



Jlia Pasquali Cerioli

(ricercatore di Diritto ecclesiastico e canonico nella Facoltà di
Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano)

Il coma, le nozze *in periculo mortis*, il mancato consenso e, comunque, la trascrizione (brevi osservazioni al decreto 23 gennaio 2009 del G.U.P. Como)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La vicenda - 3. I profili canonistici: la "insostituibilità" e la "attualità" del consenso matrimoniale - 3.1. segue...il matrimonio in pericolo di morte - 3.2. segue...l'inesistenza del matrimonio - 4. I profili ecclesiasticistici: "l'atto di scelta" e la volontà di attribuzione degli effetti civili nel sistema matrimoniale concordatario - 4.1. segue...l'insussistenza dell'"atto di scelta" - 4.2. segue...l'inesistenza del vincolo civile - 5. Brevi conclusioni.

1 - Premessa

Il protrarsi della vita in condizioni di perdita della coscienza pone continui interrogativi, tra i quali spiccano per il giurista i difficili e attualissimi quesiti circa limiti e modalità di ricostruzione delle volontà "ora per allora" di individui del tutto privi della capacità di intendere e di volere¹. Quando tali scelte (o mancate scelte) si intrecciano con le vicende di un nucleo familiare fondato su legami "di fatto", emergono questioni ulteriori rispetto al tema dell'autodeterminazione del singolo nel disporre di sé, che coinvolgono in modo diretto interessi plurimi e che richiedono, quindi, soluzioni specifiche.

In questa prospettiva, è responsabilità del legislatore non solo affrontare, nel rispetto dei principi di democrazia, laicità e pluralismo, le impegnative sfide in materia di "testamento biologico"; ma anche dare risposta alle richieste di tutela della "famiglia naturale", come di recente definita, con formula ampia e innovativa, dalla Corte europea

¹ Hanno affrontato di recente il tema, nella vicenda "Englaro", le ormai note Cass. civ., sez. un., sent. 13 novembre 2008 n. 27145; Cass. civ., sez. I, sent. 4-16 ottobre 2007 n. 21748 e App. civ. Milano, sez. I, decreto 9 luglio 2008 (le pronunce sono tutte leggibili in www.olir.it). La questione ha vaste implicazioni, approfondite da copiosa letteratura. In questa sede mi limito a segnalare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, le recenti osservazioni di C. CASONATO, *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quad. cost.*, 2009/1, pp. 99 ss.; D. DURISOTTO, *Il valore del dissenso al trattamento sanitario nell'ordinamento giuridico. Un difficile bilanciamento di principi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2009, e di L. RISICATO, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, *ibidem*, marzo 2009.



dei Diritti dell'Uomo². La mancanza di norme generali e astratte che soddisfino tali nuove esigenze apre la strada a soluzioni "prodotte" caso per caso, con il rischio di risultati aberranti. Se nella vicenda "Englaro" le parti si sono legittimamente rivolte al giudice per ottenere risposta alla domanda di giustizia di fronte a un vuoto legislativo³, può accadere in altre circostanze che esse stesse si creino lo strumento per soddisfare i propri interessi, magari piegando l'applicazione del diritto vigente a un uso fraudolento, nel quale le caratteristiche e le finalità delle fattispecie invocate risultano sovvertite. Purtroppo, come già accaduto in passato, simile utilizzo strumentale del diritto trova terreno fertile in alcuni aspetti del diritto ecclesiastico matrimoniale.

Il caso in esame presenta profili analoghi a quello deciso nel 2006 dal Tribunale di Reggio Calabria⁴, che ha giudicato responsabili dei reati di falso ideologico e materiale il ministro di culto celebrante (un cappellano ospedaliero), un nubente e i testimoni per avere essi concorso a costituire un atto di matrimonio canonico *in periculo mortis*, con pubblicazioni civili successive alla celebrazione ai sensi dell'art. 13 legge n. 847 del 1929, (falsamente) contratto quando l'altro nubente si trovava in uno stato di coma grave; avendo poi essi indotto in errore incolpevole l'ufficiale di stato civile che effettuò la trascrizione

² Cedu, Şerife Yiğit c. Turchia, 20 gennaio 2009. La Corte, pur rigettando il ricorso, proposto per violazione dell'art. 8 CEDU ("diritto al rispetto della vita familiare") di fronte al diniego del riconoscimento civile di un matrimonio religioso opposto dalle autorità nazionali a una cittadina turca, ha osservato (mia la traduzione) che «[...] garantendo il diritto al rispetto della vita familiare, l'art. 8 presuppone l'esistenza di una famiglia. Ciò vale per la "vita familiare" sia della famiglia "naturale" sia della famiglia "legittima" [...]. La questione dell'esistenza o dell'inesistenza di una "vita familiare" è anzitutto una questione di fatto che dipende dalla realtà pratica dei legami consolidati tra le persone [...]. In effetti, la nozione di "famiglia" non si limita alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ma può comprendere altri legami "familiari" *de facto* nel caso in cui le parti coabitino al di fuori del matrimonio». Ulteriori argomentazioni in tal senso sono svolte nell'opinione dissenziente redatta dai tre giudici di minoranza favorevoli all'accoglimento del ricorso.

³ Sul punto TAR Lombardia – Milano, sent. 26 gennaio 2009 n. 214, in *www.olir.it*, il quale osserva: "[c]ostituisce principio di diritto risalente e radicato nella cultura giuridica, quello secondo cui il Giudice, anche in assenza di una norma positiva espressa, non potrebbe mai ritenersi assolto dal dovere di decidere sulla richiesta di accertamento del diritto invocato dal soggetto di diritto (c.d. divieto del *non liquet*) giacché, attraverso la tecnica di interpretazione, egli deve sempre "dare conto" dell'esistenza o meno del diritto a chi lo interpella". In dottrina, tra i vari contributi in argomento, segnalo **A. PIZZORUSSO**, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, 2007/2, pp. 355 ss.; **R. ROMBOLI**, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009/1, pp. 91 ss..

⁴ Trib. pen. Reggio Calabria, sent. 19 gennaio 2006, che può leggersi per esteso nella banca dati *on line DeJure*, Giuffrè.



ritenendo il documento così formato autentico e veritiero. Il Tribunale reggino ha considerato sussistente la responsabilità penale degli imputati in quanto la parte ricoverata in condizioni gravi nel reparto di rianimazione dell'ospedale si trovava al momento della celebrazione in uno stato di assoluta incapacità di intendere e di volere, impossibilitata dunque a esprimere qualsivoglia "volontario e consapevole consenso". Il giudice ha ritenuto che non avessero rilievo alcuno né la preesistente convivenza *more uxorio* tra i (falsi) contraenti né l'asserita intenzione di contrarre matrimonio espressa dal soggetto (divenuto incapace di intendere e di volere) in un momento precedente a quello che, sulla base dell'atto di matrimonio, è risultato essere il giorno delle nozze. Il Tribunale, applicando l'art. 537 c.p.p.⁵, ha dichiarato la nullità dell'atto di matrimonio nonché la conseguente nullità della sua trascrizione nei registri dello stato civile, ordinandone altresì la cancellazione a cura del competente ufficiale dello stato civile.

Al contrario della vicenda appena ricordata, è rimasto tuttavia impresso nella memoria collettiva il caso "D'Auria", dipendente del Sismi colpito in Afghanistan e trasferito all'ospedale militare del Celio a Roma: un cappellano ne ha celebrato il matrimonio con la compagna dalla quale aveva già avuto tre figli, malgrado al momento delle nozze egli si trovasse in stato di coma irreversibile per le ferite riportate in missione. Secondo quanto riportato dai giornali⁶, il ministro di culto fu "sollecitato" a raccogliere il consenso nuziale non direttamente dallo sposo, incapace di prestarlo in occasione della "cerimonia" a causa del gravissimo stato di salute, ma da testimonianze di parenti e di amici, ai

⁵ La norma dispone: "[l]a falsità di un atto o di un documento, accertata con sentenza di condanna, è dichiarata nel dispositivo. 2. Con lo stesso dispositivo è ordinata la cancellazione totale o parziale, secondo le circostanze e, se è il caso, la ripristinazione, la rinnovazione o la riforma dell'atto o del documento, con la prescrizione del modo con cui deve essere eseguita. La cancellazione, la ripristinazione, la rinnovazione o la riforma non è ordinata quando possono essere pregiudicati interessi di terzi non intervenuti come parti nel procedimento. 3. La pronuncia sulla falsità è impugnabile, anche autonomamente, con il mezzo previsto dalla legge per il Capo che contiene la decisione sull'imputazione. 4. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nel caso di sentenza di proscioglimento".

Ai sensi dell'art. 226, comma secondo, c.p.c., le disposizioni di cui all'art. 537 c.p.p. sono inoltre date, anche d'ufficio, dal collegio che pronuncia sulla querela di falso, proponibile in via principale o in corso di causa, in qualunque stato e grado del processo, da "chiunque abbia interesse a contrastare l'efficacia probatoria di un documento munito di fede privilegiata in relazione ad una pretesa che su di esso si fondi, non esclusa la stessa parte che l'abbia prodotto in giudizio" (Cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 17 aprile 1997, n. 3305, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2137 ss.).

⁶ La notizia è stata diffusa da molti organi di informazione; tra tutti si vedano gli articoli apparsi su *www.corriere.it* e *www.repubblica.it* il 29 settembre 2007.



quali, in precedenza, sarebbe stata più volte manifestata la sua volontà di unirsi in matrimonio. La stampa ha così diffuso la notizia di un matrimonio canonico celebrato *in periculo mortis*, poi normalmente trascritto nei registri di stato civile.

In quest'ultimo caso la comprensibile commozione dell'opinione pubblica in favore dei congiunti del militare ha favorito, con l'accondiscendenza delle autorità civili ed ecclesiastiche, la ricerca di una "soluzione" caritatevole. Tuttavia, l'esito del caso "D'Auria" ha contribuito a indebolire la percezione di disvalore che sino ad allora ha sempre accompagnato le ipotesi di unioni matrimoniali contratte da persone incapaci, aprendo la strada a situazioni dai risvolti giuridicamente inaccettabili, come nel caso in commento.

2. La vicenda

Da un paio di anni il Sig. X giaceva in stato di coma vegetativo persistente senza alcun contenuto di coscienza, con l'esclusione della possibilità di porre in essere atti coscienti e volontari e anche della possibilità di c.d. "lucidi intervalli". Malgrado tale gravissimo quadro clinico egli è stato unito in matrimonio con la Sig.ra Y nell'istituto dove era ricoverato, con l'assistenza di un ministro di culto delegato dal parroco del luogo e la presenza di testimoni. Alla celebrazione è seguita la trascrizione "tempestiva" del matrimonio, senza, tuttavia, che esso fosse stato preceduto dalla rituale affissione delle pubblicazioni matrimoniali. Gli ufficiali di stato civile del comune ove è avvenuta la celebrazione e del comune di residenza dei nubenti hanno invece affisso alle porte delle rispettive case comunali l'avviso dell'avvenuto matrimonio, similmente al caso affrontato dal Tribunale di Reggio Calabria, ai sensi dell'art. 13 della legge matrimoniale. Nei dieci giorni successivi all'affissione non è stata proposta alcuna opposizione e, pertanto, si è proceduto alla trascrizione dell'atto nel registro di stato civile. L'atto di matrimonio, tuttavia, non riporta alcuna sottoscrizione da parte del Sig. X; nella richiesta di trascrizione il parroco precisa che il matrimonio è stato celebrato *in articulo mortis* su "autorizzazione orale" dell'ordinario episcopale del luogo in quanto lo sposo si trovava "in coma e in pericolo di morte". A tale richiesta sono state inoltre allegate due dichiarazioni testimoniali, dalla quali si poteva evincere la volontà del Sig. X di sposarsi con la Sig.ra Y, compagna da molti anni, manifestata più volte nel corso del tempo allorché egli era ancora in possesso delle proprie facoltà mentali. Di lì a pochi mesi il Sig. X è deceduto.



Acquisita la notizia di reato su denuncia di alcuni parenti del Sig. X, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Como, effettuate le indagini, ha richiesto il rinvio a giudizio per concorso nel reato di falso ideologico, ai sensi degli artt. 110 e 479 c.p., nei confronti della “sposa”, del ministro di culto assistente al matrimonio e dei testimoni in quanto, formando l’atto di matrimonio, “attestavano falsamente che entrambi i contraenti erano stati interrogati dal sacerdote celebrante ed avevano espresso il loro consenso e che, dopo aver manifestato il consenso, veniva data lettura agli sposi degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi, circostanze non vere in quanto lo sposo [...] si trovava ricoverato presso la Clinica [...] in coma, in stato vegetativo, e, pertanto, non era in grado di esprimere alcun consenso”. La Procura ha inoltre richiesto il rinvio a giudizio per il reato di falso ideologico, *ex art. 479 c.p.*, anche nei confronti dell’ufficiale di stato civile, perché “in qualità di pubblico ufficiale [...], avendo ricevuto la richiesta di trascrizione agli effetti civili del matrimonio di cui al precedente capo di imputazione, pur risultando dagli atti, e in particolare dalla richiesta stessa di trascrizione e dall’atto di matrimonio, che lo sposo [Sig. X] era in stato di coma, eseguendo la trascrizione dell’atto di matrimonio in data [...], attestava falsamente che al momento della trascrizione non risultavano sussistere tra gli sposi alcuni degli impedimenti inderogabili, circostanza non vera in quanto risultava chiaramente dai predetti atti che [il Sig. X] versava in uno stato di incapacità di intendere e di volere”.

Il G.U.P. presso il Tribunale di Como, con il decreto in calce, ha disposto il giudizio nei confronti di tutti gli imputati.

Come emerge dalla breve cronaca dei fatti, la vicenda tocca delicate questioni di rilievo canonistico ed ecclesiasticistico, oltre che penalistico. I primi due profili sono quelli che qui interessano.

3. I profili canonistici: la “insostituibilità” e la “attualità” del consenso matrimoniale

L’unione apparentemente contratta tra le parti risulta all’evidenza affetta da due patologie insanabili: il mancato rispetto dei fondamentali principi di “insostituibilità” e di “attualità” alla base del consenso matrimoniale canonico.



Il matrimonio canonico è ritenuto unanimemente un “contratto consensuale formale”. Dall’esame del canone 1057, § 1, C.J.C.⁷ si evince che il consenso, cioè la reciproca manifestazione attraverso la quale è scambiata la volontà delle e tra le parti, è la causa genetica del negozio⁸: esso fonda il matrimonio, ne costituisce “elemento centrale e imprescindibile”⁹, che deve essere validamente posto a esistenza e “che non può essere supplito da nessuna potestà umana”¹⁰, neppure ecclesiastica, dandosi per presupposto che debba essere manifestato¹¹. Come è pacifico in giurisprudenza e in dottrina, l’espressione del consenso deve possedere due requisiti imprescindibili.

Il primo requisito è che il consenso sia validamente prestato, vale a dire che sia espresso da un soggetto munito di piena capacità di intendere e di volere¹²: “[i]n quanto atto umano [il consenso] presuppone ed esige nei contraenti la capacità di valutare criticamente e concretamente i diritti e i doveri che la scelta matrimoniale comporta, per cui per contrarre validamente non è sufficiente la facoltà conoscitiva che è limitata all’apprendimento del vero”, ma è necessaria altresì la

⁷ La norma recita: “[m]atrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet” (l’atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti manifestato legittimamente tra persone giuridicamente abili; esso non può essere supplito da nessuna potestà umana); il § 2 dispone: “consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium” (il consenso matrimoniale è l’atto della volontà con cui l’uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio). A commento si veda **P. BIANCHI**, *sub Can. 1057*, in *Codice di diritto canonico commentato*, a cura della Redazione dei *Quaderni di diritto ecclesiale*, Ancora, Milano, 2001, pp. 855 ss..

⁸ Sul consenso nel matrimonio canonico, oltre alla manualistica e alle voci enciclopediche, cui rinvio per più ampie indicazioni bibliografiche, si vedano, tra i numerosi contributi, **AA.VV.**, *Diritto matrimoniale canonico, II, Il consenso*, a cura di **P.A. BONNET** e **C. GULLO**, Città del Vaticano, 2003; **AA.VV.**, *La nuova legislazione matrimoniale canonica. Il «consenso», elementi essenziali, difetti, vizi*, Città del Vaticano, 1986; **P. A. BONNET**, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano, 1985; **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, 1974; **O. GIACCHI**, *Il consenso nel matrimonio canonico*, 3^a ed., Milano, 1973; **E. GRAZIANI**, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano, 1956; **P. PELLEGRINO**, *Il consenso matrimoniale nel Codice di diritto canonico latino*, Torino, 1998; da ultimo, **A. D’AURIA**, *Il consenso matrimoniale: dottrina e giurisprudenza canonica*, Roma, 2007.

⁹ Così **E. VITALI**, **S. BERLINGÒ**, *Il matrimonio canonico*, 3^a ed., Milano, 2007, p. 7.

¹⁰ Principio del tutto pacifico in dottrina e in giurisprudenza: da ultimo, in giurisprudenza, Rota romana, 4 febbraio 2005, in *Jus Ecclesiae*, 2006, 1, p. 159 ss.

¹¹ **O. ROBLEDA**, *La nulidad del acto jurídico*, 2^a ed., Roma, 1964, p. 133.

¹² Per tutti, **F. FINOCCHIARO**, *Il matrimonio nel diritto canonico. Profili sostanziali e processuali*, Bologna, 1989, p. 75.



facoltà deliberativa, nella quale si sostanzia “la facoltà critica, cioè il potere di ragionare, di giudicare e quindi di scegliere fra oggetti e fini diversi”¹³. In caso di incapacità di intendere e di volere di uno dei nubenti, infatti, si incorre in nullità del matrimonio proprio per “difetto” del consenso¹⁴.

Il secondo requisito è che il consenso sia prestato da ciascuna delle parti contraenti ed unicamente da esse¹⁵, in quanto la manifestazione di volontà è ritenuta un atto di cui il nubente è il solo precipuo *dominus*. In sintesi, nel caso in cui il consenso matrimoniale sia espresso da un soggetto diverso da una delle parti, ovvero sia mancato del tutto in una di esse l'elemento intellettivo (la conoscenza) e/o deliberativo (la volontà) diretto al conseguimento del fine negoziale, il consenso si deve considerare inesistente, poiché “non si procede *ex voluntate deliberata*”¹⁶. In effetti, si è scritto, “se il consenso e nient'altro che il consenso ...fa il matrimonio, o contratto matrimonio, è evidente che nell'ipotesi anzidetta niente esiste della realtà dell'atto giuridico”¹⁷. Non è dunque consentito dare rilievo a presunte volontà altrimenti desumibili: il principio della insostituibilità del consenso (in qualunque circostanza e ad opera di qualunque autorità terrena) è, infatti, “un principio posto dal diritto naturale, e perciò tradizionale e irrinunciabile

¹³ Così Vicariato dell'Urbe, 14 settembre 1991, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1991, II, p. 213.

¹⁴ Si veda la dettagliata disciplina posta in materia di incapacità dal canone 1095 C.J.C.; sul tema, *ex multis*, **AA.VV.**, *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2000; **P. J. VILADRICH**, *Il consenso matrimoniale: tecniche di qualificazione e di esegesi della cause canoniche di nullità*, Milano, 2001; da ultimo, **P. PELLEGRINO – M. L. TACELLI**, *La capacità di intendere e di volere nel matrimonio canonico*, Torino, 2008.

È utile segnalare che il *Decreto generale sul matrimonio canonico*, promulgato dal Presidente della CEI il 5 novembre 1990, dispone all'art. 38: “Il matrimonio di persona civilmente interdetta per infermità di mente non può essere autorizzato dall'ordinario del luogo se non per gravissime ragioni, e a condizione che non consti con morale certezza l'incapacità della medesima a esprimere un valido consenso e ad assumere gli impegni essenziali del matrimonio. Per la valutazione della capacità del soggetto, l'Ordinario del luogo ricorra alla consulenza di un consultorio di ispirazione cristiana o almeno di un esperto di fiducia”.

¹⁵ Non fa eccezione il c.d. matrimonio “per procura”, disciplinato dai canoni 1104 e 1105 C.J.C., in quanto in questo caso il procuratore si limita a trasmettere, in qualità di *nuncius*, una volontà altrui. In giurisprudenza SRR c. Masala, 14 dicembre 1982, in *Dir. eccl.*, 1984, II, 37 ss., annotata con ampia bibliografia. Sul punto **E. VITALI, S. BERLINGÒ**, *Il matrimonio canonico*, cit., p. 59.

¹⁶ **O. FUMAGALLI CARULLI**, voce *Matrimonio canonico. Capacità generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 901.

¹⁷ **O. ROBLEDA**, *La nulidad*, cit., p. 141 (mia libera traduzione).



dal diritto canonico¹⁸. Nel caso di difetto del consenso, l'autorità ecclesiastica non può rimediare alla patologia del negozio per il tramite di una dispensa, poiché le parti sono obbligate personalmente a rinnovare la reciproca manifestazione di volontà nelle forme prescritte¹⁹. A nulla, pertanto, vale annotare che l'unione sia avvenuta dietro dispensa, per di più orale²⁰, dell'Ordinario del luogo, in quanto alla mancata espressione del consenso non si può supplire, per diritto divino, attraverso l'intervento di alcuna autorità ecclesiastica, neppure suprema.

Un altro elemento caratterizzante e non dispensabile del consenso matrimoniale è la sua "attualità", in forza della quale la volontà di contrarre matrimonio deve essere manifestata da ciascuna parte al momento della celebrazione (c.d. regola dello "*hic et nunc*"). Tale caratteristica, propria anche del vincolo civile²¹, si desume da varie norme. Anzitutto, emerge dal disposto del canone 1104, § 1 e § 2, C.J.C. che impone come necessaria ai fini della validità del matrimonio la presenza contemporanea delle parti al momento dello scambio del consenso, che esprimeranno a parole o, in caso di mancanza di uso della parola, con segni equivalenti²². Emerge, inoltre, dal canone 1106 C.J.C.,

¹⁸ Così, ancora, F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio*, cit., p. 69.

¹⁹ È dunque escluso il ricorso alla c.d. *sanatio in radice* (canoni 1161 e ss. C.J.C) del matrimonio nullo per difetto o vizio del consenso; anche la convalida del negozio nullo (c.d. *convalidatio simplex*, canoni 1156 e ss. C.J.C.) da parte dei contraenti presuppone in ogni caso una rinnovazione del consenso matrimoniale. In tema si veda, tra i vari approfondimenti, G. MANTUANO, *Il c.d. recupero del negozio matrimoniale invalido*, Ancona, 1992.

²⁰ La dispensa, in quanto concessa per rescritto, è soggetta alla forma scritta ai sensi del canone 59 - § 1 C.J.C.. Il tema della *relaxatio legis* è affrontato, in una prospettiva più generale, da S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, Milano, 1978. Che la dispensa non possa essere concessa oralmente è confermato dal can. 1079, § 4, C.J.C., il quale dispone: "*In casu de quo in § 2, loci Ordinarius censetur adiri non posse, si tantum per telegraphum vel telephorum id fieri possit*" (Nel caso di cui al §2 [che estende la facoltà di dispensare, ove il ricorso all'Ordinario del luogo sia impossibile, al parroco o al ministro delegato o ai soggetti di cui al § 2 del can. 1116], si ritiene impossibile il ricorso all'Ordinario del luogo, se lo si può fare solo tramite telegrafo o telefono).

²¹ Si veda Corte App. di Milano, sent. 13 aprile 2007, in *Dir. fam.*, 2007, 3, 1201, per la quale, confermando il consolidato indirizzo contrario alla trascrizione tardiva *post mortem*, risulta essenziale l'intenzione attuale (e non "a futura memoria") degli sposi di vincolarsi anche sul piano civile.

²² La norma recita: § 1 "*Ad matrimonium valide contrahendum necesse est ut contrahentes sint praesentes una simul sive per se ipsi, sive per procuratorem*" (per contrarre validamente il matrimonio è necessario che i contraenti siano presenti contemporaneamente, sia di persona sia tramite procuratore); § 2 "*Sponsi consensum matrimonialem verbis exprimant; si vero loqui non possunt, signis aequipollentibus*" (gli sposi manifestino il consenso matrimoniale con le parole; se però non possono parlare,



che permette la reciproca manifestazione della volontà di conclusione del negozio matrimoniale anche attraverso l'ausilio di un interprete²³, e dal canone 1157 C.J.C. in materia di rinnovazione del consenso²⁴: si evince, quindi, che tale volontà debba essere espressa al contempo da ambedue i nubenti nel luogo e nel momento della celebrazione²⁵. Il requisito della "attualità" del consenso contraddistingue, inoltre, la norma posta dal canone 1108 C.J.C., per il quale sono considerati validi i matrimoni stipulati, tra gli altri requisiti di forma²⁶, alla presenza dell'Ordinario del luogo, del parroco o di altro ordinato delegato, in qualità di "assistenti" alla celebrazione del contratto-sacramento matrimoniale, seppur qualificati dall'aver ricevuto l'ordine sacro. Come noto, per "assistente al matrimonio" si intende, infatti, colui che di persona chiede ai nubenti la manifestazione del consenso e da essi la riceve in nome della Chiesa²⁷. La strutturazione del matrimonio come

lo facciano con segni equivalenti). Si veda **P. BIANCHI**, *sub Can. 1104*, in *Codice di diritto canonico commentato*, cit., p. 893.

²³ La norma dispone: "*Matrimonium per interpretem contrahi potest; cui tamen parochus ne assistat, nisi de interpretis fide sibi constet*" (è consentito contrarre matrimonio tramite interprete; tuttavia il parroco non vi assista se non gli consta della fedeltà dell'interprete). Si veda **P. BIANCHI**, *sub Cann. 1105 - 1106*, in *Codice di diritto canonico commentato*, cit., pp. 893 - 894.

²⁴ Il canone recita: "*Renovatio consensus debet esse novus voluntatis actus in matrimonium, quod pars renovans scit aut opinatur ab initio nullum fuisse*" (la rinnovazione del consenso deve essere un nuovo atto di volontà per il matrimonio, che la parte che rinnova sa o suppone essere stato nullo dall'inizio). Si veda **P. BIANCHI**, *sub Cann. 1156 - 1160*, in *Codice di diritto canonico commentato*, cit., pp. 925 - 926. In tema cfr. anche **A. RAVÁ**, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio*, (can. 1157, § 2), Roma, 2001, p. 119.

²⁵ Conformemente, l'art. 107 cod. civ. dispone che l'ufficiale dello stato civile "riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie"

²⁶ In tema si vedano, tra i molti contributi, **AA.VV.**, *Diritto matrimoniale canonico*, III, *La forma, gli effetti, la separazione, la convallida*, a cura di **P.A. BONNET e C. GULLO**, Città del Vaticano, 2005; **G. DELGADO**, *El matrimonio en forma religiosa*, Palma de Mallorca, 1988; **J. GAUDEMET**, *Il matrimonio in Occidente*, trad. it., Milano, 1989; **R. MAESTRI VIGNALI**, *Matrimonio canonico (Forma della celebrazione)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 941 ss.; *Forma jurídica y matrimonio canonico*, edicion dirigida por **R. RODRIGUEZ OCANA**, Pamplona, 1998.

²⁷ Il canone dispone: § 1 "*Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram loci Ordinario aut parochi aut sacerdote vel diacono ab alterutro delegato qui assistant, necnon coram duobus testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvo exceptionibus de quibus in cann. 144, 1112, § 1, 1116 et 1127, §§ 1-2*" (sono validi soltanto i matrimoni che si contraggono alla presenza dell'Ordinario del luogo o del parroco o del sacerdote oppure diacono delegato da uno di essi che sono assistenti, nonché alla presenza di due testimoni, conformemente, tuttavia, alle norme stabilite nei canoni seguenti, e salve le eccezioni di cui ai cann. 144, 1112, §1, 1116 e 1127, §§ 2-



negozio solenne, nel quale i ministri celebranti sono gli sposi stessi e il sacerdote è ritenuto *testis qualificatus* ad accogliere il reciproco scambio delle volontà, comporta che l'espressione del consenso sia da valutare, ai fini della validità del matrimonio, al momento in cui il negozio è posto in essere, cioè quello della celebrazione, a prescindere, come si vedrà in seguito, dalla sussistenza di tutti i requisiti di forma prescritti dal diritto. In materia matrimoniale, non vi è spazio quindi per accogliere volontà presunte o ricostruite attraverso testimonianze manifestate in momenti diversi rispetto a quello solenne nel quale il diritto prevede che il consenso debba essere scambiato. L'atto positivo di volontà attuale non può essere confuso con i desideri, i propositi o con altri stati della mente asseritamente formati nel passato più o meno vicino al tempo della conclusione del negozio matrimoniale. A nulla rileva che le parti, o una di esse, abbiano eventualmente espresso a chicchessia l'intenzione di unirsi in matrimonio in un momento precedente a quello che il diritto stabilisce per la formale, solenne, contestuale espressione del consenso nuziale.

Il "patto matrimoniale" (*matrimoniale foedus*), qualificato dal diritto canonico come "contratto-sacramento" - dunque negozio giuridico bilaterale e non atto unilaterale - è stipulato e diviene vincolante nel momento (e per mezzo) della reciproca manifestazione della volontà delle parti, e non per giustapposizione di separate dichiarazioni di volontà rese da ognuna delle parti in tempi e luoghi diversi, ed in contesti diversi da quelli propri della celebrazione/stipula negoziale. La volontà matrimoniale manifestata a soggetti "terzi" non può dunque essere considerata rilevante ai fini dell'assunzione del vincolo coniugale, in quanto inidonea - per mancanza della contestualità che caratterizza il fatto causale della celebrazione con lo scambio del consenso reciproco - a produrre l'effetto giuridico tipizzato, ossia la conclusione del negozio: essa non è rivolta in via diretta all'altro contraente e non è espressa nel momento solenne nel quale anche l'altra parte, nel medesimo contesto spazio-temporale, manifesta la propria volontà di contrarre le nozze.

3); § 2 "*Assistens matrimonio intellegitur tantum qui praesens exquirat manifestationem contrahentium consensus eamque nomine Ecclesiae recipit*" (si intende assistente al matrimonio soltanto colui che, di persona, chiede la manifestazione del consenso dei contraenti e la riceve in nome della Chiesa). A commento si veda **R. NAVARRO VALS**, *sub. Can. 1108*, in **AA.VV.**, *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, edizione italiana diretta da **J. I. ARRIETA**, Roma, 2004, pp. 743 - 745.



Ai fini della conclusione del negozio non hanno rilevanza, specie in questa materia, le dichiarazioni rese “ora per allora”²⁸, in ossequio al principio generale, non estraneo anche al diritto canonico matrimoniale, per il quale simile genere di dichiarazioni non possono accompagnare i negozi c.d. “personalissimi”, quali quelli familiari, per i quali vige la regola del rispetto massimo della libertà di autodeterminazione del soggetto, sempre libero di revocare il consenso (che pure si fosse impegnato a prestare) sino al momento della conseguita irrevocabilità, che coincide con lo stesso perfezionamento del negozio.

Pertanto, anche ammettendo che il Sig. X, quando era ancora pienamente dotato della propria capacità naturale, abbia manifestato a qualche conoscente la propria volontà di sposarsi con la Sig.ra Y in un futuro più o meno prossimo, una tale dichiarazione (anche se debitamente provata) non può avere alcuna rilevanza ai fini della conclusione del negozio matrimoniale, in quanto non rivolta all’altro nubente, priva dell’elemento della reciprocità e non espressa nelle non dispensabili forme e circostanze di tempo previste *ad substantiam*²⁹.

3.1. segue...il matrimonio in pericolo di morte

Il canone 1068 C.J.C. dispone che “[i]n pericolo di morte, qualora non sia possibile avere altre prove, né sussistano indizi contrari, è sufficiente l’affermazione dei contraenti, anche giurata se il caso lo richiede, che

²⁸ Come osserva F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, ed. compatta, agg. a cura di A. BETTETINI e G. LO CASTRO, Bologna, 2007, p. 325, “in materia di stato coniugale la legge non attribuisce effetti alle dichiarazioni fatte ora per allora”.

²⁹ *Ad abundantiam*, si può ancora osservare che la dichiarazione unilaterale con cui una persona promette di contrarre matrimonio non è idonea neanche ad integrare la mera promessa di matrimonio, per la cui valida formazione occorre una dichiarazione bilaterale di un soggetto; promessa che, comunque, non ha carattere vincolante (art. 79 cod. civ.) anche se fatta in forma solenne, e mai può produrre conseguenza alcuna in ordine allo *status* delle parti.

Del resto, anche nell’ambito della disciplina generale del contratto, un costante indirizzo della giurisprudenza di legittimità afferma che “ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale, è necessario che tra le parti sia raggiunta l’intesa su tutti gli elementi dell’accordo, non potendosi ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l’intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento, risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori. Pertanto, anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale, può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell’attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto” (da ultimo, Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2006, n. 14267, in *Giust. civ. Mass.* 2006, f. 6).



essi sono battezzati e non trattenuti da impedimento”³⁰. Il canone 1079 § 1 C.J.C. stabilisce inoltre che “ [i]n urgente pericolo di morte, l'Ordinario del luogo può dispensare i propri sudditi, dovunque dimorino, e quanti vivono attualmente nel suo territorio, sia dalla osservanza della forma prescritta per la celebrazione del matrimonio, sia da tutti e singoli gli impedimenti di diritto ecclesiastico, pubblici e occulti, eccetto l'impedimento proveniente dal sacro ordine del presbiterato”³¹. Infine, il canone 1116 §1 C.J.C. dispone che “[s]e non si può avere o andare senza grave incomodo dall'assistente competente a norma del diritto, coloro che intendono celebrare il vero matrimonio, possono contrarlo validamente e lecitamente alla presenza dei soli testimoni: 1) in pericolo di morte; 2) al di fuori del pericolo di morte, purché si preveda prudentemente che tale stato di cose durerà per un mese” (c.d. forma “straordinaria” di celebrazione)³².

³⁰ “*In periculo mortis, si aliae probationes haberi nequeant, sufficit, nisi contraria adsint indicia, affirmatio contrahentium, si casus ferat etiam iurata, se baptizatos esse et nullo detineri impedimento*”.

³¹ “[u]rgente mortis periculo, loci Ordinarius potest tum super forma in matrimonii celebratione servanda, tum super omnibus et singulis impedimentis iuris ecclesiastici sive publicis sive occultis, dispensare proprios subditos ubique commorantes et omnes in proprio territorio actu degentes, excepto impedimento orto ex sacro ordine presbyteratus”. Il canone prosegue: “§ 2. In eisdem rerum adiunctis, de quibus in § 1, sed solum pro casibus in quibus ne loci quidem Ordinarius adiri possit, eadem dispensandi potestate pollet tum parochus, tum minister sacer rite delegatus, tum sacerdos vel diaconus qui matrimonio, ad normam can. 1116, § 2, assistit. § 3. In periculo mortis confessarius gaudet potestate dispensandi ab impedimentis occultis pro foro interno sive intra sive extra actum sacramentalis confessionis. § 4. In casu de quo in § 2, loci Ordinarius censetur adiri non posse, si tantum per telegraphum vel telephorum id fieri possit (§2. Nelle medesime circostanze di cui al §1, ma solo nei casi in cui non sia possibile ricorrere neppure all'Ordinario del luogo, hanno uguale facoltà di dispensare, sia il parroco sia il ministro sacro legittimamente delegato sia il sacerdote o diacono che assiste al matrimonio a norma del can. 1116, §2. §3. In pericolo di morte il confessore ha la facoltà di dispensare dagli impedimenti occulti nel foro interno, sia durante sia fuori della confessione sacramentale. §4. Nel caso di cui al §2, si ritiene impossibile il ricorso all'Ordinario del luogo, se lo si può fare solo tramite telegrafo o telefono). A commento si veda **J. FORNÉS**, *sub. Can. 1079*, in **AA.VV.**, *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, cit., pp. 709 – 711.

³² “*Si haberi vel adiri nequeat sine gravi incommodo assistens ad normam iuris competens, qui intendunt verum matrimonium inire, illud valide ac licite coram solis testibus contrahere possunt: 1° in mortis periculo; 2° extra mortis periculum, dummodo prudenter praevideatur earum rerum condicionem esse per mensem duraturam*”. Il canone prosegue: “§ 2. In utroque casu, si praesto sit alius sacerdos vel diaconus qui adesse possit, vocari et, una cum testibus, matrimonii celebrationi adesse debet, salva coniugii validitate coram solis testibus” (§2. Nell'uno e nell'altro caso, se vi è un altro sacerdote o diacono che possa essere presente, deve essere chiamato e assistere, insieme ai testimoni, alla celebrazione del matrimonio, salva la validità del matrimonio in presenza dei soli testimoni). A



Le norme riguardano l'ipotesi di matrimonio contratto in urgente pericolo di morte, circostanza consistente non nell'imminenza del fatto di morte, ma nella ragionevole probabilità che la morte possa avvenire in un limitato successivo lasso di tempo (a causa, per esempio, di un prossimo intervento chirurgico, di un evento bellico o di una calamità naturale, di una grave malattia, *etc.*)³³; in questo caso è ammessa la dispensa, oltre che dagli impedimenti, dalla forma ordinaria prescritta per la celebrazione, dalle pubblicazioni canoniche e dalla presenza dei testimoni³⁴. Il sistema è teso dunque a mitigare, in presenza del pericolo di decesso di una o di entrambe le parti, la rigidità delle prescrizioni codicistiche in materia di impedimenti e di forma *ad validitatem*. In altre parole, la composita disciplina sopra richiamata in materia di matrimonio celebrato in pericolo di morte introduce alcune deroghe in materia di impedimenti e di forma di celebrazione del matrimonio (disciplinata dai cann. 1108 – 1123 C.J.C.), ma, nel rispetto del diritto divino, non dispone nulla di diverso rispetto a quanto stabilito dal codice circa il reciproco e contestuale scambio tra le parti del consenso matrimoniale.

3.2. segue... l'inesistenza del matrimonio

In questa prospettiva, le eccezioni al rispetto della forma canonica previste dal *Codex* non intaccano, tuttavia, la disciplina generale in materia di espressione della volontà negoziale: lo speciale regime del matrimonio celebrato in pericolo di morte non si contrappone all'illustrato principio fondamentale della "insostituibilità del consenso, che ha la sua fonte diretta nel diritto divino e non è, dunque, dispensabile. Infatti, il canone 1068 C.J.C., come ricordato, prescrive alle parti di affermare, se necessario anche in via solenne attraverso giuramento, che essi sono battezzati e liberi da impedimenti. Il richiamo alla necessità di una "affermazione" da parte dei contraenti, oltre a implicare, come per qualsiasi manifestazione consapevole, la loro piena capacità di intendere di volere, implica un "aggravio" nell'esternazione della volontà, e naturalmente non dispensa dal reciproco scambio della volontà matrimoniale, che deve comunque essere espressa, anche in assenza del ministro di culto "assistente" al matrimonio o dei testimoni.

commento si veda **R. NAVARRO VALS**, *sub. Can. 1108*, in **AA.VV.**, *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, cit., pp. 751 – 752.

³³ Si veda, a commento, **P. BIANCHI**, *sub Can. 1068*, in *Codice di diritto canonico commentato*, cit., pp. 863 – 864.

³⁴ Sul punto **F. FINOCCHIARO**, *Il matrimonio*, cit., p. 64.



Allo stesso modo, nella richiamata fattispecie della c.d. forma “straordinaria” di celebrazione, il canone 1116 C.J.C. ribadisce la centralità della reciproca manifestazione della volontà negoziale, laddove esplicita il requisito soggettivo della “intenzione di celebrare un vero matrimonio”. Pertanto, un soggetto che, come nel caso in esame, risulti versare in stato di coma vegetativo permanente – che comporti la morale certezza dell’incapacità del soggetto a esprimere un consenso valido e ad assumere gli impegni essenziali del matrimonio³⁵ - non può avere contratto validamente il vincolo perché quello stato comporta, per necessaria conseguenza, la “radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno”³⁶, a nulla rilevando l’eventuale circostanza che la celebrazione sia avvenuta ai sensi dei canoni 1068, 1079 e 1116 C.J.C..

A ben vedere, nel caso in esame si può dunque ipotizzare addirittura l’esclusione dei requisiti minimi necessari perché sia considerata sussistente la stessa *species seu figura matrimonii*, ossia le essenziali circostanze di fatto in presenza delle quali si considera esistente il negozio matrimoniale³⁷. Il Sig. X versava da tempo in uno stato di coma vegetativo senza contenuti di coscienza, condizione per la quale egli non sarebbe stato in grado, in quanto del tutto incapace, né di formare un valido consenso interiore, né di porre in essere una seppure minima materiale manifestazione di volontà, verbale o solo gestuale, in quanto insensibile a ogni stimolo e non in grado di articolare movimenti corporali consapevoli. Si deve dunque ritenere che egli sia stato assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, ponendo in essere un qualsivoglia atto di volontà: in sostanza, egli era incapace anche di un semplice atto di volizione sia interna sia esterna. Pertanto, il consenso del Sig. X va considerato (non soltanto invalido, ma addirittura) inesistente, a motivo della di lui materiale impossibilità di prestarlo sotto qualsiasi forma, vale a dire con le parole o con i gesti. Constatata dunque (non la nullità, che presuppone una avvenuta, seppure in modo invalido, manifestazione di volontà, ma) l’inesistenza dell’elemento indefettibile, insostituibile e non dispensabile del negozio matrimoniale canonico – il consenso, per l’appunto – si può ipotizzare l’inesistenza del negozio stesso, poiché privo del suo elemento costitutivo, inteso anzitutto come

³⁵ Si veda, *supra*, la nt. 11.

³⁶ L’espressione si legge in Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, f. 11, p. 2366 ss..

³⁷ Sul punto **A. ZANOTTI**, *Il matrimonio canonico nell’età della tecnica*, Torino, 2008, 175.



fatto storico prima che come atto giuridico, secondo la fattispecie delineata dal codice.

4. I profili ecclesiasticistici: "l'atto di scelta" e la volontà di attribuzione degli effetti civili nel sistema matrimoniale concordatario

Il sistema matrimoniale concordatario disegnato dalla riforma sopravvenuta con l'Accordo del 1984 tra lo Stato e Chiesa³⁸ ruota intorno a due principi di fondo, connessi tra loro. In forza del primo - alla cui affermazione ha contribuito in più riprese la giurisprudenza costituzionale - i requisiti di capacità per accedere allo *status* di coniuge di fronte allo Stato attraverso la celebrazione di un matrimonio canonico trascritto sono gli stessi, almeno a livello di base, necessari per contrarre un matrimonio civile. Il presupposto logico-giuridico di questo principio, illustrato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 32 del 1971³⁹, è che l'"atto", o "negozio", di "scelta" di fare ricorso al matrimonio canonico civilmente efficace per unirsi nel vincolo coniugale debba essere valutato, in quanto posto in essere nel (e secondo il) diritto dello Stato, alla stregua dei requisiti di capacità stabiliti dall'ordinamento italiano e debba essere soggetto, secondo le regole generali, alla sua esclusiva giurisdizione⁴⁰.

³⁸ In tema, tra i molto studi, E. VITALI – G. CASUSCELLI (a cura di), *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa Madama*, Milano, 1988; S. BORDONALI – A. PALAZZO (a cura di), *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli, 1990.

³⁹ Cfr. Corte cost., sent. 24 febbraio 1971, n. 32, in *Giur. cost.*, 1971, pp. 156 ss., con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 16 della legge matrimoniale del 1929 nella parte in cui prevedeva che la trascrizione del matrimonio "concordatario" potesse essere impugnata solo per le cause menzionate dall'art. 12 della medesima legge (matrimonio contratto in presenza di altri vincoli matrimoniali validi agli effetti civili, anche se contratto tra le stesse parti, e matrimonio contratto da un interdetto per infermità di mente) e non anche perché uno degli sposi fosse, al momento in cui si fosse determinato a contrarre matrimonio in forma concordataria (il c.d. "atto di scelta"), in stato di incapacità naturale".

Con sent. n. 16 del 1982 il giudice delle leggi ha inoltre dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12 della legge matrimoniale nella parte in cui non dispone che non si faccia luogo alla trascrizione anche nel caso di matrimonio canonico contratto da un minore infrasedicenne o da minore di anni sedici ma non "emancipato" ai sensi dell'art. 84 c.c..

⁴⁰ Sul punto si veda S. DOMIANELLO, *I matrimoni «davanti a ministri di culto»*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di P. ZATTI, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLI, tomo I, *Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto*, Milano, 2002, in particolare pp. 266 e ss.; F. FINOCCHIARO, *Diritto*



Il secondo principio di fondo del “nuovo” sistema matrimoniale concordatario è espresso dalla regola che l’attribuzione degli effetti civili al matrimonio canonico contratto tra le parti deve essere il risultato di una libera ed apposita volontà in questo senso degli sposi⁴¹. La fattispecie complessa del matrimonio c.d. “concordatario” è a formazione progressiva, i cui elementi costitutivi sono la richiesta di pubblicazioni civili; la lettura da parte del ministro di culto degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi; la redazione e l’invio all’ufficiale di stato civile da parte del parroco di uno dei due originali dell’atto di matrimonio redatti dal ministro di culto celebrante; la trascrizione dell’atto di matrimonio nei registri dello stato civile⁴². Ne

ecclesiastico, cit., pp. 317 ss.. La teoria del cd. “atto di scelta”, che pure ha trovato il favore della giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., sez. un., sent. 13 febbraio 1993 n. 1824, in *Foro it.*, I, pp. 722 ss.), non è pacifica in dottrina: vi è infatti chi sostiene che, dopo la riforma concordataria del 1984 e l’apertura della stagione delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica, l’acquisizione dello *status* civile di coniuge attraverso una forma religiosa di celebrazione non sia il frutto di una “scelta” nel senso di far attribuire effetti civili al vincolo religioso, ma presupponga la costituzione di un “doppio vincolo” matrimoniale, uno religioso e uno secolare, che “sono e che rimangono autonomi” (R. BOTTA, voce *Matrimonio concordatario*, in *Enc. giur.*, Roma, agg. 1998, p. 3, che richiama L. DE LUCA, *Libertà e autorità di fronte al problema degli effetti civili del matrimonio canonico*, in *Dir. eccl.*, 1989, I, pp. 396 ss.).

⁴¹ Si veda, anche per ulteriori richiami, P. MONETA, voce *Matrimonio concordatario*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. XI, Torino, 1994, p. 282.

⁴² L’art. 8.1 dell’Accordo di Villa Madama dispone: “[s]ono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l’atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazioni nella casa comunale. Subito dopo la celebrazione, il parroco o il suo delegato spiegherà ai contraenti gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi, e redigerà quindi, in doppio originale, l’atto di matrimonio, nel quale potranno essere inserite le dichiarazioni dei coniugi consentite secondo la legge civile. La Santa Sede prende atto che la trascrizione non potrà avere luogo: a) quando gli sposi non rispondano ai requisiti della legge civile circa l’età richiesta per la celebrazione; b) quando sussiste fra gli sposi un impedimento che la legge civile considera inderogabile. La trascrizione è tuttavia ammessa quando, secondo la legge civile, l’azione di nullità o di annullamento non potrebbe essere più proposta. La richiesta di trascrizione è fatta, per iscritto, dal parroco del luogo dove il matrimonio è stato celebrato, non oltre i cinque giorni dalla celebrazione. L’ufficiale dello stato civile, ove sussistano le condizioni per la trascrizione, la effettua entro ventiquattro ore dal ricevimento dell’atto e ne dà notizia al parroco. Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione, anche se l’ufficiale dello stato civile, per qualsiasi ragione, abbia effettuato la trascrizione oltre il termine prescritto. La trascrizione può essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l’opposizione dell’altro, sempre che entrambi abbiano conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, e senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi”.



costituisce dunque elemento essenziale la consapevole scelta dei nubenti di avvalersi del matrimonio canonico per divenire coniugi anche per l'ordinamento civile, che implica la comune volontà di fare attribuire ad esso i medesimi effetti del matrimonio civile. Per questo aspetto - mentre il vecchio sistema "di unione" era governato dalla regola della omogeneità degli *status* matrimoniali nei due ordinamenti, con riferimento sia ai profili sostanziali (validità ed efficacia del negozio) sia ai profili processuali - si è autorevolmente affermato che "la nuova disciplina del matrimonio concordatario [...] può essere qualificata come un sistema di separazione imperfetta" perché il matrimonio canonico e le sentenze ecclesiastiche di nullità "possono produrre effetti civili, ma solo per impulso dei cittadini-fedeli"⁴³. La tutela della loro libertà religiosa, che si esprime nel potere, riconducibile alla sfera dell'autonomia dei privati, "di scegliere il tipo di negozio che più rispetti e rifletta gli interessi delle parti, e nella materia in discorso di optare tra matrimonio puramente religioso, matrimonio concordatario e matrimonio civile"⁴⁴, non può essere limitata in funzione né di un asserito interesse pubblico della Chiesa alla corrispondenza degli *status* matrimoniali nei due ordinamenti, né di interessi privati non riconducibili ad ambedue i nubenti.

Il diritto, allo scopo di garantire certezza alle vicende che concernono gli *status* personali, ha creato un sistema di presunzione di tale volontà che opera quando la celebrazione canonica del matrimonio e la trasmissione dell'atto di matrimonio all'ufficiale di stato civile siano contrassegnate dalla "concentrazione nel tempo", come è prescritto che avvenga nella c.d. trascrizione tempestiva. La presunzione si fonda sull'aver compiuto gli sposi necessariamente alcuni atti e sull'aver tenuto alcuni comportamenti concludenti, quali la richiesta all'ufficiale di stato civile delle pubblicazioni, sottoscritta anche dal parroco competente, l'ascolto della spiegazione da parte del celebrante degli effetti civili del matrimonio per mezzo della lettura degli articoli del codice civile, la sottoscrizione di due atti originali di matrimonio, di cui uno destinato all'ufficiale dei stato civile, e le eventuali dichiarazioni in ordine alla scelta del regime patrimoniale della famiglia e/o del riconoscimento di figli naturali⁴⁵.

⁴³ Così F. FINOCCHIARO, voce *Matrimonio concordatario*, in *Enc. dir., Aggiornamenti*, vol. I, Milano, 1997, p. 755.

⁴⁴ Cfr. Cass. civ. sez. I, 26 giugno 1990 n. 6489, in *Dir. fam.*, 1991, p. 86 ss.

⁴⁵ "... in linea di principio deve ritenersi che la volontà di celebrare il matrimonio è considerata distinta da quella volta alla sua trascrizione per farne derivare gli effetti civili, anche se quest'ultima viene poi considerata implicita desumendosi dagli adempimenti che accompagnano la celebrazione del rito religioso (preventiva



Questo sistema viene meno quando quegli atti siano stati omessi, o siano irregolari, o quando non sussista la concentrazione nel tempo delle fasi anzidette, come nel caso di trascrizione tardiva (quando l'atto di matrimonio è trasmesso dal parroco all'ufficiale di stato civile oltre il termine di cinque giorni dalla celebrazione del matrimonio). In questi casi è necessaria una esplicita e formale manifestazione di volontà degli sposi diretta alla trascrizione.

La riconosciuta difficoltà di coordinare la nuova disciplina dettata dall'art. 8 dell'Accordo con la vecchia legge matrimoniale del 1929 si evidenzia anche nell'ipotesi della trascrizione "ritardata" (art. 13 legge n. 847 del 1929) cui si è fatto cenno.

L'art. 8.1 summenzionato dispone che il matrimonio sia trascritto "previe pubblicazioni nella casa comunale", con una disposizione espressa che renderebbe non più applicabile la disciplina dettata (dall'art. 34 del Concordato lateranense ed in particolare) dall'art. 13 della legge matrimoniale.

È condivisibile l'opinione che considera questa interpretazione "la più conforme al dato letterale, al criterio logico-sistematico ed alla *ratio legis*"⁴⁶. A differenza dell'art. 34 del Concordato, che si limitava a menzionare soltanto l'istituto della trascrizione (rimettendone la disciplina alla normativa di attuazione), l'art. 8.1 ha dettato in forma espressa e compiuta una nuova e compiuta disciplina della trascrizione, sia di quella tempestiva (commi quarto e quinto) sia di quella tardiva (comma sesto) "senza considerare il caso specifico oggetto della disciplina dell'art. 13 della vecchia legge matrimoniale": si deve, dunque, inferire che le Parti contraenti dell'Accordo abbiano ritenuto superato e non congruo l'istituto della trascrizione c.d. ritardata e, di fatto, abbiano "accomunato tale caso non considerato a quello della trascrizione tardiva"⁴⁷. Tuttavia non manca in dottrina chi sostiene che la "previetà" della pubblicazione debba rapportarsi alla trascrizione del matrimonio e non alla celebrazione canonica⁴⁸. Di conseguenza, sarebbe

pubblicazione nella casa comunale, lettura degli articoli del codice civile, redazione del matrimonio in doppio originale) allorché la trascrizione venga effettuata entro i cinque giorni": così Cass. sez. I, 6 febbraio 1997. n. 1112, in *DeJure*, Giuffrè.

⁴⁶ Cfr. E. VITALI, *Delle persone e della famiglia. Artt. 1-230 bis. Commentario*, IPSOA, Milano, 1990, p. 279; in senso conforme F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 324 s.; M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 294; *contra*, G. BARBERINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 4^a ed., 2007, p. 237 s.; G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 159 ss..

⁴⁷ Così F. FINOCCHIARO, voce *Matrimonio concordatario*, cit., p. 756.

⁴⁸ Cfr. L. DE LUCA, *La trascrizione del matrimonio canonico: disciplina sostanziale*, in E. VITALI - G. CASUSCELLI (a cura di), *La disciplina*, cit., p. 262 ss., per il quale resta



ancora oggi ammissibile la c.d. “trascrizione tempestiva ritardata”, sebbene appaia palese la irragionevole disparità di trattamento che ne conseguirebbe tra quanti accedono al matrimonio civile e quanti celebrano matrimonio canonico da trascrivere, “sì da dover dubitare della legittimità costituzionale della norma così interpretata”⁴⁹. Anche le apposite Istruzioni rivolte agli ufficiali dello stato civile, in attesa della emanazione della legge di applicazione dell’art. 8 del nuovo Accordo, lasciano intendere che debba ritenersi ancora applicabile l’art. 13 della legge n. 847 del 1929⁵⁰. La tesi contraria alla perdurante ammissibilità della trascrizione c.d. “ritardata” - per quel che può valere la volontà del legislatore desumibile da un disegno di legge il cui *iter* di approvazione non si è mai perfezionato - trova conferma nella circostanza che la prefigurata disciplina d’attuazione dell’art. 8 dell’Accordo dava disposizioni interpretative e di dettaglio solo per la trascrizione tempestiva e per quella tardiva⁵¹.

4.1. segue...l’insussistenza dell’“atto di scelta”

Il perdurante stato di coma vegetativo che ha colpito il Sig. X, che lo ha reso del tutto privo della capacità di intendere e di volere, è incompatibile con i requisiti richiesti dal vigente sistema matrimoniale concordatario perché un matrimonio canonico possa avere efficacia civile. Come si è visto sopra, il primo dei principi di fondo accolti dall’Accordo tra Stato e Chiesa del 1984 è che la capacità di acquisire lo *status* coniugale nell’ordinamento italiano attraverso un matrimonio canonico sia la medesima prevista per accedere al matrimonio civile. Nel caso di specie, il Sig. X, data la sua condizione di piena, assoluta ed

“comunque fermo che la volontà delle parti è insostituibile” (p. 263); G. DALLA TORRE, *Lezioni*, cit., p. 160.

⁴⁹ Cfr. E. VITALI, *Delle persone e della famiglia*, cit., p. 279.

⁵⁰ Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia – Direzione generale degli affari civili e delle libere professioni. “Istruzioni agli ufficiali dello Stato civile per l’applicazione, allo stato, dell’art. 8, n. 1, dell’accordo fra la Repubblica Italiana e la Santa Sede, ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121 (26 febbraio 1986), che può leggersi in appendice a P. MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Torino, 1991, p. 185 ss., specie p. 186.

⁵¹ Si veda (in *www.olir.it*) il Disegno di legge n. 1831/1987 - Disposizioni per l’applicazione dell’Accordo 18 febbraio 1984 tra l’Italia e la Santa Sede, ratificato con Legge 25 marzo 1985, n. 121, nella parte relativa al matrimonio [presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (Goria) di concerto col Ministro di Grazia e Giustizia (Vassalli) e col Ministro dell’interno (Fanfani). Comunicato alla Presidenza della Camera dei Deputati il 5 novembre 1987. Il disegno di legge, non approvato, non è stato ripresentato nella XI e nella XII legislatura].



ininterrotta mancanza di coscienza, non avrebbe potuto validamente contrarre matrimonio civile, in quanto affetto da conclamata incapacità di intendere e di volere⁵²; in questo stato egli non ha potuto esercitare la “scelta” – seguendo l’indirizzo della Corte costituzionale e del giudice di legittimità⁵³ - di divenire coniuge anche per l’ordinamento dello Stato attraverso un matrimonio canonico da trascriversi. L’insussistenza di tale atto o negozio “di scelta” discende, come logico corollario, dalla insussistenza della volontà in capo al Sig. X di fare attribuire effetti civili al matrimonio (che risulta avere) contratto con la Sig.ra Y, che ne costituisce il presupposto logico-giuridico indefettibile. Un risalente indirizzo della Corte di Cassazione, infatti, afferma che “sussiste un’autonomia non solo concettuale, ma anche temporale e obiettivamente accertabile tra la scelta del rito e la successiva conclusione del negozio matrimoniale”, di guisa che, in tema di matrimonio canonico trascritto contratto dall’incapace naturale, “i requisiti di capacità per la valida scelta del rito debbono valutarsi, ai fini dell’impugnazione della trascrizione, alla stregua del diritto dello Stato”⁵⁴.

L’incapacità nel determinarsi a contrarre matrimonio nella “forma” concordataria, poi, implica di per sé (Corte cost. sent. n. 32 del 1971) la possibilità che sia impugnata davanti al giudice italiano la trascrizione⁵⁵ (ai sensi dell’art. 16 della legge matrimoniale) o addirittura il matrimonio stesso, poiché l’Accordo ha fatto venire meno la riserva esclusiva della giurisdizione ecclesiastica sulla validità del matrimonio “concordatario”⁵⁶, dando luogo, secondo l’orientamento

⁵² L’art. 120 cod. civ., in virtù del quale si ritiene che il matrimonio contratto dall’incapace sia annullabile, dispone: “[1] Il matrimonio può essere impugnato da quello dei coniugi che, quantunque non interdetto, provi di essere stato incapace di intendere o di volere, per qualunque causa, anche transitoria, al momento della celebrazione del matrimonio. [2] L’azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che il coniuge incapace ha recuperato la pienezza delle facoltà mentali”.

⁵³ Per il quale “la volontà di celebrare il matrimonio è considerata distinta da quella volta alla sua trascrizione per farne derivare gli effetti civili”: così Cass. sez. I, 6 febbraio 1997 n. 1112, cit..

⁵⁴ Così già Cass. civ., sez. I, 29 aprile 1980 n. 2841, in *Giust. civ. Mass.* 1980, f. 4.

⁵⁵ Questo orientamento, incentrato sul rilievo attribuito al cd. “atto di scelta”, individua un riparto tra la giurisdizione canonica, avente a oggetto la validità del matrimonio canonico, e quella statale, avente a oggetto il richiamato negozio di scelta. In questo senso rinvio per tutti a **F. FINOCCHIARO**, *Il concorso di giurisdizioni sul matrimonio cd. concordatario*, in *Giust. civ.*, 1993, I, pp. 329 ss., e, con ulteriori considerazioni, a **S. DOMIANELLO**, *I matrimoni*, cit., pp. 316 ss..

⁵⁶ La tesi dell’abrogazione della riserva di giurisdizione in materia matrimoniale concordataria, non condivisa da tutta la dottrina, è oggetto di un indirizzo consolidato



dei giudici di legittimità⁵⁷, a una ipotesi di giurisdizione concorrente. Come si è visto sopra, la rilevanza civile di un matrimonio canonico soggetto al regime di trascrizione c.d. “tempestiva” è accordata sulla base di un sistema di presunzioni della volontà dei nubenti legato all’assolvimento di alcuni adempimenti, che presuppongono necessariamente un atto di iniziativa dei nubenti. Ora, “l’atto di iniziativa dei privati previsto per la trascrizione tempestiva coincide con la richiesta di pubblicazione” all’ufficiale dello stato civile⁵⁸, (sottoscritta dai nubenti oltre che dal parroco) con il necessario atto di iniziativa del procedimento di trascrizione.

Nel caso di specie non sembra che si sia potuto attendere legittimamente a tutti quegli adempimenti. Anzitutto, le pubblicazioni non sono state richieste e affisse “previamente”, cioè prima della celebrazione, come recita l’art. 8 dell’Accordo del 1984 e come, di regola, avviene; esse sono state esposte solo a celebrazione avvenuta, ai sensi dell’art. 13 della legge matrimoniale del 1929, disposizione, come osservato sopra, di dubbia compatibilità con quanto previsto dall’Accordo oggi in vigore. Inoltre, sembra inverosimile che il Sig. X, in costanza della sua condizione di coma vegetativo, possa avere ascoltato con consapevole partecipazione e possa quindi avere compreso gli articoli del codice civile circa i diritti e i doveri dei coniugi letti dal

della giurisprudenza di legittimità (sulla base di Cass. civ., sez. un., sent. 13 febbraio 1993, n. 1824, in *Foro it.*, 1993, I, 722) che trova applicazione da parte della giurisprudenza di merito. Una panoramica degli articolati orientamenti dottrinali su questa annosa questione è offerta, con richiami bibliografici, da N. MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato sul matrimonio “concordatario” tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino, 2008, 86 ss..

⁵⁷ Si veda Cass. civ., sez. un., sent. 13 febbraio 1993 n. 1824, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, pp. 2106 ss., la quale ipotizza un vero e proprio concorso della giurisdizione statale e di quella ecclesiastica, risolvibile in base al criterio della prevenzione (il tema dei “difficili” rapporti tra le due giurisdizioni è stato abbondantemente frequentato dalla dottrina; in questa sede mi limito a segnalare la monografia di M.C. FOLLIERO, *Giurisdizioni in materia matrimoniale e diritti confessionali*, Salerno, 1992). Tuttavia, come ha segnalato N. MARCHEI, *La giurisdizione*, cit., laddove la Cassazione ha successivamente osservato che il criterio della prevenzione opera, a senso unico, in favore della giurisdizione civile (sent. 18 aprile 1997 n. 3345, in *Dir. eccl.*, 1997, II, pp. 294 ss., e sent. 16 novembre 1999 n. 12671, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000/3, pp. 909 ss.), la Suprema Corte si è avvicinata all’orientamento della separazione delle giurisdizioni (senz’altro più rispettoso del principio di laicità e di distinzione degli ordini), fondata sul riconoscimento della genesi, nell’ambito del matrimonio concordatario, di un doppio vincolo, civile e religioso (sul punto rinvio a L. DE LUCA, *Giurisdizione dello Stato ed impugnazione del matrimonio con effetti civili*, in *Dir. eccl.*, 1992, II, pp. 72 ss., e a R. BOTTA, *Matrimonio*, cit., pp. 10 ss.).

⁵⁸ Cfr. F. FINOCCHIARO, *Consenso e vizi del consenso nel matrimonio concordatario*, in S. BORDONALI – A. PALAZZO (a cura di), *Concordato*, cit., p. 24.



celebrante, e possa poi avere sottoscritto (o fatto intendere che voleva sottoscrivere, pur essendone impossibilitato fisicamente) anche l'originale dell'atto di matrimonio redatto dal medesimo e destinato all'ufficiale civile per la trascrizione. In mancanza di questi adempimenti, non può trovare luogo la presunzione di volontà del nubente necessaria a fare acquistare efficacia civile al matrimonio canonico che risulta essere stato celebrato.

4.2. segue...l'inesistenza del vincolo civile

Analogamente a quanto già ritenuto circa l'inesistenza dello stesso vincolo canonico è ammissibile ipotizzare che nel caso di specie l'atto di scelta e il conseguente vincolo matrimoniale poi, che hanno consentito la produzione dell'effetto acquisitivo dello *status* di coniuge di fronte all'ordinamento civile, siano non (solo) invalidi, ma addirittura inesistenti. Per il diritto italiano l'inesistenza del matrimonio (e, alla stessa stregua, dell'atto di scelta) ricorre, secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, nell'ipotesi in cui risulti esclusa, a differenza del caso di nullità, "ogni possibilità di assegnare effetti ad un fatto non riconducibile nello schema del rapporto matrimoniale per totale assenza di quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie"⁵⁹. Si ha, dunque, inesistenza del negozio matrimoniale "ogni volta in cui manchi la celebrazione formale, ovvero il consenso degli sposi o, infine, la diversità di sesso dei nubendi"⁶⁰. In giurisprudenza, la categoria

⁵⁹ In questo senso, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7877, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2897. In dottrina, si è chiarito che il giudizio di esistenza – inesistenza dell'atto "verte sulla presenza o assenza di elementi minimamente sussumibili alla fattispecie astratta prevista dalla norma di produzione (cd. *irricoscibilità*)" (P. ZATTI, *Invaldità*, in A. BELVEDERE, R. GUASTINI, P. ZATTI, V. Z. ZENCOVICH, *Glossario*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1994, p. 233).

⁶⁰ In questo senso, tra le molte, si vedano Cass. civ., sez. I, 24 novembre 1983, n. 7020, in *Foro it.*, 1984, I, 450; Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 1990, n. 1304, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, f. 2; Trib. Milano, ord. 21 ottobre 2002, reperibile sulla banca dati *DeJure*.

La dottrina prevalente condivide questo indirizzo giurisprudenziale. Anche per la giurisprudenza di merito "la mancata manifestazione del consenso nelle forme prescritte dall'art. 107 c.c. è causa di nullità, nella forma radicale dell'inesistenza, del matrimonio": cfr. App. Napoli, in *Dir. eccl.*, 2003, II, p. 231; Trib. Milano, 31 ottobre 2002, in *Giurisprudenza di Merito*, 2003, p. 1377.

Richiami di giurisprudenza e di dottrina sull'argomento in G. ALPA, V. MARICONDA (a cura di), sub *Art. 117 c.c.*, in *Codice civile commentato*, cit., pp. 497 – 498.



dell'inesistenza è dunque intesa in termini "materiali" e può essere dichiarata nel caso di prova dell'insussistenza degli elementi fattuali sopra menzionati, che integrano la realtà naturalistica della fattispecie. L'inesistenza, inoltre, come chiarito in dottrina, è invocabile in giudizio senza necessità di ricorso alla specifica azione di nullità e/o di annullamento - che comporta, a seconda delle cause addotte, uno specifico regime circa decadenza, prescrizione e legittimazione ad agire - ma attraverso un'azione di accertamento, appunto, dell'inesistenza⁶¹.

Nel caso in esame, gli elementi "fattuali" della celebrazione, e in essa dell'espressione del consenso tra le parti, sono da escludersi, in quanto il permanente stato di incoscienza del Sig. X da un lato non gli ha potuto fare porre in essere un consapevole atto di scelta e una consapevole partecipazione alla celebrazione, dall'altro non gli ha potuto consentire la manifestazione del consenso nuziale con parole o con gesti. In simili ipotesi, l'autorità giudiziaria può pertanto dichiarare l'inesistenza del matrimonio, o la nullità della trascrizione per inesistenza del negozio di "scelta" al quale è connessa la volontà di fare attribuire al matrimonio canonico effetti civili. Come ricordato, essendo l'inesistenza del matrimonio una categoria costruita per descrivere il difetto radicale degli elementi naturalistici della fattispecie matrimoniale, in presenza del quale non sussiste nemmeno il negozio stesso, la legittimazione ad agire spetta (come per i gravi impedimenti che determinino la nullità del matrimonio) ai coniugi, agli ascendenti prossimi, al pubblico ministero e a tutti coloro che abbiano un interesse legittimo e attuale (*ex art. 117, primo comma, cod. civ.*). In altre parole, essendo il giudizio di inesistenza promosso attraverso una autonoma azione di accertamento, la legittimazione attiva spetta a chiunque sia portatore dello specifico interesse ad agire⁶².

5. Brevi conclusioni

Un illustre autore si è chiesto quale insegnamento potesse trarsi dalla vicenda "D'Auria"⁶³, nella quale il diffuso sentimento di *pietas* verso la

⁶¹ Sul punto G. ALPA, V. MARICONDA (a cura di), sub *Art 117 c.c.*, in *Codice civile commentato*, cit., p. 497.

⁶² Si veda Cass. civ., sez. III, sent. 7 luglio 1980 n. 4340, in *Giust. civ.*, 1981, I, 111.

⁶³ Mi riferisco a L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in apertura al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Napoli, 26 - 27 ottobre 2007), il cui testo può leggersi in *Dir. eccl.*, 1-2 2007, p. 21; l'A., discorrendo *de jure condendo*, ha constatato la "anomalia" di un simile matrimonio: "[q]uando quel cappellano si è assunto la responsabilità di celebrare quel matrimonio ho provato per



famiglia del militare ha posto in secondo piano la chiara violazione, nell'occasione, dei precetti canonistici in materia di espressione del consenso *ad nuptias* e delle norme concordatarie sulla volontà nell'attribuzione degli effetti civili al matrimonio religioso. Altri ancora, pur rilevando lo spiacevole contrasto tra l'astratto (ed eluso) dover essere del diritto e il condiviso interesse umano sotteso alla fattispecie concreta, ha sollevato fondate perplessità sul rischio di future disuguaglianze di fronte a tragedie tra loro uguali: la via d'uscita "trovata" per la famiglia D'Auria non è percorribile da chi non possa attraversare, con passo forzato, le pieghe del diritto matrimoniale pattizio⁶⁴.

Se l'insegnamento auspicato doveva rivolgersi al legislatore affinché offrisse, come accennato in premessa, una ragionevole risposta di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, esso invece è stato raccolto in modo fuorviante da altri e adattato a contesti del tutto dissimili, come dimostra il caso che ha portato al provvedimento qui annotato. Il "*jus singulare*" (sotto forma di consapevole mancata opposizione e impugnazione del vincolo matrimoniale) che ha permesso di "aggirare" gli ostacoli giuridico – formali della questione "D'Auria", sulla base di evidenti ragioni di carità verso chi cade in servizio per lo Stato lasciando tre figli e una compagna, si è trasformato in fattispecie generale, e come tale in rischioso appiglio invocabile da chicchessia, al di là di esigenze di giustizia sostanziale. Dalla vicenda commentata sembra potersi evincere che gli imputati si appellino a "nuovo diritto" in nome del precedente, in base al quale sarebbe lecito un matrimonio "contratto", se così si può dire, da una persona incapace, in stato comatoso, solo perché in imminente pericolo

lui profonda solidarietà perché egli è corso in aiuto di una madre di tre bambini come il buon samaritano della parabola evangelica. Ma perché si deve caricare sopra un sacerdote il peso di una decisione tanto singolare? Evidentemente, in mancanza di una legislazione *ad hoc* in tema di coppie di fatto, si è dovuto rimediare con un intervento *extra ordinem*".

⁶⁴ Si legga G. CASUSCELLI, "A Chiare Lettere": mogli e compagne: diseguali anche nella morte, editoriale pubblicato in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), dicembre 2007, p. 5, che si chiede: «cosa accade al convivente di chi, pur trovandosi in Italia in stato di coma, non sia credente e debba seguire obbligatoriamente la strada del matrimonio avanti all'ufficiale di stato civile? O di chi, appartenendo ad una confessione religiosa ancora oggi disciplinata dalla legge "sui culti ammessi" del 1929, debba seguire l'analoga strada del matrimonio celebrato davanti al suo ministro di culto, del tutto identico nei presupposti e nella disciplina al matrimonio civile? O di chi, cattolico, si imbatta in un parroco o in un cappellano che richiedi di celebrare "un anomalo matrimonio concordatario con tutti gli effetti civili conseguenti" risponda come don Abbondio che "il coraggio uno non se lo può dare?"».



di vita. L'appello non può essere raccolto: neppure la duttilità del diritto canonico, governato dalla *aequitas*, può soddisfare una siffatta esigenza.



TRIBUNALE ORDINARIO DI COMO
UFFICIO DEL GIUDICE PER L'UDIENZA PRELIMINARE

DECRETO CHE DISPONE IL GIUDIZIO

- Art. 429 c.p.p. -

Il Giudice dr. Pietro MARTINELLI;
all'esito dell'udienza preliminare del 23/01/2009 nel procedimento n. 6320/08
R.G. GIP;
pronunciando nei confronti di
- (omissis)

TUTTI LIBERI CONTUMACI

I M P U T A T I

(omissis)

A) del reato di cui agli artt. 110 e 479 c.p. perché, in concorso tra loro, [omissis] in qualità di sposa, [omissis] in qualità di sacerdote che ha celebrato il matrimonio concordatario, [omissis] in qualità di testimoni, formando l'atto di matrimonio celebrato in data [omissis] tra [omissis], attestavano falsamente che entrambi i contraenti erano stati interrogati dal sacerdote celebrante ed avevano espresso il loro consenso e che, dopo aver manifestato il consenso, veniva data lettura agli sposi degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi, circostanze non vere in quanto lo sposo [omissis] si trovava ricoverato presso la Clinica [omissis] in coma, in stato vegetativo, e, pertanto, non era in grado di esprimere alcun consenso.

In [omissis];

(omissis)

B) del reato di cui all'art. 479 c.p. perché, in qualità di pubblico ufficiale di Stato Civile del Comune di [omissis], avendo ricevuto la richiesta di trascrizione degli effetti civili del matrimonio di cui al precedente capo d'imputazione, pur risultando dagli atti, e in particolare dalla richiesta stessa di trascrizione e dall'atto di matrimonio, che lo sposo [omissis] era in stato di coma, eseguendo la trascrizione dell'atto di matrimonio in data [omissis], attestava falsamente che al momento della trascrizione non risultavano sussistere tra gli sposi alcuni degli impedimenti inderogabili, circostanza non vera in quanto risultava chiaramente dai predetti atti che [omissis] versava in uno stato di incapacità di intendere e di volere.

In [omissis]

P.C.:



(omissis)

Fonti di prova:

- denuncia querela e relativi allegati presentata da [omissis] presso questa Procura della Repubblica in data 31.01.2008;
- copia del fascicolo n. 135206 V.G. del Tribunale di Como;
- copia dell'atto di matrimonio del [omissis];
- copia della richiesta di trascrizione per gli effetti civili data [omissis] a firma del parroco delegato della Parrocchia [omissis];
- copia della richiesta di trascrizione degli effetti civili datata [omissis] a firma del parroco della Parrocchia [omissis];
- richiesta di trascrizione per gli effetti civili data [omissis] a firma del parroco delegato [omissis];
- avviso di celebrato matrimonio religioso del [omissis] emesso dal Comune di [omissis];
- lettera del Comune di [omissis] datata 30.11.2007, indirizzata all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di [omissis] inerente l'avviso di avvenuto matrimonio per l'affissione;
- trascrizione dell'atto di matrimonio da parte dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di [omissis] avvenuta il [omissis];
- relazione del promotore di Giustizia al Vicario Giudiziale del Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo datata [omissis];
- fascicolo socio sanitario di [omissis] rilasciato dalla R.S.A. [omissis].

Visti gli artt. 429 c.p.p., 132 e 133 D.L.v. 271/89

P.Q.M.

Dispone il rinvio a giudizio del Tribunale Ordinario di Como di [omissis], sopra generalizzati, per i reati di cui in epigrafe, indicando per la comparizione del predetto davanti al Tribunale Ordinario di Como – in composizione Monocratica - [omissis] – l'udienza del giorno [omissis] ore [omissis] con avvertimento agli imputati che non comparendo saranno giudicati in contumacia.

Avverte le parti che devono, a pena di inammissibilità, depositare nella Cancelleria del Giudice del dibattimento almeno sette giorni prima della data fissata per l'udienza, la lista degli eventuali testimoni, periti o consulenti tecnici, con la indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame.

Dispone la notificazione del presente decreto agli imputati:

(omissis)