

IL DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE

RIVISTA TRIMESTRALE

DIRETTA DA

V. LO IACONO - G. GIACOBBE - S. CICCARELLO - G. FREZZA

ANNO XXXVIII
2009



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

INDICI GENERALI DELL'ANNATA

ANNO XXXVIII
2009

SOMMARIO

Indice alfabetico degli autori	III
Indice analitico delle decisioni	IX

FASCICOLI

Gennaio - Marzo	1
Aprile - Giugno	2
Luglio - Settembre	3
Ottobre - Dicembre	4

INDICE ALFABETICO DEGLI AUTORI

	pag.
PAGLIARO A., <i>In memoria di Salvatore Ardizzone</i>	» 3
 STUDI	
BOLOGNA E., <i>Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale...</i>	» 450
CIANCIO C., <i>Oltre il caso Englaro</i>	» 1913
COCUCCIO M., <i>Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive</i>	» 908
D'AVACK L., <i>Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità</i>	» 1281
DI SAPIO A., <i>Ancora sulle annotazioni nell'atto di matrimonio tra coniugi stranieri</i>	» 731
DONATI A., <i>La cognominazione dei figli legittimi da parte della madre</i>	» 341
FATTORI G., <i>Collaborazione e conflitto tra giudice e perito nel diritto matrimoniale canonico</i>	» 371
GIACOBBE E., <i>La giurisdizione ecclesiastica tra ambiguità ed incertezze (e forse qualche ipocrisia)</i>	» 1347
GIACOBBE E., <i>La giurisdizione ecclesiastica tra ambiguità ed incertezze (e forse qualche ipocrisia)</i>	» 1951
GIACOBBE G., <i>Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto</i>	» 305
LICCIARDI G., <i>La responsabilità dell'Autorità amministrativa ecclesiastica per il provvedimento canonico illegittimo</i>	» 779
LICCIARDI G., <i>L'affettività nel diritto matrimoniale canonico</i>	» 1540
LILLO P., <i>Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa</i>	» 1921

LO IACONO P., <i>La tutela della personalità dei minori nell'ordinamento canonico tra il dovere dei genitori di fornire loro un'educazione "integrale" e l'esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi dai chierici</i>	» 1382
MARCHINI M., <i>Natura e disciplina degli enti autorizzati alle adozioni internazionali</i>	» 431
MASONI R., <i>Prime considerazioni sul progetto di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento approvato dal Senato il 26 marzo 2009</i>	» 1520
MORANI G., <i>La tutela della prole nelle crisi familiari: soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema normativo interno</i>	» 1984
MORANI G., <i>L'affidamento della prole nelle crisi familiari: l'attuale disciplina normativa</i>	» 358
PALAZZO A., <i>Matrimonio e convivenze</i>	» 1300
PARISI M., <i>Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della Convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo</i>	» 1525
PICARDI F., <i>Mantenimento della prole ed autonomia negoziale dei genitori</i>	» 765
PUTTI P.M., <i>Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto</i>	» 826
RIMINI C., <i>I principi e la prassi giurisprudenziale nel riconoscimento e nella determinazione dell'assegno di separazione e di divorzio</i>	» 333
RIMINI C., <i>La gestione collaborativa del conflitto coniugale (collaborative law) in Italia? Si può fare</i>	» 1318
RIONDINO M., <i>Bonum coniugum e giuridicità nel matrimonio canonico</i>	» 2048
RUSCELLO F., <i>Origini ed evoluzione storica dell'usufrutto legale dei genitori</i>	» 1329
SALOMONE D., <i>La tutela dei creditori tra realtà e apparenza degli accordi di separazione personale</i>	» 884
SALZANO A., <i>Note sull'applicazione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 in Italia ed all'estero (A proposito di Cass. 27 maggio 2008 n. 13829)</i>	» 2004
SPINELLI S., <i>Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte Costituzionale)</i>	» 1488
STANZIONE P., <i>Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82</i>	» 713

VECCHIO D., <i>Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare</i>	»	795
ZINGALES I., <i>Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-ter c.p.c.</i>	»	404

NOTE

DURISOTTO D., <i>Il progetto di Accordo tra la Santa Sede e la Slovacchia per l'esercizio dell'obiezione di coscienza e le valutazioni della E.U. Network of independent experts on fundamental Rights</i>	»	938
IACOBELLIS F., <i>L'incapacità relativa nel matrimonio canonico: una rassegna di dottrina e giurisprudenza</i>	»	1563
NAPOLI G.E., <i>L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità</i>	»	481
RUSSITANO P., <i>Spigolature sull'adozione internazionale in Italia</i>	»	2092

NOTE E OSSERVAZIONI A SENTENZA

ALCURI M., <i>L'attribuzione del cognome materno al figlio legittimo al vaglio delle sez. un. della S.C.: gli orientamenti della giurisprudenza interna e comunitaria</i>	»	1074
BALLARANI G., <i>La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.</i>	»	1159
BARDARO L., <i>Si può dichiarare il proprio figlio con il nome "Venerdì"? I giudici di merito lo negano, la Suprema Corte si lava le mani</i>	»	601
BARTONE N., <i>Il pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione, a sez. un. civ., del 18 luglio 2008 n. 19809</i>	»	540
BIANCHINI D., <i>Omosessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore</i>	»	689
CANESTRELLI S., <i>L'impugnazione dei provvedimenti del Giudice tutelare: una questione sempre aperta</i>	»	1060
CANESTRELLI S., <i>Note sul libero convincimento del giudice nell'utilizzo delle prove testimoniali</i>	»	1663
CASINI M., <i>La sentenza costituzionale n. 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge n. 40/2004</i>	»	991
DANOVI F., <i>Giudice, parti e P.M. nel processo ai confini dell'esistenza (quasi una fantasia)</i>	»	115

D'AVACK L., <i>La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre</i>	» 991
DI MARZIO P., <i>Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale</i>	» 540
GALATI A., <i>Nullità canonica del matrimonio per esclusione del bonum prolis per concorde decisione dei coniugi a causa di malattia sessualmente trasmissibile anche alla prole ed ordine pubblico italiano sostanziale</i>	» 629
GAZZONI F., <i>Aiuti familiari, plusvalenze maritali e assegno divorzile</i>	» 585
GAZZONI F., <i>Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio "garantista" sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)</i>	» 1859
GAZZONI F., <i>Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"</i>	» 277
GAZZONI F., <i>I giudici, legibus soluti, autorizzano il tutore a compiere atti contra legem: è ora la volta della donazione</i>	» 1238
GAZZONI F., <i>Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra</i>	» 73
GAZZONI F., <i>L'erba voglio non cresce nemmeno nel giardino del giudice: dichiarazione giudiziale di paternità, ordini del giudice e provvedimenti abnormi</i>	» 1775
GIACOBBE E., <i>"Questo matrimonio non s'ba da fare" (a proposito di infermi di mente e matrimonio)</i>	» 1211
MAGNO G., <i>Rappresentanza e difesa del minorenni nel giudizio per la dichiarazione dello stato di adottabilità</i>	» 651
MANERA G., <i>Sul contenuto dell'affido esclusivo e sulle sue differenze dall'affido condiviso dopo l'entrata in vigore della Novella n. 54 del 2006</i>	» 215
MARINI R., <i>Legittimazione del coniuge all'azione di nullità del matrimonio per incapacità di agire e delibazione della sentenza ecclesiastica</i>	» 613
MARRA A., <i>Il vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645 ter c.c. nell'accordo di separazione fra coniugi</i>	» 1199
MASONI R., <i>Consenso e dissenso del beneficiario dell'amministrazione di sostegno</i>	» 11
MASONI R., <i>I Testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno</i> . » 50	
MINO A., <i>Il criterio di imputazione della responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipente: le Sezioni unite ammettono la colpa in attività illecita</i>	» 1691
PENNISI C., <i>Sulla responsabilità solidale del coniuge non stipulante per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia</i>	» 1098

SAVI G., <i>Oneri di mantenimento del figlio naturale: per l'ingiunzione ex art. 148 c.c., una competenza a "discrezione" del genitore inadempiente?</i>	» 1808
SINAGRA A., <i>Sentenza straniera dichiarativa del divorzio tra un cittadino italiano ed una cittadina cubana e competenza c.d. internazionale del giudice straniero ai sensi dell'art. 64, n. 1, lett. a), l. n. 218 del 1995</i>	» 159
VESTO A., <i>L'identità di sesso e il matrimonio: una strada percorribile?</i>	» 1603
ZINGALES I., <i>Obbligazioni pecuniarie e titoli esecutivi nella separazione consensuale dei coniugi</i>	» 1798

DOCUMENTI

SENATO DELLA REPUBBLICA — Disegno di legge n. 774 (on.le Caruso ed on.le Mugnai) (ri)presentato il 12 giugno 2008: <i>"Modifica al c.c. in materia di tutela temporanea della salute dei soggetti impossibilitati a provvedervi personalmente"</i>	» 498
PRES. DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI — Dipartimento pari opportunità - Disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 1° agosto 2008: <i>"Istituzione del Garante per l'infanzia e l'adolescenza"</i>	» 501
CAMERA DEI DEPUTATI — D.d.l. n. 2232, presentato il 24 febbraio 2009, dal Presidente del Consiglio e da vari altri Ministri: <i>"Conversione in legge del decreto-legge 23 febbraio 2009 n. 11 (Gazz. uff. n. 45 del 24 febbraio 2009) recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori"</i>	» 952
SENATO DELLA REPUBBLICA — XVI Legislatura — Testo approvato, il 26 marzo 2009, del disegno di legge: <i>Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento</i>	» 1589
CAMERA DEI DEPUTATI — XVI Legislatura — Proposta di legge n. 1701 d'iniziativa dei dep.ti Mussolini, Santelli, Ravetto, Di Centa, De Girolamo, ed altri (presentata il 25 settembre 2008): <i>Modifica dell'art. 251 del codice civile, concernente il riconoscimento di figli incestuosi</i>	» 1594
CAMERA DEI DEPUTATI — XVI Legislatura — Proposta di legge n. 995 (on.li Merlo, Angeli, Bellotti, Boffa ed altri), presentata il 13 maggio 2008: <i>"Modifiche all'articolo 1 della legge 5 febbraio 1992 n. 91 in materia di cittadinanza per nascita</i>	» 2098
CAMERA DEI DEPUTATI — XVI Legislatura — Proposta di legge n. 2448 (on.li Anacri, Barbieri, Cassinelli ed altri) presentata il 19 maggio 2009: <i>"Disposizioni per la tutela del patrimonio familiare dai pregiudizi economici derivanti dalla condotta di un componente della famiglia e delega al Governo per l'istituzione di sezioni specializzate in materia di famiglia presso i Tribunali</i>	» 2100

primitivo di natura (privo di regole); in esso non aveva stimoli tali da poter esplicitare differentemente la propria personalità. Egli rappresenta, peraltro, l'archetipo del buon selvaggio; successivamente, la sua "sfera" civile fu presa a modello da Jean Jacques Rousseau, al quale ispirò in parte le teorie pedagogiche dell'*Emile*.

LUCA BARDARO

CORTE DI CASSAZIONE 14 novembre 2008 n. 27236 — Pres. LUCCIOLI — Rel. RAGONESI — P.M. MARTONE.

Matrimonio canonico concordatario — Nullità per incapacità (sentenza canonica di) — Esecutorietà in Italia — Nubenti (incapacità di intendere e di volere di uno dei) — Art. 120 c.c. (pertinenza ed applicabilità dello) — Esecutorietà in Italia (legittimazione a chiedere la) — Coniuge capace (legittimazione attiva del) — Sussistenza.

(c.c. artt. 117, 119, 120, 122, 428; c.p.c. artt. 34, 384; l. 25 marzo 1985 n. 121).

La sentenza canonica di nullità di un matrimonio concordatario per incapacità di intendere e di volere di un coniuge può essere resa efficace nell'ordinamento italiano su istanza del coniuge non incapace, nonostante l'art. 120 c.c. prevede, al riguardo, la legittimazione attiva solo del coniuge incapace (1).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con atto di citazione notificato il 21 novembre 2003, R.G.F. conveniva in giudizio davanti alla Corte di Appello di Roma M.T.B. per sentir dichiarare l'efficacia nella Repubblica Italiana della sentenza emessa in data 8 febbraio 2002 dal Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio — ratificata dal Tribunale Apostolico della Rota Romana il 12 dicembre 2002 e resa esecutiva dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica con decreto 14 novembre 2003 — con la quale era stata dichiarata la nullità del matrimonio concordatario contratto dalle parti in Roma in data 9 febbraio 1959, per "mancanza grave della discrezione di giudizio", e per "incapacità, per cause di natura psichica, ad assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio", da parte della B. Quest'ultima, costituitasi, deduceva

(1) Nota di R. MARINI.

pregiudizialmente la inammissibilità dell'azione proposta dal R.; nel merito si opponeva alla declaratoria di efficacia nell'ordinamento della sentenza ecclesiastica, in quanto contraria all'ordine pubblico. La Corte d'appello di Roma, con sentenza depositata il 7 settembre 2005, rigettava la domanda del R. ritenendo in contrasto con l'ordine pubblico italiano la sentenza del Tribunale ecclesiastico dichiarativa di nullità del matrimonio concordatario per incapacità psichica del coniuge. Il R. ricorre avverso tale decisione sulla base di un unico motivo, cui resiste con controricorso la B. che propone altresì ricorso incidentale condizionato.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Con l'unico motivo di ricorso il R. contesta la sussistenza di ragioni di ordine pubblico ostative alla delibazione nel nostro ordinamento della sentenza dichiarativa del matrimonio concordatario per incapacità psichica di uno dei coniugi.

Con il primo motivo del ricorso incidentale condizionato la B. censura la sentenza impugnata laddove questa ha ritenuto che il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio non determinasse l'inammissibilità della domanda di delibazione della sentenza ecclesiastica. Con il secondo motivo si duole del mancato riconoscimento della carenza di interesse ad agire in capo al R. in ragione della intervenuta sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio. I ricorsi vanno preliminarmente riuniti.

Il ricorso principale è fondato e va accolto. Occorre premettere che, per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, non ogni incompatibilità con l'ordine pubblico italiano rileva a impedire l'efficacia di esse nel nostro ordinamento, dovendo il giudice della delibazione tenere conto della specificità dell'ordinamento canonico. A tal fine va precisato che solo le incompatibilità assolute con l'ordine pubblico italiano rendono non delibabili le sentenze dell'ordinamento canonico, mentre lo sono quelle relative in ragione del favore particolare al loro riconoscimento che lo Stato italiano s'è imposto con il Protocollo addizionale del 18 febbraio 1984 modificativo del concordato. (Cass. sez. un. n. 19809 del 2008).

Al fine di chiarire la distinzione in esame è stato precisato che le incompatibilità "assolute" sono quelle in cui "i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui è chiesta la esecutività e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla *causa petendi* della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia" (Cass. sez.

un. 19809 del 2008). L'incompatibilità con l'ordine pubblico interno va qualificata, invece, "relativa", allorché la divergenza delle statuizioni contenute nella pronuncia con le norme e i principi inderogabili dell'ordinamento italiano possa superarsi, attraverso la individuazione ad opera del giudice della delibazione di circostanze o fatti, desumibili dal riesame non di merito della sentenza ecclesiastica, di elementi di fatto nella sentenza da riconoscere, che, ancorché irrilevanti per il diritto canonico, possano fare individuare una fattispecie almeno assimilabile a quelle interne con effetti simili" (Cass. sez. un. 19809 del 2008).

Nell'ambito delle incompatibilità relative, è stato ritenuto che la differenza di disciplina delle cause di invalidità del matrimonio del nostro ordinamento rispetto a quelle dell'ordinamento canonico non osta da sola alla delibazione, anche in rapporto ai vizi del volere, purché la dichiarata invalidità del matrimonio religioso da parte dei giudici ecclesiastici sia ancorata a fatti oggettivi analoghi a quelli rilevanti per gli stessi fini nell'ordinamento interno, ovvero a circostanze non assolutamente irrilevanti per esso, in rapporto alla formazione del consenso matrimoniale e all'annullamento del matrimonio. (Cass. sez. un. n. 19809 del 2008). In generale, può dirsi che la disciplina specifica della incapacità dei nubendi, compresa quella di intendere e di volere (artt. 117, 119 e 120) stabilita dal nostro ordinamento, non differisce in linea di massima da quella dell'ordinamento canonico per il quale un accertamento della inidoneità o incapacità di intendere e di volere o di agire, di uno o entrambi i nubendi, fa presumere un consenso viziato.

Fatte queste premesse, in ordine alla legittimazione ad agire per far valere tali incapacità, che l'ordinamento canonico ha esteso nel tempo ad entrambi i nubendi, si è ritenuto di poter riconoscere in Italia gli effetti della sentenza ecclesiastica di nullità conseguente all'azione anche di colui che non sarebbe stato legittimato ad agire per le norme interne (art. 120, 1 comma, c.c.). Sul punto la giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente affermato il principio secondo cui, in tema di delibazione della sentenza di un Tribunale ecclesiastico dichiarativa della nullità di un matrimonio concordatario, per *incapacitas assumendi onera matrimonii*, la nullità discende da una grave inettitudine del soggetto ad intendere i doveri del matrimonio, in relazione al momento della manifestazione del consenso, e non si discosta sostanzialmente dalle ipotesi di invalidità contemplate dagli artt. 120, 122 c.c.

Deve, pertanto, escludersi che il riconoscimento dell'efficacia di tale sentenza trovi ostacolo nei principi fondamentali dell'ordinamento

italiano, non rilevando neppure in contrario le differenze della disciplina codicistica in punto di legittimazione attiva alla proponibilità dell'azione da parte del coniuge non affetto da incapacità, in quanto non investono principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano (Cass. n. 6381 del 1988; Cass. n. 6444 del 1987; Cass. n. 4387 del 2000; Cass. n. 10796 del 2006) dal momento che la disciplina della legittimazione anche sostanziale non incide sul matrimonio atto o rapporto e quindi la diversità di essa nelle azioni di annullamento nei due ordinamenti non comporta una incompatibilità assoluta della sentenza canonica con l'ordine pubblico interno (Cass. sez. un. n. 19809 del 2008).

In questo contesto non merita condivisione l'assunto della Corte d'appello secondo cui, tramite l'art. 120 c.c., si applica anche al livello processuale il principio di tutela dell'incapace "al fine di evitare che questi subisca una scelta non liberamente e consapevolmente adottata e che resti in balia del coniuge che ha contratto consapevolmente il matrimonio", onde la violazione di detto principio sarebbe in violazione dell'ordine pubblico.

Premesso che il principio di tutela dell'incapace deve necessariamente inserirsi nel contesto di tutela dell'istituto matrimoniale, ove un aspetto di preminente rilievo è proprio quello dell'effettiva formazione del consenso al vincolo coniugale, va osservato che l'art. 119 c.c. prevede che legittimato all'impugnazione del matrimonio dell'interdetto (anche quando l'interdizione, preesistendo l'incapacità, sia stata pronunciata successivamente al matrimonio) sia non solo il tutore o il Pubblico ministero, soggetti legittimati ad agire nell'interesse dell'incapace, ma anche chiunque vi abbia interesse.

L'art. 428 c.c., poi, che costituisce il corrispondente dell'art. 120 c.c., al di fuori della fattispecie matrimoniale, stabilisce, in modo analogo, che gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace di intendere e di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati se dall'atto risulta un grave pregiudizio per l'autore, su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa. Il comma 2 del medesimo articolo prevede poi che, nel caso dei contratti, può essere pronunciato l'annullamento solo quando, per il pregiudizio subito dall'incapace, risulti la male fede dell'altro contraente.

Tutto ciò sta a significare che il principio di tutela dell'incapace non riveste nel nostro ordinamento un carattere assoluto, ma subisce dei contemperamenti in rapporto alla presenza di altri interessi meri-

tevoli di tutela e ciò vale sia a livello di diritto sostanziale che processuale.

A tale proposito, oltre a quanto già osservato in riferimento all'art. 119 c.c., occorre tenere conto anche del fatto che l'art. 122 c.c. consente di agire per l'annullamento del matrimonio a chi è incorso in un errore sulle qualità essenziali dell'altro coniuge (malattia fisica o psichica, o deviazione sessuale) ed ha, quindi, prestato il consenso ad un matrimonio che, se fosse stato consapevole delle condizioni dell'altro coniuge, non avrebbe invece prestato. Se la tutela dell'incapace avesse carattere assoluto, l'articolo in esame non avrebbe potuto consentire ad uno dei coniugi, in caso di incapacità per malattia psichica dell'altro, di agire per ottenere l'annullamento del matrimonio.

Tutto ciò porta necessariamente ad affermare, sulla base di quanto in precedenza detto, che il riconoscimento da parte dell'ordinamento canonico, a differenza di quello italiano, della legittimazione processuale a chiedere l'annullamento del matrimonio anche al coniuge di chi al momento della prestazione del consenso coniugale si trovava in condizioni, anche transitorie, di incapacità di intendere e volere costituisce una incompatibilità relativa con il principio di ordine pubblico costituito dalla tutela dell'incapace, proprio in ragione delle limitazioni che il nostro ordinamento prevede alla legittimazione di quest'ultimo, che non riveste carattere esclusivo. La circostanza, infatti, che il nostro ordinamento preveda già ipotesi di legittimazione alla domanda di annullamento del matrimonio da parte dell'altro coniuge (sia in riferimento all'ipotesi di cui all'art. 119 c.c., che a quella dell'art. 122 c.c.) porta a concludere che nel nostro sistema giuridico esistono già fattispecie assimilabili a quella in esame prevista dall'ordinamento canonico, onde, come osservato, non può che trattarsi di una incompatibilità relativa che non è in condizione di far escludere la delibazione della sentenza canonica che pronuncia l'annullamento del matrimonio.

Venendo al ricorso incidentale, il primo motivo si rivela infondato. Questa Corte ha ripetutamente affermato che la domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha *causa petendi e petitum* diversi da quelli della domanda di nullità del matrimonio concordatario, investendo il matrimonio e non l'atto con il quale è stato costituito il vincolo tra i coniugi. Pertanto, ove nel giudizio di divorzio le parti non introducano esplicitamente questioni sulla esistenza e sulla validità del vincolo — le quali darebbero luogo a statuizioni incidenti sullo *status* delle persone, e, quindi, da decidere necessariamente, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., con efficacia di giudicato —, l'esistenza e la validità del

matrimonio non formano oggetto di specifico accertamento suscettibile di determinare la formazione del giudicato. Ne consegue che, in dette ipotesi, la sentenza di divorzio non impedisce la delibazione della sentenza del Tribunale ecclesiastico che abbia dichiarato la nullità del matrimonio concordatario, in coerenza con gli impegni assunti dallo Stato italiano con l'Accordo di revisione del Concordato lateranense, stipulato il 18 febbraio 1984 e reso esecutivo con l. 25 marzo 1985 n. 121 (che ha abolito la riserva di giurisdizione in favore dei Tribunali ecclesiastici sulle cause di nullità dei matrimoni concordatati, in precedenza stabilita dall'art. 34, quarto comma, del Concordato del 1929) e nei limiti di essi (Cass. n. 4795 del 2005; Cass. n. 3186 del 2008; Cass. n. 12671 del 1999).

In base a quanto fin qui esposto risulta infondato anche il secondo motivo di ricorso incidentale. Se, infatti, la domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha un *petitum* e una *causa petendi* diversi da quella di nullità del matrimonio concordatario, da tale diversità deriva anche un non coincidente interesse ad agire nelle due controversie. A tale proposito non può non condividersi quanto ritenuto dalla Corte d'appello e cioè che l'interesse ad agire, prevalentemente di carattere morale, consiste proprio nell'aver riconosciuta anche nell'ordinamento italiano la nullità del matrimonio. Il ricorso incidentale va, dunque, respinto.

La sentenza impugnata va, quindi, cassata nei limiti dell'accoglimento e, sussistendo i requisiti di cui all'art. 384 c.p.c., può procedersi alla decisione sul merito dichiarando l'efficacia in Italia della sentenza del Tribunale Regionale Ecclesiastico dell'8 febbraio 2002. Stante la novità della questione esaminata, si compensano tra le parti le spese dell'intero giudizio.

(1) Legittimazione del coniuge all'azione di nullità del matrimonio per incapacità di agire e delibazione della sentenza ecclesiastica.

Il problema, non nuovo, affrontato dalla sentenza in commento consiste nello stabilire se la legittimazione canonistica all'azione di nullità del matrimonio (per incapacità di agire) accordata (anche) al coniuge capace (can. 1674) (1) si debba ricomprendere tra le *incompatibilità assolute* con l'ordine

(1) In diritto canonico la legittimazione spetta non solo al coniuge *olim* incapace, ma anche all'altro coniuge e al promotore di giustizia (can. 1674).

pubblico italiano e risultati, pertanto, ostativa della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità (2).

E la risposta affermativa data dal giudice di legittimità, in difformità da quanto deciso dal giudice di merito, pur se confortata da autorevoli precedenti giurisprudenziali (3), non manca di suscitare qualche perplessità per l'incertezza dei dati normativi che comproverebbero il carattere relativo della incompatibilità con l'ordine pubblico italiano della legittimazione riconosciuta (dall'ordinamento canonico) al coniuge capace.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza, non sembra, infatti, decisivo nel senso deciso dalla sentenza il riferimento contenuto all'art. 119 c.c., che, nel caso di matrimonio contratto dall'interdetto per infermità di mente, riconosce la legittimazione ad impugnarlo *al tutore, al Pubblico ministero e a tutti coloro che abbiano un interesse legittimo e attuale, e, quindi, anche al coniuge capace*.

In proposito è possibile, in primo luogo, osservare che la legittimazione a far valere l'incapacità di agire accordata ad un soggetto diverso dall'incapace, in quanto diretta a tutelare un interesse non già dell'incapace, ma dello stesso legittimato, porta necessariamente a *snaturare* l'azione, trasformandola da mezzo protettivo dell'incapace in una sorte di azione innominata rispetto alla

(2) Come ricorda la sentenza che si annota, le sezioni unite della Corte di Cassazione in una recentissima pronuncia che può, dunque, considerarsi, allo stato, diritto vivente, hanno qualificato quali incompatibilità assolute quelle in cui "i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui è chiesta la esecutività" e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla *causa petendi* della domanda accolta, *non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia*". Mentre l'incompatibilità è relativa quando la divergenza delle statuizioni contenute nella pronuncia dalle norme e dai principi inderogabili dell'ordinamento italiano possa superarsi attraverso l'individuazione, ad opera del giudice della delibazione, di una fattispecie almeno assimilabile a quelle interne con effetti simili (Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19809).

(3) Cass. 10 maggio 2006 n. 10796, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5, esclude che la legittimazione attiva alla proponibilità dell'azione configuri un principio essenziale dell'ordinamento italiano, in quanto tale rilevante ai fini della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio". Nello stesso senso, Cass. 7 aprile 2000 n. 4387, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1641; ed altresì, tra le altre, Cass. 19 febbraio 1991 n. 1709, in *Giust. civ. Mass.*, 1991; Cass. 14 aprile 1994 n. 3508; Cass. 7 aprile 1997 n. 3002, in *Giust. civ. Mass.*, 1997). Si può in proposito notare come risulti del tutto apodittica l'affermazione (Cass. 25 novembre 1988 n. 6331, in *Dir. eccl.*, 1990, II, 62) secondo cui la legittimazione all'impugnazione per incapacità naturale riconosciuta (solo) al coniuge incapace naturale che si sia trovato in tale situazione al momento della celebrazione "non esprime un principio essenziale del matrimonio civile e, quindi, non è riconducibile fra le norme di ordine pubblico". Per quanto si dirà nel testo, infatti, il riconoscimento ad un soggetto diverso dall'incapace della legittimazione ad agire porta a configurare un'azione diversa e sconosciuta all'ordinamento italiano.

quale l'incapacità (dell'autore dell'atto) rileva non già quale scopo della tutela giudiziale, ma quale condizione per perseguire l'interesse del legittimato.

S'intende, allora, come l'estensione ad *ogni interessato* (della sfera) dei legittimati all'azione contenuta nell'art. 119 c.c. rappresenti un'innovazione della legge di riforma del diritto di famiglia, che non è agevole spiegare in modo razionale (4).

La dottrina, tentando di conciliare siffatta estensione con la tutela dell'incapace, ha affermato che essa verrebbe a realizzare una più incisiva protezione dell'incapace, che, altrimenti, sarebbe affidata (solo) all'iniziativa del tutore o del Pubblico ministero (5).

La spiegazione non regge e non può reggere, posto che la nuova categoria di legittimati all'impugnativa del matrimonio non fa valere (come, invece, il tutore o il p.m.) un interesse dell'incapace, ma l'interesse dei legittimati stessi (6). In altri termini, i terzi che agiscono fanno valere un interesse proprio, per lo più patrimoniale e, quindi, estraneo alla vita familiare, anche se non può escludersi una (occasionale) coincidenza con l'interesse dell'incapace (7).

Sotto tale aspetto, la norma non solo non trova alcuna giustificazione, ma, al contrario, si pone in palese contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, affidando la protezione dell'incapace a soggetti che, secondo lo stesso legislatore, sono deputati a curare (solo) un proprio interesse. Senza considerare che l'azione di siffatti terzi potrebbe anche essere dannosa per l'incapace, come nell'ipotesi in cui il matrimonio abbia dato luogo ad una convivenza stabile e risponda, quindi, all'interesse dell'incapace. (8)

E ciò renderebbe la legittimazione (ad impugnare il matrimonio) del coniuge capace in contrasto (anche) con l'esigenza di tutela dell'incapace garantita dagli artt. 2 e 32 Cost.

(4) F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1989, 52, sottolinea come l'estensione della legittimazione non sia stata spiegata dal legislatore e si ponga in contrasto con la riduzione dell'ambito della legittimazione in tema di nullità per violazione dei limiti di età e per l'incapacità di intendere e di volere.

(5) FRANCESCHELLI, *Il matrimonio civile, L'invalidità*, Trattato Rescigno, II, Torino, 1982, 653; F. FINOCCHIARO, *Matrimonio civile*, II, artt. 84-158, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 132.

(6) Sulla natura dell'interesse che può legittimare l'azione di annullamento cfr. Cass. 6 febbraio 1986 n. 720 e F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, cit., 103-104.

(7) A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II ed., Milano, 1984, 97; e F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, cit., 52, che sottolinea come l'ampliamento dei legittimati ponga il pericolo di azioni temerarie e persino ricattatorie di terzi, mentre eventuali legittimi interessi di terzi avrebbero potuto essere tutelati, nei limiti della precedente normativa, attraverso l'azione del pubblico ministero.

(8) DOGLIOTTI, *Infermità mentale e diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1323, nonché CENDON, *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 31.

La sentenza che si annota richiama, poi, nella sua motivazione, l'art. 122 c.c., che accorda il diritto di agire per l'annullamento del matrimonio al coniuge che sia incorso in errore su determinate qualità essenziali dell'altro coniuge, fra le quali è espressamente contemplata la sua malattia psichica (e quindi il suo stato di incapacità). Anche tale norma confermerebbe come la legittimazione (ad agire) per l'annullamento del matrimonio possa essere accordata ad un soggetto diverso dall'incapace e precisamente al soggetto incorso in errore sullo stato di incapacità dell'altro coniuge.

In contrario, è possibile osservare come in siffatta ipotesi la legittimazione al coniuge capace sia accordata per fare valere non già l'incapacità dell'altro coniuge, ma solo l'errore sullo stato di incapacità dell'altro (art. 122 c.c.). Sicché, se difetta l'errore, viene meno anche la legittimazione ad agire per l'annullamento del matrimonio. Con la conseguenza che il soggetto che viene tutelato non è l'incapace, ma l'errante.

Del resto, è significativo che nel caso dell'incapacità naturale il legislatore abbia riaffermato il principio dell'esclusiva legittimazione del coniuge incapace ad impugnare il matrimonio e della conseguente esclusione dell'altro coniuge (art. 120 c.c.).

Quanto, poi, alla disciplina contrattuale alla quale si richiama la sentenza in commento, anche a prescindere dalla sua essenziale diversità da quella matrimoniale, risulta costante l'esclusiva legittimazione dell'incapace, legale o naturale, ad impugnare l'atto nel concorso di determinate condizioni (artt. 428, 1441 c.c.).

Sicché, e conclusivamente, può ritenersi principio fondamentale del nostro ordinamento quello secondo cui la tutela dell'incapace si realizza sia nel campo contrattuale che in quello matrimoniale accordando all'incapace, e *solo all'incapace*, la legittimazione ad impugnare l'atto. Ciò che, del resto, corrisponde alla logica del sistema.

Se è l'incapace che deve essere tutelato, ne discende, logicamente, l'esclusiva legittimazione (ad impugnare l'atto) dello stesso (o di chi lo rappresenta) con esclusione di chi, come il soggetto capace, faccia valere un interesse proprio e perciò diverso da quello relativo all'incapace.

E se l'esclusiva legittimazione dell'incapace è, sia pure indirettamente, sancita dall'art. 1441, 1 comma, c.c., identico principio deve valere, *a fortiori*, nel campo matrimoniale, atteso il carattere personale dell'azione.

Sicché, può affermarsi che nel nostro ordinamento il principio fondamentale di ordine pubblico è quello secondo cui l'invalidità (sia per incapacità di agire che per vizi del consenso) può essere azionata solo ed esclusivamente dal soggetto nel cui interesse è stabilita dalla legge. Sicché, come si è detto, accordare l'azione ad un soggetto diverso (dall'incapace o dal soggetto la cui volontà è viziata) porta a configurare un'azione diversa, logicamente, rispetto a quella fissata dal nostro ordinamento nell'attuale stadio della sua evoluzione.

Né in contrario gioverebbe richiamare l'art. 119 c.c. per il palese contrasto in cui si pone con i principi costituzionali, e, ancor meno, la differente

disciplina canonistica in tema di legittimazione all'azione per incapacità di agire ispirata ad una logica diversa da quella propria dell'ordinamento civile.

Del resto, è significativo come la stessa sentenza non manchi di evidenziare la specialità dell'ordinamento canonico, nel quale ciò che rileva *non è la tutela dell'incapace*, ma l'esistenza di una volontà matrimoniale libera e cosciente (9).

Con la conseguenza che, se l'assenza di siffatta volontà dipende dallo stato di incapacità di uno dei coniugi, anche l'altro è ammesso ad impugnare il matrimonio.

L'aver trascurato tale aspetto dell'ordinamento canonico ha condotto la Suprema Corte ad affermare, nella specie, la delibabilità della sentenza ecclesiastica di nullità che era stata, a nostro avviso, correttamente, esclusa dalla Corte di appello.

Mentre, ed è forse questo l'insegnamento che proviene dalla vicenda in esame, occorre essere molto cauti nell'affermare la configurabilità nell'ordinamento canonico di fattispecie assimilabili a quelle previste dall'ordinamento civile per la diversità di fini e di caratteri che caratterizza i due ordinamenti (10).

RENATO MARINI

CORTE DI CASSAZIONE 19 novembre 2008 n. 27475 — Pres. MATTONE — Rel. IANNIELLO — P.M. PATRONE.

Coniugi (rapporti patrimoniali tra) — Impresa familiare (coniugi partecipanti ad una) — Separazione personale dei coniugi (manca collaborazione della moglie all'impresa dopo la) — Azienda familiare (cessione a terzi, da parte del marito, della) — Art. 230-bis, comma 5, c.c. (violazione del diritto di prelazione ex) — Art. 732 c.c. (rinvio dell'art. 230-bis c.c. allo) — Artt. 230-bis e 732 c.c. (reciproche implicazioni tra gli) — Diritto di prelazione e diritto di riscatto — Retratto successorio (carattere eccezionale del) — Impresa familiare (asserita inapplicabilità del retratto alla)

(9) Si rinvia, in proposito, alla condivisibile critica della posizione assunta dalla Cassazione di E.A. EMILIOZZI, *Vizi genetici dell'atto di matrimonio ed effetti patrimoniali conseguenti*, Napoli, 2003, 93 ss., nella ricerca di affinità tra le cause di nullità del matrimonio previste dall'ordinamento canonico e le cause previste da quello civile, trascurando le diversità che animano l'istituto matrimoniale nell'ordinamento laico ed in quello confessionale.

(10) E. A. EMILIOZZI, *Vizi genetici dell'atto di matrimonio ed effetti patrimoniali conseguenti*, cit., 94 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici.