per la rottura della comunione spirituale e materiale di vita dei coniugi, la cui impossibilità di ricostituzione va riscontrata dal giudice unitamente alla ricorrenza effettiva di almeno una delle cause tassativamente previste. Viene quindi profondamente a mutare il concetto di matrimonio, che si identifica – come sopra riferito- nella comunione materiale e spirituale di vita dei coniugi, prima ancora che nell’atto formale fonte di obblighi e di diritti. Si giunge quindi alla “*visione di un rapporto tutto sostanziale che coinvolge due vite in modo profondo e totale, evidenziandosi che le stesse vite non possono certo avere e mantenere un pari coinvolgimento sulla forza della mera coercizione ma solo sulla volontà dello stare insieme, in quanto ci si rende conto di vivere una dimensione appagante*”³³.

Tale impostazione trova adeguato riscontro nell’evoluzione giurisprudenziale, in merito alla quale val la pena menzionare una pronuncia della Cassazione del 1986:

“Il divorzio non può essere pronunciato in base alla mera constatazione della presenza di una delle cause previste dall’art.3 della l. 1.12.1970 n.898, ma

³³ Cf. OBERTO, G., *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia*, Padova 2012, p. 636.



*occorre, in ogni caso, che risulti accertata l'essenziale condizione della concreta impossibilità di mantenere o ricostituire il consorzio coniugale; tale indagine, tuttavia, ha un'ampiezza e un approfondimento maggiore o minore secondo le circostanze risultanti dagli atti e le osservazioni formulate dalle parti in causa*³⁴.

In sintesi è identico il principio soggiacente agli istituti della separazione e del divorzio: l'interesse all'unità della famiglia coniugale –nella sua espressione minima, rappresentata dalla permanenza del coniugio con l'affievolimento dei doveri proprio dello status di separazione, e in quella massima, costituita dalla piena efficacia di tutti i doveri matrimoniali per i coniugi non separati- “*in tanto riceve tutela dall'ordinamento in quanto sia pienamente funzionante ed attuosa quella comunione spirituale e materiale che gli sposi hanno voluto e programmato all'atto delle nozze e che, si noti, costituisce il prototipo legislativo del matrimonio-rapporto*”³⁵.

3.5. Le ipotesi di sanazione e convalida

Parrebbe inopportuno, nella presente indagine, non riservare un pur breve cenno ai meccanismi di sanatoria del matrimonio invalido per difetto o vizio del consenso di cui agli artt. 119, 120 e 122 del codice civile. In tutte queste ipotesi, il coniuge legittimato decade dall'azione di impugnazione ove vi sia stata coabitazione almeno annuale a far data dalla cessazione o dalla scoperta della singola causa invalidante³⁶.

La Novella del '75, pur lasciando invariata la fattispecie comune ai tre articoli con riguardo all'elemento della coabitazione protratta per il tempo stabilito *ex*

³⁴ Cf. CASS. 6.11.1986 n. 6485.

³⁵ Cf. ROMA, U., «La 'comunione materiale...» *cit.* p. 429.

³⁶ Dottrina e giurisprudenza prevalenti concordano nel qualificare la fattispecie di cui agli artt. 119, comma 2°, 120, comma 2°, e 122, comma 4° c.c., consistente nella coabitazione protratta per un anno dalla cessazione della causa invalidante del matrimonio, in termini di decadenza dall'azione di impugnazione. Ove tale decadenza non operi, l'esperibilità dell'azione rimane soggetta all'ordinaria prescrizione decennale o, secondo altro orientamento, a quella quinquennale propria dell'azione di annullamento, mentre pare superato il più risalente avviso che prospettava *ad rem* la imprescrittibilità. Per una completa rassegna delle decisioni e degli autori (Cf. ROMA, U., *Convivenza e Coabitazione...*, *cit.* p. 89 nt. 46)



lege, ha elevato il termine di durata richiesto per la coabitazione sanante da un mese (contemplato nel testo originario del '42) ad un anno. Tale ampliamento, secondo la prevalente interpretazione dottrinale, conferma la direttrice della Riforma, finalizzata ad assicurare, più che nel passato, la costituzione del vincolo matrimoniale in forza di un consenso matrimoniale libero e consapevole³⁷. Senza rinunciare ai principi di stabilità del vincolo e di certezza degli status, il legislatore ha accordato rilievo preminente alla meditata determinazione (volitiva ed affettiva) dei coniugi piuttosto che al mero interesse alla repentina attivazione per la salvaguardia del coniugio.³⁸

Attesa la scelta del legislatore di ricorrere al termine 'coabitazione' piuttosto che a quello di 'convivenza' coniugale, inteso nella sua dimensione materiale e spirituale, non è fuor di luogo chiedersi ancora una volta se tale elemento vada considerato nella sua portata oggettiva e materiale ovvero implichi anche una componente volontaristica che supporti il mero fatto della coabitazione (in breve, esigendosi una qualche volontà di convalida e/o conferma dell'atto, nella consapevolezza della invalidità dello stesso).

Ebbene, anche con riguardo agli istituti *de quibus*, si ripropone la divergenza tra le correnti dottrinali 'soggettivistiche' (che postulano una volontà diretta al recupero dell'atto viziato³⁹ ovvero che interpretano la coabitazione come una rinnovazione del consenso mediante fatti concludenti), e le ormai prevalenti correnti 'oggettivistiche' (che conferiscono una rilevanza centrale alla piena funzionalità della comunione spirituale e materiale dei coniugi, la sola a giustificare la decadenza dall'azione di invalidità al fine di salvaguardare il principio di stabilità

³⁷ Per tutti, FERRANDO, G., «Il Matrimonio», in *Trattato di diritto civile e commerciale*, ed. CICU, A.-MESSINEO, F.- MENGONI, L., Milano 2002, p. 523.

³⁸ A ragione, F. Finocchiaro osservava che, mediante la concessione di un più ampio *spatium deliberandi*, il riformatore ha inteso "conseguire la costituzione di famiglie fondate su un consenso serio e consapevole, anziché ottenere la formazione di un vincolo coniugale comunque fosse"; e ciò è avvenuto "con un minimo sacrificio del principio di stabilità del matrimonio" (FINOCCHIARO, F., «L'idea del matrimonio dopo la riforma del diritto di famiglia», in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman* 4, Milano 1979, p. 3023).

³⁹ Si sosteneva, che la coabitazione doveva atteggiarsi in modo tale da lasciar presumere la volontà di non avvalersi della causa di invalidità o, finanche, doveva accompagnarsi ad "un certo *animus* di convalidare il consenso matrimoniale attraverso la rinunzia" all'azione (cf. SANTOSUOSSO, F., «Disposizioni sulla legge in generale. Delle persone e della famiglia», in *Commentario del Codice Civile*, ed. LIGUORI, B.- DISTASO, N. - SANTOSUOSSO, F., Torino 1967, p. 597 nt. 83).



del matrimonio⁴⁰). Il vizio o il difetto del consenso del matrimonio-atto viene ad esser superato soltanto laddove sia effettiva quella piena comunione di vita coniugale che costituisce la fisiologia del matrimonio-rapporto. Si rifugge, pertanto, dalla necessità di una rinnovazione tacita del consenso nella consapevolezza del vizio di origine, per guardare alla funzionalità del matrimonio-rapporto⁴¹, la quale è attestata dalla attualità della *communio vitae coniugalis*, in ogni suo aspetto e non solo in uno dei profili materiali, cioè quello della coabitazione.

Il nucleo argomentativo della tesi in esame è efficacemente esposto dallo Scalisi, ad avviso del quale “è il rapporto il criterio ultimo e decisivo al quale è connessa la rilevanza o meno delle cause di patologia del consenso e il principio di stabilità delle situazioni costituite in quanto espressione di siffatta concezione che non fa che consacrare il definitivo riassorbimento del matrimonio-atto nel matrimonio-rapporto”⁴².

In ciò si sostanzia una radicale diversità tra l'ordinamento civile e quello canonico, che pure conosce due istituti di convalida del matrimonio nullo: la *convalidatio simplex* (cann. 1156-1160 CIC) e la *sanatio in radice* (cann. 1161-1165 CIC). L'essenzialità del ruolo che, nella formazione del matrimonio, il diritto canonico annette al consenso – “*qui nulla humana potestate suppleri valet*” come recita il can. 1057 CIC – “*esclude che gli eventuali vizi della formazione del matrimonio possano essere sanati per mero beneficio di legge*”⁴³, come per l'appunto avviene nell'ordinamento italiano in virtù delle ‘sanatorie’ in esame. E' ben noto che l'azione di nullità del matrimonio canonico può essere esperita in ogni tempo dai soggetti legittimati, non conoscendosi meccanismi di sanatoria fondati su termini decadenziali. Accanto a questa prima differenza, si pone quella incentrata sulla stessa costruzione delle due fattispecie canoniche di convalida: la *con-*

⁴⁰ Osserva lo Scalisi: “Sostenere che la valorizzazione del momento dinamico del rapporto avviene in funzione sanante è un inutile superfetazione, sia perché il ‘vissuto’ di un rapporto quale quello matrimoniale vale e deve valere per quello che effettivamente è, indipendentemente dall'accertamento di una direzione finalistica dell'agire al recupero dell'atto viziato, sia anche perché non avrebbe alcun senso il ripristino postumo di una perduta purezza e spontaneità del consenso rispetto a un rapporto che, attuatosi nei termini di un totale consorzio di vita, ha dimostrato di poterne fare a meno” (cf. SCALISI, V., «Consenso e rapporto...» *cit.* p.169).

⁴¹ Per il Rescigno una “indagine specifica sulla volontà di mantenere in vita il rapporto non è richiesta, e la possibilità di dimostrare una volontà contraria al fatto obiettivo è esclusa dal sistema” (cf. RESCIGNO, P., «I ‘tipi’ di matrimonio...» *cit.* p. 67).

⁴² Cf. SCALISI, V., «Consenso e rapporto...» *cit.* p. 169.

⁴³ Cf. FINOCCHIARO, F., *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 2001, p. 99.



validatio simplex –operante in caso di nullità per difetto di forma, impedimento dirimente e difetto di consenso– postula essenzialmente una rinnovazione del consenso, cioè, per mutuare l’efficace definizione del Moneta, “*un nuovo atto di volontà specificamente diretto al matrimonio e posto in essere con la consapevolezza, o almeno la soggettiva convinzione, della nullità del matrimonio*”⁴⁴. A sua volta, la *sanatio in radice* consiste in un provvedimento amministrativo dell’autorità ecclesiastica, che presuppone l’esistenza di un valido consenso originario (la ‘radice’ appunto del matrimonio) e la permanenza del medesimo al momento in cui il provvedimento grazioso è concesso (ove il consenso, mancante all’origine, sia sopravvenuto e persista al momento della concessione, gli effetti sananti non decorrono dalla celebrazione, ma da quando sia stato prestato il consenso, ex can. 1162, §2, CIC: c.d. *sanatio* imperfetta).

La *sanatio* si connota quale convalida del matrimonio “*sine renovatione consensus*” (can. 1161 CIC), proprio in quanto si innesta nel consenso originario, “eliminando quegli ostacoli che ne avevano impedito la normale potenzialità e restituendogli la normale attitudine a dar vita ad un valido matrimonio”⁴⁵; tali ostacoli, cui è volto a rimediare l’istituto, sono, quindi, non il difetto di consenso, ma un impedimento o un vizio di forma che vengono dispensati dal provvedimento dell’autorità ecclesiastica. E’ evidente, pertanto, la diversità delle due fattispecie canoniche di ‘sanatoria’ rispetto a quelle civilistiche: la *sanatio in radice* richiede un atto dell’autorità, la *convalidatio* esige, espressamente, la rinnovazione del consenso: né l’uno, né l’altra sono richieste dai meccanismi civilistici. Anche a voler ricostruire le fattispecie di cui agli artt. 119, 120, 122 e 123 c.c. alla stregua di forme di rinnovazione tacita del consenso, la *convalidatio* canonica non può essere assimilata a tali fattispecie, giacché non ammette una *renovatio consensus* tacita: quando l’impedimento o il difetto di consenso è pubblico, infatti, cioè suscettibile di prova in foro esterno, o laddove si riscontri un vizio di forma, è necessario che la rinnovazione avvenga in forma canonica (mediante una nuova celebrazione), e ciò quand’anche il difetto di consenso riguardi un solo coniuge (la *renovatio* va da costui compiuta davanti al parroco e a due testimoni). Nessun rilievo, a differenza del diritto civile, è stato accordato “*alla*

⁴⁴ Cf. MONETA, P., *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 2008, p. 201.

⁴⁵ Cf. *Ibid.*, p. 204.



convivenza tra i coniugi o ad altro comportamento significativo da essi tenuto, anche in foro esterno”⁴⁶, per presumere l'esistenza di una rinnovazione del consenso convalidante il matrimonio.

4. LA DELIBAZIONE

4.1. Lo 'status quaestionis' dopo le sentenze 1343/11 e 1780/12

La significativa diversità fra i due ordinamenti -che vede il canonico negare alla pur piena ed attuosa vitalità del matrimonio *in facta*, desumibile dalla convivenza, ogni attitudine sanante il difetto o il vizio del consenso matrimoniale, “*qui nulla humana potestate suppleri valet*” ai sensi del can. 1057 CIC- ben si evidenzia nella delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

Con riguardo ai profili giurisprudenziali, un netto contrasto si è realizzato tra l'orientamento che vedeva nella decadenza conseguente all'almeno annuale coabitazione (o convivenza) l'espressione di un principio di ordine pubblico costituito dalla vitalità del matrimonio-rapporto (per l'effetto precludendo l'*exequatur* alla pronuncia canonica di nullità), e la tesi maggioritaria di segno opposto che, con diversità di argomentazioni, negava la riconduzione all'ordine pubblico dei meccanismi decadenziali in parola⁴⁷.

Come rammenta il Finocchiaro, “*la Cassazione, oltre a precisare la tesi sulla buona fede come principio di ordine pubblico, aveva stabilito 'che non riguarda l'ordine pubblico la scelta tra regime di nullità deducibile senza limitazioni, neppure*

⁴⁶ Cf. *Ibid.*, p. 202.

⁴⁷ Il Quadri evidenzia come l'improponibilità dell'azione di simulazione ex art. 123 cod. civ. in dipendenza della convivenza dei coniugi “appaia quale manifestazione di un principio generale in materia di invalidità matrimoniali”: quello, come si è detto, che comprime la rilevanza della perfezione del consenso e dei vizi dell'atto matrimoniale dinanzi alla “effettiva realizzazione di una comunità familiare funzionante, essendo i valori di questa ad essere privilegiati in un ordinamento che, come quello vigente, incentra la propria attenzione sul concreto svolgimento del rapporto di vita coniugale”; a ragione, secondo l'autore, tale principio generale, “caratterizzando in maniera saliente il nostro ordinamento matrimoniale civile, vale, tra l'altro, a dar corpo ad una sua differenziazione, da ritenere fondamentale, rispetto all'ordinamento canonico” (Cf. QUADRI, E., «Art.123», in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, ed. CIAN, G.- OPPO, G.- TRABUCCHI, Padova 1992, p. 365).



*temporali, e regime di annullabilità: il primo regime proprio dell'ordinamento canonico, il secondo proprio del diritto statale. Inoltre la Cassazione aveva affermato che 'per quanto riguarda le peculiari caratteristiche di tale nullità e delle condizioni per dichiararla nel diritto canonico, la giurisprudenza di questa Corte ha sempre ritenuto che le divergenze esistenti rispetto all'ordinamento civile non sollevano questioni di contrarietà all'ordine pubblico'*⁴⁸. La Suprema Corte aveva ritenuto che la diversità di disciplina esistente a tale proposito tra legge canonica e legge civile non fosse in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento statale⁴⁹.

Peraltro tale autorevole posizione delle Sezioni Unite veniva disattesa dalla prima Sezione, la quale, sul presupposto che la rilevanza della buona fede dà luogo a un principio d'ordine pubblico riguardante il negozio matrimoniale, riteneva che in sede di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, abbia rilievo anche la considerazione della 'vitalità del matrimonio-rapporto', garantita, come principio d'ordine pubblico, in riferimento agli artt. 2 e 29 Cost. La vitalità anzidetta sarebbe testimoniata dalla convivenza, cui attribuisce effetti preclusivi, in tema di simulazione del matrimonio civile, l'art. 123, 2° comma del codice civile. In conseguenza, quando vi sia stata convivenza fra le parti, specie se protratta per anni, la vitalità del matrimonio-rapporto escluderebbe il riconoscimento civile della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio-atto, per contrasto con il detto principio di ordine pubblico⁵⁰.

La diversità di posizioni sembrava definitivamente risolta dalla Cassazione con sentenza di poco successiva a quelle testé richiamate⁵¹, in base al principio per cui l'art. 123, 2° comma c.c., pur dovendo qualificarsi "norma imperativa interna", non esprime un principio di ordine pubblico.

Ebbene, dopo ventitre anni, la Suprema Corte con la sentenza del 20 gennaio 2011, n. 1343, citata in premessa, riprendendo il risalente orientamento restrittivo, riteneva ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità per simulazione unilaterale la "*particolarmente prolungata convivenza*" (quasi un ven-

⁴⁸ Cf. FINOCCHIARO, F., *Diritto ecclesiastico*, Bologna 1988³⁰, p. 314. Lo specifico riferimento è a CASS. SS.UU. 6218 e 6219 del 1985.

⁴⁹ Cf. CASS. 19.1.1987 n. 404 e CASS. 15.1.1987 n. 241.

⁵⁰ Cf. CASS. 18.6.1987 n. 5354.

⁵¹ Cf. CASS. 20.7.1988 n. 4700.



tennio) dei coniugi dopo la celebrazione, riconoscendo alla medesima il carattere di decadenza per motivi di ordine pubblico⁵².

Siffatta pronuncia (peraltro deludente nella c.d. 'parte-motiva', assertiva e tutt'altro che argomentativa) presta il fianco ad una serie di critiche: la pronuncia si iscrive in un filone 'laicista', che mira sempre più ad attribuire al giudice statale (più propriamente alle Corti d'Appello in sede di deliberazione) la cognizione anche nel merito delle pronunce canoniche. In passato il principio della "non contrarietà all'ordine pubblico" si era per lo più limitato, con riguardo ai profili sostanziali, alla tutela della parte "non simulante", in qualche modo "vittima" della riserva mentale della comparte (escludente uno o più dei *bona matrimonii*), riserva non conosciuta né conoscibile anteriormente alle nozze. Tale accertamento, da parte delle Corti d'Appello, si é per lo più realizzato in linea con la lettera e lo spirito degli Accordi di Revisione del 1984, ben chiari nell'inibire al Giudice statale la cognizione di merito, impedendogli l'espletamento di ogni attività istruttoria, sì che il suo convincimento si fondi sulle sentenze e sugli atti istruttori della causa canonica. I termini del problema sono arcinoti: se da una parte si demanda alla Corte d'Appello di accertare una data circostanza al fine di stabilire la conformità o meno della sentenza all'ordine pubblico, dall'altra si impedisce al medesimo giudice, e soprattutto alle parti, di compiere attività istruttoria al riguardo, trascurando che, in linea di massima la sentenza canonica non offre elementi utili circa la conoscenza o conoscibilità delle intenzioni simulatorie di un coniuge da parte dell'altro e della durata e intensità della vita coniugale; circostanze queste ultime che a rigore esulano dalle finalità e dagli obiettivi del processo matrimoniale o hanno una efficacia probatoria limitata e presuntiva. Del resto, quand'anche la pronuncia del tribunale ecclesiastico contenga riferimenti su tali aspetti, questi non farebbero stato e non potrebbero risultare vincolanti per il giudice della deliberazione.

E' evidente che siffatto orientamento della Cassazione attribuisce alla Corte d'Appello il giudizio sulla effettiva instaurazione del rapporto coniugale principalmente basandosi su un fattore (solo in apparenza oggettivo) della durata del coniugio. Argomento quest'ultimo del tutto opinabile, come si può facilmente arguire dall'elementare esempio della comparazione tra due realtà matrimoniali

⁵² Cf. LAGOMARSINO, G., «Commento a sentenza Cassazione civile 20.1.11 n. 1343», in *Apollinaris* 84 (2011) pp. 293-310.



‘in facto’; in breve, un coniugio ‘legalmente’ protrattosi per un ventennio ma “di fatto” naufragato dopo pochi mesi dalla sua celebrazione (magari con patto tra i coniugi di rispettarsi quali separati in casa senza attivare le procedure divorzili) diverrebbe meno ‘attaccabile’ –in sede di delibazione- rispetto ad un matrimonio, nato sotto i migliori auspici e vissuto con reciproca dedizione per un quinquennio, ma concluso con la rapida attivazione delle procedure legali di separazione. Riaffiora anche in tema di delibazione quella inopportuna commistione (ovvero confusione) tra convivenza e coabitazione già richiamata nel presente contributo, a cui solo parzialmente è riuscita a porre rimedio la Suprema Corte con la sentenza n. 1780 del 2012 su cui fra breve si avrà modo di tornare.

Assai più lucidamente e con ben altra consistenza di argomentazioni, il Finocchiaro aveva evidenziato il punto nodale della questione: *“Venendo a considerare, in sede di delibazione, se le parti abbiano convissuto o non, e se per un tempo breve o lungo, il giudice non fa altro che esaminare il merito della vicenda, il quale, invece, è sottratto alla sua valutazione dal n. 4 lett. b n.3 del Protocollo Addizionale”*⁵³. In tal modo si finisce con il *“dimenticare che la contraddittorietà delle sentenze ecclesiastiche (o straniere) con l’ordine pubblico italiano non è una questione di fatto, ma una quaestio iuris; non consiste nel confrontare il fatto esaminato –o non- dalla sentenza delibanda con i principi ascrivibili all’ordine pubblico, bensì solo nel confrontare le ‘disposizioni’ contenute nella sentenza con i detti principi”*⁵⁴.

Ma v’è di più. La tesi di cui alla sentenza del 2011 è ulteriormente contraria al dato normativo, contraddicendo quanto prevede il n.4 lett. b del Protocollo Addizionale, in riferimento all’art. 8 dell’Accordo (legge n. 121 del 1985): la norma pattizia, infatti, stabilisce che, nel giudizio di delibazione, *“si dovrà tener conto della specificità dell’ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine”*⁵⁵. E, per l’appunto, l’imprescrittibilità delle azioni di nullità del matrimonio è una ‘specificità’ del diritto della Chiesa –allo Stato ben nota– la quale, perciò, non può dar luogo a un contrasto con l’ordinamento civile sul piano dei principi dell’ordine pubblico.

Poiché il principio introdotto dalla sent. 1343 del 2011 conduce ad un restringimento dei margini per il riconoscimento in ambito civile delle sentenze

⁵³ Cf. FINOCCHIARO, F., *Diritto ecclesiastico...*, cit. p. 315.

⁵⁴ Cf. *Ibid.*

⁵⁵ Cf. *Ibid.*



ecclesiastiche (che per lo Stato dovrebbe costituire un preciso impegno concordatario!), non pare fuor di luogo soffermarsi ulteriormente sul concetto di ordine pubblico, concetto non scevro *in subiecta materia* da profili di vaghezza ed ambiguità.

In primis, a suscitare non poche perplessità è l'indeterminatezza della stessa locuzione "prolungata convivenza", senza che sia in alcun modo specificata la relativa estensione temporale, al fine di integrare quei cogenti profili di ordine pubblico comportanti la non delibabilità della nullità canonica. Da un lato parrebbe che la menzionata decisione della Suprema Corte non abbia riguardo ai ristretti limiti temporali previsti dal codice civile per la proponibilità delle azioni per la dichiarazione di invalidità del matrimonio; nello stesso tempo, peraltro, non ha affatto specificato dopo quanti anni la convivenza acquisterebbe la valenza preclusiva di cui si è sin qui discusso. Ne consegue l'introduzione di un margine di incertezza nel procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, che viene in pratica a dipendere dalla valutazione, assolutamente discrezionale, operata dal giudice statale circa il dato temporale.

Inoltre, l'espresso riferimento alla "*volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito*" come criterio qualificante della prolungata convivenza, presenta molteplici punti di oscurità. In particolare, non è ben chiaro se la pronuncia intenda assegnare efficacia sanante del consenso viziato ad una presunta volontà sopravvenuta, desumibile dalla convivenza dopo il matrimonio (dando così rilievo all'elemento volontaristico, come ha sostenuto la giurisprudenza di legittimità in relazione alla causa di decadenza della 'coabitazione' per oltre un anno, prevista da alcune disposizioni codiciali⁵⁶), o riconnettere efficacia preclusiva del 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, dando così rilievo prevalente all'elemento 'fattuale' del matrimonio-rapporto⁵⁷. La tesi è autorevolmente sostenuta da buona parte della dottrina, la qua-

⁵⁶ Il codice civile utilizza il termine 'coabitazione' negli artt.119 (interdizione), 120 (incapacità di intendere e di volere), e 122 (violenza ed errore) ed il termine 'convivenza' nell'art.123 (simulazione).

⁵⁷ Su tale questione, nella dottrina civilistica si rinvencono sia la tesi che interpreta la coabitazione prolungata tra i coniugi come espressione della volontà di questi di mantenere in vita il vincolo nonostante



le esclude che la ‘coabitazione’ di cui agli artt. 119 e ss. cod.civ., possa realizzarsi attraverso il mero decorso del tempo, per contro esigendo, perché ricorra la decadenza *de qua*, la realizzazione di una vera e propria comunione di vita materiale e spirituale⁵⁸. La convivenza prolungata è, con le parole della Corte, espressiva della volontà di accettazione del rapporto, e dunque della realizzazione, nei fatti, di una comunione di vita tra i coniugi, tutelata dal legislatore conformemente al disposto dell’art. 29 della Costituzione, che garantisce i diritti della ‘famiglia’ fondata sul matrimonio⁵⁹.

In argomento la Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta con la sentenza n.1780 dell’ 8 febbraio 2012, la quale prende origine da una dichiarazione di nullità matrimoniale pronunciata in sede canonica per esclusione dell’indissolubilità del vincolo da parte dell’attore, il quale aveva poi adito la Corte d’Appello

il vizio iniziale, vale a dire come rinnovata adesione al progetto; sia la tesi che, indipendentemente dalla volontà reale o presunta dei coniugi, la interpreta come attestazione dell’esistenza di un rapporto coniugale realizzato che, come tale, prevarrebbe sull’atto viziato. Per la prima opinione, che riconosce efficacia sanante alla coabitazione, si veda FERRANDO, G., «Il Matrimonio...» *cit.* p. 642; per la seconda, che sottolinea la prevalenza del rapporto sull’atto, SCALISI, V., «Consenso e rapporto...» *cit.* Il Quadri ritiene “pericoloso” fare leva sull’idea della “manifestazione tacita di un sopravvenuto consenso”; l’ordinamento canonico, infatti, come la giurisprudenza di legittimità ha più volte riconosciuto in precedenza, prevede forme di “sanatoria” del consenso che potrebbero favorire il ritorno alla logica della comparazione tra norme. Aggiunge l’autore che “il periodo di convivenza (...) non è da vedere come una mera circostanza da cui desumere una conferma del consenso ad un atto e mezzo di relativa “sanatoria”, ma come diretto parametro della valutazione legislativa di riconoscimento del vincolo e dei suoi effetti tra i coniugi sul piano della effettività del rapporto” [cf. QUADRI, E. «Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio e convivenza coniugale: le recenti prospettive della giurisprudenza», in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 27 (2011), p. 202].

⁵⁸ In dottrina pare sostenere la coincidenza dei due termini il Moneta, il quale, in relazione agli artt. 119, 120, e 122 cod. civ., annota: “In queste ipotesi la decadenza non è collegata al semplice decorso del tempo, ma deve accompagnarsi alla ‘coabitazione’, intesa come attuazione di una reale comunione di vita” (cf. MONETA, P., *Il matrimonio nullo. Diritto civile, canonico e concordatario*, Piacenza 2005, p. 57). Sul punto si veda anche ROMA, U., *Convivenza e Coabitazione...*, *cit.* p. 96.

⁵⁹ Anche la Corte Costituzionale interpreta la tutela della famiglia prevista dall’art. 29 Costituzione come tutela della comunione materiale e spirituale tra i coniugi: nella sentenza Corte Cost., 15 luglio 1976, n.181, si legge: “La famiglia come società naturale fondata sul matrimonio è una realtà sociale e giuridica che presuppone, richiede e comporta che tra i soggetti che ne costituiscono il nucleo essenziale, e cioè tra i coniugi, esista e permanga la più volte ricordata comunione spirituale e materiale. E, del pari, l’unità familiare viene a costituire il fine e il segno di tendenza di un comportamento che di quella comunione sia l’espressione”.



di Genova, chiedendo e ottenendo il riconoscimento degli effetti civili; avverso la sentenza delibatoria la convenuta aveva infine proposto ricorso in Cassazione sostenendo, fra l'altro, l'incompatibilità del provvedimento con l'ordine pubblico in ragione della convivenza coniugale protrattasi per molti anni dopo la celebrazione del matrimonio⁶⁰.

La Corte di legittimità, dopo il richiamo al precedente giurisprudenziale del 2011, ha operato *ad rem* una importante precisazione, volta a ridefinire la portata dell'anzidetto orientamento. Si specifica infatti che, "pur meritando adesione l'indirizzo giurisprudenziale sopra citato, con la distinzione concettuale ad esso sottesa tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, si deve ritenere che esso trovi applicazione 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". La Corte chiarisce ulteriormente che

"in tale ricostruzione interpretativa, 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 c.c.)- tale da dimostrare l'instaurazione di un matrimonio-rapporto duraturo e radicato, nonostante il vizio genetico del matrimonio-atto".

In simile prospettiva, viene ritenuto che il mero dato temporale della durata della vita coniugale è di per sé insufficiente "*ad integrare la causa ostativa di ordine pubblico al recepimento della sentenza ecclesiastica*".

Tale assunto giurisprudenziale mira a conferire rilevanza all'effettività della vita coniugale rispetto a situazioni in cui, al di là dell'apparenza, sia mancata una reale e concreta comunione, così privilegiando le fattispecie in cui si sia realizzato un vero consorzio di vita piuttosto che un mero simulacro di matrimonio. Tutta-

⁶⁰ Dal tenore della sentenza della Corte di Cassazione non è dato comprendere l'effettiva durata della convivenza coniugale. A fronte della celebrazione del matrimonio avvenuta nell'Aprile del 1986, si evince soltanto chela richiesta di delibazione della sentenza ecclesiastica è stata proposta nel 2007, ma non risulta la data delle pronunce canoniche e tantomeno l'epoca della rottura dell'unione o dell'inizio della causa in sede canonica.



via, siffatta puntualizzazione della Corte rischia di allargare, anziché restringere, l'aria di indefinitezza indotta dalla precedente pronuncia. Se infatti la ritenuta rilevanza della "prolungata convivenza" già di per sé introduceva elementi di incertezza in sede di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, non risultando quale sia il limite di anni che distingue fra convivenza prolungata e non, l'aggiunta dell'ulteriore requisito della effettività del rapporto coniugale incrementa il margine di discrezionalità affidato al giudice della delibazione, tenuto a valutare, oltre alla durata, la qualità della vita matrimoniale. Inoltre, si configurava serie difficoltà sotto il profilo dell'accertamento probatorio del "matrimonio-rapporto duraturo e radicato". Posto che nel processo civile vige la regola per cui l'onere della prova incombe sulla parte interessata, si dovrebbe ritenere che dinanzi alla Corte d'Appello la parte attrice, la quale invochi il riconoscimento della sentenza ecclesiastica, debba offrire dimostrazione della mancanza di una convivenza coniugale prolungata ed effettiva, venendo così gravato di una prova sostanzialmente negativa con i problemi ed i limiti che ciò comporta⁶¹.

D'altra parte, anche la parte convenuta che eccepisca l'esistenza della vita coniugale prolungata ed effettiva dovrebbe fornir di ciò adeguata prova. Ma l'assolvimento di simile onere risulterebbe ostacolato, per non dire impossibilitato, alla luce delle incisive limitazioni istruttorie che sussistono in sede di delibazione delle sentenze ecclesiastiche⁶².

In definitiva, dunque, se già l'introduzione del criterio della prolungata convivenza aveva suscitato motivate critiche, quanto meno per l'indeterminatezza del dato temporale, la specificazione che avrebbe dovuto trattarsi di 'effettiva' convivenza aggiungeva ulteriori margini di incertezza, sia per la discrezionalità di ogni valutazione al riguardo, sia per le limitazioni probatorie che avrebbero reso in concreto difficilmente dimostrabile la sussistenza o meno delle caratteristiche in questione.

⁶¹ La giurisprudenza ritiene che, non essendo possibile la dimostrazione diretta di un fatto negativo, la prova di esso possa essere raggiunta mediante la dimostrazione di un fatto positivo contrario. In tal senso, CASS. 9.6.2008 n. 15162 e CASS. 10.11.2010 n. 22872.

⁶² Giova ribadire che l'invocata produzione degli atti del processo canonico incontra in realtà ostacolo nel divieto di consegna di tali atti alle parti, previsto dall'art. 235 dell'istruzione *Dignitas connubii*. Per maggiori ragguagli in ordine a detto divieto si rinvia a CANONICO, M., *Note di commento all'istruzione Dignitas connubii sul processo matrimoniale canonico*, Torino 2008, pp. 58-59.



4.2. L' "attesa" sentenza n. 8857 del 2012

L'auspicato intervento chiarificatore è giunto con la sentenza n. 8857 del 2012, con la quale la Corte si schiera *expressis verbis* in senso contrario al richiamato precedente del 2011, affermando che la convivenza dei coniugi e la rilevanza che l'ordinamento italiano attribuisce al matrimonio-rapporto non rappresentano principi di ordine pubblico interno assolutamente inderogabili.

Il caso riguarda due coniugi che avevano vissuto insieme per più di trenta anni e il cui matrimonio era stato dichiarato nullo dai tribunali ecclesiastici per difetto di discrezione di giudizio 'ex parte viri'. Nel caso all'esame del Supremo collegio entrambi i coniugi avevano chiesto alla Corte d'appello competente la delibazione della sentenza canonica ma il giudice di merito aveva rigettato la domanda sull'assunto che i coniugi, avendo convissuto pubblicamente per più di trenta anni quale marito e moglie, generando anche tre figli, avevano esplicitato una volontà del rapporto incompatibile con il successivo esercizio dell'azione di delibazione della sentenza ecclesiastica avente a oggetto la declaratoria di nullità del matrimonio-atto.

Su ricorso proposto dal solo marito e a fronte delle conclusioni difformi della procura generale, la Corte ha rigettato la richiesta di rimessione della questione alle Sezioni Unite (pure avanzata dalle parti) così accogliendo il ricorso.

Il merito della decisione di cui trattasi risiede senza dubbio nell'aver finalmente apportato un chiarimento sul rilievo da attribuire all'elemento della convivenza coniugale nella prospettiva della delibazione delle nullità matrimoniali ecclesiastiche, dopo che la sentenza n. 1343 del 2011 aveva rimesso in discussione il consolidato orientamento sino ad allora esistente, creando incertezza interpretativa e provocando ingiustificate difformità applicative.

Quanto al rilievo attribuito nell'ordine pubblico italiano al matrimonio-rapporto:

“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. La sentenza delle Sezioni Unite del 18 luglio 2008, n. 19809, che pure costituisce un importante



momento di riflessione sui temi inerenti alla delimitazione della nozione di 'ordine pubblico interno', riguarda una fattispecie relativa a una pronuncia di nullità basata su un vizio del consenso scaturente dall'ignoranza dell'infedeltà prematrimoniale di uno dei coniugi e, nell'ambito della delineata distinzione fra cause di incompatibilità assolute e relative (essendo soltanto le prime ostative alla delibazione in considerazione del favor al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ai sensi del citato Protocollo addizionale), non approfondisce il tema della convivenza come causa ostativa alla delibazione, del quale, anzi, afferma l'irrelevanza nella vicenda scrutinata, limitandosi a rilevare, da un lato, che 'non appare condivisibile, alla luce della distinzione enunciata fra cause di incompatibilità assoluta e relativa delle sentenze di altri ordinamenti con l'ordine pubblico interno, qualificare come relative quelle delle pronunce di annullamento canonico intervenute dopo molti anni di convivenza o coabitazione dei coniugi, ritenendo l'impedimento a chiedere l'annullamento di cui sopra mera condizione di azionabilità, da considerare esterna e irrilevante come ostacolo d'ordine pubblico alla delibazione', e, dall'altro, che 'dopo molte incertezze sul carattere ostativo alla delibazione dei comportamenti di coabitazione e della convivenza dei coniugi, la giurisprudenza attualmente prevalente esclude che tali condotte, se rilevate, comportino contrasto assoluto con l'ordine pubblico interno e impediscano il riconoscimento della sentenza di nullità matrimoniale canonica'".

Chiosa il Canonico: *“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 del 2008”*⁶³.

Per ragioni di completezza, occorre tuttavia dar conto della recente ordinanza n.712 del 2013 con la quale la Prima Sezione della Cassazione, a fronte delle

⁶³ Cf. CANONICO, M., «Convivenza coniugale e nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione torna sui suoi passi (nota a CASS. 4 giugno 2012 n. 8926)», in www.statoecliese.it/images/stories/2012.3/canonico_la_convivenza.pdf (consultazione 30.9.2012). Per ragioni di completezza, occorre tuttavia dar conto della recente ordinanza n. 712 del 2013 con la quale la Prima Sezione della Cassazione, a fronte delle incertezze interpretative originate dalle testé menzionate pronunce del 2012, ha rimesso gli atti al Primo Presidente della Suprema Corte perché valuti l’opportunità di assegnare la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite.



incertezze interpretative originate dalle testé menzionate pronunce del 2012, ha rimesso gli atti al Primo Presidente della Suprema Corte "perché valuti l'opportunità di assegnare la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite".

CONCLUSIONE

In base all'esame dei dati normativi, giurisprudenziali e dottrinali, risulterebbe incongruo qualificare come divergenti, e men che meno antitetice, le posizioni dei due ordinamenti, civile e canonico, in merito ai rapporti tra matrimonio 'in fieri' e matrimonio 'in factio'.

Ciò sotto un duplice angolo prospettico: in primo luogo perché anche in ambito civile si è operata una valorizzazione del consenso matrimoniale, al quale il legislatore ha inteso assicurare effettività, piena consapevolezza e massima libertà, pur nella persistente, indiscutibile prevalenza del matrimonio 'in factio'; in effetti, anche nella dottrina laica vi è chi, come il Trabucchi, pur debitamente rimarcando l'importanza del matrimonio-atto, non si esime dall'evidenziare l'impossibilità di scindere le due realtà: "il matrimonio, che trova sostanza nella sua stessa natura, come destinato all'integrazione dell'uomo con la donna, la consacra e consolida in un rapporto che trascende quelli che possono essere stati i moventi della sua costituzione, per rappresentare una cellula fondamentale della vita sociale"⁶⁴.

Nel contempo, per quel che concerne l'ambito canonico, l'elemento consensualistico non può essere considerato a prescindere dal matrimonio 'in factio', trovando nella dinamica del matrimonio-rapporto una compiuta espressione e realizzazione.

A tal ultimo riguardo, si può concludere ricorrendo alle profonde considerazioni di Mons. Serrano in tema di rapporti tra matrimonio 'in fieri' e matrimonio 'in factio':

"Ma dal punto di vista della sua struttura personale ed interpersonale, è così chiara la distinzione? Se da un lato una delle caratteristiche dell'azione personale per la quale si consente -matrimonio in fieri- è la sua totalità o globalità

⁶⁴ Cf. TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto...*, cit. p. 259.



e non la stretta limitazione all'intelligenza ed alla volontà; e se, da un altro, il contenuto di tale consenso è costituito dalle persone degli sposi che si danno e si accettano in una unione di tutta la vita –matrimonio in facto esse– allora dovremo riconoscere che i due concetti si avvicinano molto. Fino al punto che, salvata la distinzione teorica alla quale precedentemente ci siamo riferiti, la loro vicinanza è tale che quasi bisognerebbe parlare di identificazione. Comprendiamo perfettamente la tante volte citata sentenza c. Anné quando afferma: 'Il matrimonio in facto esse nei suoi elementi essenziali come oggetto formale sostanziale deve essere inteso (intendi debet) nel matrimonio in fieri. Infatti in ogni negozio giuridico dipende dall'oggetto formale il fatto che mediante un atto di volontà si realizzi questo o un altro negozio. Per la formalità con la quale le volontà dei contraenti danno e accettano il loro impegno (fidem) deriva che il consenso sia costitutivo di un negozio giuridico e non di un altro. Certamente, nel matrimonio in facto esse può mancare la comunione di vita, ma non può mancare mai il diritto alla comunione di vita' (...). In verità, la difficoltà che si presenta dal punto di vista logico è di armonizzare un fatto giuridico istantaneo, quale il momento istantaneo (matrimonio in fieri), con un istituto dalla durata prolungata e, ancora di più, perpetua (matrimonio in facto esse). Ma ora siamo già nella condizione di dare una risposta soddisfacente: nel consenso senza dubbio non può ritrovarsi la comunione di vita e di amore coniugale di fatto; bensì come capacità ed intenzione dei consenzienti e come diritto-dovere assunto e scambiato tra loro nel consenso. Non c'è dubbio che capacità, intenzione ed impegno sono perfettamente identificabili nell'atto consensuale'⁶⁵.

⁶⁵ Cf. SERRANO RUIZ, J. M., «Visione personale del matrimonio: Questioni di terminologia e di fondo per una rilettura delle cause canoniche di nullità», in *La centralità della persona nella giurisprudenza coram Serrano* 1, ed. CATOZZELLA, F., Città del Vaticano 2009, pp. 43-44.

