

FORUM-ASSOCIAZIONE DONNE GIURISTE

DALL'ALTARE AI TRIBUNALI

concorrenza tra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione civile in materia matrimoniale
Modena 20 e 21 febbraio 2004

Sentenze di nullità ecclesiastica del matrimonio

ed effetti sul rapporto di filiazione

Prof. Dott. Massimo Dogliotti

Il mio compito, è quello di verificare, , gli effetti della sentenza di nullità ecclesiastica del matrimonio sul rapporto di filiazione.

Dico subito che non c'è una sostanziale differenza rispetto alla sentenza di nullità civile perché, come vedremo, gli aspetti sono molto vicini e penso che, non voglio anch'io invadere il campo del prof. Figone, ma sicuramente penso che anche per la questione del regime patrimoniale non ci siano grosse differenze.

Ricordo che, ai sensi dell'art.5, legge n.847 del '29 che, come si diceva, è ancora in parte in vigore, per quanto non implicitamente riformato dall' Accordo di Villa Madama, ed è mancata una legge matrimoniale successiva, il matrimonio concordatario produce gli stessi effetti del matrimonio civile, quando trascritto, dal giorno della celebrazione. Dal punto di vista temporale, evidentemente le due celebrazioni coincidono. Il problema, forse, perché uno dei riferimenti che compaiono nell'art.128, perché è poi a quello che soprattutto dobbiamo fare riferimento, si parla di figli nati e concepiti nel matrimonio, quindi anche al matrimonio concordatario ovviamente bisognerebbe far riferimento per vedere il momento in cui gli effetti civili cominciano a verificarsi e il momento in cui gli effetti civili vengono meno, alcuni retroattivamente fino alla celebrazione, altri da un certo momento, e bisognerebbe individuare l'ex nunc in questo caso quale sarebbe,

Credo però che ormai questa sia una *querelle* che esisteva, esisteva soprattutto negli anni 30, e forse con delle punte anche successivamente, però io ricordo ancora qualche provvedimento del giudice italiano agli inizi degli anni 70, che faceva derivare la cessazione degli effetti civili -l'ex nunc- per il matrimonio concordatario, dalla esecutività della sentenza ecclesiastica. Sappiamo che la sentenza ecclesiastica non passa in giudicato ma c'è l'esecutività, mentre ricordo per esempio la posizione di Francesco Finocchiaro all'epoca, molto chiara, che poi più o meno è stata assunta per cui oggi non se ne discute granchè, per cui gli effetti civili non possono che venir meno in forza del provvedimento dell'autorità giudiziaria che ha competenza giurisdizionale su tali effetti,

collocazione io, sostanzialmente, se fossi stato riformatore del '75 avrei inserito la disciplina della filiazione a seguito di una pronuncia di nullità di matrimonio nell'articolo 231, la presunzione di concepimento nel matrimonio si poteva dire "il marito si presume padre del figlio concepito nel matrimonio", indipendentemente dal fatto che sia valido o invalido, salvo ipotesi particolari che poi vedremo esistono ancora. Perché inserirlo nel matrimonio putativo assume aspetti abbastanza contraddittori, rispetto alla disciplina reale. La disciplina reale cosa ci dice? l'art.128 individua i casi tradizionali, dice che se i coniugi tanto il matrimonio putativo, sappiamo tutti, è un matrimonio dichiarato nullo che produce alcuni effetti del matrimonio valido, almeno fino alla pronuncia di nullità, ma però a cosa è legato? è legato alla buona o alla mala fede dei coniugi, di entrambi i coniugi o di uno di essi. Buona o mala fede che sappiamo in materia matrimoniale ha a che fare con la mancata conoscenza, ignoranza di una causa di invalidità.

Che cosa c'entra la buona fede e la mala fede del coniuge in relazione alla posizione dei figli? Allora questo principio terribile e primitivo per cui le colpe dei genitori -se colpe le dobbiamo chiamare- ricadono sui figli, ha ancora una sua rilevanza?

Se poi si guarda al contenuto dell'art.128 si vede che rilevanza ne ha molto poca, anche se una qualche rilevanza ce l'ha ancora. Cosa si dice? si dice: se il matrimonio è invalido, e quindi i coniugi sono in buona fede, sicuramente gli effetti del matrimonio valido si verificheranno nei confronti dei figli. Se in buona fede è uno solo dei coniugi gli effetti del matrimonio valido si verificheranno, gli effetti legittimanti si verificheranno nei confronti dei figli; e questa era la posizione del codice del 1865, il codice del 1865 prevedeva questo, nonostante fosse un codice laico e liberale, collegava strettamente la posizione legittimante dei figli alla buona o mala fede dei coniugi.

Addirittura in quell'ambito, se entrambi i coniugi erano in malafede i figli non erano neppure considerati come riconosciuti. Si discuteva, nel vigore del codice del 1865, se i figli dovessero essere considerati figli riconosciuti oppure se i genitori dovessero comunque riconoscerli; e questa *querelle* ha portato poi alla formulazione originaria del codice del 1942, in cui si dice che in ipotesi di malafede di entrambi i coniugi i figli sono riconosciuti, si considerano come riconosciuti, quando il riconoscimento è possibile, e noi sappiamo che per il codice del 1942, lettera originaria, il riconoscimento aveva molti ostacoli: il riconoscimento dei figli adulterini non era ammissibile.

Con la riforma del diritto di famiglia questo riferimento alla buona o alla mala fede viene notevolmente ridimensionato, si esprime questo principio rilevante per cui, tendenzialmente, la buona o la mala fede dei coniugi non ha rilevanza sulla condizione

dei figli, sugli effetti legittimanti, i figli vengono considerati legittimi salvo due casi: i casi di bigamia e incesto.

Rimane questo aspetto tradizionale per cui la bigamia e l'incesto sono collegati alla buona o alla mala fede dei coniugi ma, in generale, la buona o la malafede dei coniugi non incide sugli effetti legittimanti dei figli.

A questo punto, parlando più specificatamente della bigamia e dell'incesto, possiamo dire che questo collegamento con il matrimonio putativo diventa tutto sommato abbastanza sfumato ed ecco perché io, oltre che per ragioni diciamo di carattere etico e politico in senso lato, ma anche logico e sistematico, la disciplina degli effetti legittimanti dei figli a seguito di pronuncia di nullità l'avrei inserita da qualche altra parte, per esempio nella presunzione di legittimità.

Solo, lo dice la norma, rimangono gli effetti legittimanti dei figli nati e concepiti nel matrimonio e dunque, con riferimento sia ai profili del matrimonio civile che ai profili del matrimonio concordatario, è ai figli nati o concepiti nel matrimonio che si fa riferimento e quindi si dovrebbe, ovviamente, applicare tutta la disciplina propria - su cui è inutile soffermarci ora- degli articoli 232,233,234; il figlio nato dal matrimonio dopo 180 giorni dalla celebrazione o dopo 300 giorni dalla cessazione, o nel caso che ci fosse stata separazione, dal momento della separazione, con possibilità di estensione di questi termini perché il figlio nato dopo la celebrazione del matrimonio è reputato figlio legittimo, e così anche il nato dopo 300 giorni dalla cessazione può essere dichiarato legittimo se i coniugi danno dimostrazione che sia stato concepito durante il matrimonio. Abbiamo quindi questo periodo abbastanza ampio: si fa poi un altro riferimento nell'art.128, perché ci si riferisce a figli nati o concepiti durante il matrimonio dichiarato nullo, nonché rispetto ai figli nati prima del matrimonio e riconosciuti anteriormente alla sentenza dichiarativa di nullità. Qui è il discorso della legittimazione, l'art.283 in particolare del codice civile per cui, figli che siano stati riconosciuti prima del matrimonio dei genitori, attraverso il matrimonio si perviene ad una legittimazione per susseguente matrimonio, così se fossero riconosciuti quali figli nati prima del matrimonio dopo la celebrazione dello stesso, anche in questo caso ovviamente sono considerati figli legittimati.

Tutto questo fa sì che i figli nati e concepiti durante il matrimonio, con questa estensione ai figli legittimati, mantengano la loro posizione, il loro *status* di figli legittimi nonostante la dichiarazione di nullità matrimoniale.

Direi quindi che tutte le posizioni proprie di figlio legittimo continueranno a verificarsi: il figlio legittimo ex art.128 non sarebbe certo escluso dalla facoltà di consentire

l'inserimento del figlio naturale nella famiglia, all'adozione di maggiorenni, potrebbe essere sentito in vista della legittimazione per provvedimento del giudice del figlio naturale, chiedere la commutazione della quota ereditaria spettante ai figli naturali, tutti questi aspetti evidentemente non vengono scalfiti: la dichiarazione di nullità non scalfisce la posizione e l'effetto legittimante del figlio.

Il discorso potrebbe riguardare, a questo punto, la posizione del genitore perché una delle indicazioni che è in questa casistica dell'art.128 è che gli effetti del matrimonio valido si producono rispetto ai figli o a uno solo dei coniugi se l'altro è in malafede.

Allora cosa succede a questo punto? Giurisprudenza al riguardo mi pare che non ce ne sia.

Il discorso potrebbe essere che, a questo punto, il soggetto non si considera più genitore, decade dalla potestà... Io ho molti dubbi al riguardo, ho l'impressione che la norma debba applicarsi, questa mancanza di effetti retroattiva debba considerarsi solo nel rapporto tra coniuge e coniuge, non nel rapporto tra genitore e figli anche perché, salvo qualche ipotesi specifica che ho lasciato per ultima, perché non mi piacciono e quindi cerco di allontanarle, quando il riconoscimento comunque è consentito, al di là delle ipotesi di bigamia e incesto, anche in queste ipotesi i figli, avrebbero comunque lo *status* di figli naturali riconosciuti.

Ne consegue che il rapporto genitore-figli non è molto differente, quantomeno per quanto riguarda gli obblighi, ma anche per i rapporti successori, tra il genitore ed il figlio naturale. Tutto sommato escludere addirittura dalla paternità, ed anche dalla stessa potestà genitoriale, il genitore in mala fede mi sembrerebbe assolutamente contraddittorio, senza contare che poi, concretamente, il coniuge che si trova in malafede nel rapporto con l'altro coniuge, potrebbe essere un ottimo genitore. Un po' il discorso che noi facciamo con riferimento alla pronuncia di addebito, l'addebito non è detto che escluda il genitore dall'affidamento del figlio.

Anche se vogliamo mantenere l'addebito nel nostro ordinamento, la persona può essere dichiarata "cattivo coniuge" ma potrebbe essere un "buon genitore". Io credo che questo aspetto, della mancanza di effetti del matrimonio con riferimento al matrimonio putativo, riguardi il rapporto tra coniugi ma non possa riguardare il rapporto genitore-figli.

Un ulteriore aspetto che potrebbe venire in considerazione è quello di una inesistenza totale del matrimonio. Sono tutte questioni che difficilmente si verificano, vediamo poche cause di questo tipo, ma indubbiamente potrebbero verificarsi... Ricordo la *querelle* ottocentesca, se vogliamo partire dalla pandettistica, il negozio giuridico nullo o

inesistente nasceva proprio, per gran parte, proprio dal matrimonio in sé; quindi potrebbe ipotizzarsi un tipo di matrimonio, che è un simulacro, talmente contraddittorio da non essere neanche nullo ma proprio inesistente; su quello la dottrina ha molto discusso: si diceva potrebbe essere nell'ambito del nostro costume sociale un matrimonio tra persone dello stesso sesso potrebbe considerarsi inesistente, il matrimonio in cui il consenso non solo sia viziato ma non ci sia neppure mai stato, un matrimonio che sia stato celebrato non davanti all'ufficiale di stato civile, neppure apparente, o magari non davanti a un sacerdote, ecco aspetti di questo tipo potrebbero dar luogo ad un matrimonio forse inesistente, neppure nullo. In questo caso gli effetti legittimanti anche per i figli non si sarebbero mai verificati, però con tutta probabilità un matrimonio del genere - concordatario- non sarebbe stato trascritto, quindi il discorso si chiude. Qui forse, addirittura, potrebbero esserci i presupposti di una azione di contestazione di legittimità, perché effettivamente la contestazione di legittimità si riferisce anche all'inesistenza di un matrimonio, non sarebbe un problema di perdita di effetti legittimanti ma gli effetti legittimanti, anche rispetto ai figli, non si sarebbero mai verificati.

Ma al di là di queste ipotesi, come dicevo, gli effetti legittimanti relativi ai figli nati o concepiti nel matrimonio con questa estensione poi ai figli legittimati, si verificano indipendentemente dalla buona o mala fede dei coniugi, salvo il riferimento all'art.128 che parla di bigamia e incesto.

L'art.128 appunto esclude la possibilità, infatti dice *"il matrimonio dichiarato nullo, contratto in malafede da entrambi i coniugi, ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli nati o concepiti durante lo stesso"* e dunque, come dicevamo prima, il rapporto con il matrimonio putativo viene veramente meno, *"salvo che la nullità dipenda da bigamia o incesto"*.

Quindi: se la nullità dipende da bigamia o incesto ed i coniugi sono entrambi in malafede, erano consapevoli di questo aspetto, questa pronuncia incide molto pesantemente anche sulla posizione dei figli, legittimi o legittimati, che non sono considerati tali ma, nell'ipotesi di cui al comma precedente, i figli hanno lo stato di figli naturali riconosciuti nei casi in cui il riconoscimento è consentito.

Anche qui probabilmente c'era stata una scarsa coordinazione, perché ormai per la bigamia, i figli nati fuori dal matrimonio si possono riconoscere, quindi questo non è sicuramente il caso. Come vedete il riferimento alla condizione dei figli, agli effetti legittimanti dei figli e al matrimonio putativo si restringe sempre di più. Rimane sostanzialmente il discorso dei figli incestuosi e qui come sappiamo c'è stata una sentenza della Corte Costituzionale della fine dell'anno scorso che ha pronunciato la

parziale legittimità costituzionale però dell'articolo che atteneva alla ricerca di paternità e maternità con riferimento ai figli incestuosi, lasciando un po' a metà la situazione, non incidendo sul divieto di riconoscimento dei figli incestuosi previsto dall'art.251 del codice civile, lasciando così, un po' contraddittoriamente, la possibilità per il figlio di richiedere e di agire per la dichiarazione giudiziale di maternità e paternità ma non ammettendo, non incidendo la sentenza di illegittimità costituzionale sul divieto di riconoscimento dell'art.251. Può essere che, attraverso un'ulteriore questione sollevata, si arrivi anche a questa pronuncia però finché abbiamo questo limite il discorso dei figli nati da incesto, per gli effetti legittimanti, dipende dalla buona o malafede dei genitori.

C'è un ulteriore aspetto, che in genere non viene abbastanza evidenziato, questo forse ancora più eclatante, una svista del legislatore che, se arrivassimo ad una questione di legittimità costituzionale, sarebbe sicuramente eliminato, perché sì, forse ci si può arrivare con l'interpretazione ma in periodi in cui l'interpretazione creativa potrebbe anche diventare oggetto di illecito disciplinare forse è meglio sollevare questioni di illegittimità costituzionale, almeno si è più tranquilli.

Abbiamo che gli effetti del matrimonio valido si producono anche rispetto ai figli nati o concepiti durante il matrimonio nonché ai figli nati prima del matrimonio e riconosciuti anteriormente alla sentenza che dichiara la nullità, poi dice: il matrimonio dichiarato nullo, contratto in malafede da entrambi i coniugi ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli nati o concepiti durante lo stesso, il legislatore si è dimenticato dei figli legittimati e questo è un aspetto che è stato evidenziato dalla dottrina, anch'io me ne sono occupato quando ho preparato un lavoro sul matrimonio putativo per il trattato Zatti, e in effetti questo aspetto è evidente.

Sembrerebbe che se il matrimonio è dichiarato nullo, e quindi con malafede di entrambi i coniugi, i figli legittimati spariscano. E' un aspetto quasi paradossale che però va evidenziato. Si potrebbe interpretare nel senso che una svista del legislatore da tutto il contesto è estremamente irrazionale per cui bisognerebbe fare riferimento anche ai figli legittimati, non solo ai figli legittimi. Certo che la norma è abbastanza chiara, se il legislatore si dimentica non è che sempre il giudice a questo punto deve razionalizzare, c'è la Corte Costituzionale... mi dispiace per il nostro amico Alfio Finocchiaro a cui anzi mandiamo un applauso e speriamo stia meglio e si riprenda.

Indubbiamente c'è questa contraddizione che si dovrebbe superare.

Ho parlato di questi aspetti di diritto sostanziale, vorrei soffermarmi anche su qualche aspetto processuale. E' una materia molto complessa anche per quel che riguarda questi profili legittimanti e sostanziali ma forse vale la pena di dire qualcosa anche

relativamente ai profili processuali. Intanto prima di tutto va detto che c'è un richiamo esplicito della norma all'art.129, all'art.155, quindi alla disciplina della separazione, ed è bene che sia così: in questo caso la posizione dei figli a seguito di nullità matrimoniale viene equiparata alla posizione dei figli nella separazione, quindi tutte le possibilità del giudice della separazione dovrebbero applicarsi anche a questa materia. Affidamento dei figli, contributo al mantenimento da parte del genitore non affidatario e forse anche assegnazione della casa ex coniugale in funzione dell'interesse del figlio, del resto, in quest'ambito, è l' art.155 quello che viene in considerazione.

Però ancora una volta il legislatore del '75, soprattutto in materia matrimoniale, è stato abbastanza affrettato perché, in realtà, abbiamo detto che in alcuni casi si tratta di figli naturali riconosciuti, allora si applica l'art.155 anche per i figli naturali riconosciuti?.

Sarei felicissimo di questo, sappiamo però che, ancora oggi, le situazioni sono molto diversificate: ai figli naturali riconosciuti si applica l'art.317 bis, con tutte le storture che a mio parere questa norma ha, per cui il giudice, che è il Tribunale per i minorenni, interviene molto più pesantemente e può escludere un genitore dalla potestà, nel generico interesse del figlio, o magari escluderli entrambi e nominare un tutore. Questa norma all'epoca esprimeva indubbiamente una certa persistente diffidenza del legislatore nei confronti della famiglia di fatto e nei confronti dei genitori che avevano riconosciuto i figli naturali. Una stortura e una contraddizione anche di tipo processuale come sappiamo, perché invece di un procedimento sono necessari due procedimenti: si deve andare davanti al Tribunale per i minorenni per la pronuncia sull'affidamento e per le questioni economiche ed eventualmente per l'assegnazione della casa coniugale bisogna andare davanti al Tribunale ordinario.

Ora io credo che se si tratta dei casi in cui dobbiamo parlare di figli naturali riconosciuti, e penso soprattutto alla bigamia, si dovrebbe comunque ricorrere non all'art.155 ma all'art.317 bis. E' difficile pensare che il legislatore abbia voluto riunificare le due posizioni proprio con riferimento all'art.128.

Per quanto riguarda i profili più strettamente processuali, e poi mi avvio alla conclusione, voi sapete che esistono anche delle norme specifiche al riguardo perché c'è l'art.126 che parla di separazione temporanea nell'ambito dei procedimenti di nullità civili e di nullità matrimoniale e l'art.19 della legge 847 del 1929 che parla di separazione temporanea nell'ambito e in pendenza di giudizi ecclesiastici di nullità. Cos'è questa separazione temporanea?

I coniugi, o uno di essi, possono chiedere che il giudice civile della procedura civile di nullità, adotti provvedimenti temporanei; sono tutte norme abbastanza desuete che non è

che si utilizzino molto, però esistono e quindi, qualche volta, questi strumenti si dovrebbero poter utilizzare, ne deriva che, nell'ambito del procedimento di nullità matrimoniale, si possono assumere questi provvedimenti che rappresenterebbero un po' il contraltare della udienza presidenziale, dei provvedimenti presidenziali in sede di separazione o divorzio, anche se non c'è un presidente che assume questi provvedimenti. Addirittura, per l'art.126 del codice civile, si fa riferimento ad un ufficio, può essere il giudice che d'ufficio assume questi provvedimenti quando però i coniugi o uno dei coniugi sia interdetto e/o minore. Nell'ambito della procedura di nullità matrimoniale, ovviamente, ci si riferirà al giudice italiano, all'autorità giudiziaria italiana, ancora una volta ad istanza dei coniugi o di uno di essi o ad istanza del pubblico ministero, se uno dei coniugi è minore o interdetto, in questo caso è il pubblico ministero che può fare questa richiesta.

Si giunge a questa separazione temporanea, nell'uno e nell'altro caso, lo dice il termine stesso, qualche cosa che comunque dovrebbe venir meno con la pronuncia definitiva, poi c'è questa serie di norme che si affastellano senza un vero e proprio coordinamento, nell'art.8 dell'accordo di Villa Madama.

Credo che, anche nella stessa procedura, nella stessa pronuncia di nullità, nella prassi qualche volta accade, si possano prendere provvedimenti relativi ai figli, affidamento, contributo al mantenimento, all'assegno.

Sì si potrebbe dire *"ma prima viene la pronuncia di nullità poi i provvedimenti per i figli"*, sì ma anche in sede di divorzio: il divorzio modifica uno *status* ma nessuno vieta che in sede di divorzio possano essere presi provvedimenti nel contesto della sentenza di divorzio, anzi una volta addirittura non si ammetteva neppure la possibilità di separare il giudizio, quindi penso che nella procedura di nullità matrimoniale si potrebbero assumere questi provvedimenti, anche per evitare di lasciare questa situazione di incertezza totale relativamente ai figli.

Ovviamente diverso è il discorso per la procedura di delibazione che, forse proprio per la ragione stessa, per la caratteristica stessa della delibazione, non ci sono provvedimenti provvisori, del resto si parla di provvedimenti provvisori relativamente al coniuge, credo che però l'interpretazione potrebbe essere quella che -provvedimenti provvisori- potrebbero essere estesi anche nei confronti dei figli, veramente non vedo perché non possa esserci questa possibilità.

Però questo postula che ci sia una procedura successiva. Che tipo di procedura?

Nonostante il riferimento all'art.155 io non credo che questa previsione si estenda veramente anche agli aspetti di tipo processuale, credo che non si possa ipotizzare

un'udienza presidenziale, penso ad un procedimento ordinario contenzioso, con cui si fanno delle richieste e si assumono determinati provvedimenti anche in corso di causa, ai sensi dell'art.700 c.p.c.

Si potrebbe però ipotizzare un ricorso, io credo alla volontaria giurisdizione, un procedimento in camera di consiglio, quando le parti siano d'accordo.

Almeno questo strumento io credo che si possa utilizzare.

Come potrebbero esserci successivamente delle richieste di modifica, in questo caso equiparando la disciplina di modifica delle condizioni della separazione.

Io non mi debbo occupare dell'art. 129 e dell'art. 129 bis, però certamente la contraddittorietà, l'oscurità che emerge dall'art. 129 e dall'art.129 bis, dell'indennità, la natura di questa indennità, nasce proprio da questa contraddizione che il legislatore del 1975 non ha voluto sciogliere.

Il riferimento é ancora tradizionale, alla buona e alla mala fede, quindi al premio e alla sanzione, e invece vi è l'esigenza di una solidarietà post-matrimoniale, che in qualche modo emerge, perché quando si dice che se i coniugi sono in buona fede c'è l'indennità di un triennio in relazione all'inadeguatezza del reddito è chiaro che fa capolino anche questa esigenza di solidarietà post-matrimoniale, e allora io credo, e sarebbe veramente auspicabile, che si arrivasse ad una sostanziale unificazione della posizione.

Abbiamo visto che rispetto ai figli non ci sono grossi cambiamenti, rimane quest'isola della filiazione incestuosa che però è avviata forse, a soluzione, per i coniugi invece la situazione è ancora diversa.

Io credo che, tutto sommato, anche la chiesa stessa dovrebbe essere contenta di una unificazione degli effetti post-nullità, equiparazione o tendenziale equiparazione alla posizione del divorzio in questo modo escluderebbe un uso distorto delle procedure di nullità matrimoniale che consente al coniuge di liberarsi delle proprie responsabilità.

La nullità matrimoniale ecclesiastica sarebbe richiesta da quei cittadini che sono cattolici convinti e che potrebbero utilizzare ancora validamente questo tipo di procedimento.

Grazie.

Massimo Dogliotti