



**Giuseppe Dalla Torre**

(professore emerito di Diritto canonico ed ecclesiastico nell'Università degli Studi LUMSA di Roma, Dipartimento di Giurisprudenza)

### **Matrimonio e famiglia tra laicità e libertà religiosa \*1**

**SOMMARIO:** 1. Premessa: la necessaria precedenza della libertà religiosa sulla laicità - 2. Radici etico-religiose del matrimonio, libertà religiosa e origini del matrimonio civile - 3. Il matrimonio civile: tra neutralità e ideologia - 4. Ritorno del fenomeno religioso nell'età della secolarizzazione: ricadute in materia matrimoniale - 5. La restituzione di matrimonio e famiglia alla società civile e alla religione - 6. La (ri)conquista di spazi di "diritto personale" e ritorno alla disciplina religiosa del matrimonio - 7. Diritto alla tutela dell'identità e "principi non negoziabili" dello Stato democratico. Conclusioni.

#### **1 - Premessa: la necessaria precedenza della libertà religiosa sulla laicità**

Il fatto religioso costituisce un ottimo punto di osservazione per considerare le vicende storiche di matrimonio e famiglia, anche dal punto di vista

---

\* Il contributo, non sottoposto a valutazione, riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta al 13° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (SISDiC), sul tema "Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità" (Napoli, 3-5 maggio 2018).

<sup>1</sup> Il presente studio costituisce una tessera del mosaico più ampio di una riflessione su matrimonio e famiglia che sono venute sviluppando in molti scritti, alcuni dei quali, più risalenti nel tempo, sono raccolti in **G. DALLA TORRE**, *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Aracne, Roma, 2006. A essi vanno aggiunti i più recenti *Individualismo e comunità familiare*, in L. Santolini (a cura di), *La comunità familiare e le scelte di fine vita*, Cantagalli, Siena, 2010, p. 19 ss.; *Famiglia senza identità?*, in *Iustitia*, 2012, 2, p. 127 ss.; "Veritas, non auctoritas facit matrimonium", in G. Dalla Torre, C. Gullo, G. Boni (a cura di), "Veritas non auctoritas facit legem". *Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, p. 211 ss.; *Il matrimonio tra diritto e legge. Sondaggi nella storia*, in M. Tinti (a cura di), *Famiglia e diritto nella Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, p. 39 ss.; *Amore profano e amore sacro. Ovverosia: le vicende dell'istituto matrimoniale*, in O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, p. 155 ss. Sotto tutti questi saggi è, tra le altre, l'idea che sono bastati due secoli al legislatore statale per creare prima e avviare a dissoluzione poi il matrimonio come istituto civile; altrimenti detto, che il matrimonio ha un radicamento nella religione, sicché, strappate tali radici, inaridisce e muore. Di qui il particolare significato che assume, in prospettiva, l'odierno processo di restituzione della disciplina giuridica del matrimonio alla società civile e, quindi, alla religione.



dell'esperienza giuridica. In particolare, dall'età moderna in poi esso implica una relazione complessa e talora problematica con quei principi di laicità e di libertà religiosa che, come noto, segnano lo sviluppo degli ordinamenti occidentali negli ultimi secoli. Di qui l'esigenza di una chiarificazione preliminare, che possa costituire una utile chiave di lettura delle alterne vicende della disciplina matrimoniale tra società civile e Stato.

Si tratta di una chiarificazione che appare tanto più opportuna, quanto più nell'esperienza giuridica emerge talora una singolare inversione di valenze: penso ad esempio a tutto un orientamento della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel quale il principio di laicità dello Stato viene assunto a limite del diritto di libertà religiosa<sup>2</sup>. Orientamento singolare, sol che si rifletta sul fatto che la libertà religiosa è oggetto di esplicita tutela nella Convenzione europea (art. 9), nella quale invece non è rintracciabile alcun riferimento al principio di laicità<sup>3</sup>.

In altre parole pare necessario richiamare alla giusta relazione tra i due principi, nel senso di doversi riconoscere una precedenza alla libertà religiosa sulla laicità, e non viceversa. Una precedenza che si coglie da una duplice considerazione: storica e logica. Dal punto di vista storico, infatti, nella modernità aperta dalla Riforma luterana è la libertà religiosa che si pone primieramente, come conseguenza del frantumarsi dell'unitaria *societas christiana* in una pluralità di chiese e comunità religiose<sup>4</sup>. La rivendicazione della libertà in materia religiosa e di coscienza si contrappone alle pretese dello Stato confessionista, che dapprima si attesta sul principio pratico - ancorché sostanzialmente intollerante - del "*cuius regio eius religio*". È solo dopo questa esperienza che il riconoscimento della libertà religiosa impone allo Stato e alle istituzioni pubbliche di collocarsi in una posizione di neutralità nei confronti delle scelte religiose degli individui. In effetti le posizioni miste, come quella contenuta nell'art. 1 dello Statuto albertino che cercava di contemperare confessionismo statale e

---

<sup>2</sup> Un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in **J.-P. SCHOUPPE**, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Préface E. Decaux, Editions A. Pedone, Paris, 2015. Cfr. anche R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>3</sup> Ho trattato questo tema in *Ancora sulla laicità. Il contributo del diritto ecclesiastico e del diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 3 febbraio 2014. In senso conforme **M. VENTURA**, *L'articolo 17 TFUE come fondamento del diritto e della politica ecclesiastica nell'Unione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2014, 2, p. 293 ss.

<sup>4</sup> Utile rileggere, al riguardo, le classiche pagine di **F. RUFFINI**, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, introduzione di A.C. Jemolo, Feltrinelli, Milano, 1967.



tolleranza religiosa, manifestarono ben presto la loro ambiguità, poiché la rivendicazione della libertà in materia religiosa presuppone necessariamente una posizione giuridica di eguaglianza dei consociati davanti alla legge<sup>5</sup>.

Ma la precedenza della libertà religiosa sulla laicità ha anche una ragione logica, nella misura in cui è solo a partire dalla imparzialità dei pubblici poteri dinnanzi alle scelte religiose dei singoli, che riposa, rispetto ai pubblici poteri, l'effettiva immunità da coercizioni esterne in materia di coscienza e la parità di trattamento senza distinzioni di credo. Insomma: è la laicità che garantisce la libertà religiosa, non viceversa<sup>6</sup>. Una laicità intesa, appunto, come imparzialità, quindi non recepita nel senso ideologico della francese *laïcité de combat*, la quale nient'altro è che una sorta di religione non trascendente e che più propriamente dovrebbe chiamarsi laicismo<sup>7</sup>.

Si deve poi notare che il rapporto tra laicità e libertà religiosa esprime storicamente, per quanto attiene all'esperienza europeo-occidentale, il rapporto tra società civile e Stato: la libertà religiosa si riferisce alla prima, la laicità riguarda invece il secondo<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Come noto l'art. 1 dello Statuto 4 marzo 1848 recitava: "La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi". La disposizione venne ben presto sostanzialmente svuotata dalla legge 19 giugno 1848, n. 735, che in un unico articolo sanciva il principio per cui "la differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici e all'ammissibilità alle cariche civili e militari". Sulla residua portata dell'art. 1 cfr. **A.C. JEMOLO**, *La natura e la portata dell'art. 1 dello Statuto*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1913, I, p. 249 ss.

<sup>6</sup> Lo ha detto in maniera incisiva la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 203 del 1989 nella quale, affermando che la laicità fa parte dei principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, ha precisato che essa "implica non indifferenza dello Stato dinnanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale" (la sentenza si può leggere in **S. DOMIANELLO**, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1998)*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 597 ss.).

<sup>7</sup> Cfr. **J. BAUBEROT**, *Histoire de la laïcité française*, Puf, Parigi, 2000. Sugli sviluppi ideologici e nazionali dell'idea di laicità si veda **J. BAUBÉROT, M. MILOT**, *Laïcités sans Frontières*, Seuil, Parigi, 2011. In rapporto alle mutazioni della laicità nelle odierne società altamente plurali e multiculturali, si è avanzata l'espressione di "laicità postsecolare", con la quale si vuole indicare "quell'insieme di approcci alla laicità che dall'inizio del nuovo millennio (almeno) riflettono sui mutamenti nel panorama religioso, culturale, politico e sociale proponendo modelli di gestione del pluralismo e di laicità che siano adeguati alle società contemporanee" (**I. BIANO**, *Laicità, libertà di coscienza e pluralismo religioso. Una prospettiva e quattro temi*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, 2, p. 446).

<sup>8</sup> Parla di "relazione triangolare" tra Stato, religione e società civile René Rémond, nella sua bella disamina sulla secolarizzazione nella storia europea: **R. RÉMOND**, *La*



In effetti la società civile non è laica, né può esserlo. Nella società civile è la persona umana titolare, in ragione della sua dignità, di diritti fondamentali, tra cui quello a non subire costrizioni di coscienza. E nella società civile è, di conseguenza, il fenomeno delle credenze, religiose o meno. Le religioni sono espressione della società civile, sia nel caso di realtà sociali confessionalmente omogenee, come avvenne nella medievale *Respublica gentium christianarum*, sia nelle moderne società pluralistiche. Qui, a ben vedere, è precisamente il fatto religioso a costituire uno dei fattori determinanti la condizione di pluralismo.

La laicità è, invece, attributo proprio dello Stato, come Stato-persona e come Stato-apparato<sup>9</sup>. Lo strutturarsi istituzionalmente di una comunità politica, la quale ha propriamente fini di interesse generale (il "bene comune" della dottrina sociale della Chiesa), postula dinnanzi a una società pluralistica l'adozione del canone dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche, onde garantire libertà ed eguaglianza. Per usare un'espressione cara a Giorgio La Pira, lo Stato è la "casa comune" in cui tutti debbono trovarsi a proprio agio<sup>10</sup>.

Insomma: la laicità è nell'ordine dei mezzi, la libertà religiosa (e l'eguaglianza senza distinzione di religione) nell'ordine dei fini<sup>11</sup>.

Dunque trattare dei rapporti familiari tra libertà religiosa e laicità significa tenere ben presente lo scenario dato dalla dialettica tra società civile e Stato, tra la libertà e l'autorità, dove questa è al servizio di quella e non viceversa.

## 2 - Radici etico-religiose del matrimonio, libertà religiosa e origini del matrimonio civile

Storicamente la disciplina giuridica della famiglia ha un radicamento nella coscienza sociale ed etica, e nella religione; nasce come fenomeno socio-

---

*secolarizzazione. Religione e società nell'Europa contemporanea*, traduzione italiana di M. Sampaolo, Laterza, Roma-Bari, 1999.

<sup>9</sup> Cfr. i vari contributi raccolti in G. Dalla Torre (ed.), *Lessico della laicità*, Studium, Roma, 2007.

<sup>10</sup> G. LA PIRA, *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, con introduzione di U. De Siervo, Firenze, 1979.

<sup>11</sup> Cfr. J. MACLURE, CH. TAYLOR, *La scommessa del laico*, traduzione italiana di F. Castelli, Laterza, Roma-Bari, 2013, che bene mettono in evidenza come la laicità delle istituzioni pubbliche abbia la funzione di bilanciare le esigenze di rispetto della libertà religiosa e di coscienza da un lato, e dell'eguaglianza dall'altro.



culturale, quindi essenzialmente sul terreno di consuetudini forgiate nel tempo dall'una e dall'altra.

Per rimanere nella nostra tradizione, che è quella formatasi col diritto romano, le definizioni di matrimonio che si ritrovano nelle opere dei giuristi classici mettono bene in evidenza come nella società pagana il matrimonio fosse considerato quale un istituto etico-sociale di diritto naturale<sup>12</sup>, con radicamento religioso<sup>13</sup>, la cui regolamentazione giuridica è frutto delle dinamiche interne alla società romana, nasce dalla vita della società, è prodotto da una giurisprudenza che trae la regola giusta dal fatto concreto portato in giudizio, così declinando il brocardo "*da mihi factum, dabo tibi ius*". Solo tardivamente, e in sostanza sporadicamente e frammentariamente, diviene oggetto di attenzione e di intervento del legislatore.

La dottrina romanistica, come noto, ha largamente discusso su quale sia il senso da cogliere nel famoso inciso contenuto nell'altrettanto famosa definizione di matrimonio data da Modestino, vale a dire che "*Nuptiae sunt [...] divini et humani iuris communicatio*"<sup>14</sup>, e in particolare se esso stesse a indicare una qualità oggettiva dell'istituto, quale risultato nella sua regolamentazione giuridica della con-fusione di norme di origine divina e norme di origine umana, ovvero un elemento soggettivo riguardante la doverosità per la donna che, entrando col matrimonio nella famiglia del marito, veniva associata al culto familiare del marito<sup>15</sup>. Ma non c'è dubbio che quella espressione tradisce la consapevolezza dell'afferenza del matrimonio alla sfera del sacro, le sue connessioni con l'elemento religioso, il suo rispondere a regole che prima di essere giuridiche sono di carattere etico-sociale. Con autorevolezza si è affermato essere vero che storicamente il diritto di famiglia è il campo in cui si verifica una intensa trasfusione dell'etica nell'orbita del diritto<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, traduzione italiana di B. Pistocchi, Sei, Torino, 1989, p. 18 s., che richiama le note espressioni di Ulpiano: D. 1, 1, 1, 3.

<sup>13</sup> Suggestioni al riguardo in R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2002, pp. 1 ss.; ID., *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Jovene, Napoli, 2012.

<sup>14</sup> D. 23, 2, 1.

<sup>15</sup> Sulle definizioni del matrimonio romano cfr. C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2005, p. 350 ss. (a p. 358 ss. la questione della interpretazione della frase "*divini et humani iuris communicatio*" e le ragioni addotte dalla dottrina romanistica sul perché le Istituzioni, pur accogliendo la definizione di Modestino (*Inst. I, 9, 1*), non abbiano riprodotto tale espressione.

<sup>16</sup> In questo senso B. BIONDI, *Il diritto romano*, Cappelli, Bologna, 1957, p. 310.



Dunque si parla di un istituto che è nella società civile ma ha rilevanza pubblica, sicché la sua disciplina giuridica è sottratta alla volontà manipolativa privata.

Il processo di cristianizzazione della società romana porterà come noto, in coerenza con i principi della nuova religione e con le congruenti regole che vengono a formarsi in un diritto canonico allo stato nascente, a una progressiva attrazione del matrimonio dalla situazione di fatto (la convivenza sorretta dall'elemento intenzionale dell'*affectio maritalis*) produttiva di diritto, a un diritto positivo che modella il fatto incarnantesi in un'esperienza di vita; da rapporto destinato a durare nel tempo, ad atto che tale rapporto costituisce e inalvea in una relazione durevole; da una volontà coniugale che si rinnova quotidianamente, a una volontà precettiva, nella quale è previamente voluto tutto il vissuto<sup>17</sup>. E per un certo tempo rimarrà, in età romano-cristiana, un dualismo tra matrimonio tradizionale oggetto del diritto civile e il matrimonio religioso regolato dal diritto canonico<sup>18</sup>.

Ma il progressivo affermarsi di una concezione istituzionalista del matrimonio a opera del cristianesimo - anche se i canonisti a partire dal XII-XIII secolo parleranno di "contratto"<sup>19</sup> - non avrà come effetti quello della sua attrazione dalla sfera della società a quella statale. La necessaria manifestazione del consenso da parte degli sposi, atto a costituire validamente la famiglia, è pubblica in quanto espressa *in facie Ecclesiae*, davanti alla comunità ecclesiale, non perché il consenso è pronunciato dinnanzi ad autorità espressione della società politica.

Anche nella lunga stagione data dall'età di mezzo, quando il principio dualista cristiano - che obbliga a dare a Cesare quel che è di Cesare, a Dio quel che è di Dio - si attuava non in un dualismo di società, ma in un dualismo di autorità e di leggi all'interno di una società unitaria (la *Respublica christiana*); anche in quell'età, dunque, il matrimonio rimane

---

<sup>17</sup> Così O. GIACCHI, *Il matrimonio nel momento attuale*, in *Jus*, 1-2, 1980, p. 8, dove parlando del consenso matrimoniale nella concezione cristiana scrive che qui "il «vissuto» è già necessariamente compreso nel «voluto», con una concezione dell'uomo nella quale egli è visto come artefice del suo destino, così che impegnandosi nel presente intende già dominare il futuro e rendersi responsabile di fronte ad esso".

<sup>18</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano*, cit., p. 324, nt. 3.

<sup>19</sup> In realtà si parlava di contratto - termine ora pressoché abbandonato dal legislatore canonico - per intendere il principio consensualista, a base del matrimonio canonico. Le vicende storiche della confusione tra consenso e contratto sono state riprese di recente da G. BERTOLINI, *Il matrimonio come istituzione: un vincolo di giustizia in quanto verità dell'amore*, in *Studi in onore di Carlo Gullo*, vol. II, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, p. 313 ss. (in particolare p. 317 e nota 3).



nell'ambito di un sistema giuridico che è espressione della *societas christiana*, non del potere secolare.

L'attrazione di tale disciplina allo Stato è un fatto tutto moderno, come del resto moderno è lo Stato quale forma giuridico-istituzionale della società politica<sup>20</sup>. Si tratta di un fenomeno che si produce attraverso un processo lungo e complesso, sul quale non è qui possibile soffermarsi.

Certo, dal punto di vista di principio, cioè delle idee-forza che sono sotto la nascita dello Stato moderno, l'estensione della sua competenza sul matrimonio si deve rintracciare in molti fattori, come: l'affermarsi del monopolio statale nella produzione del diritto positivo, quale un aspetto della sovranità; la progressiva pretesa di assoggettare alla volontà del sovrano la regolamentazione di tutto quanto si svolge sul territorio nazionale; ma anche l'emergere di interessi pubblici di carattere demografico, economico, militare. In qualche modo lo Stato si sostituisce - o quantomeno si sovrappone - alle famiglie nel perseguimento di una "politica dei matrimoni".

Ma prima e più ancora l'attrazione al diritto dello Stato di matrimonio e famiglia è dovuto a un fattore estraneo alla politica, ma propriamente religioso. Il riferimento è, naturalmente, al disgregarsi dell'unità religiosa degli europei a seguito della Riforma protestante, con l'effetto del verificarsi progressivo di una società confessionalmente pluralista. Una società nella quale, in quanto tale, non si possono costringere i cittadini al matrimonio in una specifica forma religiosa, che non è quella rispondente alle scelte individuali di coscienza, né impedire loro di andare a nozze solo perché esiste un unico matrimonio: quello religioso, espressione della confessione di Stato. Non è un caso, dunque, che il matrimonio civile appare nella calvinista Olanda nel 1580 "come un mezzo per regolare la posizione dei dissidenti religiosi, delle minoranze non aventi una organizzazione riconosciuta in qualche modo dallo Stato"<sup>21</sup>.

Dunque l'attrazione del matrimonio alla disciplina statale origina da una ragione di libertà religiosa. Anche se, occorre aggiungere, la dottrina riformata negatrice della sacramentalità del matrimonio, indeboliva radicalmente le pretese di una competenza - addirittura esclusiva - del diritto religioso (canonico) in materia, apriva inevitabilmente all'intervento sostitutivo del diritto dello Stato, legittimandolo a legiferare nella vita ecclesiale. Un intervento sostitutivo che, d'altro canto, era inevitabile

---

<sup>20</sup> Cfr. **P. SCHIERA**, *Stato moderno*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, Utet, Torino, 1976, p. 1006 ss.

<sup>21</sup> Cito da **A.C. JEMOLO**, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Filippo Vassalli, vol. II, tomo primo, Utet, Torino, 1937, p. 16.



conseguenza della consegna della Chiesa al Principe, che segue la Riforma<sup>22</sup>.

### 3 - Il matrimonio civile: tra neutralità e ideologia

Nei Paesi di tradizione cattolica il passaggio del matrimonio dalla disciplina canonica a quella civile avviene con una lenta progressione. Bisogna riconoscere che l'aspirazione a una disciplina del matrimonio da parte dell'autorità civile è antica: si notano segni già in età medievale, ma nell'età moderna diventa crescente e sempre più impellente<sup>23</sup>. Con l'avvento dello Stato assoluto la tendenza è quella di acquisire spazi di regolamentazione civilistica all'interno della disciplina canonica, ad esempio con la tendenza a inserire impedimenti civili nella serie di impedimenti canonici; poi la tendenza sarà sempre più quella a fare del matrimonio una materia afferente alla spettanza propria dello Stato, fino a rovesciare a favore di questo l'antico principio di esclusività della competenza ecclesiastica in materia, grazie alla legislazione rivoluzionaria francese e al *Code Napoléon*.

Le motivazioni del processo di attrazione del matrimonio dalla società civile allo Stato vanno ricercate in esigenze di tutela che si pongono in ambiti diversi. Alcune sono di carattere pubblico: in fondo la famiglia, che è costituita dal matrimonio, è pur sempre *seminarium reipublicae*<sup>24</sup>; altre sono di carattere privato, nella misura in cui si vede l'autorità statale piegarsi a raccogliere e proteggere interessi propriamente privati, come quello, già ricordato, del gruppo familiare che a fini economici e di prestigio mira a perseguire una "politica dei matrimoni". Alle volte gli interessi coincidono: si pensi alla già ricordata "politica dei matrimoni" in cui convergono interessi pubblici e privati, che si serve di strumenti giuridici come il consenso parentale alle nozze. Così' si tende a costringere quella libertà nuziale degli individui che, almeno in via di principio, era caposaldo nella costruzione canonistica del consenso matrimoniale. Infine non va dimenticata una ragione che storicamente assume un indiscutibile primato nelle rivendicazioni dello Stato sull'istituzione matrimoniale: la politica

---

<sup>22</sup> "Dalla libertà del credente alla servitù del suddito" intitola, significativamente, l'ultimo capitolo della sua opera sul riformatore **A. PROSPERI**, *Lutero. Gli anni della fede e della libertà*, Mondadori, Milano, 2017, p. 509 ss.

<sup>23</sup> Per alcuni profili rinvio a **G. DALLA TORRE**, *Aspetti dell'inseparabilità fra matrimonio contratto e matrimonio sacramento nei conflitti fra Chiesa e Stato in età moderna*, in *Monitor Ecclesiasticus*, I-II, 1993, p. 113 ss.

<sup>24</sup> **CICERONE**, *De officiis*, I, 54.



dinastica delle grandi Monarchie, nella quale il matrimonio divenne lo strumento principe della politica internazionale, ove le nozze tra esponenti di importanti dinastie cementavano rapporti familiari e alleanze strategiche che plasmarono per secoli il volto politico e, dopo la Riforma, anche religioso del continente europeo<sup>25</sup>. In questo senso è emblematica la vicenda di Enrico VIII e dello scisma anglicano, che non si comprende pienamente se non si tiene conto della rilevanza pubblica e politica che all'epoca assumeva il matrimonio dei sovrani, soggetto al diritto canonico e al potere dei Papi, dalla cui soggezione la monarchia inglese volle emanciparsi per sciogliersi da ogni vincolo non solo (o non tanto) di natura religiosa ma politica. Da cui la successiva tendenza delle Monarchie nazionali a disciplinare autonomamente alcuni aspetti dell'istituto matrimoniale anche come strumento di controllo sulla nobiltà.

Particolarmente in età moderna il matrimonio diventa fattore di conflittualità tra la Chiesa e lo Stato. La composizione degli interessi dell'una e dell'altra parte è complessa, e avviene spesso attraverso l'attività concordataria.

Il quadro cambia alle soglie dell'età contemporanea. L'Illuminismo muta il segno degli interessi da proteggere dando un sicuro primato a quelli individuali. Basti ricordare il singolare giudizio di Cesare Beccaria in *Dei delitti e delle pene*, dove scrive:

“Funeste ed autorizzate ingiustizie furono approvate dagli uomini, anche i più illuminati, ed esercitate dalle repubbliche più libere, per avere considerato piuttosto, la società come un'unione di famiglie che come un'unione di uomini. Vi siano centomila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta da cinque persone, compresi il capo che le rappresenta: se l'associazione è fatta per famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottantamila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno centomila cittadini e nessuno schiavo”. E aggiunge: “Nel primo caso ci sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo, lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Come non ricordare al riguardo la nota espressione, attribuita al re d'Ungheria Mattia Corvino (1458-1490), “*tu felix Austria nube*” (cfr. in *Chi l'ha detto? Tesoro di citazioni italiane e straniere, di origine letteraria e storica*, ordinate e annotate da G. FUMAGALLI, 10<sup>a</sup> ed., Hoepli, Milano, 1989, p. 305).

<sup>26</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Pisapia, Giuffrè, Milano, 1964, p. 121.



In questo contesto si pone il riconoscimento del diritto di libertà religiosa, il quale a sua volta porta con sé l'affermazione del principio di laicità dello Stato: questo non entra nelle scelte di coscienza dei singoli e si pone in una conseguente posizione di imparzialità dinnanzi alle diverse opzioni religiose dell'individuo. Ciò costituisce una importante sollecitazione all'affermazione del matrimonio civile, visto come atto pubblico qualificato da una nota di neutralità rispetto alle varie declinazioni religiose. Anche se, occorre rilevarlo, si è sempre nell'ambito di una tradizione culturale ben definita, di ascendenza giudaico-cristiana, che forgia il diritto positivo: non a caso il matrimonio civile, prodotto dalla legge francese del 1791 e consacrato poi dalla codificazione napoleonica è destinato a divenire il modello, nient'altro è a ben vedere che la secolarizzazione del matrimonio canonico.

Dunque il matrimonio religioso ha da rimanere nell'ambito del privato, come libera scelta degli sposi<sup>27</sup>; nell'area pubblica è solo l'asettico matrimonio civile che può conferire *status* rilevanti per la *civitas*. Ciò risponde, del resto, al fenomeno di pubblicizzazione del diritto privato che è prodotto del processo di codificazione<sup>28</sup>.

Ma con l'avvento dello Stato laico, che nelle espressioni ottocentesche (e talora anche del Novecento) manifesta piuttosto un volto laicista, le motivazioni per una secolarizzazione dell'istituto attraverso la sua sottrazione alla disciplina religiosa, sono arricchite da una ragione ulteriore e nuova: la ideologia. Il laicismo, infatti, è ideologia che si contrappone e talora combatte la religione, e nella misura in cui matrimonio e famiglia costituiscono uno dei terreni nei quali per eccellenza si manifesta il fatto religioso, la conseguenza è che anche in questo contesto si deve intervenire per favorire il processo di secolarizzazione della società. Del resto la codificazione segna una tappa del processo di secolarizzazione del

---

<sup>27</sup> Sulle resistenze da parte della Chiesa all'introduzione anche in Italia del matrimonio civile obbligatorio cfr. **D. TARANTINO**, "In difesa del matrimonio religioso". *La reazione dell'episcopato italiano al disegno di legge sull'obbligatorietà delle nozze civili all'indomani dell'unità*, in *Il diritto come "scienza di mezzo"*. Studi in onore di Mario Tedeschi, a cura di M. d'Arienzo, *Introduzione* di **F.P. CASAVOLA**, vol. IV, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017, p. 2309 ss.

<sup>28</sup> Si tratta di un fenomeno attivato già dalla legislazione della Rivoluzione francese, sicché Portalis poteva ben dire che "on ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux: on ne voit que l'objet politique et général; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public" (**J.E.M. PORTALIS**, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement*, in **PH.A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827 (ristampa anastatica, O. Zeller, Osnabrück, 1968, I, p. 464 s.).



diritto privato: come è stato detto, “il codice ottocentesco si disvela come una sorta di Bibbia laica”<sup>29</sup>.

Così il matrimonio civile perde la pretesa di neutralità e si carica di valenze anti-religiose, provocando i trasalimenti di coscienza e i ben noti conflitti tra lo Stato e la Chiesa.

#### 4 - Ritorno del fenomeno religioso nell’età della secolarizzazione: ricadute in materia matrimoniale

E veniamo all’oggi. Contrariamente a ogni aspettativa, nella società contemporanea si assiste a una *revanche* del fatto religioso: un ritorno inatteso in una società ormai profondamente secolarizzata<sup>30</sup>. Certo si tratta di un ritorno del fatto religioso che non è una restaurazione del passato, ma che appare sovente in forme nuove<sup>31</sup>. Esso è dovuto a fattori diversi: endogeni e soprattutto esogeni.

I primi sono comprensibili come naturale contropinta ai processi secolaristici, che portano le religioni tradizionalmente esistenti nei nostri Paesi a reagire con azioni di maggior impegno e presa sociale: si pensi solo, per quanto attiene al mondo cattolico, al progressivo affermarsi, in luogo delle antiche forme associative, delle odierne realtà dei movimenti, caratterizzati tra l’altro dalla pretesa di un coinvolgimento totalizzante della persona, che tocca di conseguenza anche i suoi ambiti familiari.

I secondi, cioè i fattori esogeni, sono legati agli epocali processi di immigrazioni in Occidente di sempre più consistenti gruppi umani, i quali portano con sé le loro differenti mentalità, culture, paradigmi etici, credenze

---

<sup>29</sup> S. SOLIMANO, «La codification est plus qu’un multiple de la loi». Spigolature sulla ‘forma codice’, in C. Minelli (a cura di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino*, in memoria di Maria Vismara Missiroli, Giappichelli, Torino, 2017, p. 68 s.

<sup>30</sup> Significativamente “profetico” il titolo del libro, dell’inizio anni novanta del secolo scorso, di G. KEPPEL, *La revanche de Dieu*, Paris, 1990 (*La rivincita di Dio*, traduzione italiana di C. Torre, Rizzoli, Milano, 1991).

<sup>31</sup> Alcuni preferiscono parlare di società postsecolare, per mettere in evidenza quella condizione di ultra-pluralismo che vede confrontarsi – e talora combattersi – una molteplicità di posizioni religiose e non religiose, etiche, ideologiche: cfr. M. ROSATI, *The Making of a Postsecular Society. A Durkheimian Approach to Memory, Pluralism and Religion in Turkey*, Ashgate Publishing, Farnham, 2015.



religiose<sup>32</sup>. Qui il caso più evidente e per molti aspetti il più problematico è dato dall'islam, nelle sue diverse espressioni<sup>33</sup>.

A fronte di quest'ultimo fenomeno lo Stato laico si trova dinnanzi a una scelta paradossalmente dinnanzi a una scelta, talora paralizzante e per certi aspetti paradossale, data dalle modalità di declinazione di quel principio di eguaglianza che pure costituisce postulato e al tempo stesso effetto della laicità. Da un lato, infatti, in nome dell'eguaglianza si perseguono obiettivi di integrazione e assimilazione, che evidentemente comportano la tendenziale scomparsa delle diversità; dall'altra, sempre in nome dell'eguaglianza, si tende ad affermare il diritto alla diversità (o alla differenziazione, come a qualcuno piace dire<sup>34</sup>). Da un lato, come nell'esperienza francese, c'è la tendenza al sacrificio delle identità e all'appiattimento sul modello del *citoyen*; dall'altro lato l'esplosione delle diversità, come - seppure con diverse esperienze - nel caso inglese e in quello tedesco, comporta il rischio della messa in pericolo dei collanti che tengono insieme una comunità politica.

Insomma: nelle nostre società si è dinnanzi alla singolare e contraddittoria situazione per cui in nome dei diritti inviolabili dell'uomo, si pretende dal diversamente credente la rinuncia a propri comportamenti religiosi, violandosi così uno di tali diritti: quello alla libertà religiosa<sup>35</sup>.

Per quanto qui interessa, occorre notare che con la riemersione del fenomeno religioso, il quale rivendica una rilevanza pubblica, riemerge la questione matrimoniale e familiare. Il fatto non deve sorprendere, perché si tratta di materia in cui eminentemente si esprime la visione religiosa dell'uomo e della società, si estende la congruente scala di valori morali, si manifesta la pressione educatrice e conformatrice delle istituzioni religiose.

La risultante è che riappare il dualismo (potenzialmente) conflittuale tra diritto secolare, di derivazione statale, e diritto religioso; riappaiono le rivendicazioni per riportare la disciplina giuridica di matrimonio e famiglia alla società civile. In particolare ritorna la rivendicazione, che tra Ottocento e Novecento era stata tipica del cattolicesimo, del diritto a sposare secondo

---

<sup>32</sup> Interessanti riferimenti al riguardo in **P.L. BERGER**, *I molti altari della modernità. Le religioni al tempo del pluralismo*, EMI, Bologna, 2017.

<sup>33</sup> In tema cfr., per tutti, C. Cardia, G. Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>34</sup> **P. PERLINGIERI**, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, III, 1, 2017, p. 165.

<sup>35</sup> Cfr. tra gli altri **A. AHMED AN-NA'IM**, *International Religious Freedom at Home in Secular Legal Context*, in M. Lugato (a cura di), *International Religious Freedom and the Global Clash of Value*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 123 ss.



coscienza e, più ancora, a vedere regolata la vita familiare secondo i dettami della propria fede religiosa<sup>36</sup>.

## 5 - La restituzione di matrimonio e famiglia alla società civile e alla religione

Parallelamente si nota un significativo cambio di concezioni sottese alla disciplina civilistica del matrimonio: dalla concezione istituzionalistica alla concezione contrattualistica. Si passa cioè da un primato degli interessi dello Stato nella regolamentazione di matrimonio e famiglia, al primato degli interessi privati<sup>37</sup>. In sostanza la normativa statale tende a essere sempre più cedevole alle volizioni individuali e sempre più multiforme nelle configurazioni giuridiche della realtà familiare. Anche nell'ordinamento italiano parrebbe superata - nonostante il dettato costituzionale (art. 29)<sup>38</sup> - la concezione della famiglia fondata sul matrimonio: vi sono tante realtà familiari che hanno alla loro origine atti di volontà manifestati o impliciti, volontà attuali o volontà che si esprimono nell'esperienza di tipo familiare svolgentesi nel tempo. Il matrimonio non è più l'istituto che per eccellenza conferisce *status*, posto che questi si ottengono anche a prescindere da esso.

Si tratta di evoluzioni troppo note, per dover essere dettagliatamente riprese in questa sede<sup>39</sup>. Ma da tali evoluzioni sembra doversi alla fine trarre una conclusione sul piano più strettamente giuridico: e cioè che si assiste

---

<sup>36</sup> Come scriveva Rosmini, "La libertà di coscienza non può esistere, se la legge civile non si piega e adatta alle coscienze de' cittadini, mostrandosi rispettosa alle loro religiose credenze. La legge civile non può adattarsi alle coscienze e credenze religiose de' cittadini, se essa parte dal principio di astrarre da tutte le credenze" (A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Boniardi-Pogliani, Milano, 1843, II, p. 411 ss.).

<sup>37</sup> Sull'attrazione di matrimonio e famiglia nella sfera pubblicistica è da richiamare in particolare l'opera del maggior teorico A. CICU, *Teoria generale del diritto di famiglia*, ristampa anastatica con *Introduzione* di M. SESTA, Forni, Bologna, 1978. Il movimento opposto, quello della attrazione nella sfera del privato, era già denunciato da L. MENGONI, *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, in *Jus*, 1980, p. 106 ss.

<sup>38</sup> Ma sulle diverse interpretazioni dell'art. 29 Cost. cfr. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1976, p. 1 ss. Per un approccio più recente vedasi: F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol I, *Artt. 1-54*, Utet, Torino, 2006, p. 601 ss.

<sup>39</sup> Conferma eloquente della tendenza al (ri)afferinarsi di una concezione contrattualistica del matrimonio, pare di scorgersi nella legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e i contratti di convivenza.



oggi a un processo di “ritrasferimento” del matrimonio alla società civile. Con i più recenti interventi legislativi, sembra che lo Stato venga a restituire alla società civile il modellamento e la disciplina di quella formazione sociale - la famiglia - alla quale attribuiva una decisa rilevanza pubblica. Questo avviene nelle più diverse forme giuridiche legislativamente predisposte, ma anche nell’assunzione a rilevanza giuridica delle consuetudini di vita. Prima era lo Stato a conformare matrimonio e famiglia, costringendo nel modello legislativamente posto le libertà individuali; oggi lo Stato segue, con l’intervento legislativo, i mutamenti sociali in materia.

Insomma: si assiste nuovamente al tramonto della concezione istituzionalistica e alla riaffermazione della concezione contrattualistica, peraltro in un contesto assai diverso da quello auspicato e promosso dall’Illuminismo.

Ma se matrimonio e famiglia vengono restituiti alla società civile, ciò ne comporta come inevitabile conseguenza la restituzione (anche) alla religione, che è nella società civile e non nello Stato. Detto altrimenti, i processi segnalati ripropongono in pieno la questione religiosa in ordine a matrimonio e famiglia, come riconsegna alla religione della disciplina giuridica della materia o, quantomeno, del riconoscimento di spazi sempre più ampi al diritto religioso nell’ordinamento giuridico statale: dalla disciplina del matrimonio alla giurisdizione<sup>40</sup>. In quest’ultimo senso interessante il caso del riconoscimento dei tribunali islamici in alcuni Stati europei<sup>41</sup>.

Il problema non si pone più nei definiti ambiti in cui è stato conosciuto durante gli ultimi due secoli nell’esperienza dei Paesi di tradizione cattolica, tra i rigori statualistici nel matrimonio civile obbligatorio, e il relativo pluralismo seguente il riconoscimento civile di quel matrimonio canonico che, estromesso per la porta dagli ordinamenti statali, vi è rientrato dalle finestre aperte dai Concordati. Il problema è nuovo nel senso di più ampio, perché tocca altre tradizioni religiose, tra l’altro non professanti quel dualismo cristiano tra Stato e Chiesa che deriva dalla distinzione evangelica fra ciò che è di Cesare e ciò che è di Dio.

---

<sup>40</sup> Sul tema della giurisdizione sussiste un ampio dibattito: si veda ad esempio, ma con differenti conclusioni, **A. SHACHAR**, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; **V. KAUL**, *Introduction a Postsecularism and Multicultural Jurisdictions*, a cura di A. Ferrara, D.M. Rasmussen, V. Kaul, in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 36, n. 3-4, 2010; **M. RICCA**, *Pantheon: agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012.

<sup>41</sup> Cfr. di recente **A. RINELLA, M.F. CAVALCANTI**, *I Tribunali Islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 1, pp. 69-118.



Negli scenari che si sono tracciati, il rapporto tra libertà religiosa e laicità dello Stato viene esaltato, nella misura in cui matrimonio e famiglia sono rivendicati come contenuti tipici della prima (la libertà religiosa), sicché la seconda (la laicità) diviene conseguente in una istituzione statale che non vuole essere né confessionista né ideologica, ma, appunto, laica, cioè imparziale, neutrale.

La restituzione alla società civile, e quindi anche alla religione, di matrimonio e famiglia, non significa certamente estromissione dello Stato dal campo. Nei contesti nuovi che vengono delineandosi, la competenza e l'intervento statale si giustificano come fondamentale e irrinunciabile espressione di garanzia della libertà individuale, di composizione degli interessi in gioco e, in ogni caso, di tutela delle parti più deboli. In questo senso un compito particolare dello Stato, nel suo diritto positivo e nella sua giurisdizione, si coglie in relazione alla libertà religiosa, che ha da valere non solo nei rapporti più estesamente sociali ma anche in quelli, più ristretti, di carattere familiare, tra l'altro come conseguenza del riconoscimento costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo anche "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"<sup>42</sup>. E qui appare particolarmente rilevante la problematica dei matrimoni misti.

## **6 - La (ri)conquista di spazi di "diritto personale" e ritorno alla disciplina religiosa del matrimonio**

I processi cui s'è fatto riferimento, esprimono una rivendicazione e (ri)conquista di spazi di "diritto personale", religiosamente qualificato, anche per quanto riguarda il matrimonio e la famiglia.

Si è chiaramente in controtendenza rispetto al processo evolutivo del diritto nell'età moderna e contemporanea, caratterizzato tra gli altri da principi come quelli della statualità e della territorialità del diritto<sup>43</sup>. È, a ben vedere, un aspetto del declino della forma-Stato sovrano, o quantomeno dello Stato-nazione, che si segnala in tempi di globalizzazione e che è tra i

---

<sup>42</sup> Come noto questa disposizione è diretta a tutelare i diritti fondamentali dell'uomo non solo in quanto componente di formazioni sociali, necessarie per lo svolgimento della sua personalità, ma anche in quanto si trova *nelle* formazioni sociali. Per questa prospettiva cfr. P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972.

<sup>43</sup> A proposito dell'impatto della globalizzazione sul tradizionale principio della territorialità del diritto cfr. S. FERRARI, *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2007, I, p. 3 ss.



prodotti della globalizzazione<sup>44</sup>. Per effetto dei grandi fenomeni migratori, è intaccata anche l'ipostasi Stato-nazione.

Sul piano giuridico si segnala l'apertura dell'ordinamento statale a una pluralità di fonti statali e sovranazionali<sup>45</sup>, ma anche a fonti che sono da ricondurre alle varie manifestazioni dell'autonomia nell'ottica del principio di sussidiarietà<sup>46</sup>.

Certo, il lasciar spazio ad ambiti di "diritto personale" può far pensare a rigurgiti del passato, alle esperienze giuridiche storiche dei grandi imperi multietnici e multireligiosi, tramontati proprio un secolo fa con la fine della prima guerra mondiale e tra gli effetti generati da questa. Anche se non si può fare a meno di notare che è stato proprio grazie a un adeguato equilibrio tra diritto territoriale, eguale per tutti, e diritto personale, salvaguardante le identità, che si dovette la lunga durata nel tempo di quelle realtà politiche che prescindevano dal principio di nazionalità<sup>47</sup>.

Considerandolo più da vicino e con la dovuta attenzione, però, il lasciar spazio ad ambiti di un "diritto personale", rimesso a scelte di libertà, appare in realtà orientamento molto moderno, giacché nelle odierne società pluralistiche una convivenza pacifica, non conflittuale, sembra che possa essere immaginata e governata, tra l'altro, proprio attraverso l'assicurazione del riconoscimento di settori di diritto personale all'interno di un ordinamento ispirato a valori e principi comuni<sup>48</sup>. A ben vedere, questa potrebbe essere una delle soluzioni tecnico-giuridiche volte a conciliare gli estremi: unità e diversità, eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale, esigenze di trattamento uniforme e diritto alla propria identità. E in questo senso si muovono gli ordinamenti di Paesi nei quali il fenomeno

---

<sup>44</sup> In tema, di recente, **L. CASINI**, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, il Mulino, Bologna, 2018.

<sup>45</sup> Sul fenomeno della destrutturazione del sistema delle fonti cfr. **P. GROSSI**, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

<sup>46</sup> Cfr. **P. PERLINGIERI**, *I valori e il sistema ordinamentale "aperto"*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, p. 1 ss.

<sup>47</sup> Ho sviluppato in più occasioni questo argomento, tra cui in **G. DALLA TORRE**, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Studium, Roma, 1992, p. 261 ss. Sulla pluralità di sistemi matrimoniali nell'impero austro-ungarico cfr. **L. SPINELLI**, *Le legislazioni matrimoniali negli Stati italiani preunitari con riferimento al sistema concordatario*, in *Studi Urbinati*, anno XIX, Giuffrè, Milano, 1952, p. 183 ss.

<sup>48</sup> A ben vedere una qualche esperienza, con riferimento all'Islam, l'Italia la ebbe già nel periodo coloniale: per riferimenti cfr. **G. DALLA TORRE**, *Considerazioni sulla condizione giuridica dell'Islam in Italia*, in C. Cardia, G. Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia*, cit., p. 30 ss.



del pluralismo etnico, culturale, religioso è più avanzato, e più avanzate sono le esperienze sul terreno giuridico<sup>49</sup>. Si pensi, in particolare, al Regno Unito, ma anche al Canada e agli Stati Uniti d'America: Stati segnati da un consistente indice di multiculturalismo e multiconfessionalità, nei quali si è affermato per via giurisprudenziale il principio dell'„accomodamento ragionevole” (*reasonable accomodation*). Si tratta di un principio che consente al giudice di risolvere il conflitto tra situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite: com'è stato notato,

“l'accomodamento ragionevole operato dal giudice tende a eliminare gli effetti distorsivi del principio di eguaglianza e di non discriminazione che regole efficaci *erga omnes* possono produrre all'atto della loro applicazione a situazioni giuridiche soggettive peculiari, quali sono quelle dei soggetti portatori di diritti identitari”<sup>50</sup>.

D'altra parte le norme del diritto internazionale privato in tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei tendono a fare spazio, nelle controversie in materia matrimoniale e familiare tra cittadini stranieri affidati al giudice nazionale, all'applicazione del diritto dello Stato di cittadinanza, con il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento della giurisdizione: così possono avere applicazione diretta, all'interno di un ordinamento di tipo laico, anche norme di stretta derivazione religiosa, cioè di tipo “personale”, purché riconosciute come civilmente rilevanti nello Stato cui appartiene il cittadino straniero.

Per quanto riguarda l'Italia, oltre a una sua ragionevolezza, l'ipotesi prospettata ha il conforto di un fondamento costituzionale. A ben vedere, infatti, il riconoscimento di spazi di diritto personale è sotteso al disegno costituzionale desumibile dagli artt. 7, secondo comma, e 8, terzo comma, Cost., che prevedono una negoziazione legislativa fra Stato e confessioni religiose per quanto attiene a materie di interesse comune (le *res mixtae* del

---

<sup>49</sup> Si veda peraltro la situazione dell'ordinamento giuridico dell'India, caratterizzato dalla coesistenza di un diritto territoriale, rivolto a tutti i cittadini, e di una pluralità di diritti personali che si applicano in particolare in materia di diritto di famiglia e riguardano persone appartenenti a determinate comunità, solitamente di carattere religioso. La complessa situazione normativa crea problemi in ordine alla garanzia del principio di eguaglianza, soprattutto con riferimento alle donne. D'altra parte, la previsione della adozione di un “codice civile uniforme”, previsto dall'art. 44 della Costituzione indiana, ha trovato difficoltà di realizzazione e non ha ancora trovato attuazione. In siffatto contesto l'armonizzazione delle norme discendenti da fonti di diritto personale e tutela del principio di eguaglianza, costituzionalmente garantito, è positivamente perseguita dalla giurisprudenza. Sulla questione cfr. **C. CORRENDO, D. FRANCAVILLA**, *Legislazione e diritti personali in India*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, 2, p. 357 ss.

<sup>50</sup> **A. RINELLA, M.F. CAVALCANTI**, *I Tribunali islamici in Occidente*, cit., p. 80.



diritto canonico)<sup>51</sup>. In sostanza, grazie alle disposizioni richiamate gli appartenenti a confessioni religiose con intesa sono, in alcuni ambiti, assoggettati a una disciplina giuridica diversa da quella comune e quindi a una disciplina che è applicabile in ragione dell'appartenenza a una certa comunità religiosa, quindi a un "diritto personale".

Al riguardo si potrebbe osservare che la preoccupazione che indusse i costituenti a prevedere forme di negoziazione legislativa con le confessioni religiose, fu quella di evitare una diversità di trattamento tra Chiesa cattolica e le altre confessioni. Si voleva cioè che in un ordinamento costituzionale ispirato a principi di libertà ed eguaglianza "senza distinzione di religione", qual era quello che si andava varando, fosse superato il divario esistente nella legislazione del 1929-1930 tra la "religione dello Stato" e gli altri culti "ammessi", riflesso del restaurato principio dell'art. 1 dello Statuto albertino (ma in realtà mai, anche nei momenti di più intransigente affermazione dei principi liberali, vi fu una piena equiparazione giuridica tra Chiesa cattolica e altre confessioni religiose)<sup>52</sup>.

Si deve peraltro osservare che le soluzioni trovate dal costituente, coerenti con un principio di eguaglianza sostanziale per cui si debbono trattare in maniera diversa situazioni diverse<sup>53</sup>, acquistano alla luce delle odierne emergenze un significato nuovo, verrebbe da dire "profetico", posto che quelle disposizioni di cui al secondo comma dell'art. 7 e al terzo comma del successivo art. 8 Cost. costituiscono un utile strumento messo in mano all'autorità dello Stato per soddisfare, con le comprensibili e inalienabili esigenze di unità politica e giuridica, le rivendicazioni di identità.

---

<sup>51</sup> In merito rinvio a **G. DALLA TORRE**, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 17 ss., 113 ss.

<sup>52</sup> Una ricostruzione storica in **R. PERTICI**, *Chiesa e Stato in Italia. Dalla Grande Guerra al nuovo Concordato (1914-1984). Dibattiti storici in Parlamento*, il Mulino, Bologna, 2009. Con particolare riferimento alla Chiesa cattolica cfr. **G. SALE**, *Il Vaticano e la Costituzione*, Prefazione di **F.P. CASAVOLA**, Jaca Book, Milano, 2008.

<sup>53</sup> Interessante notare come Francesco Ruffini, il grande pensatore liberale e teorico del diritto di libertà religiosa, riteneva non indispensabile per l'attuazione della libertà religiosa una legislazione uniforme per tutte le confessioni religiose (**F. RUFFINI**, *Libertà religiosa e separazione tra Stato e Chiesa*, in *Scritti giuridici dedicati e offerti a Giampietro Chironi*, vol. III, Bocca, Torino 1913, p. 239 ss., ristampato in *Scritti giuridici minori*, a cura di M. Falco, A.C. Jemolo, E. Ruffini, Giuffrè, Milano, 1936, I, p. 101 ss.). Ma oggi si tende a dire che, in un contesto ultra-pluralista, l'eguaglianza "può essere tale solo nel rispetto delle differenze, tenendo insieme eguale dignità e eguale rispetto, uguaglianza di tutti gli individui in quanto esseri umani e rispetto delle differenze tra essi", in un contesto di *multicultural quality* (**I. BIANCO**, *Laicità, libertà di coscienza e pluralismo religioso*, cit., p. 449).



Ma, al di là e prima ancora del sistema delle norme negoziate tra Stato e confessioni religiose, l'attitudine del nostro ordinamento al riconoscimento sempre più ampio di spazi di diritto personale si ricava dall'assetto assiologico dello stesso testo costituzionale: la dignità e inviolabilità della persona, le libertà che a essa devono essere riconosciute (senza distinzione, tra l'altro, di religione o cultura), l'eguaglianza in senso sostanziale (che supera tra l'altro l'antica distinzione tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino), il ruolo delle formazioni sociali, il riconoscimento delle varie autonomie, il principio di sussidiarietà. Un ordinamento dunque non chiuso ma aperto, non statico ma dinamico, non stato-centrico ma pluri-centrico, non orientato alla coazione ma alla promozione, non esclusivo ma inclusivo, non laicista ma ispirato a laicità aperta e pluralista.

Segnali di evoluzione dell'ordinamento nel senso indicato sembrano, del resto, potersi cogliere in alcune delle più recenti innovazioni legislative. Si pensi solo alla recente riforma della filiazione<sup>54</sup>, che ha ulteriormente contribuito a distaccare l'aspetto procreativo proprio del matrimonio dall'ambito del diritto statale, per ricondurlo a un ambito più strettamente privato e perciò concernente la sfera personale e di coscienza, con conseguente attinenza anche alla sfera religiosa.

## **7 - Diritto alla tutela dell'identità e "principi non negoziabili" dello Stato democratico. Conclusioni**

In siffatta prospettiva, il problema diviene quello dei limiti. Fino a che punto, in nome della libertà religiosa, si può rimettere matrimonio e famiglia alla disciplina dei diritti religiosi?; da dove, invece, questo non è più possibile? Più in generale: quali sono i "principi non negoziabili" del moderno Stato democratico, pluralista e laico?<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Come noto, la riforma della filiazione è stata attuata dapprima con la l. 10 dicembre 2012, n. 219, e poi con il d.lgs. n. 154 del 2013, che la completa. Sarebbe invero da domandarsi se, nella recente riforma della filiazione, l'intendimento del legislatore fosse (anche) quello di contribuire a distaccare l'aspetto procreativo proprio del matrimonio dall'ambito del diritto statale, per ricondurlo a un ambito strettamente privato; più certo è che (anche) questo appare l'effetto prodotto. Peraltro, bisogna riconoscere che la "privatizzazione" della filiazione è dipesa, in massima parte, dall'apporto della giurisprudenza, seguita, talvolta acriticamente, da una dottrina non sempre consapevole nel porsi l'interrogativo di quali siano i principi non negoziabili nel moderno Stato pluralista e laico.

<sup>55</sup> A ben vedere il problema dei "limiti" si pone ben oltre l'area del religioso, di cui si tratta nel testo. Cfr. da ultimo, in merito, la recente sentenza della Cassazione n. 4382 del



È evidente che la questione dei limiti non può più essere riguardata all'interno delle prospettive tradizionali, vale a dire quelle degli ordinamenti statuali chiusi, autoreferenziali, dotati di forti filtri tendenti a impedire l'ingresso di atti giuridici portatori di valori in contrasto con quelli espressi dalle norme positive degli ordinamenti stessi<sup>56</sup>. Così come è evidente che la questione non può essere sciolta attraverso un'ermeneutica che proceda con le lenti colorate da una tradizione religiosa e culturale, o che non sappia discernere quanto, nel diritto positivo, è stato forgiato da una tradizione religiosa e culturale.

Nella difficoltosa ricerca dei limiti, un necessario punto di riferimento non potranno non essere i valori e i principi sottesi alla Costituzione, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ai documenti internazionali sui diritti umani e le libertà fondamentali, a cominciare dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo. In un sistema ordinamentale aperto, che non si limita a tutelare il pluralismo religioso e culturale, ma che si preoccupa pure di sostenerlo e promuoverlo, cioè in un sistema di laicità non meramente separatista ma positiva, a me pare che si debba chiedere al giurista uno straordinario sforzo non solo ermeneutico, ma di prospettazione di un diritto possibile, capace di coniugare il rispetto della dignità della persona e il conseguente riconoscimento dei suoi diritti, insieme ai doveri a essi specularmente connessi, e con quei doveri nascenti inderogabilmente dalla solidarietà, che sono volti a garantire una convivenza pacifica e il perseguimento del bene di tutti, insieme al bene di ciascuno<sup>57</sup>.

In sostanza il punto di equilibrio, di "accomodamento ragionevole", sembra passare in deroghe alla norma generale motivate dal diritto alla tutela dell'identità, che non violino altri diritti inviolabili o non contraddicano "principi e valori considerati fondamentali nella struttura ontologica dell'ordinamento giuridico"<sup>58</sup>.

---

22 febbraio 2018 con la quale la prima sezione civile ha rimesso la causa al primo presidente, perché valuti se far decidere alle S.U., la delimitazione della nozione di ordine pubblico, nell'ambito di una controversia relativa a una maternità surrogata.

<sup>56</sup> Una penetrante disamina della questione sotto il profilo dei limiti dell'ordine pubblico in **P. PERLINGIERI**, *Libertà religiosa*, cit., p. 165 ss.

<sup>57</sup> Su aspetti della necessità di un passaggio dal fatto alla progettazione in merito rinvio a **G. DALLA TORRE**, *La multiculturalità come dato di fatto e come programma etico-politico*, in **AA. VV.**, *La cittadinanza. Problemi e prospettive in una società pluralista*, a cura di G. Dalla Torre, F. D'Agostino, Giappichelli, Torino, 2000, p. 5 ss.

<sup>58</sup> **A. RINELLA, M.F. CAVALCANTI**, *I Tribunali islamici in Occidente*, cit., p. 73. Sulle tecniche di bilanciamento in materia, in uno sguardo comparatistico, cfr. G. Rolla, (a cura di), *Eguali, ma diversi*, Giuffrè, Milano, 2006. Sul tema specifico delle giurisdizioni



Su questo terreno di ricerca, accidentato e complesso, è pensabile che la vita giuridica porterà ad allontanarsi sempre più dalle vie consuete ai giuristi dei sistemi di codificazione, quelle cioè della ricerca di fattispecie normative sempre più perfette, generali e astratte, alle quali ricondurre la variegata e variabile vita della società, per intraprendere, grazie all'apporto di dottrina e giurisprudenza<sup>59</sup>, itinerari meno conosciuti volti, caso per caso, alla ricerca della regola giusta. Detto altrimenti, è probabile verrà capovolto il senso dell'antico brocardo "*da mihi factum, dabo tibi ius*": non più dammi il fatto e cercherò la norma positiva a esso applicabile, bensì dammi il fatto e cercherò di trarre da esso la regola giusta per il caso concreto.

È cosa che l'esperienza giuridica dell'oggi sembra confermare.

---

alternative, con riferimento alla realtà dell'islam, cfr. F. Alicino (a cura di), *Il costituzionalismo di fronte all'Islam. Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali*, Bordeaux Ed., Roma, 2016.

<sup>59</sup> Si vedano al riguardo le considerazioni di N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrative del diritto*, in *Jus civile*, 2016, 4, il quale rileva tra l'altro come "il principio di ragionevolezza ha soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività" (p. 298).