

LEOPOLDO ELIA
Professore ordinario di diritto costituzionale
nell'Università di Roma

ART. 34 DEL CONCORDATO E IMPEGNO ANTIDIVORZISTA DELLO STATO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Il dubbio come caratteristica della posizione assunta dall'Esposito. — 2. Criteri metodologici della ricerca. — 3. L'art. 44 nel primo progetto di Concordato proposto dalla Santa Sede. — 4. Analogia tra la mancata accettazione dell'ultimo comma dell'art. 44 e la reiezione della qualifica di « indissolubile » apposta al matrimonio nell'art. 29 Cost. — 5. Perché la questione dell'indissolubilità rimase fuori dell'orizzonte pattizio. — 6. Autonomia del tema « indissolubilità » rispetto agli altri oggetti della disciplina dell'art. 34 del Concordato. — 7. Il compromesso nell'art. 34: in particolare le conseguenze da trarre in ordine all'impegno per la indissolubilità dal rifiuto del doppio regime degli effetti nell'ordinamento italiano. — 8. Vicende giurisprudenziali e dottrinali successive all'attuazione dell'art. 34. — 9. La sentenza n. 169 del 1971 della Corte Costituzionale. — 10. Tentativo di risposta alla domanda formulata dall'Esposito.

1. — Anche in tempi recenti si è ripetuto il monito a diffidare delle evidenze in tema di interpretazione delle leggi¹ o, nella fattispecie, dell'art. 34 del Concordato, al fine di verificarne la compatibilità o meno con l'estensione del divorzio ai matrimoni c.d. concordatari. Ma altro è ricordare a se stessi e agli altri il buon metodo, altro è tener fede al degno proposito nei propri scritti,² quando la delusione è cocente ed un evento giurisprudenziale sembra

¹ Cfr. S. LENER, « *De Profundis* » per l'articolo 72, in *Civiltà Cattolica* 12 ottobre 1972, p. 125.

² Cfr. ancora LENER, *op. cit.*, p. 132, il quale passando ad esaminare l'impostazione del Pugliese, la qualifica « già *prima facie* sofistica ». Lo stesso Autore nell'articolo *Il matrimonio nell'art. 34 del Concordato*, in *Civiltà Cattolica* 20 novembre 1971, p. 335, proseguendo nella critica alle opinioni del Pugliese, pone l'alternativa tra il « regime adottato ed un ipotetico sistema di riconoscimento della competenza ecclesiastica solo sull'atto »: ora è evidente che se si parte con tanta sicurezza da un regime già presupposto come « adottato », è perfino inutile ricominciare il dibattito.

smentire, nei brevi paragrafi di una sentenza, proposizioni proclamate per decenni come assolutamente evidenti.

D'altra parte, se non bastano le buone intenzioni metodologiche a garantire una ricerca libera da apriorismi, non giova certo a raggiungere questo obiettivo (o, quanto meno, ad arrivare vicino al segno) la divisione degli studiosi del tema in « confessionisti » e « statualisti ».³ Che senso può avere ascrivere alla prima categoria autori come Filippo Vassalli, Gaetano Azzariti o Costantino Mortati? E chi direbbe statualista Pietro Rescigno? Certo, nella prima letteratura seguita al concordato si parlò in accezione meno positiva di scrittori curialisti,⁴ ma si trattava di casi ben precisi e di temi più delimitati. Oggi, col senso storico che dovremmo aver maturato, non possiamo ridurre complessi fenomeni di esperienza giuridica a puntuali operazioni di politica del diritto. Né è lecito trascurare quanto abbia giocato nella impostazione di « ideologia giuridica » sostenuta a più riprese dal Vassalli (la « recezione » del diritto matrimoniale canonico) il suo cosmopolitismo di giurista culto; e dimenticare il fascino esercitato su di lui dalle vicende di tras migrazione degli ordinamenti.⁵

Se vogliamo partire per un ennesimo viaggio in una terra che sembra a prima vista anche troppo esplorata, ci conviene dunque altro viatico. E ci sembra di averlo trovato in questo passo di Carlo Esposito che, per comodità del lettore, riproduciamo nella sua inscindibile unità di testo e di nota.⁶

³ Cfr. G. PUGLIESE, *L'interpretazione dell'art. 34 del Concordato e la Nota Vaticana 13 giugno 1970*, in *Giur. it.*, 1970, IV, p. 129 ss.

⁴ Cfr. M. FALCO, *Corso di dir. eccl.*, II, Padova, 1938, p. 228; l'a. si riferisce a quegli scrittori che tendevano a riconoscere come civilmente efficaci altre cause di scioglimento (oltre alla dispensa *super rato*), previste dal diritto canonico, ed in particolare il privilegio paolino; il D'AVACK P. A., *La base giuridica del nuovo diritto matrimoniale concordatario vigente in Italia*, Roma 1932, p. 22, nt. 1, parla di scrittori ligi alla Santa Sede.

⁵ Cfr. VASSALLI F., *Lezioni di diritto matrimoniale*, I, Padova 1932, p. 113 e ss.; e prima ancora la conferenza *Il matrimonio nel regime del Concordato fra l'Italia e la Santa Sede*, tenuta a Genova il 23 febbraio 1929, pubblicata ne *Le opere e i giorni*, Genova, 1929, e ripubblicata in *Studi giuridici*, I, Milano 1960, p. 73 ss. (Facoltà di giurisprudenza Università di Roma).

⁶ Cfr. *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, pp. 139-140:

« ... anche in passato, in Italia, il principio dell'indissolubilità del matrimonio fu consacrato nella sola legislazione ordinaria e non ne fu fatta proclamazione in atti che avrebbero potuto comunque vincolare la libertà di decisione del legislatore ordinario (6).

(6) Non ne è fatta, cioè, esplicita menzione nel Concordato con la S. Sede del 1929, per quanto in uno schema preparatorio del febbraio fosse scritto all'art. 44: « in qualsiasi disposizione concernente il matrimonio lo Stato si impegna a mantenere illeso il principio della indissolubilità e l'impedimento dell'ordine sacro » (V. BIGGINI, *Storia inedita della conciliazione*, Milano, 1942, p. 124). Nel concordato è stabilito solo all'art. 34 che « Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico gli

La posizione assunta in questa pagina dall'Esposito corrisponde senza dubbio al carattere eminentemente problematico del suo discorso scientifico, ma non cessa perciò di essere e di rimanere singolarissima. Si dirà che l'autore, se avesse dovuto affrontare un problema più attuale, non avrebbe mancato di sciogliere la riserva; e che, tutto sommato, la pagina così perplessa rappresenta pur sempre, nel saggio sulla famiglia, quasi un *obiter dictum*. Ma anche a far conto di simili e di altre considerazioni di circostanza, resta il fatto che uno scrittore tanto problematico (ma tutt'altro che indeciso nelle soluzioni) rifiutò di schierarsi con uno dei due gruppi, che si contendevano il campo:⁷ e si che taluni esponenti delle due schiere dimostravano (o avrebbero ostentato poi)⁸ una tale sicurezza nelle loro convinzioni (costituzionalità o incostituzionalità delle norme che avessero esteso ai c.d. matrimoni concordatari il di-

effetti civili»; è precisato poi che « Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici »; ed è detto in fine dell'articolo che « Quanto alle cause di separazione personale la S. Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile ». Sembrirebbero quindi esclusi processi o « cause » civili dirette a privare di effetti civili il matrimonio religioso o a considerare sciolto, sotto il profilo civile, il vincolo matrimoniale derivante da matrimonio religioso. Tuttavia il silenzio sull'ipotesi di « causa » dirette a sciogliere, a fini e con effetti meramente civili, il vincolo matrimoniale contratto secondo il diritto canonico, piuttosto che significare una volontà assolutamente contraria a tale scioglimento potrebbe invece giustificarsi in base al motivo più contingente che era inutile disciplinare l'ipotesi, dato che in Italia non era ammesso in nessun caso lo scioglimento del matrimonio (v. art. 148 c.c. del 1865; art. 149 c.c. vigente). Ma quale sarebbe la situazione, una volta introdotto in Italia il divorzio? Si dovrà sostenere l'esistenza di una lacuna del concordato o di un divieto di estendere ai vincoli matrimoniali civili sorti in via canonica le ipotizzate disposizioni sul divorzio? Solo nella seconda ipotesi la indissolubilità del matrimonio canonico, che però non è piena (v. infatti, *Codex juris canonici*, can. 1118-1127 e, soprattutto, l'art. 17 della l. 27 maggio 1929 n. 847, che dà efficacia in Italia alla dispensa del matrimonio rato e non consumato) godrebbe per lo meno della limitata garanzia offerta alle disposizioni concordatarie dall'art. 7 della Costituzione ».

Il saggio *Famiglia e figli*, da cui è tratto il passo, fu scritto per gli *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, p. 551 ss.

⁷ Per un ampio panorama della letteratura prima e dopo il saggio di Esposito cfr. BELLINI P., *Divorzio e impegni concordatari dello Stato*, in *Arch. giur.* 1969, CLXXVII, p. 61 ss., (n. 7 a p. 10 dell'estratto da cui si cita).

⁸ Cfr. ancora LENER nell'intervento al XX Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, in *Iustitia*, aprile-settembre 1970, p. 277. Per l'altra opinione in particolare JEMOLO, *Gli occhiali del giurista*, Padova, 1970, *passim* ed in particolare p. 145: entrambi gli autori accennano all'atteggiamento insofferente o almeno « insouciant » di alcuni sostenitori delle due tesi interpretative.

Lo stesso Jemolo, peraltro, sottovaluta la gravità delle questioni giuridiche poste dall'introduzione del divorzio, allorché ritiene che nel problema non vi siano che « lievi riflessi costituzionalistici » trattandosi in fatto di questione politico-religiosa (così in *Ancora sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.* 1967, II, p. 85 ora in *Gli occhiali*, cit., 239).

vorzio) da esprimere un senso di fastidio o di irritata meraviglia per il fatto che altri osasse sostenere un'opinione di segno opposto.⁹

In verità, il provvisorio *non liquet* dottrinale di Esposito rappresentava di per se stesso una critica a « quel » modo di sostenere entrambe le opinioni.¹⁰ D'altra parte non sarebbe corretto (e contrasterebbe in ogni caso con la natura dello scrittore dubitante) prendere subito una scorciatoia e trarre dal dubbio medesimo la conclusione negativa, ritenendosi cioè che l'incertezza circa l'assunzione di un impegno statale per l'indissolubilità conduca da sola a non riconoscere l'esistenza dell'impegno (che implicava, tra l'altro, limitazioni di potere sovrano); né ci si potrebbe acquietare con la considerazione che è ozioso discutere le soggettive interpretazioni del silenzio dei contraenti o del legislatore.¹¹

Giova dunque verificare il fondamento stesso del dubbio ed i dati ai quali esso si appoggia, non rinunciando alla ricerca dei mezzi per il suo superamento.¹²

2. — Il riferimento di Esposito all'art. 44 del progetto Pacelli¹³ ci fornisce una indicazione specifica sul metodo della ricerca: si tratta di accer-

⁹ Per un diverso atteggiamento, assai più problematico ed in questo senso il più vicino a quello dell'Esposito, cfr. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, a cura di Levi e Calamandrei I, Firenze 1950, 297.

¹⁰ Chi scrive è stato sollecitato ad una verifica delle diverse tesi non solo dal succedersi di taluni eventi (*iter* della legge sul divorzio e sentenza della Corte n. 169 del 1971), ma in eguale misura dall'invito ad approfondire il tema che ha colto nel testo dell'Esposito riprodotto a nota 6.

¹¹ Così FALCO M., *Corso dir. eccl.*, cit. *cod. loco*. A prima vista si presenta come fortemente assertiva anche la frase di Esposito contenuta nel testo del passo riprodotto; ma la nota interviene a bilanciare ed a rendere problematica l'affermazione o meglio, la conclusione che a essa parrebbe doversi trarre.

¹² Quanto si dice nel testo implica un giudizio di plausibilità sulla questione di legittimità costituzionale sollevata contro la legge sul divorzio (o meglio sul suo art. 2) per violazione dell'art. 34 del Concordato in rapporto all'art. 7 Cost.: e include pure un giudizio negativo sull'atteggiamento dei giudici di merito che, prima della sentenza n. 169, respinsero come manifestamente infondata la *questio predetta* (così Trib. Genova 31 marzo 1971, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1021). Non rileva ovviamente a questo fine la considerazione paradossale che un giudice, convinto della incostituzionalità dell'art. 2, avrebbe avuto qualche motivo per respingere come manifestamente infondata la *questio* al fine di differire il giudizio ad altra, più favorevole composizione della Corte (sollevando d'ufficio, successivamente, l'eccezione di incostituzionalità).

¹³ Cfr. il testo del progetto Pacelli (e non già Pacelli-Barone, come a torto lo si è da taluno qualificato) già in M. MISSIROLI, *Date a Cesare*, Roma, 1929, p. 437 s. (l'art. 44 è riportato a p. 456); il testo di quest'ultimo articolo (anzi del suo ultimo comma) è riferito anche da VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, cit., p. 225, il quale, però, parla inesattamente, come del resto il FALCO, *Corso*, cit., II, p. 149, di schema Barone-Pacelli del novembre 1926: di un primo schema concertato nelle linee generali (e firmato dai due negoziatori) può parlarsi solo per il Trattato (cfr. MISSIROLI, *Date a Cesare*, cit., p. 436-437). V. inoltre C.A. BIGGINI, *Storia inedita della*

tare, innanzi tutto, se « in quel momento e con quella pattuizione » lo Stato italiano assunse un impegno antidivorzista, sia pure limitatamente ai matrimoni concordatari.

Ciò comporta una rigorosa delimitazione dei dati da prendere in esame al *punctum temporis* nel quale il concordato entrò in vigore e la sua normativa trovò attuazione nel nostro ordinamento: gli stessi dati normativi sono assunti per rispondere alla domanda se nel 1929 lo Stato italiano si impegnò o meno in quel senso. Essi, pertanto, lasciano scarso margine alle interpretazioni fornite negli anni seguenti sia in sede dottrinale che in sede giurisprudenziale, proprio perché tali interpretazioni sono in grado di stabilire il contenuto più o meno ampio di un impegno, ma non si prestano a modificare una situazione così dilemmatica e storicamente circostanziata. In altre parole, il discorso che si fa a proposito dell'art. 7 della Costituzione (che esso non poté offrire garanzia costituzionale a più di quanto fosse pattuito negli accordi lateratensi), va inteso in senso anche più restrittivo per l'oggetto della nostra verifica, proprio perché esso non si presta ai chiaroscuri interpretativi ai quali ben si adattano altre parti della normativa concordataria.

Naturalmente del contesto preso in esame fa parte anche la legge 27 maggio 1929 n. 847,¹⁴ nonché qualche momento più rilevante delle trattative intercorse tra le due parti nella fase preparatoria: ma la concentrazione dello sforzo interpretativo sulla verifica di un singolo evento (l'assunzione, allora, di un obbligo da parte dello Stato italiano) e la « fissità » del risultato raggiunto comportano due conseguenze di notevole rilievo: a) che sia improprio, in una simile ricerca, fare ricorso per la soluzione nell'uno o nell'altro senso a canoni di interpretazione adeguatrice alla costituzione repubblicana sopravvenuta;¹⁵ b) che sia ancor più improprio far ricorso a criteri di interpretazione di accordi internazionali o interpotestativi maturati in epoca successiva ed in particolare dopo la seconda guerra mondiale,¹⁶ mentre è necessario utilizzare

Conciliazione, Milano 1942, p. 96, 110 e 124 (per il testo preparato da Barone come primo abbozzo del Concordato cfr. *cod. loco*, p. 127 e ss.) e Francesco PACELLI, *Diario della Conciliazione*, a cura di M. Maccarrone, Città del Vaticano, 1959, p. 247 (dove si riproduce il progetto del Concordato « proposto dalla Santa Sede » e si danno a p. 264 le due versioni dell'art. 44).

¹⁴ Cfr. *Atti della Commissione mista dei delegati della Santa Sede e del Governo italiano per predisporre l'esecuzione del Concordato (11 aprile-25 novembre 1929)*, a cura di Pio Ciprotti Milano, 1968; da tali atti emerge la mancanza di ogni reazione della Santa Sede circa la formulazione dell'art. 5 della l. 27 maggio 1929 n. 847 per l'applicazione del Concordato, nella parte relativa al matrimonio, per ciò che concerne la parificazione degli effetti del matrimonio religioso a quello civile (anzi fu l'avv. Pacelli a formulare la proposta, accettata dalla Commissione, di aggiungere la parola « stessi » ad « effetti civili »; cfr. p. 59).

¹⁵ Cfr. invece PUGLIESE, *L'interpretazione*, cit., p. 134 e A. TALAMANCA, *Divorzi e matrimoni concordatari: problemi di costituzionalità*, in *Studi sul divorzio*, Roma, 1972, p. 182, e ss.

¹⁶ Cfr. invece BOTTA R., *Matrimonio concordatario e divorzio di fronte alla Corte Costituzionale* in *Studi sul divorzio*, cit., p. 125.

le concezioni, in tema di limitazione della sovranità degli stati, prevalenti intorno agli anni trenta.

Quanto si è detto giustifica anche la netta preferenza accordata in queste pagine ai primi scritti sul nuovo diritto matrimoniale concordatario proprio perché essi, lontani da ogni preoccupazione ricollegabile in qualche modo alla *querelle* attuale, sono in grado di restituirci meglio il significato concordatario di talune formule contenute nell'art. 34.¹⁷

3. — Conviene partire dal famoso testo dell'art. 44 di un primo progetto di concordato sottoposto dai fiduciari della Santa Sede al Consigliere Barone.¹⁸ Non soltanto esso è stato ritenuto di grande importanza da una serie di scrittori illustri,¹⁹ ma il mancato accoglimento del suo ultimo comma nella redazione definitiva del Concordato è servito alla stessa Corte Costituzionale per motivare la sua decisione di rigetto in ordine alla incostituzionalità dell'art. 2 della legge 1 dicembre 1970 n. 898.²⁰ La controprova del rilievo, che è giusto attribuire a questa risultanza dei lavori preparatori, si è avuta con l'analisi assai fine elaborata dall'Olivero;²¹ in effetti, con il suo noto articolo, questo scrittore non solo ha tentato, e con qualche successo,²² di svalutare

¹⁷ Va da sé che taluni argomentazioni interpretative hanno assunto carattere tralucio, senza che la loro iterazione abbia portato a formulazioni più convincenti.

¹⁸ Il testo dell'art. 44 del progetto della Santa Sede era il seguente:

« Il matrimonio celebrato validamente secondo il codice di diritto canonico è riconosciuto dallo Stato senza che sia necessario procedere all'atto civile.

È però fatto obbligo all'autorità ecclesiastica competente di comunicare all'ufficio d'anagrafe l'avvenuta celebrazione.

Lo Stato riconosce alla Chiesa la giurisdizione esclusiva nelle cause relative al matrimonio celebrato come sopra. I provvedimenti e le sentenze relative saranno dall'autorità ecclesiastica comunicati all'autorità civile, la quale ne prenderà atto per tutti gli effetti e senza altre formalità.

In qualsiasi disposizione concernente il matrimonio lo Stato si impegna a mantenere illeso il principio dell'indissolubilità e l'impedimento dell'ordine sacro ».

Gli ultimi due commi sostituiscono un testo iniziale di capoverso alquanto differente, che diceva: « Per ciò che riguarda gli impedimenti dirimenti e le cause matrimoniali, lo Stato si rimetterà alle disposizioni del codice di diritto canonico ». Come risulta dal diario Pacelli il testo fu modificato dopo alcuni incontri cui parteciparono il Papa Pio XI ed il card. Gasparri; cfr. *ivi*, p. 34 ss. (periodo dicembre '26 e gennaio '27).

¹⁹ Cfr. BELLINI, *Divorzio e impegni concordatari*, cit., p. 31, nota 27 per la letteratura sull'art. 44 del progetto della Santa Sede.

²⁰ Vedi in *Giur. cost.*, 1971, 1789.

²¹ Cfr. OLIVERO, *Matrimonio concordatario, Costituzione e progetto Fortuna*, in *Giur. it.*, 1969, IV, 1 ss.

²² Cfr. BELLINI, *Divorzio e impegni concordatari*, cit., 31 accetta l'opinione dell'Olivero (avanzata a suo tempo anche dall'Azzariti nell'articolo che si menzionerà appresso) secondo la quale la proposta della S. Sede circa l'impegno dello Stato a mantenere illeso il principio dell'indissolubilità era da riferirsi al matrimonio civile.

l'argomento tratto dalla mancata approvazione del testo sull'indissolubilità *ex art. 44* del progetto vaticano, ma addirittura lo ha volto a vantaggio della propria opinione: secondo questo autore l'ultimo comma dell'articolo mirava a garantire la Chiesa cattolica soltanto contra l'introduzione del divorzio per il matrimonio civile, risultando *aliunde* già garantita l'indissolubilità del matrimonio concordatario.

In altre parole, la garanzia dell'indissolubilità sarebbe derivata, per i matrimoni canonici con effetti civili, dal riconoscimento della giurisdizione esclusiva della Chiesa nelle cause relative a questi matrimoni. Ma non sembra accettabile il criterio, accolto invece dal Bellini,²³ secondo cui dalla risoluzione della questione giurisdizionale scaturisce di riflesso la ripartizione delle stesse competenze normative: in realtà per noi è vero sempre l'inverso, condizionandosi (e dimensionandosi) la potestà giurisdizionale per riferimento (ed in conseguenza) del riparto di potestà normative ed amministrativa (per così dire sostanziale). Una volta che il matrimonio canonico fosse stato « riconosciuto » dello Stato, è ovvio che sul riconoscimento e sugli effetti di esso si sarebbe affermata la competenza dei tribunali italiani, mentre quella dei tribunali ecclesiastici avrebbe naturalmente incontrato il limite dei tipi di pronuncia consentiti dal codice di diritto canonico. Quindi nemmeno il secondo comma dell'art. 44 del progetto avrebbe reso inutile, per i matrimoni concordatari, la omnimoda garanzia contenuta nell'ultimo comma.

E poi il discorso dell'Olivero (fondato sulla presumibile preoccupazione della Santa Sede di evitare una disparità di trattamento tra chi optasse per un tipo e chi optasse per l'altro tipo di matrimonio) è viziato da una petizione di principio: dà cioè presupposto che lo Stato italiano accettasse o avesse per implicito accettato una possibile disparità di regime — anche negli effetti — tra matrimonio canonico « riconosciuto » e matrimonio civile. Ma proprio ciò è da dimostrare, dal momento che tutto il corso delle trattative concordatarie (come poi la normativa del Codice Civile 1942 e le formule della Costituzione repubblicana) attesta la fermissima volontà dei negoziatori italiani di mantenere illeso il principio della identità degli effetti tra i due tipi di matrimonio.

Insomma, chi suggerì la formula dell'art. 44²⁴ doveva essere giurista assai previdente e politico non meno accorto: più callido, ce lo consenta l'Olivero, degli esegeti pur valorosi di trentatré anni dopo.

Né giova addurre che l'impegno dello Stato a far valere in ogni caso l'impedimento dell'ordine sacro poteva riguardare soltanto il matrimonio civile: perché principio dell'indissolubilità e impedimento da ordine sacro si pongono in situazioni notevolmente diverse. Mentre l'impedimento si riferisce

²³ Cfr. *Divorzio e impegni concordatari*, cit., p. 27, nota 25.

²⁴ Quasi certamente (cfr. *supra* n. 19) si trattò o del Papa o del card. Gasparri.

all'atto matrimoniale (come contratto-sacramento) e si situa *ex ante* alla celebrazione, non ponendo problemi per quanto riguarda il matrimonio da celebrarsi secondo il diritto canonico, l'indissolubilità concerne il matrimonio già celebrato o, meglio, la sfera dei suoi effetti: e pertanto si ripropongono a questo riguardo tutte le problematiche circa il regime unitario della nostra società coniugale di cui si è fatto ora cenno. Indissolubilità ed ordine sacro sono entità giuridiche situate a livelli diversi: e fu raffinata abilità giuridico-diplomatica metter insieme impegno omnimodo a non sciogliere (in qualsivoglia disposizione) e impegno a far valere l'*impedimentum ordinis* nel matrimonio civile.

Il vero è che da parte vaticana si presentò non già una proposta aggiuntiva (garantire una indissolubilità superaddita: quella del matrimonio civile da sommare all'altra già messa al sicuro per i matrimoni concordatari) ma si azzardò una proposta *cumulativa*, che includeva anche, a *fortiori*, come cerchio più ristretto contenuto in cerchio più largo, il matrimonio canonico riconosciuto. Se il più contiene il meno, la Santa Sede garantiva a un tempo l'identità degli effetti civili e l'indissolubilità, vuoi del vincolo concubinario, vuoi del vincolo benedetto.

4. — Sia consentito indugiare a questo punto, e a modo di parentesi, su una singolare analogia tra l'ipotesi cumulativa, che riscontriamo nell'art. 44 del vecchio progetto vaticano e l'altra ipotesi cumulativa che, con molta probabilità, si rintracciava nel comma 1 dell'art. 29 Cost., prima che l'emendamento Grilli facesse cadere dal testo della Commissione dei 75 l'aggettivo « indissolubile ». Anche allora si disse da molti giuristi laici, deputati all'assemblea costituente (la citazione di Calamandrei è ormai superflua), che l'indissolubilità del matrimonio concordatario era ferreamente garantita dall'art. 7 Cost.: ma nessuno potrà negare che, nel dar conto alla Commissione dei 75 del lavoro dei Diciotto, l'on. Ruini precisasse (in termini pressoché equipollenti a quelli della sua relazione all'Assemblea Costituente) che si trattava di « stabilire che, se si volesse togliere l'indissolubilità del matrimonio, oggi vigente nel nostro diritto, non basterebbe una legge normale, ma, attesa l'importanza che il problema ha nella coscienza popolare e le conseguenze che ne verrebbero nei rapporti con la Chiesa, sarebbe necessaria una revisione o legge di valore costituzionale ». ²⁵ È evidente che, secondo Ruini, il testo proposto aveva carattere cumulativo, comprendendo sia l'ipotesi di matrimonio concordatario che quella del matrimonio civile: e ciò probabilmente per l'incertezza sulla « copertura » dell'art. 7 rispetto all'art. 34 del Concordato, e per quella preoccupazione circa il *regime unitario degli effetti*, che fu sempre presente

²⁵ Cfr. Resoconti Commissione - Adunanze plenarie, p. 101 ss.

nei nostri uomini politici più maturi. Né forse potrebbe spiegarsi con motivazioni diverse l'impegno strenuo posto in questa battaglia dai deputati della Democrazia Cristiana; ²⁶ anche per loro poteva dirsi che li muoveva la preoccupazione di una disparità di effetti tra i due tipi di matrimonio. Ma resta più valida l'ipotesi che, se non altro con intento tuzioristico, essi si battessero avendo di mira pure i matrimoni concordatari. ²⁷ Questa supposizione è confermata dal convincimento, allora nutrito da alcuni autorevoli costituenti democristiani, che il referendum potesse applicarsi proprio a questioni di preminente interesse per la società civile come il divorzio.

Ora, sembra difficile pensare ad un referendum limitato esclusivamente alla indissolubilità del matrimonio civile (dato il numero relativamente ristretto di interessati). Del resto lo stesso referendum abrogativo della legge 1 dicembre 1970 n. 898, indetto e non ancora effettuato, presuppone che l'art. 2, concernente il divorzio per i matrimoni concordatari, sia ritenuto non contrario a Costituzione: altrimenti se esso fosse da ritenersi costituzionalmente illegittimo non si potrebbe abbandonare alla volontà del corpo elettorale la sua conferma o la sua reiezione. ²⁸ La Corte Costituzionale, al fine di evitare la sottoposizione a referendum abrogativo di una norma contraria all'art. 7 Cost. per contrasto con l'art. 34 del Concordato, avrebbe dovuto sollevare di ufficio la *quaestio* (ove non l'avesse già decisa), proprio in sede di giudizio sull'ammissibilità del referendum: giudizio che dovrebbe includere, oltre che il vaglio delle eccezioni previste *ex art. 75 Cost.*, anche il sindacato di costituzionalità dell'oggetto del referendum. ²⁹

²⁶ Se risultavano assenti 32 deputati democristiani, ben 138 erano i deputati laici che non parteciparono alla votazione sull'emendamento soppresivo Grilli (così ANDREOTTI, in GRUPPO PARLAMENTARE DC, *In opposizione al divorzio*, II, Roma, 1970, p. 703). Particolarmente significative le spinte pressanti che vennero dal Vaticano al fine di garantire costituzionalmente l'indissolubilità del matrimonio nell'art. 29.

²⁷ Gli eventi del 1970 hanno poi dato ragione all'impegno spiegato soprattutto da La Pira e Dossetti, perfino eccessivo in qualche tratto (quando il deputato emiliano, ad es., dichiara: « quello che si sta dibattendo è il problema fondamentale di tutta la Costituzione »; cfr. intervento Dossetti, I Sottocommissione, 30 ottobre 1946, Resoconti, p. 334).

²⁸ In realtà il referendum, richiesto ed ammesso per tutta la legge e quindi anche per l'art. 2, presuppone logicamente, per la parte relativa alla cessazione d'efficacia dei matrimoni concordatari, la sent. n. 169 del 1971 (in effetti è la sentenza n. 10 del 1972 sull'ammissibilità del referendum che presuppone la pronuncia del 1971, sebbene di ciò manchi ogni traccia nella motivazione della prima). Nulla garantisce, peraltro, che anche una manifestazione di volontà del corpo referendario favorevole alla norma già sottoposta al giudizio della Corte, possa essere vanificato da una successiva sentenza della Corte che non sia più di rigetto ma di accoglimento.

²⁹ Il MORTATI (*Istituzioni di diritto pubblico*, II, appendice, Padova, 1972, p. 6) opina in questi termini: « Costituirebbe un'anomalia del sistema stabilire che la Corte debba dare via libera a referendum il cui oggetto risulti palesemente incostituzionale e consentirle poi d'in-

5. — Chiusa la parentesi, ritorniamo agli argomenti collaterali dell'Olivero, tutti interessanti perché legati al contesto storico in cui maturò la formulazione definitiva del Concordato.

Osserva il chiaro autore che l'art. 44 fu proposto in una fase iniziale delle trattative quando ancora la Santa Sede era ben lontana dall'aver acquisito il « sistema logicamente netto » richiesto da Pio XI: e cioè il potere sulla disciplina dell'atto matrimoniale con effetti civili e non soltanto sul rito (impedimenti, ecc.) nonché l'operatività senza filtro delibatorio delle sentenze ecclesiastiche in materia di nullità e di dispensa *super rato*. Orbene, argomento l'Olivero, se il beneficio del riconoscimento degli effetti civili al matrimonio religioso sembrava a Pio XI infirmato ove non si fosse conseguito il « sistema », comprendente le due soluzioni favorevoli alla Santa Sede ora richiamate, *a fortiori* deve escludersi la supposizione (da ritenere assurda) che la stessa Santa Sede avrebbe sottoscritto un art. 34 non vincolante lo Stato alla indissolubilità dei matrimoni concordatari. Ma, per quanto ciò possa a prima vista destar meraviglia, l'argomento non è affatto convincente: in effetti, mentre la disciplina canonica dell'atto-matrimonio e la operatività pressoché immediata (o, *rectius*, automatica) delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali rappresentavano due novità due rivendicazioni del tutto nuove della Santa Sede,³⁰

tervenire successivamente in sede di impugnativa della legge abrogatrice, al fine di rendere possibile una dichiarazione di incostituzionalità ».

Restano comunque due problemi: il primo concerne il modo con il quale la Corte non dà via libera al referendum sulla norma incostituzionale. Semplice disapplicazione o Corte che solleva la *quaestio* fungendo da giudice *a quo* in sede di giudizio sull'ammissibilità del referendum? Sembra più logica la seconda ipotesi, anche se la sua realizzazione può dar luogo a qualche difficoltà per i termini del giudizio: ma l'importanza della consultazione referendaria (e il carattere « universale » della partecipazione dei cittadini) esigono che la dichiarazione di illegittimità o di infondatezza della *quaestio* avvengano più che mai *erga omnes*.

Secondo problema: ove si accolga la soluzione della Corte come giudice *a quo* dovrà dirsi che la *quaestio* potrà essere sollevata anche se la disposizione legislativa oggetto di referendum non appaia palesemente incostituzionale, ma pur quando la *quaestio* non sia manifestamente infondata. Il problema ha rilievo solo dal punto di vista teorico: in pratica (e nei termini stretti del giudizio sulla richiesta di referendum) la Corte che sollevasse la *quaestio* la risolverebbe nel senso della dichiarazione d'illegittimità costituzionale. Mai come in questo caso, *poser la question c'est la résoudre*.

³⁰ L'Olivero cita la lettera di Mussolini al re del 20 gennaio 1929 (cfr. BIGGINI, *Storia inedita*, p. 316) nella quale il capo del governo ammetteva che in materia matrimoniale « lo Stato retrocede di molto, e quasi viene fatto estraneo a un dato fondamentale com'è la costituzione e le vicende della famiglia ». Ma ciò non ha nulla a che vedere con l'impegno alla indissolubilità: i « cedimenti » alle richieste della S. Sede sono così gravi, rispetto al diritto comune dei paesi occidentali, da giustificare ampiamente le espressioni usate da Mussolini, tanto più che nel linguaggio atecnico del capo del governo, in un ordinamento nel quale manca il divorzio e vige la giurisdizione ecclesiastica per le cause di nullità dei matrimoni concordatari, davvero le vicende della famiglia (e dunque ciò che può accadere successivamente alla celebrazione del

l'indissolubilità era un carattere assolutamente consolidato della società coniugale nell'ordinamento giuridico italiano.³¹

Perché dunque sancire come obbligo, sia pure in sede concordataria, ciò che era sentito dagli esponenti dello Stato italiano come libera determinazione? Perché sentirsi obbligati a ciò che si è liberamente scelto? Ciò comporterebbe una sorta di degradazione del proprio volere, da libero a vincolato: e quando vi sia una così spontanea e originaria coincidenza di volontà non v'è — per così dire — materia negoziabile. Perché, ripetiamo, vincolarsi per convenzione a ciò che fu oggetto di libera elezione?

Questo stato di cose — che era anche uno stato d'animo — spiega perché, dopo il breve preludio dell'art. 44, il tema dell'indissolubilità, anche per i matrimoni concordatari, scomparisse dall'orizzonte pattizio;³² si dice pure: « l'indissolubilità per la Santa Sede era addirittura fuori questione ». ³³ Ma il problema consiste proprio nell'accertare se era fuori questione perché in tal senso si era pattuito o perché l'indissolubilità era sì fermamente ma parallelamente ed autonomamente da entrambe le parti voluta.

A favore di questa seconda eventualità depongono vari elementi: e innanzi tutto la esiguità degli incentivi che aveva la Santa Sede a trasformare in vincolo convenzionale l'antica scelta antidivorzista del legislatore italiano. Nel 1926-27 non c'era nemmeno quella costituzione rigida che sarebbe sopravvenuta con la legge sul gran consiglio del fascismo 9 dicembre 1928 n. 2693;³⁴ e, comunque, anche dopo l'entrata in vigore di questa legge, la « ri-

matrimonio) dipendono, fatte salve le ipotesi di separazione, dalle pronunzie dei tribunali e dicasteri della Chiesa. Era ben conscio della eccezionalità della innovazione (insieme al guardasigilli Rocco) anche il Vassalli, secondo il quale la novità « non può non apparire delle più gravi nell'ordine politico, poiché per essa rapporti attinenti allo stato dei cittadini sono assoggettati a un potere giurisdizionale estraneo allo Stato; d'altro canto la concentrazione della funzione di giustizia nello Stato è stata ritenuta esigenza fondamentale dal pensiero politico di molti secoli... » (cfr. *Il matrimonio nel regime del Concordato*, cit., p. 86).

Non diversamente JEMOLO, in garbata polemica col Giacchi, e con riferimenti comparatistici, nello scritto *In tema di regime matrimoniale*, ora ne *Gli occhiali del giurista*, cit., p. 136 ss.).

³¹ Cfr. per tutti RAVÀ, *Il matrimonio secondo il nuovo ordinamento italiano*, Padova, 1932, p. 122 ss., in particolare la conclusione di p. 127: « Il principio quindi dell'indissolubilità matrimoniale è un matrimonio sicuro e comune di tutto il popolo italiano ».

³² L'OLIVERO, *Matrimonio concordatario*, cit., c. 3, afferma non risultare dai volumi Biggini e Pacelli alcuna ripulsa del governo rispetto all'impegno sull'indissolubilità. Ma come spiegare altrimenti che sia stata risolta solo la questione degli impedimenti al matrimonio civile derivanti dallo stato ecclesiastico delle persone? (cfr. BIGGINI, *Storia inedita*, cit., p. 231, promemoria Barone 10 ottobre 1928). Non interessano ora le modalità adottate dal negoziatore italiano: è probabile che il Barone abbia cortesemente invitato l'altra parte a non insistere.

³³ Cfr. ancora L'OLIVERO, *cod. loco*, c. 4.

³⁴ Sul punto v. per tutti ESPOSITO, *La validità delle leggi, ristampa*, Milano, 1964, p. 160 ss.

gidità » era assai poco garantita. Quindi, se una legge ordinaria italiana avesse violato le norme concordatarie, era di scarso ausilio il rilevare che su una proposta legislativa concernente i rapporti tra lo Stato e la Santa Sede non era stato sentito il parere del gran consiglio. Certo, rimaneva la responsabilità al livello di ordinamento concordatario; ma dal punto di vista del diritto interno, il problema della obbligazione statutale all'indissolubilità ha acquistato vero interesse solo dopo il voto dell'assemblea costituente sull'art. 7. Col sopravvenire di una costituzione rigida, a rigidità garantita da una Corte Costituzionale e comprensiva di una disciplina come quella contenuta nell'art. 7, nasceva un più profondo interesse della Santa Sede all'obbligazione dello Stato italiano in tema di indissolubilità per i matrimoni canonici con effetti civili.

D'altronde la parte vaticana non era nelle migliori condizioni per pretendere una obbligazione statutale cosiffatta; mentre doveva sforzarsi di far passare l'esecutività agli effetti civili della dispensa *super rato*;³⁵ e mentre qualche ambiente italiano si mostrava preoccupato per le insidie alla indissolubilità nascoste, ma non tanto, in taluni risvolti della disciplina canonistica sui vizi del consenso matrimoniale.³⁶ Dunque alla Santa Sede conveniva in quella congiuntura piuttosto « glisser » che « appuyer »; e affidarsi al parallelismo delle due volontà indirizzate a mantenere, sia pure per motivi diversi, il diniego ad ogni soluzione divorzista.

Il VASSALLI, *Lezioni*, cit., 166 prospettò l'ipotesi dell'incostituzionalità della l. 27 maggio 1929 n. 847 (o meglio del suo art. 5) ove fosse davvero risultata una alterazione rispetto al sistema delle competenze, normative e giurisdizionali, accolto nell'art. 34: « non è da dimenticare che la l. 27 maggio 1929 n. 847 è una legge ordinaria, mentre il Concordato appartiene al novero delle leggi costituzionali, essendo stata la l. 27 maggio 1929 n. 810, con la quale il Concordato fu reso esecutivo nel Regno, sottoposta al Gran Consiglio, come una delle leggi previste dall'art. 12 della l. 9 dicembre 1928 n. 2693 ».

³⁵ Per le giustificazioni di politica demografica messe avanti da Papa Pio XI al fine di ottenere l'esecutività agli effetti civili anche delle dispense *super rato*, cfr. PACELLI, *Diario*, cit., p. 288. Le osservazioni della Sede in risposta al controprogetto Barone (formulate tra il 22 febbraio e il 2 marzo 1927) sono particolarmente importanti perché trattano del problema della « indissolubilità » soltanto in relazione alla dispensa *super rato* (evidentemente la S. Sede non insisteva per l'impegno statutale alla indissolubilità).

³⁶ Cfr. in DEL GIUDICE, *Codice delle leggi ecclesiastiche*, Milano 1952, p. 264, la relazione Solmi per la Commissione speciale della Camera dei deputati sul d.d.l. per l'applicazione del Concordato nella parte relativa al matrimonio: « La materia delle nullità matrimoniali ha dato luogo, anche nel campo del diritto ecclesiastico (leggi: canonico) a qualche incertezza; ed è da desiderare che, specialmente in Italia, dove il principio della indissolubilità matrimoniale è stato sempre dominante, anche la casistica canonica tenga il dovuto rigore, per non aprire le maglie ad un principio socialmente così importante ». Il RAVÀ, *Il matrimonio*, cit., p. 127, scrive che in proposito: « si è determinata una generale preoccupazione che per questa via l'indissolubilità del matrimonio italiano potesse subire qualche attenuazione ». Le preoccupazioni del Solmi e del Ravà si rivelarono tutt'altro che infondate, specie se si considera la situazione succeduta alla seconda guerra mondiale.

Non ci fu dunque « journée de dupes ». ³⁷ Ma è pure comprensibile che, sopravvenuto un interesse più intenso della Santa Sede con il sopravvenire della Costituzione repubblicana, così profonda sia stata la amarezza della parte ecclesiastica dinanzi all'introduzione generalizzata del divorzio con legge ordinaria.³⁸ Quando la mancata assunzione di una regola in patto si collega al parallelismo di autonomi voleri (non convertito, peraltro, in convergenza convenzionalmente sancita), più forte è il rammarico della parte che vede poi l'altra cangiar ciò che volle. Ma tant'è; quel che era in patto vincola, quel che rimase fuori del patto, anche se separatamente voluto da entrambe, non può vincolare in diritto.

6. — L'art. 44 del primo progetto vaticano di Concordato ha altresì una importanza particolare perché conferma come nell'epoca contemporanea non sia possibile pregiudicare in un senso o nell'altro il problema del divorzio, a proposito di matrimoni ad effetti civili, senza regolare esplicitamente la questione o quanto meno senza inquadrare l'istituto matrimoniale in uno degli schemi che sicuramente comportano la esclusione del divorzio o la possibilità di introdurlo. In altre parole il tema del divorzio ha acquistato nel mondo contemporaneo una tale autonomia e una così certa rilevanza che non può essere risolto per implicito, specie quando si adotti una disciplina concordataria assolutamente nuova ed originale, qual'è, per comune giudizio,³⁹ quella dell'art. 34; una disciplina essenzialmente *mista* che prevede un concorso di norme canoniche e statali su momenti diversi dello stesso istituto. È pur vero, come si dirà poi con più precisione, che a ciascuno stadio o momento corrisponde una competenza normativa e giurisdizionale diversa: ma, a parte l'originalità della *contaminatio*,⁴⁰ ciò che nessuno potrà negare, in base alla stessa esperienza di questi anni, è l'incertezza dei confini tra i settori normativi e giurisdizio-

³⁷ Ci pare abbastanza chiaro che la S. Sede fidasse, più che su un testo, su un contesto storico. Se non fosse stato così non si vede perché il negoziatore vaticano non avrebbe insistito su una formula veramente aggiuntiva anziché cumulativa-globale; in tale ipotesi egli avrebbe potuto proporre: « Lo Stato si impegna, anche in qualsiasi disposizione riguardante il matrimonio civile, a mantenere illeso ecc. ecc. »; così si poteva aprire la strada ad una trattativa nella quale poteva sì cadere l'aggiunta, ma si garantiva la indissolubilità per i matrimoni concordatari.

Del resto la S. Sede non mostrò di preoccuparsi soverchiamente della rilevanza del divorzio nell'ordinamento italiano di allora, pur potendo in quest'ultimo essere riconosciuta la efficacia delle sentenze straniere di scioglimento del matrimonio [cfr., ma in altro contesto, PAU, voce « Divorzio (diritto civile, internazionale e comparato) » in *Noviss. Digesto it.*, IV, Torino, 1968, p. 68].

³⁸ Cfr. quanto si dirà a § 7 e 9.

³⁹ Cfr. per tutti VASSALLI, *Lezioni*, cit., p. 111; e D'AVACK, *Le basi*, cit., pp. 98-99.

⁴⁰ Così BELLINI, *Divorzio*, cit., p. 42.

nali assegnati alla potestà ecclesiastica ed a quella statale. Certamente, una determinazione dei confini è possibile, ma gli elementi di innegabile dubbio cui dà luogo la formula (ed anche il concetto) accolto nell'art. 34 per operare la distinzione sono sufficienti ad escludere che si potesse risolvere il problema senza una disciplina espressa. Tre sono le ipotesi o sistemi tradizionali⁴¹ che avrebbero tagliato in radice ogni ragione di controversia: a) quello inglese e *passim* statunitense (simile al sistema adottato da noi per i culti acattolici) che avrebbe limitato al rito la disciplina canonica, e avrebbe escluso per l'atto matrimoniale e *a fortiori* per la società coniugale ogni possibilità di intervento ecclesiastico normativo e di giurisdizione; b) il sistema contenuto nel codice civile spagnolo, in vigore proprio mentre veniva in essere il Concordato italiano, e che, in ciò simile all'assetto del codice carloalbertino del 1837, rimetteva al diritto canonico il trattamento giuridico dell'intero istituto; c) la soluzione del concordato portoghese, evocata dal Grassetti⁴² che comporta l'obbligo dello Stato di mantenere l'indissolubilità per i matrimoni canonici con effetti civili. Ma, come è di assoluta evidenza, mancava in Italia il contesto storico che aveva costretto Santa Sede e governo portoghese a dover affrontare il problema e cioè la preesistenza al concordato del 1940 di una larga legislazione divorzistica: all'opposto, in Italia, la peculiarità rispetto a quasi tutti i paesi consisteva proprio nella rigida esclusione del divorzio per i matrimoni civili; ed anzi, come pure si è accennato, la Santa Sede appariva congiunturalmente⁴³ la meno legittimata delle due parti a chiedere la formulazione pattizia di una obbligazione all'indissolubilità.

Se però, per i motivi ora detti, era assai arduo giungere ad una soluzione di tipo portoghese (lo Stato italiano obbligandosi alla indissolubilità per i soli matrimoni concordatari),⁴⁴ non si pervenne, per le opposte esigenze delle due parti, nemmeno ad accogliere lo schema a) o quello b), che sarebbero stati i sistemi davvero logicamente netti, mentre assai meno netto si è rivelato, contro le attese di Pio XI, quello costruito nel Concordato italiano.

In realtà la divisione dell'istituto matrimoniale in due distinti settori, l'uno di competenza ecclesiastica, l'altro (non limitato agli effetti *mere civiles!*)

⁴¹ Cfr. le esposizioni dei due autori cit. alla nota 39, *supra*.

⁴² Cfr. *I principi*, cit., p. 299, nota 2.

⁴³ Il giudizio è sì legato al mantenimento della situazione legislativa quale si presenta nei codici del 1865 e del 1942, ma anche, come si è accennato, a un contesto storico che includeva nell'avversione al divorzio larghi gruppi di esponenti fascisti e prefascisti. È ovvio che a medio e a lungo termine le garanzie di indissolubilità matrimoniale nell'ordinamento canonico sono di gran lunga più consistenti, anche se le insidie della « casuistica » evocata dal Solmi non siano da sottovalutare quando le sentenze ecclesiastiche godono di esecutività agli effetti civili in un ordinamento antidivorzista.

⁴⁴ Si doveva presupporre l'accettazione del *doppio regime* degli effetti, certo sgradito al legislatore italiano.

affidato allo Stato, data luogo ad un *unicum*⁴⁵ come unica in Europa e nel mondo è stata la situazione del nostro paese, in tema di rapporti Stato-Chiesa, tra il 1929 e il 1970.

Né il discorso sul divorzio potrebbe ritenersi « assorbito », in senso negativo, dal primo comma dell'art. 34, o meglio da quel passaggio di esso nel quale si esprime la volontà dello Stato italiano di ridonare all'istituto del matrimonio dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo. In effetti tale premessa avrebbe assunto pienezza di significato se fosse stata seguita dalla adozione del sistema che, per intenderci, chiameremo spagnolo: in mancanza di ciò, il successivo richiamo al sacramento non vale certo a risolvere la questione dell'indissolubilità (su questo punto non c'era da ridonare proprio niente visto il rigore antidivorzista degli autori del codice civile del 1865), ma soltanto a giustificare la competenza ecclesiastica in tema di disciplina normativa e di giurisdizione di annullamento sui matrimoni concordatari. Se, in effetti, si fosse trattato di mero contratto (distinto — secondo vecchie proposizioni condannate dalla Chiesa⁴⁶ — dal sacramento), perché la competenza a regolarlo dal punto di vista degli impedimenti, delle condizioni di validità, ecc., doveva passare al legislatore ecclesiastico?

Quindi, anche in questi limiti, la menzione del « sacramento » si rivela del tutto appropriata né l'art. 5 della legge matrimoniale contraddice in nulla al precetto concordatario, essendo assolutamente superfluo spiegare ancora il fondamento della attribuzione di competenza alla Chiesa: se mai, un certo squilibrio si può rinvenire all'interno stesso del comma 1 dell'art. 34 Concordato, nel senso che dopo la solenne enunciazione programmatica poteva seguire più congruamente, dal punto di vista della consequenzialità, una disciplina di tipo spagnolo.

Piuttosto isolata, salvo una adesione dell'Azzariti sul piano pratico più che su quello rigorosamente interpretativo, è rimasta l'opinione del Barbero,⁴⁷ secondo il quale l'accenno « all'istituto del matrimonio » nell'art. 34 avrebbe comportato la garanzia costituzionale dell'indissolubilità (*ax* art. 7) per i matrimoni sia concordatari che civili. In tal modo si sarebbe rivelata inutile la battaglia alla Costituente sull'« indissolubile », caduto dal testo attuale dell'art. 29. Ma, come è evidente, con una interpretazione del genere si farebbe dire all'art. 34 ciò che esso non dice e che, secondo l'Olivero e l'Azzariti, soltanto l'art. 44 del progetto vaticano avrebbe detto nel suo ultimo comma.

⁴⁵ Altra volta questo sistema, ed in particolare la giurisdizione ecclesiastica con pronuncie esecutive agli effetti civili, ci apparve deforme non perché priva di una sua logica interna, ma perché troppo difforme dal diritto comune dei paesi occidentali con cui l'Italia ha legami più stretti.

⁴⁶ Cfr. ancora VASSALLI, *Lezioni*, cit., p. 65 ss. soprattutto per la posizione d'attesa, invero assai singolare, di Benedetto XIV che ancora nel 1764 né approvava né condannava la distinzione.

⁴⁷ Cfr. *Costituzione e divorzio*, in *Cronache sociali*, 15 giugno 1947, pp. 2-3.

Abbiamo già visto perché ci sembrano inconferenti le ragioni tratte dalla competenza dei tribunali e dicasteri ecclesiastici in tema di nullità e di dispensa *super rato* per ammettere che sia stata implicitamente esclusa qualsiasi competenza di organi giurisdizionali italiani in tema di vicende del rapporto matrimoniale concordatario.⁴⁸ In realtà c'è una perfetta corrispondenza tra la potestà di disciplina normativa sul sacramento-negozio attribuita alla Santa Sede e la competenza giurisdizionale di nullità dei tribunali ecclesiastici; e la stessa dispensa *super rato* attiene ad un vincolo matrimoniale che non ha potuto acquisire il carattere della indissolubilità.⁴⁹ Come è noto, dal testo dell'art. 34 cadde poi il riferimento alla esclusività della giurisdizione: e ciò potrebbe spiegarsi con la circostanza assai rilevante che la S. Sede consentiva a che le cause di separazione venissero trattate dai tribunali dello Stato.⁵⁰ Più importante ancora è che sia caduto il generico riferimento alle « cause relative al matrimonio celebrato » canonicamente. Ora, con la delimitazione delle cause a quelle di nullità e alla dispensa *super rato*, non si può sostenere con fondamento che « l'art. 34 del Concordato esaurisce pattiziamente, sotto il profilo della giurisdizione e della competenza, tutta la materia delle cause attinenti alle possibili vicende del vincolo matrimoniale concordatario ».⁵¹ Dunque, nemmeno per questa via meno diretta può sostenersi l'implicita obbligazione statutale all'indissolubilità.

7. — E tuttavia, si potrebbe dire come trascurare l'autorità dell'Azzariti, il quale riteneva contrario anche alla lettera dei patti concordatari una legge divorzista? Secondo questo autore, che fu partecipe di vicende immediatamente successive ai patti e probabilmente testimone qualificato di alcune fasi delle trattative,⁵² se l'art. 34 « contiene l'impegno dello Stato italiano a riconoscere gli effetti civili al sacramento del matrimonio, disci-

⁴⁸ Cfr. nel testo § 3.

⁴⁹ Altrimenti cadrebbe il principio stesso della indissolubilità per i matrimoni tra battezzati, che non può tollerare, per la sua assolutezza, vere eccezioni.

⁵⁰ Cfr. nel PACELLI *Diario*, cit., pp. 120, 471 e 512 la *consecutio temporum*: il 30 gennaio 1929 il Papa cede sulle cause di separazione, mentre la giurisdizione, ancora qualificata « esclusiva » nel testo del 29 gennaio, diventa giurisdizione *tout court* nella bozza del 6 febbraio.

⁵¹ Come afferma invece l'ordinanza delle Sezioni Unite civili 12 luglio 1972 n. 207 che fa tornare la legge sul divorzio davanti alla Corte Costituzionale (cfr. *Riv. dir. proc.* 1972, p. 702 ss., con note critiche di PUGLIESE e LIEBMAN). Sull'ordinanza cfr. ancora, in senso opposto, FINOCCHIARO F., in *Giur. it.* 1972, IV, c. 121 ss. e PETRONCELLI, in *Dir. eccl.* 1972, II, p. 227 ss.

⁵² Cfr. AZZARITI G., *L'indissolubilità del matrimonio nelle norme della nostra Costituzione*, ora in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano 1951, p. 300. L'Azzariti fu, tra l'altro, autorevole componente del Comitato incaricato di predisporre lo schema del disegno di legge sul matrimonio: in tale veste egli prese parte a varie sedute della Commissione mista su cui v. *Atti*, già citati alla nota n. 14, *supra*.

plinato dal diritto canonico, è chiaro che fino a quando sussiste il matrimonio secondo le norme del diritto canonico, ad esso devono essere riconosciuti gli effetti civili »;⁵³ e più avanti: « nulla vi è nella legge (27 maggio 1929 n. 847) che faccia pensare alla possibilità di una posteriore cessazione di tali effetti, mentre il matrimonio continua ad essere in vita secondo le norme del diritto canonico dal quale è "disciplinato", come si esprime l'art. 34 del Concordato, in nessun modo contraddetto — e non poteva esserlo — dalla l. 27 maggio 1929 ».⁵⁴ E già in un altro passo del suo scritto, in polemica col Grassetto, l'Azzariti negava che l'impegno dello Stato italiano riguardasse soltanto la *formazione del vincolo* perché ciò significherebbe che lo Stato stesso « deve bensì riconoscere il matrimonio nel momento in cui è celebrato, ma subito dopo può non più tenerne conto e farne cessare gli effetti come crede e quando crede ».⁵⁵

Dunque, secondo l'Azzariti, il divieto del divorzio deriva proprio dall'obbligo di riconoscere gli effetti civili al matrimonio canonico e di *mantenerli* finché vive il vincolo nell'ordinamento canonico.

Ma qui, se non ci inganniamo noi, il chiaro autore fu vittima di un classico *trompe l'oeil* nel senso che vide come rilevanti due rapporti matrimoniali o due vincoli e tra essi stabilì una sorta di dipendenza (del vincolo civile da quello canonico): mentre è chiaro che nell'ordinamento italiano rileva solo il vincolo civile (quello canonico venendo preso in considerazione in modo del tutto tangenziale e per eccezione nel caso di dispensa *super rato*).⁵⁶ Dal matrimonio canonico trascritto deriva un unico rapporto o vincolo o complesso di effetti rilevante per l'ordinamento italiano: e ciò è nella logica del compromesso concordatario che scinde il momento del contratto-sacramento, imponendone l'accettazione *ut sic* nell'ordinamento civile, dal momento successivo, quello del vincolo matrimoniale che nell'ordinamento dello Stato « nasce dalla legge civile ed è da questa regolato ».⁵⁷

⁵³ AZZARITI, *op. cit.*, pp. 301-2.

⁵⁴ Cfr. ancora AZZARITI, *op. cit.*, pp. 301-2.

⁵⁵ V. AZZARITI, *op. cit.*, pp. 301.

⁵⁶ Cfr. per il coordinamento tra le due situazioni, ciascuna incardinata nel proprio ordinamento, lucidissime considerazioni nella nota italiana del 30 maggio 1970, a torto accusata, in sede parlamentare, di scarsa forza persuasiva (mentre è soltanto un testo di grande rigore giuridico). La nota si può leggere in *Documenti diplomatici sull'interpretazione dell'art. 34 del Concordato*, a cura del Ministero affari esteri, Roma, 1970.

⁵⁷ Così la già citata sentenza n. 169 del 1971 (in *Giur. cost.* 1971, p. 1790) assai efficacemente, anche se la « legge civile » che fa nascere il rapporto nell'ordinamento italiano deve intendersi mediata dalla trascrizione. Da questo punto di vista ci sembra che non eviti di incorrere in un equivoco S. SATTÀ, *Concordato e divorzio*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, V, Padova, 1972, p. 72, allorché scrive, assimilando Concordato a contratto che « il contratto ha nella volontà delle parti la sua unica regola, sia dell'atto che degli effetti ». Già

Il malinteso emerge ancor meglio in una formulazione usata dal Ciprotti nel corso di una assai nota conferenza stampa,⁵⁸ nella quale egli disse tra l'altro: « una legge che ammettesse il divorzio darebbe con ciò allo Stato il potere di togliere unilateralmente gli effetti civili stessi. E ciò contrasterebbe con il sistema concordatario imperniato su questo principio fondamentale che lo Stato deve attribuire gli effetti a quei matrimoni (ossia, dev'essere considerato esistenti quei matrimoni e dare ad essi gli effetti giuridici che secondo la legge italiana spettano ad un matrimonio esistente e valido) », salvo che la Chiesa notifici sentenza di nullità o dispensa *super rato*, Com'è evidente, in questa formulazione gli effetti giuridici sono riferiti a matrimoni-rapporti (altrimenti come potrebbe lo Stato considerarli esistenti? il matrimonio-atto fu già considerato esistente al momento della trascrizione): ma tali matrimoni-rapporti sono appunto i vincoli religiosi e canonici di cui parla immediatamente appresso il Ciprotti. Orbene, non vi sono effetti giuridici collegati a vincoli canonici, ma soltanto (nell'ordinamento italiano) effetti civili comprensivi del vincolo e del suo regime, ricollegati al matrimonio canonico trascritto. In altri termini, e sebbene ciò possa a prima vista sembrare un giuoco di parole, la pronuncia del giudice italiano che produce la cessazione degli effetti civili del matrimonio è uno dei possibili eventi ricompreso nel più vasto ambito degli « effetti civili » di ogni matrimonio-atto, nato o riconosciuto nel nostro ordinamento statale. Che l'impegno assunto nel 1929 dallo Stato italiano sia quello di far conseguire al matrimonio canonico trascritto la stessa somma di effetti (niente di più, niente di meno), o *rectius*, gli identici⁵⁹ effetti del matrimonio celebrato davanti agli ufficiali di stato civile, è secondo noi dimostrabile con vari argomenti che passiamo ad esporre: se essi riuscissero persuasivi, dovrebbe escludersi il collegamento che l'Azzariti ed il Ciprotti⁶⁰ stabiliscono tra persistenza del vincolo canonico e mantenimento degli effetti nell'ordinamento statale. Bisogna risalire innanzi tutto al nocciolo del compromesso concordatario: esso emerge in termini più convincenti dalle parole

nel precedente *Quaderno*, IV, Padova 1970, p. 116 il Satta aveva scritto « escludo che con un unico atto di volontà (il Concordato) si possa stabilire che l'atto sia regolato da una data legge e gli effetti dall'altra ». Qui si confonde il volere *unificato* delle parti con la varietà dei suoi contenuti: questi ultimi possono ben consistere in regole di riparto tra attribuzioni conferite all'uno e all'altro contraente in ordine a diversi momenti di un istituto giuridico.

⁵⁸ Cfr. il testo della conferenza Ciprotti tenuta nella sala stampa della Santa Sede il 30 gennaio 1967, in *Apollinaris*, XL, 1967, pp. 483-488, sotto il titolo *Divorzio e art. 34 del Concordato italiano*.

⁵⁹ La sottolineatura della Corte Costituzionale (in *Giur. cost.*, 1971, p. 1789) va raffrontata con gli « stessi » effetti dell'art. 5 l. 27 maggio 1929 n. 847.

⁶⁰ Ma vedi pure gli altri Autori che sostengono l'impegno statale all'indissolubilità dei matrimoni concordatari: tra gli scritti degni di menzione cfr. P. GISMONDI, *Il divorzio e l'art. 34 del Concordato*, in *Justitia*, gennaio-marzo 1970, pp. 34-37 e L. SPINELLI, *Problematica attuale nei rapporti tra Chiesa e Stato*, Modena 1970, 115 ss.

stesse del negoziatore italiano, il consigliere Barone, né si potrebbe imputare di unilateralità la sua presa di posizione perché essa corrisponde alla formulazione definitiva dell'art. 34 ed a tutti gli altri elementi di cui disponiamo. Scriveva dunque Barone:⁶¹ « ... per quelli che contraggono matrimonio religioso, questo, una volta celebrato con l'osservanza delle condizioni e secondo le norme stabilite dal diritto canonico, deve produrre anche tutti gli effetti civili, sia che viga sia che per avventura venga annullato dalla competente giurisdizione ecclesiastica. Naturalmente, ciò non toglierebbe che, riconosciute dall'autorità civile il matrimonio religioso, il regolamento dei rapporti che ne derivano sia tra i coniugi sia rispetto ai figli ed agli altri parenti potesse essere fissato a suo libito e con le sue leggi dallo Stato ».

Questo passo anticipa la formulazione finale del compromesso; e, sia pure in via generale, accenna efficacemente la linea delle reciproche concessioni. Questo criterio, anche se singolare rispetto ad altre esperienze, è però plausibile sul piano degli interessi essenziali di uno Stato contemporaneo: lo Stato può, fino ad un certo punto, disinteressarsi, oltretutto del rito, anche dell'atto-matrimonio, ma non può, in base ai principi di uguaglianza tra i cittadini e di unità dell'ordinamento giuridico, ammettere facilmente che quanto agli effetti si ritorni al sistema delle leggi personali.

Il compromesso dell'art. 34 non comporta soltanto un riparto di attribuzioni genericamente designate, ma implica pure che il linguaggio e il correlativo significato concordatario delle formule attribuite vada costruito con le nozioni e i concetti accolti da ciascun ordinamento per la parte che pattizamente gli spetta: così è naturale che il senso e la portata dell'indicazione « sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico » non possa trarsi (per quanto attiene all'atto e non alla mera celebrazione) che dalla normativa canonica; mentre la formula « effetti civili » trae dal diritto italiano la pienezza del suo contenuto. Riferita al matrimonio putativo l'espressione è già nel codice civile del 1865;⁶² essa ritorna, non a caso, a proposito del matrimonio celebrato secondo i riti dei culti acattolici;⁶³ ed in questi contesti assume senza dubbio una significazione assai ampia che coinvolge gli effetti e il regime degli effetti (art. 148 del vecchio codice civile: scioglimento del matrimonio solo con la morte di uno dei due coniugi). Del resto, lo stesso art. 34 del concordato risolve gli effetti civili nei diritti e nei doveri dei co-

⁶¹ Cfr. BIGGINI, *Storia inedita*, cit., p. 230.

⁶² Di matrimonio religioso che « produca tutti gli effetti del civile » parlava già il Vigliani nel 1864, nonché, più tardi, il Degni, secondo il quale la legge civile doveva stabilire un *minimum* di condizione necessaria per contrarre matrimonio, senza l'adempimento delle quali « il matrimonio non può produrre effetti civili » (per la formulazione Vigliani e per la proposta Degni cfr. VASSALLI, *Lezioni*, cit., p. 110).

⁶³ Cfr. art. 7 della l. 24 giugno 1929 n. 1159 dove si prevedono « gli stessi effetti del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile ».

niugi come definiti dal codice civile, e nessuno vorrà negare che, anche se non fu prescritta la lettura dell'art. 148 precitato, quei diritti e quei doveri fossero qualificati nella loro durata proprio dall'art. 148.

In questo quadro risultano azzardati e in qualche modo impropri i tentativi di dimostrare che alla distinzione tra matrimonio-atto e matrimonio-effetti dell'art. 34 corrisponda in diritto canonico una parallela distinzione tra *matrimonium in fieri* e *matrimonium in facto esse*.⁶⁴ Questa distinzione non toglie che nel diritto canonico il *matrimonium in facto esse* sia ben più condizionato dal *matrimonium in fieri* di quel che non sia nel diritto italiano e in quelli dei paesi occidentali; e che il vincolo con caratteristica di indissolubilità sia il ponte tra contratto-sacramento e gli effetti intesi in senso canonistico;⁶⁵ onde la spinta ad attirare il vincolo indissolubile nella sfera dell'atto, come sua indefettibile proiezione. Comunque, l'insistere sul parallelismo tra la distinzione atto-rapporto o negozio-effetti in entrambi gli ordinamenti può contribuire a far perdere di vista la natura strettamente canonistica di talune situazioni. Così, quando si parla di *causa tipica* dell'atto, di *effetto inseparabile*, di *proprietà* o *requisito essenziale* e ancora di *oggetto tipico* e via dicendo (a proposito di vincolo indissolubile o di indissolubilità del vincolo) si ricorre a concetti divenuti ormai, nella loro assolutezza, tipicamente canonistici mentre per il diritto civile si tratta di situazioni che è nella disponibilità del legislatore di far proprie o meno, sia pure con diverso fondamento.⁶⁶ In base al diritto di famiglia, così come è concepito nei diversi paesi d'Europa (e a meno che non ostino divieti costituzionali di tipo irlandese), il legislatore non incontra particolari ostacoli nella strada che porta ad eliminare il carattere di assolutezza della regola dell'indissolubilità. Certo, il compromesso concordatario, con la giurisdizione ecclesiastica sulle nullità e la dispensa *super rato*, non apparve a taluno nemmeno vero e proprio compromesso, essendo rimasto allo stato solo la giurisdizione, non irrilevante, sulla separazione; ma il compromesso, che pur preesiste ad ogni possibilità di svolta divorzistica, è messo senza dubbio in piena luce dal sopravvenire della legislazione del 1970.

In realtà nessuno degli scrittori che si cimentarono subito dopo il concordato e la legislazione di attuazione sulla nuova normativa matrimoniale usò formule o chiose interpretative che precludessero l'introduzione del divorzio. Anzi, vi fu l'esplicita ammissione di tale possibilità in una pagina

⁶⁴ Cfr. PUGLIESE, *L'interpretazione dell'art. 34*, cit., *passim*.

⁶⁵ Cfr. gli articoli di LENER citati nelle note 1 e 2, nonché il contributo di A. M. PUNZI NICOLÒ, *I limiti di modificabilità degli effetti civili del matrimonio*, in *Studi per la revisione del Concordato*, Padova, 1970, p. 587 ss., in particolare p. 619 ss.

⁶⁶ Per il fondamento laico dell'indissolubilità, oltre alla presa di posizione già richiamata da *Il matrimonio* di RAVÀ, v. anche DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, II, Messina 1930, p. 565; cfr., da ultimo, SANTORO PASSARELLI, che parla molto nobilmente di « sacralità laica » del matrimonio in *Senso di un insegnamento*, in *Riv. dir. civ.* 1972, I, p. 425.

molto nota del fondamentale lavoro del D'Avack,⁶⁷ né sembra di poter trarre da una frase del Vassalli, varie volte citata dagli antidivorzisti, più di quello che essa significa nel pensiero dell'autore;⁶⁸ mentre altri scrittori fondavano l'indissolubilità del vincolo, anche di quello derivante da matrimonio concordatario, soltanto sulla scelta a suo tempo compiuta dagli autori del codice civile del 1865.⁶⁹

La libertà del legislatore italiano di introdurre il divorzio anche dopo l'art. 34 per tutti i matrimoni che abbiano *ab origine* o cui siano riconosciuti mediante trascrizione effetti civili emerge a nostro avviso sulla base di una duplice considerazione.

In primis, bisogna dare per acquisito, nella volontà del legislatore italiano del 1929, non contrastata dalla Santa Sede, il rifiuto fermissimo di ogni doppio regime. È solo così che si spiega la disposizione dell'art. 12 l. 27 maggio 1929 n. 847, secondo la quale non si può far luogo a trascrizione del matrimonio canonico se le persone unite in matrimonio risultino già legate tra loro da matrimonio valido agli effetti civili, in qualunque forma celebrato. Giustamente nella relazione del guardasigilli Rocco si motiva l'intrascrivibi-

⁶⁷ Cfr. *Le basi*, cit., pp. 130-131: l'autore afferma in termini inequivocabili che se lo Stato italiano ammettesse il divorzio o consentisse la poligamia, queste innovazioni « verrebbero a riflettere l'intero istituto matrimoniale italiano » e si applicherebbero nel nostro ordinamento tanto ai vincoli civili che a quelli canonici.

⁶⁸ Cfr. VASSALLI, *Lezioni*, cit., p. 112; la formula dell'art. 34 « vuol dire che quell'atto che la Chiesa definisce sacramento del matrimonio, e del quale il diritto emanato dalla Chiesa determina i requisiti di sostanza e di forma, produce, rispetto all'ordinamento dello Stato, gli effetti che lo Stato riconosce al matrimonio: vuol dire in altre parole che lo Stato riconosce come marito e moglie coloro che come marito e moglie sono riconosciuti a termini del diritto canonico; vuol dire che lo Stato riconosce al diritto emanante dalla Chiesa la competenza di determinare questo stato delle persone ch'è costituito dal vincolo matrimoniale ».

Non ci sembra appropriato il ricorso che si fa a questo passo del Vassalli, per dimostrare l'impegno alla indissolubilità assunta dallo Stato italiano (cfr. ROSA L., *La Corte Costituzionale e il Concordato*, in *Aggiornamenti sociali*, 1971, p. 359). In effetti tutte le espressioni usate dall'illustre Autore sono riferibili a quello che anche S. LENER chiama « l'effetto istantaneo » prodotto dalla volontà nuziale (cfr. *De profundis per l'art. 77*, cit., 136), senza che sia nemmeno affrontato il problema della parallela permanenza dei due vincoli in entrambi gli ordinamenti.

Chi poi abbia presente lo scarsissimo valore (mera « *conceptio verborum* ») che il Vassalli attribuisce alla figura dello *status* (« Io propendo a non vedere nulla più che un modo di dire nella parola *status*, a cui non corrisponde un concetto diverso da quello ordinario di rapporti giuridici, siano poi essi di diritto familiare o di diritto patrimoniale », così in *Lezioni*, cit., 37) non attribuirà al passo ora riferito una portata diversa da quella enunciata secondo moduli più consueti a p. 1-2 delle sue *Lezioni*. Del resto l'intento pratico collegato alla famosa idea della « recezione » consisteva per Vassalli nel ridurre al minimo gli ostacoli frapposti alla trascrizione dei matrimoni canonici ed alla esecutività delle sentenze ecclesiastiche.

⁶⁹ Cfr. per tutti, oltre RAVÀ (*Matrimonio*, cit., p. 127), FALCO, *Corso*, cit., II, p. 156 che include nel diritto familiare statale la disciplina dello scioglimento.

lità con l'affermazione che, derivando già dal matrimonio civilmente valido agli effetti civili, « la trascrizione del matrimonio religioso sarebbe frustranea ».⁷⁰ Insomma, *ne bis in idem*. Ma se esistesse davvero la possibilità di effetti civili diversi, in altre parole di doppio regime (indissolubilità del matrimonio concordatario, dissolubilità del matrimonio civile), tale precetto non avrebbe una base razionale: perché impedire a due coniugi di ottenere effetti civili rinforzati (o, se più piace, un vincolo più resistente), attribuendo il regime della irrevocabilità assoluta ai diritti e ai doveri che derivano dal matrimonio religioso trascritto? Evidentemente, non è esatto dire che chi ha scelto *ab initio* una forma di celebrazione del matrimonio ha scelto anche la legge del suo vincolo: al contrario, nella volontà del legislatore, tutte le scelte sono ammissibili, in quanto « qualunque forma il cittadino prescelga, il matrimonio, purché siano rispettate le norme di legge, produce egualmente effetti civili ».⁷¹

L'altra considerazione è stata svolta ampiamente a proposito dei rapporti tra l'ultimo comma dell'art. 44 del progetto vaticano ed il testo attuale dell'art. 34 e mette a capo, con l'eccezione del Barbero, alla constatazione che, senza ombra di dubbio, lo Stato italiano non si impegnò a mantenere l'indissolubilità del matrimonio civile.

Orbene, dalla certezza di questo doppio rifiuto dello Stato italiano (rifiuto di ogni forma di doppio regime; rifiuto di ogni impegno a mantenere l'indissolubilità del matrimonio civile) emerge la possibilità di risolvere con sicurezza, nel quadro della distinzione atto-effetti (ma con una argomentazione interna, a nostro avviso, più convincente), il problema fin qui da noi lasciato in ombra della eventuale obbligazione italiana a mantenere l'indissolubilità per i matrimoni concordatari. Come risulta ormai con chiarezza quella obbligazione sarebbe stata in netto contrasto con il doppio rifiuto di cui abbiamo fatto ora parola: e siccome l'obbligazione, per tutti i motivi che si sono evocati, risulta, quantomeno incertissima, mentre i due rifiuti si possono e si debbono ritenere al di sopra di ogni dubbio, appare conclusione non temeraria quella ritenuta dalla Corte costituzionale che in definitiva l'obbligazione non vi fu.

⁷⁰ Cfr. in DEL GIUDICE, *Codice*, cit., p. 256, questo passo della relazione Rocco. Ma il Vassalli polemizza sia con la relazione, su questo punto sia col GRISOSTOMI MARINI, (*Il diritto matrimoniale nelle recenti disposizioni legislative*, Roma, 1929, p. 110) sostenendo che la ragione del *ne bis in idem* non è esauriente (cfr. *Lezioni*, cit., 226-227): in effetti, aggiunge Vassalli, « se si ammettesse alla trascrizione il successivo matrimonio canonico, ciò potrebbe importare l'assoggettamento del matrimonio fra codeste persone al diritto canonico, con effetto salientissimo per esempio su ciò che concerne le cause di nullità e di scioglimento ». Ma l'obiezione del chiaro autore sembra mal posta, poiché tocca il regime dell'atto, mentre qui è in discorso la disciplina degli effetti. In realtà lo Stato si disinteressa della disciplina dell'atto nella stessa misura in cui si preoccupa di quella degli effetti: la prima può essere diversa, la seconda ha da essere una sola.

⁷¹ Così ancora la relazione Rocco *apud* DEL GIUDICE, *cod. loco*.

8. — Si è affermato di recente che la distinzione tra disciplina dell'atto e disciplina del vincolo nel sistema dell'art. 34 è interpretazione fatta propria da taluni organi dello Stato e da una parte della dottrina soltanto dopo che alla Camera dei Deputati fu sollevata l'eccezione di incostituzionalità delle proposte di legge divorzistiche.⁷² E si è aggiunto che contro la dottrina italiana quasi unanime per un quarantennio si è posta una « recentissima formulazione della tesi statualistica », ⁷³ una « novissima impostazione della controversia interpretativa », ⁷⁴ una « novissima tesi ». ⁷⁵ Come risulta da alcune delle citazioni contenute nel testo e nelle note di questo scritto, le opinioni ora espresse circa la novità delle tesi « statualistica » sono palesemente inesatte: non si toglie nulla al vigore degli scritti del Pugliese in tema di interpretazione dell'art. 34 del Concordato,⁷⁶ se si dà atto che le proposizioni interpretative fondamentali da lui (e dal Bellini) sviluppate con notevolissima efficacia si ritrovano nella letteratura più autorevole seguita ai Patti Lateranensi ed alla loro attuazione nell'ordinamento italiano. Né poteva essere diversamente, se è vero, come è vero, che la nozione di « effetti civili » era intesa in modo univoco nella nostra legislazione e nella nostra letteratura, e cioè nel senso di cui si è detto sopra: e che la distinzione tra atto ed effetti, come confine tra le due competenze, quella ecclesiastica e quella statale, era accolta dalla dottrina ritenendosi inclusa nella disciplina statale degli effetti quella relativa allo scioglimento del matrimonio.⁷⁷ Particolarmente significativa appare in questo contesto un'affermazione del Grisostomi Marini:⁷⁸ ma non meno

⁷² Così LENER, *De Profundis*, cit., p. 127.

⁷³ Cfr. LENER, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁴ Cfr. LENER, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁵ Vedi anche LENER, *Il matrimonio*, cit., p. 334.

⁷⁶ Cfr. *Aspetti costituzionali del problema*, in *Il divorzio in Italia*, Firenze 1969, p. 105 ss.; l'a. è del resto il primo a riconoscere nello scritto di Ravà il punto di partenza dei suoi svolgimenti.

⁷⁷ L'opinione di Mario Falco, riferita alla nota 69, poteva considerarsi quella dominante nel primo periodo.

⁷⁸ Cfr. *Il diritto matrimoniale*, cit., p. 21: « Al matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico davanti un ministro del culto cattolico vengono riconosciuti, dal giorno della celebrazione, gli stessi effetti del matrimonio civile. Il matrimonio civile, quindi, rimane sempre, ideologicamente, come quella forma di matrimonio, alla quale viene ricondotta ogni altra, per la determinazione del valore giuridico e degli effetti giuridici dell'esperienza matrimoniale ». Il lavoro del Grisostomi è particolarmente interessante perché riflette (al di là della prefazione di Rocco) certe vedute del Guardasigilli meno favorevoli a trarre conseguenze dalla formula, pur accettata, dalla « recezione » del diritto matrimoniale canonico.

Insomma i dissensi Grisostomi-Vassalli si possono in buona parte ritenere anche contrasti Rocco-Vassalli. In particolare, questo autore riteneva che la l. 27 maggio 1929 n. 847, comportasse oltretutto specificazioni, anche *limitazioni* ai precetti del comma 1 dell'art. 34 Concordato.

esplicite si presentano le formulazioni del Ravà,⁷⁹ del D'Avack,⁸⁰ dello Jemolo⁸¹ e dello stesso Vassalli.⁸²

Tuttavia le affermazioni del Lener, anche se inesatte per ciò che riguarda gli autori più noti dei primi anni successivi al 1929 (e cioè per quelli che devono ritenersi più importanti), si possono spiegare con taluni eventi seguiti nel periodo successivo.

Ci riferiamo in particolare alla giurisprudenza della Cassazione, tutta orientata verso la competenza esclusiva, senza eccezione alcuna, dei tribunali ecclesiastici in materia di matrimoni concordatari, fossero entrambi i coniugi italiani o stranieri, ed ispirata più in generale a questo principio: « che il matrimonio canonico era stato recepito nell'ordinamento italiano in tutta la sua

⁷⁹ V. *Il matrimonio*, cit., p. 13 Il riferimento al diritto canonico « è limitato a quanto riguarda la costituzione e la validità del vincolo matrimoniale, mentre per tutto quanto riguarda i rapporti che nascono dal matrimonio, lo Stato non conosce e non attua che le norme della legge italiana » e ancora « ... le nuove disposizioni del 1929 hanno profondamente modificato la disciplina del matrimonio inteso come atto giuridico, la disciplina del matrimonio come rapporto giuridico è rimasta immutata ».

⁸⁰ Cfr. *Le basi*, cit., pp. 132-134. L'autore limita « la duplicità di legislazione, di organi, di concetti, alla formazione « dei due diversi negozi giuridici esistenti nell'istituto matrimoniale italiano (e cioè al loro processo costitutivo... »); « ... ma sussiste sempre, d'altra parte, un'unità di legislazione, di organi, di concetti, non solo per quanto riguarda gli « effetti del matrimonio i quali (come il Jemolo e il Vassalli stesso riconoscono) sono regolati dalla legge civile uniformemente, così pel matrimonio religioso, come pel matrimonio civile », ma soprattutto (e questo, a mio avviso, è il vero argomento essenziale) per quanto riflette i principi stessi fondamentali, su cui poggia l'istituto, i quali restano sempre ed esclusivamente stabiliti dall'autorità dello Stato, senza che la potestà della Chiesa possa in alcun modo intromettersi per sostituirvi o aggiungervi correntemente quelli da essa emanati ».

⁸¹ Cfr. *Altre questioni controverse*, cit.: « L'indissolubilità del matrimonio è uno di quegli effetti civili riconosciuti al matrimonio canonico dall'art. 34 del Concordato: esso ha la sua base legale nell'art. 148 c.c.; per questo sia nel Concordato sia nella legge matrimoniale non c'è stato bisogno di farne parola » (ora a p. 94 de *Gli occhiali*, cit.). Come risulta in altre parti del testo noi abbiamo preferito qualificare l'indissolubilità piuttosto come *regime degli effetti* che effetto essa stessa (cfr., dello stesso avviso, L. BARBIERA, *Divorzio*, Bologna, 1971, pp. 41-43, quando si riferisce al regime del vincolo e prima ancora alla *qualità* degli effetti).

⁸² Cfr. *Lezioni*, cit., p. 143, e soprattutto p. 206. In quest'ultimo passo il Vassalli afferma: « L'ordinamento giuridico italiano — anche dopo il Concordato, e vorrei dire ancora più nettamente per effetto del Concordato — non conosce che un modo d'essere marito e moglie, non conosce che una data configurazione della « società coniugale », quella per cui tra i coniugi e tra questi e i figli e nei confronti del più vasto gruppo dei parenti e degli affini si determinano quei diritti e quei doveri che sono previsti e regolati nel codice civile. » Il D'AVACK (*Le basi*, cit., 134, n. 2) trova incoerente questa conclusione del Vassalli con altre affermazioni dello stesso autore. Ma, forse, se si richiama il passo del Vassalli che abbiamo citato a nota 69, la coerenza rimane: da quel testo emerge che per l'autore *status* di coniuge, vincolo, società coniugale sono mere formule verbali [(« un momento terminologico della tecnica giuridica », così in *Lezioni*, cit., p. 39), e cioè una di quelle categorie con le quali, per semplice comodità di espressione, operano il legislatore e l'interprete]: nel caso nostro dunque quelle tre formule esprimono il compendio degli effetti, come diritti e doveri previsti dal codice civile nella loro durata ed intensità.

essenza ed in tutta la sua regolamentazione, fondata sul principio dell'assoluta indissolubilità ».⁸³ Tuttavia tale giurisprudenza, a rivederla con occhio da storico, anche se fu influenzata da un eccesso di ossequio alle interpretazioni favorevoli alla giurisdizione ecclesiastica⁸⁴ (ma non trascuriamo l'autorità della ideologia della « recezione », intesa in senso estensivo rispetto a quella del Vassalli), questa giurisprudenza, dicevamo, appare soprattutto motivata dal proposito di conseguire un obiettivo comune così alla disciplina civile del tempo che a quella canonica (è da presumere!) di ogni tempo: e cioè l'indissolubilità del matrimonio. Che il Concordato fornisse un mezzo per eludere l'applicazione della Convenzione dell'Aja⁸⁵ e per sventare le frodi non del tutto pie ad esito divorzistico può essere apparsa una felice circostanza, da sfruttare senza guardare troppo per il sottile: è vero che così si veniva a creare una sorta di piccolo doppio regime che consentiva la delibazione di sentenze straniere di divorzio per coloro che avevano contratto matrimonio civile, mentre la escludeva per i coniugi che avessero celebrato *in facie Ecclesiae* con effetti civili. Ma la marginalità del matrimonio civile in Italia (quanto a frequenza di celebrazioni) faceva sì che, tutto sommato, il doppio regime fosse quasi irrilevante: mentre, paradossalmente, l'affermazione della indissolubilità sacramentale e della competenza esclusiva dei tribunali ecclesiastici serviva a meglio realizzare (o a garantire la realizzazione) dei precetti *ex art. 148 codice civile 1865 prima e art. 149 codice civile 1942 poi*. Guardata in questa

⁸³ Vedi Cass., Sez. Un. civ., 12 aprile 1972 n. 1127, in *Foro it.*, 1972, I, c. 879.

⁸⁴ Ciò che si dice poi nel testo tende quanto meno ad attenuare la portata delle affermazioni dello Jemolo sulla giurisprudenza della Cassazione dal 1929 in poi: secondo la quale (cfr. *In tema di regime matrimoniale*, in *Foro it.*, 1953, IV, c. 145, ora ne *Gli occhiali*, cit., p. 140) l'indirizzo interpretativo della legge matrimoniale sarebbe dovuto alla preoccupazione dei giudici della più alta magistratura, « ferventi cattolici », di fare salvi tutti i diritti della Chiesa che potevano dedursi da una elaborazione della legge, non cercando nemmeno di confutare le obiezioni del Chiovenda in tema di giurisdizione ecclesiastica « esclusiva ». Ci pare strano che i giudici di cassazione fossero tutti o quasi ferventi cattolici; diremmo se mai che il loro antidivorzismo, di qualunque origine fosse, li induceva ad un rigore che, anche per la diversità dell'ordinamento canonico, non fu certo proprio dei tribunali ecclesiastici nel periodo di Pio XII ed in quello successivo. Prova ulteriore, se si vuole, che le due correnti giurisdizionali si svolgevano in modo indipendente e con motivazioni diverse.

⁸⁵ Sul piano teorico ha ragione Jemolo (cfr. *Altre questioni*, cit., ora ne *Gli occhiali*, cit., p. 94) di dire che quando uno Stato stabilisce nelle sue leggi l'indissolubilità, questa indissolubilità non è suscettibile di essere rafforzata, con ricorso alle norme ed alle sanzioni di altri ordinamenti: e che la Convenzione dell'Aja 12 giugno 1902 o era applicabile a tutti i matrimoni, civili e concordatari, o non era applicabile a nessuno di essi. Sta di fatto che, non riuscendo facile negarne l'applicabilità ai matrimoni civili, si credette non senza forzatura di giungere ad altro risultato per i matrimoni concordatari: tuttavia, secondo noi, l'affermazione della giurisdizione esclusiva dei tribunali ecclesiastici era il mezzo, mentre il fine era di mettere fuori gioco il divorzio. Va da sé che Jemolo era contrario sia al mezzo che al fine, mentre potevano darsi giuristi laici antidivorzisti non ostili all'obbiettivo pur discutibilmente raggiunto. Vedi sulla Convenzione dell'Aja, assai pianamente, RAVÀ, *Il matrimonio*, cit., p. 136.

prospettiva, la linea giurisprudenziale sembra fermamente ancorata al mantenimento del principio della indissolubilità come cardine di una disciplina sostanzialmente unitaria per tutti i tipi di matrimonio previsti o riconosciuti nell'ordinamento italiano. È difficile (e forse arbitrario) scernere nella corrente giurisprudenziale austerità laica e austerità d'ispirazione religiosa. E chi ricorda la pagina così dura contro il divorzio (e i divorzi fiumani) di Adolfo Ravà potrà rendersi conto del perché una certa utilizzazione della norma concordataria a obiettivo antidivorzista potesse non dispiacere a più d'un laico di quella *forma mentis*. Probabilmente, la rapidità con la quale le Sezioni Unite della Cassazione hanno invertito la rotta dopo la legge sul divorzio, senza sollevare questioni di costituzionalità,⁸⁷ è la riprova del collegamento tra la vecchia giurisprudenza ed « il principio di ordine pubblico dell'indissolubilità del matrimonio ».⁸⁸ Ma qui siamo alla cronaca di tempi assai vicini. E peraltro ovvio che l'orientamento giurisprudenziale di allora, al di là della motivazione più profonda che abbiamo creduto di ravvisarvi, esercitasse una grande influenza sulla letteratura: sicché, a un certo momento, Jemolo avvertisse di essere isolato dalla sua posizione.⁸⁹ All'inverso, è facile arguire come la parte ecclesiastica si sentisse avvalorata da tali pronunce a ritenere esistente un impegno statale alla indissolubilità, confermandosi in questa convinzione per l'ampliarsi di una schiera di scrittori favorevoli alle soluzioni adottate dalla Suprema Corte.

9. — Dopo quel che si è detto, sembra perfino superfluo aggiungere che a nostro avviso merita pieno consenso la sentenza n. 169 del 1971, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Siena contro l'art. 2 della legge sul divorzio.

Talune critiche⁹⁰ ci sembrano spiegabili, oltreché per la reazione al dispositivo della pronuncia, anche per certa eccessiva stringatezza della parte

⁸⁶ Cfr. ancora RAVÀ, *op. cit.*, p. 126.

⁸⁷ Cfr. la sentenza Sez. Un. civ. Cassaz., cit., a nota 83; si può leggere anche in *Riv. dir. int.* 1972, p. 499 ss.

⁸⁸ Del resto la l. 30 luglio 1950 n. 534 dava facoltà al pubblico ministero di « proporre impugnazioni contro le sentenze relative a cause matrimoniali, salvo che per quelle i separazione personale dei coniugi » (modificando così l'art. 72 c.p.c.). Ognuno può notare che la preoccupazione relativa alla indissolubilità trascende il problema dei matrimoni concordatari e si traduce in una norma che comprende l'intero arco delle « cause matrimoniali ».

⁸⁹ Cfr. soprattutto, *A proposito di matrimonio religioso e poteri del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1966, p. 994, ora ne *Gli occhiali*, cit., pp. 97-98.

⁹⁰ Tra le critiche alla sentenza fondate, oltreché sulla parte motiva, soprattutto su quella dispositiva, cfr. S. LENER, *Corte Costituzionale, divorzio e matrimonio concordatario*, in *Civiltà Cattolica* 17 luglio 1971, p. 158 ss.; L. SPINELLI, *Problematica attuale nei rapporti tra Stato*

motiva in tema di dispensa *super rato et non consummato* e sull'aspetto della competenza esclusiva dei tribunali ecclesiastici.⁹¹ Tuttavia la motivazione contiene l'essenziale, integrando gli argomenti di tipo esegetico con quello di carattere storico, relativo all'art. 44 del primo progetto vaticano.⁹²

Peraltro non sarebbe giusto limitarsi a questa considerazione: la storica sentenza n. 169 poteva essere molto diversa se fosse prevalsa una ipotesi assai suggestiva, che era implicita nella stessa ancipite virtualità dei risultati astrattamente prevedibili. In effetti una sentenza di accoglimento poteva avere quattro conseguenze, immediate e mediate, di straordinaria portata:

a) introduzione del doppio regime degli effetti quanto alla loro irrevocabilità, taluni risultando fissati in modo assolutamente definitivo (matrimonio concordatario), altri in modo soltanto relativo (matrimonio civile);

b) applicazione eventuale del regime divorzistico degli effetti, sulla base di una *ratio* egalitaria, ai matrimoni concordatari celebrati allorché non si connetteva alla scelta dei due tipi di matrimonio alcuna differenziazione circa la disciplina della loro durata;⁹³

c) riduzione, in misura fortissima, dell'interesse pratico al *referendum abrogativo* della legge sul divorzio, sia per il ricorso, assai raro in Italia, al matrimonio civile, sia perché veniva eliminata la indiretta ma sicura influenza dell'esito del *referendum* stesso sulla possibilità di intervento dei giudici ecclesiastici nelle cause matrimoniali;⁹⁴

e *Chiesa-Appendice*, Modena, 1972, p. 15 ss. cit., p. 15 ss.; M. PETRONCELLI, *I matrimoni religiosi e la Corte Costituzionale*, in *Dir. eccl.*, 1971, p. 198 ss.; e P. GISMONDI, *op. cit.*, p. 209 ss.; P. CIPROTTI, *op. cit.*, p. 267 ss.

⁹¹ Critica la brevità della parte motiva, pur aderendo al dispositivo, FUNAIOLI, *Concordato, Corte Costituzionale e divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 455.

⁹² In senso favorevole alla sentenza cfr. F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio concordatario nelle sentenze della Corte Costituzionale*, (Postilla), in *Dir. eccl.*, 1971, pp. 307-308.

⁹³ È significativo che anche chi ritiene che il sistema dell'art. 34 intenda assicurare una particolare situazione giuridica al coniuge credente, favorito solo nel caso di celebrazione del matrimonio religioso, ammetta una sanatoria per i matrimoni celebrati prima dell'entrata in vigore della l. 1 dicembre 1970 n. 898 (cfr. GISMONDI, *I principi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sui matrimoni concordatari*, in *Dir. eccl.*, 1970, p. 211); mentre, a rigore, è proprio nel periodo precedente all'entrata in vigore della legge sul divorzio che massimo era l'affidamento a proposito di indissolubilità del *civis-fidelis* che aveva contratto il matrimonio canonico con effetti civili.

⁹⁴ Se il *referendum* avrà risultato abrogativo, massima sarà la espansione dei giudizi ecclesiastici in tema di nullità matrimoniali; se l'esito abrogativo non si produce, continuerà la coesistenza delle due giurisdizioni (ecclesiastica sulla nullità, civile sul divorzio) che si è verificata in questi due anni. Chi dunque vota per abrogare la legge sul divorzio, favorisce indirettamente l'esplicazione più ampia della giurisdizione ecclesiastica in tema matrimoniale.

d) eliminazione del fondamento stesso di una grave controversia tra lo Stato e la Chiesa cattolica (senza precedenti comparabili nella storia quarantennale dei patti lateranensi e comunque assai diversa dal conflitto del 1931).

Questo complesso di conseguenze, di varia natura e di diversa portata, era così singolare e così enorme, che forse nessuna sentenza della Corte prima e dopo il 1971 avrebbe potuto stare a paro della pronuncia che le avesse prodotte. Da ciò si può intendere quanto grave fosse la tentazione di adottare una pronuncia che avrebbe massimizzato, per così dire, il ruolo della Corte, mettendone in rilievo la possibilità di contrapporsi al Parlamento (o meglio alla sua maggioranza).⁹⁵

Nessuno può sospettarci di timidezza difronte agli interventi della Corte anche molto penetranti con sentenze di tipo manipolativo ed additivo, di creazione pretoria e dottrinale: anzi il ruolo di supplenza svolto dalla Corte, in taluni casi di *défaillance* dell'intervento parlamentare, ci è apparso in luce positiva.⁹⁶ Ma in questo caso sarebbe difficile nascondere un senso di profondo imbarazzo: che la Corte, di fatto, si sostituisca al Parlamento nell'introdurre, sia pure di risulta, il doppio regime degli « effetti civili » darebbe luogo a una situazione davvero conturbante. Altro è contrapporsi al Parlamento autore della legge, specie se questo è ancora in carica, per far valere una eccezione di incostituzionalità, altro è realizzare simultaneamente con sentenza ciò che il legislatore italiano del 1865, del 1929 e del 1970 si è rifiutato coerentemente di fare.⁹⁷ E tanto più quando il risultato non manca di ledere l'applicazione del principio di eguaglianza in materia tanto delicata (disciplina dei doveri e diritti conugali in ordine alla loro durata — libertà di mutare opinione e fedi religiose). Su questo punto la Corte Costituzionale ha usato un'espressione molto significativa: « Accertato che gli effetti del matrimonio concor-

⁹⁵ Certo è che l'attività della Corte viene in maggior rilievo allorché le sue pronunce non ricalcano le decisioni del potere politico; ma ciò può verificarsi in due modi: quando la Corte anticipa misure legislative che il Parlamento in carica vorrebbe adottare (o non è ostile a deliberare) oppure quando la Corte contraddice su questioni gravi a decisioni legislative adottate dal Parlamento in carica o che esso intende mantenere avendole ereditate da precedenti legislature. È evidente come la seconda ipotesi è assai più grave e non a caso essa si è verificata molto più raramente.

⁹⁶ Cfr. il dibattito *La Corte Costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione* in *Rass. parl.*, 1969, p. 188 ss.

⁹⁷ Singolarissimo è stato l'atteggiamento dell'on. Andreotti sul « doppio regime »: durante a discussione della legge sul divorzio egli criticò piuttosto severamente la citata conferenza stampa del prof. Ciprotti [GRUPPO PARLAMENTARE DC, *In opposizione al divorzio II*, cit., p. 707], mentre sul finire del 1972, quando si discuteva del famoso progetto Caretoni per la modifica della legge Fortuna (presentato al Senato il 2 dicembre 1972), l'on. Andreotti, sempre nella sua veste di Presidente del gruppo parlamentare della Camera, si fece propugnatore del doppio regime come *conditio sine qua non* (cfr. la stampa dell'epoca).

datario sono, e *devono essere*, gli stessi effetti che la legge attribuisce al matrimonio civile.⁹⁸

E come potrebbe essere altrimenti senza che la Corte cadesse in patente contraddizione con se stessa? Perché affannarsi tanto a tener lontana la potestà legislativa regionale dalle figure contrattuali canonizzate nel codice civile e nelle altre leggi dello Stato, per poi abbandonare gli effetti del matrimonio (o *rectius*, il loro regime) alla diversificazione delle « leggi personali »?

Certo, dalla combinazione tra la sentenza n. 30 e la successiva n. 169 del 1971 è risultata una specie di nuovo compromesso che a molti sarebbe parso « drôle », ad altri invece assolutamente inconcepibile: la « coabitazione » rispetto allo stesso matrimonio concordatario di una giurisdizione ecclesiastica sulla nullità e la dispensa *super rato* con la giurisdizione civile in tema di divorzio. Non è il caso di verificare qui le eventuali antinomie di tale giustapposizione e gli inconvenienti che ne derivano, specie in tema di dispensa *super rato*,⁹⁹ è sufficiente rilevare come talune previsioni catastrofiche circa l'assoluta incompatibilità delle due giurisdizioni siano state battute sul terreno del fatto; e come la opinione formulata dal Bellini:¹⁰⁰ « l'introduzione del divorzio sovverte l'interesse ecclesiastico all'allacciamento funzionale tra legislazione canonica e legislazione civile in fatto di matrimonio » vada limitata, almeno nel contesto italiano. In realtà l'introduzione del divorzio riduce, ma non elimina l'interesse della Chiesa ad un collegamento genetico tra sacramento contratto ed effetti civili, con le conseguenze ben note a livello giurisdizionale ecclesiastico. Se tale interesse sia nella situazione odierna un autentico interesse ecclesiale è discorso tutto diverso;¹⁰¹ ma la semplice circostanza che questa specie di compromesso pratico per giustapposizione sia tollerato da più

⁹⁸ Il corsivo, peraltro, è soltanto nostro.

⁹⁹ Cfr. per i dubbi circa la legittimità costituzionale della norma della legge sul divorzio che prevede la cessazione degli effetti civili da inconsumazione artt. 2 e 3, n. 2, lett. F) a fronte della riserva stabilita dall'art. 34 del Concordato in favore dei dicasteri ecclesiastici per la dispensa *super rato* FINOCCHIARO, *Divorzio e Concordato tra Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Giur. it.* 1972, IV, c. 144-147; ma v. per persuasive considerazioni in altro senso C. MIRABELLI, *In consumazione del matrimonio e divorzio*, in *Studi sul divorzio*, cit., p. 287 ss.

¹⁰⁰ Cfr. *Natura e limiti della condanna ecclesiastica*, in *Il divorzio in Italia*, Firenze 1969, p. 59.

¹⁰¹ È lecito ritenere come l'unica garanzia a che il ricorso ai tribunali della Chiesa sia determinato da seri problemi di coscienza passi attraverso l'eliminazione della esecutività agli effetti civili delle pronunce ecclesiastiche.

Non si può escludere, tuttavia, che la giurisdizione civile sul divorzio (accompagnata da una sostanziale pareggiamento dei regimi patrimoniali conseguenti a divorzio e a dichiarazione di nullità non produca, almeno in parte, il risultato che siano sottoposti al giudice della Chiesa veri affari di coscienza e non pretese più o meno fondate a liberarsi degli « effetti civili ». Va da sé che il riferimento alla « coscienza » non esclude la rilevanza giuridica delle questioni nell'ordinamento canonico.

di due anni¹⁰² da parte della Chiesa o, *rectius*, della Santa Sede, conferma che affiancare le due giurisdizioni (quella ecclesiastica sulla nullità dell'atto e quella statale sulla cessazione degli effetti civili)¹⁰³ non contraddice affatto al sistema *ex art. 34* ed alla sua *ratio* della mista competenza.

10. — Alla luce delle considerazioni sviluppate sul piano storico e su quello interpretativo si deve concludere per una risposta positiva alla prima ipotesi avanzata dall'Esposito: che esiste, cioè, una lacuna del Concordato, nel senso che in esso ed in particolare nell'art. 34 manca una norma che concreti l'impegno dello Stato italiano all'indissolubilità dei matrimoni concordatari. Il concetto di lacuna è qui inteso secondo un significato del tutto relativo, in riferimento alle convinzioni espresse da una delle due parti contraenti, da ultimo in un documento consegnato ai rappresentanti dello Stato italiano nel corso di una procedura applicativa dell'art. 44 del Concordato.¹⁰⁴ L'accoglimento della prima ipotesi, se esclude di necessità quello della seconda, pure avanzata dall'Esposito (divieto di estendere « ai vincoli matrimoniali civili sorti in via canonica » le disposizioni sul divorzio), non potrebbe certo eliminare tutti gli elementi di dubbio accumulatisi a diversi livelli nel corso di un quarantennio. Ne elimina in modo definitivo soltanto alcuni: così non sembra concedere spazio al tema della *bona fides* nella interpretazione ed attuazione dei trattati e delle pattuizioni interpotestative, perché se v'è lacuna, ossia mancanza di impegno, cadono i presupposti logicamente necessari per il richiamo a quegli *standards* di comportamento, e lo stesso criterio, pur evocato dalla Corte Costituzionale, della interpretazione restrittiva degli impegni che comportino per uno dei contraenti l'accettazione di limiti alla propria sovranità, appare riferibile al complesso delle obbligazioni contratte con l'art. 34 ma resta adiaforo rispetto al quesito dilemmatico se vi fu o meno l'impegno *de quo*.

Non vengono invece eliminati (né ormai potrebbero più esserlo) i dati di segno contrario che storicamente si sono prodotti a varie riprese negli anni successivi al concordato; il tentativo di comprenderne le cause e lo stesso significato obiettivo non esclude che molti atti siano regrediti a fatto, rendendo plausibile, ed anzi meritorio, l'atteggiamento problematico assunto da Esposito.

¹⁰² Non si può peraltro dimenticare l'incertezza della situazione normativa in questo periodo e per l'attesa delle pronunce della Corte Costituzionale e per il duplice differimento della deliberazione referendaria. Resta, comunque, che l'atmosfera si prestava ad essere « drammatizzata », il che non è avvenuto.

¹⁰³ Le due formule adottate negli artt. 1 e 2 della legge sul divorzio (scioglimento del matrimonio e cessazione degli effetti civili) sono equipollenti sicché la Corte, nella sent. n. 169 (in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1790) ha potuto parlare di « estensione al matrimonio concordatario del nuovo regime di dissolubilità adottato per quello civile ».

¹⁰⁴ Per il testo della nota vaticana cfr. *Documenti*, cit., in nota 56, *supra*. Oltre alla conferenza stampa Ciprotti, cfr. le prese di posizione dello stesso Pontefice Paolo VI.

sito e chiarendo altresì i motivi dell'atteggiamento vaticano. La comprensione verso la linea di condotta della Santa Sede è giustificata dall'insieme di fattori accumulatisi a favore delle sue tesi dopo l'introduzione del matrimonio concordatario: la giurisprudenza della Cassazione; il sopravvenuto consenso, quasi unanime per un certo periodo, della dottrina; molti discorsi pronunciati all'Assemblea Costituente per impedire l'approvazione dell'art. 7 con particolare riguardo alla disciplina della indissolubilità; molti discorsi pronunciati nella stessa sede per impedire la sanzione di una omnimoda indissolubilità a livello costituzionale nell'art. 29, con espliciti richiami alla già acquisita garanzia *ex art. 7*. Né si può dimenticare, per concludere, che tra gli uomini politici vi fu chi osò anticipare con sicurezza tanto assoluta quanto infondata l'esito antidivorzista del giudizio avanti la Corte Costituzionale.¹⁰⁵

(maggio 1973)



¹⁰⁵ Cfr. l'intervento dell'on. Andreotti, in *Opposizione al divorzio*, cit., II, p. 792: « ... se la Corte Costituzionale dichiarerà incostituzionale (e non potrà non farlo), l'art. 2 di questa proposta di legge... » (nella dichiarazione di voto durante la seduta della Camera del 26 novembre 1969).

