

RELAZIONI FAMILIARI E LIBERTÀ DI RELIGIONE

«BENI DI RILIEVO COSTITUZIONALE»
A CONFRONTO

Atti del Convegno dell'Associazione dei
docenti della disciplina giuridica del fenomeno
religioso (Messina, 21 e 22 settembre 2023)

*A cura di Sara Domianello, Fortunato Freni,
Angelo Licastro, Adelaide Madera e Marta Tigano*



ATTI DI CONVEGNO

Relazioni familiari e libertà di religione : «beni di rilievo costituzionale» a confronto : atti del convegno dell'Associazione dei docenti della disciplina giuridica del fenomeno religioso, Messina, 21-22 settembre 2023 / a cura di Sara Domianello ... [et al.] - Pisa : Pisa university press, 2024. - (Atti di convegno)

346.015 (23)

I. ADEC II. Domianello, Sara 1. Diritto di famiglia [e] Libertà religiosa

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Membro Coordinamento
University Press Italiane

Questo volume è stato pubblicato con contributi del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina (fondi Dipartimento di eccellenza 2023-2027) e dell'ADEC, Associazione dei docenti della disciplina giuridica del fenomeno religioso.

I contributi riprodotti nel presente volume sono stati sottoposti a *peer review* a cura dei componenti del Comitato scientifico del Convegno.

© Copyright 2024

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 - 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISBN 979-12-5608-062-5

In copertina: fonte Unsplash.

Layout grafico: Arianna Tonarelli

L'opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons: Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0) Legal Code: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.it>



L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. L'opera è disponibile in modalità Open Access a questo link: www.pisauniversitypress.it

Indice

INTERVENTI DI APERTURA E INTRODUZIONE DEI LAVORI

Sulla relazionalità quale fondamento della soggettività giuridica <i>Alessio Lo Giudice</i>	7
Presentazione e apertura del convegno <i>Pierluigi Consorti</i>	13
Considerazioni introduttive <i>Salvatore Berlingò</i>	17

PRIMA SESSIONE

Relazioni familiari, identità di genere e autonomia personale tra diritti religiosi e ordinamenti civili <i>Andrea Zanotti</i>	21
Relazioni tra genitori e figli: il ruolo della libertà di religione e di coscienza <i>Angelo Licastro</i>	41
La maternità surrogata: reato, peccato o libertà? <i>Federica Botti</i>	43
Le nuove frontiere della funzione educativa genitoriale: il diritto dei genitori di avviare la prole al proprio credo <i>Monia Ciravegna</i>	73
Parità di genere nella relazione matrimoniale tra <i>bonum coniugum</i> (dell'ordinamento canonico) e dovere di solidarietà fra i coniugi (del diritto italiano) <i>Mariangela Galluccio</i>	89



SECONDA SESSIONE

Relazioni familiari e migrazioni tra diritto, religioni e culture <i>Antonio Fuccillo</i>	109
Le relazioni familiari in crisi tra diritto civile e diritti religiosi <i>Natascia Marchei</i>	111
Il consenso al divorzio nel diritto ebraico: per una mediazione interculturale tra autonomia confessionale e ordinamento inglese <i>Andrea Micciché</i>	129
Il fenomeno della prigionia coniugale dalla prospettiva nordamericana: l'ordinamento canadese e statunitense <i>Tania Pagotto</i>	143
'Delibazione' delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e ostatività della convivenza coniugale: il limite dell'ordine pubblico nella "diversa esegesi" della recente giurisprudenza di legittimità <i>Greta Pavesi</i>	161
Conclusioni e chiusura del Convegno <i>Sara Domianello</i>	177

COMUNICAZIONI

La pietà filiale nella tradizione confuciana. Aspetti dottrinali, storici e giuridici <i>Daniele Arru</i>	189
Dopo di noi. La disabilità in famiglia tra diritto e religione <i>Francesco Sorvillo</i>	205
Quando educare i figli fa problema. L'incerto confine tra libertà religiosa e paternalismo <i>Salvatore Taranto</i>	219

**INTERVENTI DI
APERTURA E
INTRODUZIONE DEI
LAVORI**





Sulla relazionalità quale fondamento della soggettività giuridica

*Alessio Lo Giudice**

Il convegno nazionale dell'Associazione dei docenti della disciplina giuridica del fenomeno religioso, che si tiene presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina, rappresenta un rilevante momento di confronto sul rapporto tra due beni di assoluto rilievo costituzionale, quali sono il complesso delle relazioni familiari e la libertà di religione. Naturalmente, la trama delle relazioni familiari va letta, sul piano della connotazione giuridicamente rilevante, alla luce del contesto storico e istituzionale di riferimento. In particolare, essa assume una specifica configurazione nella cornice dello Stato di diritto democratico ispirato dai principi della laicità e del pluralismo sullo sfondo di una società accentuatamente multiculturale. Tale contesto consente, del resto, di comprendere come l'esercizio concreto della libertà di religione rappresenti un "luogo" cruciale per misurare l'effettività dell'autonomia dei singoli in ambiti relazionali, come sono quelli di natura familiare, che rappresentano, allo stesso tempo, momenti fondamentali tanto per la liberazione quanto, a volte purtroppo, per la repressione dell'autodeterminazione dei singoli.

Da questa sommaria rappresentazione si intuisce anche la potenziale tensione che può esistere tra beni di assoluto rilievo, quali sono le relazioni familiari e la libertà di religione, tenendo conto delle diverse forme di tutela alle quali essi corrispondono. Beni che condividono, d'altra parte, una peculiare struttura concettuale riconducibile al valore intrinseco della pratica sociale relazionale. Si tratta, cioè, di oggetti di tutela giuridica, e questo vale tanto per la vita familiare quanto per la libertà di religione, in cui è il rapporto interpersonale a cui essi danno vita, che con

* Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina.



essi coincide, a rappresentare il bene rilevante. Il bene è, in altre parole, la relazione stessa. Una vita familiare senza relazione è un non senso, come è un non senso l'idea stessa della libertà di religione senza l'incontro con l'altro, senza la relazione. In realtà, in quanto beni relazionali, la qualità che essi detengono è data proprio dalle relazioni che incorporano e senza di quest'ultime essi perderebbero qualsiasi consistenza esistenziale¹. Ciò non toglie, però, che il complesso di relazioni incorporate da questi beni possa confliggere. Ed è proprio la logica che ispira lo Stato di diritto democratico, laico e pluralista, a dover condurre verso la neutralizzazione di tale conflitto sulla base del riconoscimento, per la libera formazione della personalità individuale, della pari importanza delle relazioni associate ai beni in oggetto.

Proprio questo essenziale riconoscimento pare rilevante dal punto di vista filosofico-giuridico, e mi induce, dunque, a soffermarmi brevemente sulla concezione dell'identità individuale, e quindi sui processi di formazione della soggettività giuridica, che esso presuppone. Riconoscere l'importanza dei beni relazionali significa, infatti, attribuire alla relazione interpersonale una funzione costitutiva per l'identità individuale. Significa, in altre parole, aderire ad una specifica, e non scontata, idea di identità personale.

L'aspetto relazionale, in particolare, si dispiega attraverso due rapporti principali, quello tra il soggetto e se stesso nel tempo, nel passato come nel futuro, e quello tra il soggetto e l'"altro". Si tratta di dinamiche intra-soggettive e intersoggettive.

Queste due dinamiche, che seguendo un ragionevole approccio interazionista non possono essere mai del tutto scisse e analizzate autonomamente, costituendo al contrario fattori intersecantesi di costruzione identitaria², corrispondono a due logiche di identificazione. La prima dinamica corrisponde alla logica dell'autoriconoscimento mentre la seconda implica la logica dell'eteroriconoscimento; «la prima è la dimen-

1. Per un approfondimento della nozione di bene relazionale si rinvia, tra gli altri, a Martha C. Nussbaum, *La fragilità del bene: fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, trad. it., il Mulino, Bologna 1996 (ed. orig. 1986); Luigino Bruni, *La ferita dell'altro. Economia e relazioni umane*, il Margine, Trento, 2007; Pierpaolo Donati, Riccardo Solci, *I beni Relazionali che cosa sono e quali effetti producono*, Bollati Boringhieri, Torino 2011.

2. Di tale inscindibilità appare perfettamente consapevole Jürgen Habermas, *Per la ricostruzione del materialismo storico*, trad. it., Etas Libri, Milano, 1979 (ed. orig. 1974), p. 76, quando afferma che: «La riflessività dell'Io viene a formarsi contemporaneamente con l'intersoggettività del reciproco riconoscimento».

sione *integrativa* in quanto, integrando aspetti diversi, conferisce stabilità e continuità nel tempo al soggetto. La seconda è la dimensione *locativa*, in quanto – attraverso processi di classificazione e di riconoscimento sociale – consente di collocare l'individuo entro categorie più ampie, entro confini che lo rendono affine agli altri che con lui li condividono»³.

L'aspetto relazionale è senza dubbio legato a una teoria sociale dell'identità, o radicalmente sociale quale quella di George H. Mead, il cui pensiero può essere considerato come la fonte di ispirazione principale, nel Novecento, delle più influenti concezioni relazionali e comunicative⁴. Del resto, il rapporto tra dimensione integrativa e dimensione locativa esprime al meglio la dialettica Io/Me nei termini in cui è presentata proprio da Mead⁵. Cioè, la dialettica tra l'autoriconoscimento del sé come soggetto e l'eteroriconoscimento del soggetto operato dagli altri, dagli altri significativi in particolare. Ebbene, ciò che la concezione relazionale, attraverso il suo intreccio con l'interazionismo sociale⁶, ci permette di sottolineare, è proprio la complessità di ogni processo di formazione identitaria.

Un'impostazione simile può essere rinvenuta, ad esempio, anche nell'analisi di Amartya Sen, che è rilevante per la nota sensibilità dell'economista e filosofo indiano nei confronti della connotazione transculturale delle società contemporanee. In particolare, Sen trae spunto da una concezione chiaramente pluridimensionale dell'identità nella misura in cui sostiene che occorre «riconoscere che le identità sono in larga misu-

3. Loredana Sciolla, *Dimenticare l'identità o le concezioni riduzioniste dell'identità? Note sull'oscillazione di un concetto*, in *La società degli individui*, vol. 29, n. 2, 2007, p. 43.

4. È importante sottolineare come l'essenzialità dell'aspetto relazionale, in primo luogo tra l'individuo e il contesto sociale di riferimento, per cogliere la struttura dei processi di formazione identitaria, sia stata recepita e sviluppata anche da orientamenti psicanalitici che per questi aspetti si distanziano da certa tradizione freudiana. Cfr. Stephen Mitchell, *Gli orientamenti relazionali in psicoanalisi. Per un modello integrato*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 1993 (ed. orig. 1988).

5. Cfr. George H. Mead, *Mente, sé e società: dal punto di vista di uno psicologo comportamentista*, trad. it., Giunti Barbera, Firenze, 1966 (ed. orig. 1943). A questa dialettica, sempre attraverso la relazione tra autoriconoscimento ed eteroriconoscimento, può aggiungersi quella Io/Noi come espressione storicamente caratterizzata dei modelli di identità sociale che si consolidano nel tempo. Per una ricostruzione in tal senso si veda il noto testo di Norbert Elias, *La società degli individui*, trad. it., il Mulino, Bologna, 1990 (ed. orig. 1987).

6. Per un'espressione significativa di tale approccio cfr. Erving Goffman, *Modelli di interazione*, trad. it., il Mulino, Bologna, 1971 (ed. orig. 1967).



ra plurali, e che l'importanza di un'identità non deve necessariamente cancellare l'importanza delle altre»⁷. Quest'affermazione ha una conseguenza decisiva nel ragionamento di Sen. Sulla base, infatti, di una tale concezione bisogna criticare il riduzionismo che caratterizza in maniera diversa gli orientamenti ipercostruttivisti in senso anti-sostanzialista e quelli sostanzialisti in senso comunitarista.

La critica all'ipercostruttivismo è una critica all'atteggiamento di indifferenza o di ostilità nei confronti del concetto di identità. Atteggiamento frequente nella teoria economica dominante e nei fautori dei modelli della *rational choice*⁸. Tale critica conduce Sen a sottolineare la rilevanza, la centralità del concetto di identità anche nel contesto di una teoria economica che voglia essere efficace. La critica di Sen al sostanzialismo assume dunque le vesti di una critica alla concezione dell'identità in senso solitarista, che è l'opposto di una concezione relazionale. In particolare, Sen condanna l'idea dell'identità fondata sul principio dell'affiliazione unica. Anzi, è proprio la negazione della dimensione dell'identità plurale a condurre verso il mito dell'unicità di un'identità immutabile e totalizzante⁹.

In ogni caso, il potenziale strutturale di violenza che secondo Sen contengono le visioni solitariste dell'identità è chiaramente associato a una specifica concezione dell'identità stessa: «Il riduzionismo solitarista dell'identità umana ha conseguenze di ampia portata. Un'illusione evocata per dividere gli individui in categorie straordinariamente rigide può essere usata per istigare scontri fra gruppi»¹⁰.

In fin dei conti, queste mie estemporanee riflessioni consentono di intuire quanto il riferimento alla relazionalità sia in grado di esprimere il senso autentico di una soggettività in perenne definizione, in sé mutabile, una soggettività che è tale proprio perché fondata sulla autoimputa-

7. Amartya Sen, *Identità e violenza*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2006 (ed. orig. 2006), p. 21.

8. «È arrivato il momento di scalzare la tesi dell'«indifferenza» dell'identità dalla posizione che ha occupato fino ad ora in una parte sostanziale della teoria economica tessuta intorno al concetto dell'«uomo economico», e anche nella teoria politica, giuridica e sociale» (Ivi, p. 25).

9. «È difficile immaginare un individuo realmente privo della possibilità di prendere in considerazione identificazioni alternative, che debba semplicemente «scoprire» le proprie identità, come se fossero nient'altro che un fenomeno naturale» (Ivi, p. 32).

10. Amartya Sen, *op. cit.*, p. 180.

zione di una pluralità di intenzioni, azioni, esperienze, incontri, credenze, sebbene discontinue e frammentate.

Ebbene, tale soggettività si nutre tanto delle relazioni familiari quanto delle esperienze di libertà, come nel caso della libertà di religione. Si tratta, in entrambi i casi, di patrimoni di relazionalità che esigono tutela e bilanciamento affinché ciascuna persona possa creare, per se stessa, le condizioni dell'autonomia individuale.

Del resto, come affermava Immanuel Kant nella *Metafisica dei costumi*: «una persona non può essere soggetta ad altre leggi se non a quelle che lei stessa (o da sola, o almeno contemporaneamente con altri) si dà»¹¹. In questo senso, nella misura in cui l'essere umano è legislatore nei confronti di se stesso allora gode della dignità degli esseri razionali. Nel passaggio alla dimensione politico-giuridica, cioè nella necessità di tutelare e confermare tale autonomia nell'ambito della convivenza regolata, la rilevanza teoretica del diritto risiede proprio nella sua capacità di esprimere la forma concettuale dei rapporti intersoggettivi che rispetta, che conferma, la libertà ontologica che caratterizza i soggetti. In questa adeguatezza concettuale risiede la funzione legittimante del diritto rispetto a un potere politico che, soltanto conformandosi alla dimensione del giuridico, può rispettare le premesse esistenziali del suo stesso esercizio, e cioè la garanzia della convivenza pacifica tra più soggetti liberi e autonomi, tanto nel macro-contesto sociale quanto nel micro-contesto familiare, e sempre sullo sfondo del pluralismo culturale e religioso.

11. Immanuel Kant, *La Metafisica dei costumi*, trad. it, Laterza, Roma-Bari 1970, p. 26 (ed. orig. 1797).

Presentazione e apertura del convegno

*Pierluigi Consorti**

Sono molto lieto di introdurre questo Convegno nazionale dell'Adec che si svolge a Messina. Confesso che sono un po' emozionato: intanto perché questo è l'ultimo Convegno che introduco nella mia qualità di Presidente dell'Adec. Domani si svolgeranno le elezioni per il rinnovo del Direttivo e della Presidenza della nostra Associazione, alla quale negli ultimi nove anni ho cercato di dare un contributo come ho potuto, prima come Segretario e poi come Presidente, per due mandati. Confido nella vostra benevolenza, in modo che i difetti del mio lavoro non soverchino qualche vantaggio che, grazie ai Direttivi che mi hanno supportato e sopportato, spero di avere contribuito ad offrire alla nostra disciplina.

La ragione principale della mia emozione è tuttavia un'altra. È legata alla presenza infaticabile dell'amica, prima che Collega, Sara Domianello, che ha lavorato con rigore e pazienza per la buona riuscita di questo Convegno. Sara ci ha fatto una sorpresa – non proprio gradita – nell'annunciare qualche giorno fa il suo pensionamento anticipato. Le ragioni personali e accademiche che l'hanno spinta a questa decisione vanno senz'altro rispettate. Tuttavia, il nostro affetto ci porta a chiederle, se possibile, di tornare sui suoi passi: abbiamo bisogno di lei! Come dimostra la presenza di tanti suoi Colleghi e Colleghe messinesi che oggi ci onorano partecipando all'apertura del nostro Convegno. È un onore che condividiamo in tanti, ma sappiamo che senza Sara il diritto ecclesiastico italiano non sarebbe quello che è diventato oggi. Sara è molto legata a questa sede universitaria, che vede in servizio il maggior numero di professori ordinari del nostro settore: a loro va il nostro ringraziamento per l'ospitalità e il contributo all'organizzazione. Molte grazie a Fortunato Freni, Angelo Licastro, Adelaide Madera e Marta Tigano. Grazie per l'accoglienza anche al Prof. Salvatore Berlingò, Maestro dei nostri Colleghi

* Presidente ADEC (Università di Pisa).



e delle nostre Colleghe messinesi, e anche Maestro di tutti noi. La sua presenza è un regalo!

E grazie al Prof. Alessio Lo Giudice, Direttore del Dipartimento giuridico messinese, che ha voluto sottolineare la coerenza tematica del nostro Convegno con il progetto di sviluppo del Dipartimento, che ha meritatamente visto il riconoscimento della qualifica di Dipartimento di eccellenza per il quinquennio 2023-2027.

Abbiamo quest'anno voluto concentrare la nostra attenzione sulle relazioni familiari e la libertà di religione intesi quali «beni di rilievo costituzionale». Il Comitato scientifico – che ringrazio ancora per il lavoro svolto – ha voluto riprendere un tema tradizionalmente oggetto della nostra disciplina – quello del matrimonio e della famiglia – per rileggerlo alla luce del «cambiamento d'epoca» che stiamo vivendo. Un cambiamento che ci consegna una società superdiversa, che incide sulle dinamiche del pluralismo e impatta sul modo tradizionale di intendere il principio di laicità. Il Mediterraneo cambia fisionomia insieme all'elemento religioso. Le due cose meritano di essere studiate con la dovuta attenzione. Credo che la nostra comunità scientifica abbia saputo dimostrare una buona capacità di cogliere le sfide del cambiamento, e oggi continuiamo lungo questa strada.

Il dibattito scientifico ha a sua volta ricevuto nuova linfa dalle questioni relative al riconoscimento delle identità personali e collettive, che costituiscono il punto di rilievo soggettivo dei beni relazionali. A noi interessa specialmente vedere come queste novità influenzano la tutela della libertà religiosa, in modo particolare nei confronti delle persone che hanno più bisogno di cura relazionale: ad esempio i bambini e le bambine, gli adolescenti e le adolescenti – che il linguaggio giuridico accomuna sotto l'espressione «minorenni» – e le donne, che ancora faticano a vedersi riconosciuta la piena parità.

Parlando di «beni relazionali» pensiamo anche ai «beni comuni», che davvero hanno bisogno di cura speciale per non essere travolti dai cambiamenti e restare sotto le macerie di una società che sembra privilegiare la tecnica in luogo dello spirito.

Insomma, in questi giorni ci prendiamo il tempo per discutere questioni centrali per il rapporto fra diritto e religione, dopo che lo scorso anno, a Torino, abbiamo invece privilegiato il diritto canonico, ancora una volta guardando ai cambiamenti che insistono anche nella compagine ecclesiale. Il processo sinodale, ancora in corso, richiama l'attenzione verso l'ascolto reciproco e una discussione franca e aperta. Quella che intendiamo svolgere in questi giorni nella meravigliosa cornice della cit-

tà di Messina che ci accoglie, della sua prestigiosa Università e dei nostri stimati Colleghi e preziose Colleghe.

Grazie a tutti e tutte voi per la vostra presenza, e buon lavoro!

Considerazioni introduttive

*Salvatore Berlingò**

Da più parti si osserva che la proposta di legge Varchi, approvata dalla Camera dei Deputati il 26 luglio scorso e la sentenza del dicembre 2022 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, contraria alla trascrizione automatica dell'atto di nascita da parte del genitore non genetico, nel limitarsi ad una sottolineatura del disvalore della Gpa (Gestazione per altri) risulterebbero, nella loro absolutezza, serventi rispetto alla volontà politica di affermare un'idea di famiglia "tradizionale" e proclivi riguardo alla scelta di imporre in sede normativa una determinata (escludente) accezione di eterosessualità.

In tal modo esse finirebbero con il perpetrare una violazione dei diritti dei già nati attraverso detta pratica o delle coppie che versano nelle ipotesi di infertilità patologico-strutturale, e contribuirebbero ad indurre una confusione giuridica e mediatica tra Gpa e genitorialità Lgbtqia+. Inoltre, è dato constatare spesso come, nel porre innanzi l'esigenza di tutelare i nati dal subire il pregiudizio dello scambio fra genitorialità reale e putativa, si ometta di dire che non esistono evidenze certe su questo tipo di dannose conseguenze, e non si ricorda che una paternità putativa è riscontrabile proprio nel modello della Sacra Famiglia!

Lo scorso anno, l'intervento delle Sezioni Unite era stato preceduto dall'ordinanza interlocutoria n. 1842 del 2022 della Prima Sezione della Suprema Corte, con cui si suggeriva una strada diversa: piuttosto che attribuire *tout court* disvalore alla Gpa, si proponeva di valutarne la portata caso per caso, in base al verificarsi o no di alcune condizioni – come il pagamento della gestante o la sua impossibilità di tenere il nato – le uniche da considerare ostacolo per il riconoscimento dell'atto di nascita.

Pur potendosi avanzare perplessità rispetto a questa proposizione, essa avrebbe, per lo meno, consentito di mettere a confronto il divieto

* Università di Messina.



nazionale con le realtà europee e internazionali, favorendo un congruo discernimento fra le diverse modalità in cui la pratica della Gpa viene realizzata.

In questa direzione si orienta la proposta di legge del gruppo “*Articolo29*”, che lascia la gestante libera di accedere all’aborto e di revocare il proprio consenso dopo il parto, anche se, già nel 2018, il Tribunale costituzionale portoghese ha evidenziato come soluzioni siffatte sarebbero poco praticabili, considerando la difficoltà per la madre surrogata di potere ritirare il proprio consenso dopo la nascita, assumendo la genitorialità del nato.

Inoltre, non può trascurarsi la circostanza per cui, in nessun luogo ove la Gpa è legale, viene attribuita davvero alle donne l’ultima parola, che spetta, invece, ai giudici: col rischio, altresì, che l’esperienza singolare e concreta della gravidanza venga banalizzata e ridotta a mero e astratto oggetto di un negozio per la fabbricazione di un “prodotto” mercantile, anzi che essere collegata, come avviene di frequente, anche a motivazioni religiose o, comunque sia, di coscienza.

Non si tratta quindi di inasprire le pene o, al contrario, di consentire inaccettabili patteggiamenti nelle ipotesi di trasgressione, anche perché, in materia così eticamente sensibile, sono sconsigliabili soluzioni modellate in guisa di estremi opposti. Si tratta, piuttosto, di promuovere - come ci si propone di fare in questa sede - una riflessione approfondita sull’impiego della Gpa, al fine di pervenire ad esiti il più possibile equilibrati. Sarà opportuno chiederci, ad esempio, se essa debba considerarsi una semplice tecnica di riproduzione assistita e se il desiderio di avere bambini non possa essere perseguito, anche per coerenza con determinate convinzioni spirituali, ricorrendo a forme di genitorialità diverse da quella biologica, basate sull’adozione e sull’affido (cui ammettere, per altro, pure le coppie omosessuali).

PRIMA SESSIONE





Relazioni familiari, identità di genere e autonomia personale tra diritti religiosi e ordinamenti civili

Andrea Zanotti*

1. L'iniziale riconducibilità a un'unica matrice del matrimonio canonico, del matrimonio civile e della famiglia

Si narra che Federico II di Prussia, musicista di valore, volesse omaggiare Johann Sebastian Bach mettendolo, al contempo, alla prova. Lo invitò a corte e gli propose di svolgere, improvvisando, un tema musicale chiuso, impossibile da sviluppare. Egli scelse così di arricchire il tema, inventando una serie di canoni musicali sin lì sconosciuti, intitolando l'opera «Das musikalische Opfer», nota oggi come «L'Offerta musicale». Ma "Opfer" in tedesco significa offerta nel senso di "sacrificio", "vittima sacrificale": e questo particolare svela l'intento ironico di Bach di ripagare la provocazione del Re con una moneta ironica e pregiata. Certo l'amica Sara Domianello non è Federico II di Prussia, né tantomeno il sottoscritto Johann Sebastian Bach: ma si affaccia alla mente questo aneddoto perché riflette la difficoltà di articolare con un qualche costrutto l'argomento assegnatomi. Infatti, un tema come quello che mi è stato chiesto di trattare, poteva rappresentare, fino a qualche anno fa, un intrigante esercizio di stile. Ci si muoveva ancora abbastanza a proprio agio dentro categorie consolidate: una sorta "comfort zone" dove i parallelismi tra matrimonio civile e religioso, i confronti tra i diversi "tipi" di famiglie correavano sui binari di una tradizione ancora percepibile, nella quale l'impronta dell'istituto canonistico del matrimonio aveva costituito il calco anche per quello civile¹.

* Università di Bologna.

1. Cfr., per tutti, Angela Maria Punzi Nicolò, *Due modelli di matrimonio*, in *Matrimonio*

Era dunque sufficiente, avendo un punto di riferimento, rendere conto delle variazioni e costruire una comparazione tra modelli.

E questa operazione ricostruttiva era praticamente obbligata, se si pone mente al fatto che il matrimonio civile fu introdotto nell'ordinamento post-unitario in virtù di una rivendicazione di carattere giurisdizionale riportabile all'ancora belligerante orizzonte dei rapporti tra uno Stato liberale e anticlericale e una Chiesa oltranzista ed orfana della sua temporalità, più che alla necessità di creare un nuovo modello di matrimonio e famiglia². L'impianto di fondo, che il matrimonio civile accoglieva nel Codice Pisanelli, era e rimaneva sostanzialmente quello tramandato dai secoli sedimentati di un cristianesimo che ne aveva fornito i contenuti teleologici, gli elementi giuridici, i rimandi simbolici nonché la struttura formale e liturgica. Questa sovrapposizione, del resto, era del tutto comprensibile, stante la convergenza di interessi – sia pur per motivi, al fondo, diametralmente opposti – tra lo Stato e la Chiesa nel regolamentare il rapporto tra l'uomo e la donna: l'orientamento procreatico (incentivazione di economie non tecnologiche, per parte dello Stato e legittimazione della eterosessualità matrimoniale *ex parte Ecclesiae*), la fedeltà (buon costume e sicurezza dei natali, per parte dello Stato, orientamento ispirato alla *ratio peccati*, *ex parte Ecclesiae*), l'indissolubilità (stabilità dell'ordine sociale, per parte dello Stato, riflesso simbolico dell'immagine delle nozze mistiche tra Cristo e la Chiesa, *ex parte Ecclesiae*)³. Questa coincidenza di interessi, a ben vedere al fondo discordanti, scema fino a diventare incomponibile negli anni Settanta del secolo scorso, che ci consegnano un matrimonio civile totalmente disassato rispetto al modello di provenienza canonistico: e con esso in concorrenza. Stava cambiando un'antropologia, mentre noi giuristi interpretavamo – in continuità col passato, tolte rare eccezioni⁴ – i cambiamenti con i nostri strumenti consueti.

concordatario e giurisdizione dello Stato, a cura di Lorenzo Spinelli, Giuseppe Dalla Torre, Bologna, Pàtron, 1987, pp. 11 ss.

2. Sulle vicende che hanno segnato l'introduzione del matrimonio civile in Italia, si vedano le belle pagine di Giuseppe Dalla Torre, *Ancora su «due modelli di matrimonio»*. *Considerazioni fra diritto e storia*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 1988, n. 1, pp. 33 ss.

3. Su ciò vedasi Giuseppe Caputo, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, Tomo II, *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, Padova, Cedam, 1984, pp. 77 ss.

4. Giuseppe Caputo, *Op. cit.*, p. VI: «Nella solitudine della città secolare l'uomo si ancora ad una sola ed immediata certezza, ad una sola ed immediata sacralità: la sacralità

2. L'affacciarsi, in una dimensione ormai globale, di altre concezioni religiose di unioni coniugali e familiari

D'altronde, la velocità con la quale sono maturati capovolgimenti d'orizzonte di inedita radicalità è stata così repentina da rivelare una sorta di dislivello interpretativo prometeico.

In verità, il mutare dei fondamenti dell'istituto civilistico era solo l'inizio di una rottura di faglia che oggi si palesa come una crisi di civiltà: quale preistoria che non conosce continuità alcuna col passato dal quale proveniamo. Il regime di monopolio detenuto dal matrimonio si è rapidamente sfaldato, registrando un calo drastico dei matrimoni e l'affiancarsi di altri modelli legali volti a interpretare le relazioni giuridiche di coppia⁵. Si è aperto, se così possiamo dire, un vero e proprio mercato, volto a interpretare nuove domande e inediti scenari, nei quali anche una pluralità di modelli religiosi di matrimonio si sono affacciati alla ribalta della globalità. Così abbiamo cominciato a conoscere e insegnare i fondamenti del matrimonio islamico ed ebraico, induista e buddhista, ortodosso o protestante: di talché abbiamo deciso di avviare, a Bologna, un nuovo insegnamento: "Matrimonio e famiglia tra diritti religiosi e diritti statali", che sta riscuotendo un successo sorprendente e incrementale e per il quale è di prossima pubblicazione un nuovo manuale. Di tali mutamenti si registrano riflessi e incidenze sull'ordinamento italiano: si pensi ai fenomeni migratori che insediano sul territorio nazionale famiglie poligamiche, al riconoscimento di ripudi pronunciati all'estero e accolti come divorzi nel nostro ordinamento in virtù di norme di collegamento invalse e azionate dal diritto internazionale privato; mentre, al contempo, i processi di delibazione delle sentenze canoniche di nullità sono di-

del corpo: che è presenza ed oblio, uragano e melodia delle sfere. Eros sovrasta ben presto gli Dei dell'effimero e regna sovrano nel nuovo Pantheon.... Come tutti gli Dei egli è possessivo e non tollera regole e discipline: travolge implacabile le vecchie fedi e le antiche obbedienze. Modelli istituiti, come quello della famiglia, entrano in crisi: ed in crisi entra anche la tradizionale dialettica tra norma e trasgressione. Non rischia, però, questo Dio prepotente e geloso, cancellando tutte le norme, di cancellare anche le condizioni della sua esistenza? Non rischia di distruggere se stesso il divino distruttore, di perdere il proprio empito dionisiaco annegandosi in un'apollinea ed asettica permissività e tolleranza? Il gesto non è più gesto quando si fa abito e ripetizione».

5. Sulla generale obsolescenza dell'istituto del matrimonio, non solo quello concordatario, si veda Geraldina Boni, *Il matrimonio concordatario: istituto attuale o anacronistico?*, in «Arch. giur. online», 2023, n. 1, pp. 1-107: qui, segnatamente, pp. 1-6; Michele Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, p. 881.

ventati come crune d'ago dalle quali è più facile far transitare cammelli che sentenze ecclesiastiche⁶. Purtuttavia i diritti religiosi – e restringerò qui il campo a quelli relativi ai tre monoteismi – presentano, pur nella loro irriducibile diversità, alcuni tratti generali che possono fungere da minimo comun denominatore: la radice eterosessuale procreativa e la natura in parte privatistica di un atto che si apre ad una dimensione *naturalmente* e *storicamente* sociale. Questi due elementi rappresentano facce di una medesima medaglia. L'eterosessualità matrimoniale rappresenta infatti l'unica pratica sessuale lecita prevista dagli ordinamenti religiosi; per essa l'uomo e la donna collaborano con Dio alla creazione: pro-creano, appunto. Tutte le altre condotte sessuali sono penalmente sanzionate: dalle unioni sessuali prematrimoniali, all'adulterio, all'omosessualità; persino, nel diritto ebraico, la masturbazione. D'altro canto, la famiglia che dall'unione sponsale origina, non solo risponde al fine generalissimo della propagazione del genere umano: ma apre a una socialità funzionale alla crescita della comunità cui essa appartiene. La dimensione collettiva propria delle visioni religiose del mondo gioca qui un ruolo di primo piano: dai vincoli che la Umma genera nell'orizzonte musulmano, alla concezione tomistica – risalente all'elaborazione aristotelica – dell'uomo come animale sociale, alla storia stessa dell'ebraismo, che è, a ben vedere, una storia di famiglie⁷. Ruolo dunque centralissimo e strategico, quello occupato da questo istituto nei monoteismi, che lo difendono altresì nella sua monoculturalità: vietando, con l'istituzione di specifici impedimenti, le unioni dispari, che potrebbero mettere a rischio l'appartenenza confessionale del coniuge e l'educazione della prole nella tradizione religiosa di appartenenza⁸. In questa prospettiva, il matrimonio è la principale cerniera che articola pubblico e privato: riguardando, da

6. Cfr. Marco Canonico, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell'ago*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2015, n. 25, p. 31; Id., *Nullità matrimoniali canoniche ed ordine pubblico italiano*, in «Ius Ecclesiae», 2020, n. 1, pp. 92-94; Geraldina Boni, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2017, n. 5, p. 53; Ead., *Il matrimonio concordatario: istituto attuale o anacronistico?*, cit., p. 17.

7. Così Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in Roberta Aluffi Beck Peccoz, Alessandro Ferrari, Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di Silvio Ferrari, Torino, Giappichelli, 2006, p. 3.

8. Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 102-103.

un lato, l'intimità sponsale e filiale ma intessendo, dall'altro, la filigrana della *societas fidelium*, che fu per molti secoli cristiani – e ancora oggi è in molti contesti islamici – anche la *societas civium*⁹.

Sono questi alcuni degli elementi portanti che formano il retroterra e, per così dire, l'ancoramento antropologico dei matrimoni monoteisti, pur differenziandosi essi tra loro anche in maniera notevole. Il divenire, cui sono soggetti, detta invarianze che non possono intaccare le loro fondamenta, rese indisponibili dal radicamento in un diritto divino, per definizione, irriformalabile.

Così poligamie, asimmetrie di genere nella fase costitutiva o estintiva del vincolo, ruoli familiari scolpiti nella *inaequalitas* rappresentano elementi di distonia, nel rapporto con gli ordinamenti secolari, che vanno bilanciati e risolti dalla giurisprudenza alla luce delle norme costituzionali italiane e dei principi supremi della nostra Carta. Quando, beninteso, tali distonie non tocchino i lidi del diritto penale: come nel caso di matrimoni forzati, maltrattamenti inflitti a scopo correttivo, limitazioni all'autonomia personale, fisica o psicologica: e già abbiamo conosciuto un cambio di paradigma del diritto penale, con l'elaborazione di quella categoria di "reato culturalmente orientato" volta proprio a aumentare i limiti di elasticità enzimatica di quella branca del nostro ordinamento¹⁰.

3. La progressiva e vorticosa obsolescenza del matrimonio e l'affermarsi di nuove forme di convivenza

Ma l'irrompere sulla scena di tipologie di matrimoni provenienti da altri universi etnico-religiosi non ha costituito, a nostro dire, l'elemento più rilevante e dirompente di questo scenario: il dato più clamoroso è senz'altro costituito dallo scollamento degli interessi, un tempo apparentemente convergenti, tra Stato e Chiesa cui abbiamo fatto cenno.

9. Cfr. Francesco Castro, *Il modello islamico*, a cura di Gian Maria Piccinelli, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 112 ss.; Andrea Zanotti, *Pubblico e privato nell'ordinamento canonico: il superamento di questo confine nella società globale*, in *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, a cura di Paulo Pulido Adragão, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 37 ss.

10. Già da tempo la dottrina penalistica ha cercato di elaborare, in proposito, nuovi paradigmi di riferimenti; citiamo qui, tra gli altri, a titolo esemplificativo e indicativo, i seguenti lavori monografici: Fabio Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010; Alessandro Bernardi, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010; Id., *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli, 2010; Cristina De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010.

L'affermazione folgorante dell'automazione nei processi produttivi, una conquistata signoria sul corpo, il radicamento di un protagonismo femminile e la progressiva sovrappopolazione del pianeta hanno cambiato totalmente lo scenario, disvelando, nell'arco di un battito di ciglia, come non rientrasse più negli interessi delle società occidentali post-secolarizzate la vocazione eterosessuale del matrimonio orientata alla procreazione, la sua indissolubilità, la sua stabilità vigilata dalla fedeltà¹¹. Nella prima metà degli anni Settanta del secolo scorso si disegna una definitiva incomponibilità tra il modello canonico e civile del matrimonio: la riforma del diritto di famiglia testimonia il rifluire di tutto questo comparto in un ambito esclusivamente privatistico, orfano di qualsiasi ispirazione finalistica insufflata dallo Stato¹². Era solo l'inizio di un processo e l'avanguardia di una nuova stagione: che si affermava attraverso l'affrancazione del matrimonio civile dal suo antico alveo canonico, ma che era destinata ad andare oltre, sulla spinta di un'antropologia trainata dalla tecnica ed eversiva del vecchio ordine. La risultante di queste sollecitazioni si sdoppiava in due direzioni: dare, per un verso, cittadinanza formale e giuridica ai rapporti tra persone dello stesso sesso, istanza ormai affermata in larga parte degli ordinamenti occidentali; e delineare, per altro verso, nuove figure di possibili convivenze che non conoscessero gli obblighi e gli impegni derivanti dello schema matrimoniale, ridotto, peraltro, ormai a puro simulacro. Così, per effetto della legge 20 maggio 2016, n. 76, al matrimonio concordatario e a quello civile che originano la famiglia tradizionale, si sono affiancati altri due nuovi tipi legali: l'unione civile (art. 1 cc. 1-35) e le convivenze di fatto (art. 1 cc. 36-69). Entrambe si qualificano come formazioni sociali: e il legislatore sceglie di disciplinarle fuori del contesto codiciale, differenziandone il nome e distinguendole, in questo modo e non a caso, dalla famiglia costituzionalmente definita, all'articolo 29, «quale società naturale fondata sul matrimonio».

Questa aggettivazione “naturale” non è affatto secondaria: ma pone una questione centrale. Le parole custodiscono sempre un potere: qui l'idea di natura che il costituente utilizza contiene una implicazione me-

11. Cfr. Andrea Zanotti, *I difficili transiti della famiglia nel nuovo mondo e l'irrinunciabile alterità del diritto canonico*, in *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, a cura di Ilaria Zuanazzi, Maria Chiara Ruscazio, Tricase, Libellula, 2018, pp. 177-199, in particolare, pp. 195 ss.

12. Questa linea di indirizzo era già stata lucidamente colta da Luigi Mengoni, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La coscienza contemporanea tra “pubblico” e “privato”: la famiglia al crocevia della tensione*, Milano, Vita e Pensiero, 1979, pp. 267-288.

tafisica. E non solo nel significato cristiano invalso nella tradizione per il quale “natura id est Deus”: ma in riferimento, altresì, ad un’accezione laica del termine. Non c’è dubbio, infatti, come anche nell’universo darwiniano – che fonda una visione per così dire non religiosa dell’origine della vita – la natura precede l’uomo, e lo prescinde: e il dimorfismo sessuale è lo strumento di cui essa si serve per affinare le specie più evolute, non essendo dunque in alcun modo riconducibile ad un frutto della cultura umana. D’altronde il costituente non poteva che muoversi in questo quadro di riferimento gnoseologico: il superamento della natura avverrà, su questa trincea, qualche decennio più tardi; bisognerà infatti aspettare il 1978 per veder nascere Louise Brown, la prima persona, nella storia dell’umanità, concepita sinteticamente¹³. Le parole usate dall’articolo 29 si qualificano dunque come inequivoche e non soggette a libera interpretazione: laddove se ne volesse mutare il contenuto, aprendolo ad uno spettro omnicomprensivo, si dovrà aprire necessariamente un processo di revisione costituzionale. Non è certo un vezzo nominalistico: ma la rivendicazione dell’utilizzo del termine matrimonio e famiglia ad altri tipi di unioni rivela un sotteso retroterra ideologico: veemente, forse il più sensibile ed acuto in una stagione che si pensava caratterizzata dalla morte delle ideologie¹⁴.

13. Sulla ricostruzione delle tappe che hanno condotto a questo risultato, si veda Andrea Zanotti, *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 3 ss.

14. Circa il dibattito costituzionalistico intorno al citato art. 29 si rinvia, *ex multis*, a Vittorio Caporrella, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell’articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in «Storicamente», 2010, pp. 1-61; Enrico Giarnieri, *Alcune considerazioni circa le unioni omosessuali tra la “società naturale” dell’art. 29 e le “formazioni sociali” dell’art. 2 della Costituzione Italiana*, in «Angelicum», 2012, n. 1, pp. 245-256; Francesca Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in «Gruppo di Pisa», 2013, n. 2, pp. 1-24; Ead., *Sub art. 29*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, Vol. I, Principi fondamentali e Parte I - Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, a cura di Francesco Clementi, Lorenzo Cuocolo, Francesca Rosa, Giulio Enea Vigevano, Bologna, il Mulino, 2021², pp. 209-215; Filippo Donati, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in «Rivista AIC», 2014, n. 4, pp. 1-12; Maria Francesca Tommasini, *I rapporti familiari tra tradizione e attualità*, in «Dir. fam. e pers.», 2018, n. 1, pp. 259-283.



4. La dilatata offerta dei modelli possibili di relazioni giuridiche di coppia

Peraltro, proprio noi più di altri sappiamo bene quanto i nomi siano importanti: quanto il battesimo abbia una valenza fondativa, connotandoci, in maniera indelebile, dentro una comunità con una identità non surrogabile. E, già che ci siamo – aperta parentesi polemica – tanto lo sappiamo, come disciplina, da suscitare spaesamento questa nuova etichetta che forse ci verrà appioppata, *Diritto e Religione*: endiadi con la quale si indentificavano, usualmente, due materie di contorno nei programmi scolastici stilati per futuri ragionieri, geometri, periti tecnici; con buona pace della nostra alta tradizione canonistica ed ecclesiasticistica dalla quale proveniamo e che non siamo riusciti a difendere. Chiusa parentesi.

Certo l'offerta dei modelli possibili di relazioni giuridiche di coppia si è notevolmente arricchita: aprendo il ventaglio delle possibilità. Per esso le coppie omosessuali che prima avevano come riferimento la sola convivenza non regolamentata, hanno oggi la possibilità di opzione tra unione civile e convivenze di fatto, mentre quelle eterosessuali non sono più costrette a scegliere tra una disciplina rigida e impegnativa come il matrimonio ed una fattispecie incerta e poco solidale come la convivenza *more uxorio*, potendo così modellare la loro relazione secondo differenti livelli di assunzione di reciproche responsabilità¹⁵. In verità, il panorama di questo arcipelago è assai più vasto e frastagliato e si allarga a considerare le convivenze rafforzate da un contratto, previsto agli artt. 50 e ss. della legge n. 76/2016; le convivenze non regolamentate o libere, che sfuggono alle previsioni della medesima legge; i patti di convivenza, ossia i contratti di convivenza atipici volti a regolare aspetti, modalità o la cessazione della convivenza medesima che potranno, se del caso, essere regolati (ove diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela) *ex art.* 1322 c. 2 del codice civile¹⁶.

Vale la pena soffermarsi un momento, ai fini del ragionamento che stiamo conducendo, a censire le distanze tra il modello tradizionale di fa-

15. Antonio Albanese, *Il nuovo diritto delle famiglie. Struttura dell'opera [Cap. I]*, in *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite: costituzione, diritti e doveri, rapporti personali e patrimoniali, filiazione, responsabilità, crisi della coppia e scioglimento, successione mortis causa, convenzioni e formule contrattuali*, a cura di Antonio Albanese, Pisa, Pacini, 2018, p. 34.

16. Cfr. Davide Achille, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, n. 11, pp. 1570-1581.

miglia e gli altri tipi legali. Più vicina a tale figura risulta senz'altro essere l'unione civile, che mutua dal matrimonio le tutele e i diritti-doveri che in esso si dispiegano: la coabitazione, l'obbligo reciproco di assistenza; la contribuzione ai bisogni comuni; la pubblicità dell'atto costitutivo, reso alla presenza di due testimoni e di un pubblico ufficiale; i capi di invalidità; l'iscrizione nel registro dello stato civile. Si annotano, cionondimeno, rilevanti differenze che di seguito sunteggiamo per sommi capi: non si prevede, nonostante il regime di pubblicità dell'atto, una celebrazione connessa alla solennità del rito; gli effetti riguardano solo ed esclusivamente i membri della coppia, non sorgendo alcun vincolo giuridico di affinità tra una delle parti dell'unione e i parenti dell'altra; l'assenza di ogni obbligo reciproco di fedeltà; una dissoluzione dell'unione civile più semplice e celere, perché priva della separazione legale e perché il divorzio può essere introdotto dalla volontà unilaterale di una sola parte manifestata dinanzi all'ufficiale di stato civile¹⁷.

Diversamente, le convivenze di fatto si differenziano notevolmente dal modello matrimoniale, essendo caratterizzate da un'ossatura normativa molto più leggera ed essenziale, riconducibile piuttosto a una natura contrattuale che istituzionale. Questo indirizzo, d'altronde, corrisponde sia all'opzione di libertà cui si ispirano le parti e che verrebbe limitata da una eccessiva giuridicizzazione del rapporto, sia al portato degli approdi più recenti della giurisprudenza¹⁸. La costruzione giuridica risulta dunque minimalista, dove certamente, nel bilanciamento tra libertà e responsabilità, è senz'altro la prima a prevalere. Questo dato emergerà con ulteriore nettezza laddove si noti che non sono rinvenibili prescrizioni di alcun tipo circa alcuni elementi indicatori importanti, tra i quali: la fedeltà, gli obblighi di assistenza morale e materiale (che pure l'articolo 36 richiama in via definitiva), il dovere di coabitazione, la collaborazione reciproca, la fissazione della residenza, l'obbligo di mantenimento alla fine del rapporto per un periodo proporzionale alla sua durata¹⁹. Così, per conviventi di fatto si definiscono «due persone maggiorenni uniti stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza materiale e morale, non vincolati da rapporti di parentela, affinità o adozione, da ma-

17. Antonio Albanese, *Op. cit.*, pp. 44-45.

18. Leonardo Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, p. 931.

19. Cfr. Luigi Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, pp. 927 ss.; Carlo Bona, *La disciplina delle convivenze*, in *Unioni civili e convivenze*, a cura di Geremia Casaburi, Ida Grimaldi, Pisa, Pacini, 2016, pp. 143 ss.



trimonio o unione civile»²⁰. Va notato come il legame affettivo deve essere di coppia – a prescindere dal genere – e che dunque la protezione non possa essere accordata a gruppi o aggregazioni di convivenze, come viene oggi rivendicato da sostenitori e fautori del cosiddetto “poliamore”²¹. L’elemento della stabilità, invece, sfuma in contorni indefiniti e difficilmente definibili: tanto che la dottrina, per uscirne, deve far riferimento alla nozione di «pratiche spontanee e non occasionali di comportamenti corrispondenti all’attuazione di quelli che nella famiglia legittima sono i diritti e i doveri reciproci dei coniugi»²². Questa estrema mobilità di contorni conosce, inevitabilmente, un riflesso anche in materia successoria, ove, di fatto, le unioni civili si atteggiavano sulla falsariga del matrimonio, riconoscendo, alla parte superstite, la qualità di legittimario; mentre invece, per quel che riguarda le convivenze, poco è cambiato rispetto al passato, dal momento che lo strumento principe di predisposizione successoria rimane il testamento²³. Per quel che concerne la prole, la riforma del 2012/2013 (l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) azzerava la precedente pluralità di *status filiationis* (legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile) riconducendola ad un unico stato di figlio; cosicché il rapporto tra genitori e figli è regolato unitariamente agli artt. 315-bis e ss. c.c., senza più distinzione tra matrimonio e convivenza al di fuori dal matrimonio²⁴.

Per le unioni civili il tema può sorgere quando una o entrambe le parti abbiano avuto figli da precedenti relazioni eterosessuali: la prole avrà i diritti di parentela rispetto ai parenti del genitore che l’ha riconosciuta; riguardo al rapporto tra il figlio di un unito civilmente (o di un convivente omosessuale) e l’altro partner, occorre rinviare alle problematiche relative alla c.d. *stepchild adoption* (adozione del figliastro). Tema ancora acerbo, tutto in divenire di cui ci siamo recentemente occupati in altra sede, rispetto al quale la giurisprudenza ha cominciato ad aprire degli

20. Tale è infatti la definizione scolpita nel comma 36 dell’art. 1 l. n. 76/2016. Cfr. Mario Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, pp. 866 ss.

21. Cfr., su tale fenomeno, Elisabetta Grande, *Il poliamore, i diritti e il diritto*, in «The Cardozo Electronic Law Bulletin», maggio 2018, pp. 1-24.

22. Antonio Albanese, *Op. cit.*, p. 46.

23. Giovanni Bonilini, *La successione mortis causa della persona “unita civilmente” e del convivente*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, pp. 980 ss.

24. Cfr. Maria Dossetti, *Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili*, in «Fam. e Dir.», 2015, n. 10, pp. 941 ss.

spiragli, facendo emergere la figura del “genitore sociale”²⁵. Così, la regolamentazione del rapporto tra il figlio biologico di uno dei componenti e il genitore sociale rimane oggi incerta; nelle sue molteplici proiezioni essa non interessa, tuttavia, solo le coppie *same sex* che intendono dar corso a processi procreatici, ma anche quella pluralità di famiglie c.d. ricostituite o ricomposte, nelle quali almeno uno dei membri proviene da una precedente esperienza o matrimoniale (vedovi o divorziati), o di convivenza da cui siano nati figli, o da un nucleo formato da un solo genitore naturale e dal figlio²⁶.

Non sarà sfuggito come a più riprese si siano richiamati concetti giuridici indeterminati, quali “stabilità”, “periodo proporzionato alla convivenza”, “meritevolezza dell’interesse perseguito”; definizioni e principi aperti, quali “formazioni sociali”, “genitore sociale”, facendo non di rado ricorso a concetti elastici quando non anche a clausole generali dell’ordinamento. Ciò non renderà semplice l’opera di interpretazione delegata al giudice: aprendo il fianco al prevalere, in tale opera, a possibili atteggiamenti psicologici o di personali convinzioni di carattere filosofico, esistenziale, politico del magistrato²⁷.

5. Quali rapporti affettivi per quale libertà? Le relazioni familiari senza famiglia e l’irriducibilità di una nuova antropologia all’impronta del sacro

Il panorama sin qui tracciato – ben sapendo, peraltro, che la realtà è più ricca della fantasia – mostra una gamma di ipotesi, di modelli, di possibilità di scelta inimmaginabile sino a qualche anno fa. La domanda che sorge spontanea è dunque quale tipo di rapporto, di unione, di convivenza per quale libertà? Quale diversa antropologia cerca di tradurre il diritto nell’universo delle possibilità contemplate?

Qui la cesura tra la civiltà dalla quale proveniamo, che deriva, anche nelle sue espressioni più radicalmente laiche, dall’impronta del sacro, e quella tecnologica definitivamente affermatasi è, come abbiamo già ri-

25. Si veda Leonardo Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2016, n. 12, pp. 1707 ss.; Alessandra Arceri, *Filiazione ed adozione. La stepchild adoption [Cap. XVI]*, in *Le nuove famiglie*, cit., pp. 351 ss.

26. Cfr., per tutti, Enrico Al Mureden, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in «Fam. e Dir.», 2016, n. 10, pp. 966 ss.

27. Così Enrico Quadri, “*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*” e “*convivenze*”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all’interprete, in «Corr. giur.», 2016, n. 7, pp. 893 ss.



chiamato, radicale: e non va interpretata semplicemente assimilandola a quei tratti di novità che sempre accompagnano l'avvicinarsi delle generazioni²⁸.

I monoteismi prevedono tre pilastri essenziali del matrimonio che fonda la famiglia: il vincolo di sangue (basti pensare alla rilevanza del *nasab* [vincolo di sangue], vero asse ricostruttivo del matrimonio e della famiglia islamici, alla presenza degli impedimenti di consanguineità e affinità, per quanto ridotti nel CIC 1983, alla incomprendibilità, al di fuori di questa logica, di un istituto come la *chalizà* [levirato] nel diritto ebraico); la stabilità e la vocazione sociale dell'istituto; la procreazione come orientamento imprescindibile e finalità primaria dell'unico esercizio lecito della sessualità, quella eterosessuale matrimoniale suggellata dal precetto (penalmente presidiato nel diritto ebraico e nel diritto islamico) della fedeltà.

Non uno di questi principi cardine trova ormai cittadinanza nel perimetro del nostro ordinamento; di più, di più ancora: essi vengono avvertiti come inconciliabili rispetto a quel principio di autonomia personale che regge tutta l'evoluzione recente del sistema, processata sull'interpretazione sempre più estensiva degli artt. 2 e, soprattutto, 3 della Costituzione, vero "motore immobile", per così dire, nell'avanzamento dei diritti²⁹. Non è più il sangue il principio paradigmatico, ma l'affettività: e vien meno, senza di esso, l'idea di una famiglia che affidava alla proprietà, attraverso il sistema successorio, la garanzia del proprio tramandarsi nella storia. Sparisce il vincolo di affinità, un tempo così rilevante nelle strategie familiari e nell'organizzazione domestica: ancora oggi, ad esempio, nel diritto islamico le cugine non sono proibite; anzi, proprio con le figlie del fratello del padre si stringono tradizionalmente i matrimoni preferenziali³⁰. La stabilità del vincolo familiare, pietra miliare di costruzione delle civiltà tradizionali, si è volatilizzata, così come si è dissolta la sua dimensione sociale, assorbita e anestetizzata dalla sua

28. Cfr. Andrea Zanotti, *L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana. Riprendendo, un quarto di secolo (o qualche era geologica?) dopo, un dialogo mai interrotto con Giuseppe Caputo*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2015, n. speciale «Daimon. Diritto comparato delle religioni», pp. 9-44: qui, p. 15.

29. Nello stesso senso, Antonio Albanese, *Op. cit.*, pp. 30-31.

30. Cfr. Roberta Aluffi Beck Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in Roberta Aluffi Beck Peccoz, Alessandro Ferrari, Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, cit., p. 192; Francesco Castro, *Op. cit.*, pp. 39-40.

progressiva ed irresistibile attrazione nella sfera – e non solo in termini giuridici – privatistica.

Congedato il principio della fedeltà, la tecnica ha poi metabolizzato l'avvenuto distacco tra sessualità e procreazione, non individuando più il matrimonio come il luogo della trasmissione della vita. La sessualità non conosce alcun *telos* che non sia la propria libera fruizione; e, d'altro canto, la trasmissione della vita è affare che riguarderà sempre di più, se si confermerà la via tendenziale in atto, un processo di assistenza medica dedicata ai soggetti che vi vogliono procedere³¹.

Tutto questo si è già invertero da tempo, assumendo implicazioni tali da rendere, per riprendere e portare a piena comprensione la suggestione musicale iniziale, il tema della famiglia non più sviluppabile. Esso, nel nostro ordinamento – a differenza di quanto accade nei diritti monoteisti – è divenuto un tema musicalmente chiuso. Rimangono, invece, da interpretare secondo nuovi canoni – come fu per Bach – relazioni familiari orfane della famiglia. In questa libertà liquida, che sembra peraltro tendere allo stato gassoso, una linea di sviluppo, un'ipotesi ricostruttiva forse si può però cogliere.

6. Lo stagliarsi in primo piano, sull'orizzonte totemico dei diritti, dell'autonomia personale e dell'identità di genere

Il processo in atto appare infatti guidato dall'affermazione totemica dei diritti: diritti umani e soggettivi che paiono camminare velocemente nella direzione di trasformare desideri e volizioni personali in pretese che ambiscono ad essere riconosciute e protette dal diritto come affermazioni perentorie della propria libertà e identità³². È l'autodeterminazione a guidare la conformazione dell'identità sessuale secondo una sensibilità talmente estesa da trovare con difficoltà il suo punto di cristallizzazione. Abbiamo già esaminato in altra sede, ma è utile richiamare qui, la pronuncia della Cassazione del 20 luglio 2015 in tema di cambiamento di genere³³. Tale sentenza ribaltava un indirizzo consolidato ed accoglieva una diversa interpretazione della legge n. 164 del 1982, non richiedendosi più, ai fini della registrazione presso i pubblici uffici del

31. Così Andrea Zanotti, *La vita a comando*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2021, n. 3, pp. 716 ss.

32. Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, cit., pp. 56 ss.

33. Corte Cass., sez. I civile 20 luglio 2015, sentenza n. 15138: se ne veda il testo commentato in «Diritto e Giustizia», 21 luglio 2015.

cambiamento di identità sessuale, l'intervento chirurgico pure esplicitamente previsto dall'art. 1 della legge in parola. Questo adeguamento del «soma alla psiche» viene così affidato alla percezione del soggetto richiedente; e si ritiene sufficiente, per ottenere la rettificazione dell'atto di nascita, la modificazione dei soli caratteri sessuali secondari e non più di quelli morfologici primari³⁴. Ma ciò che ci interessa richiamare è come il punto d'equilibrio risultasse, in quella pronuncia, tutto incentrato sulla considerazione unica ed esclusiva della persona in gioco, divenendo irrilevante qualsiasi altro ordine di considerazioni, ivi comprese quelle relazionali e sociali, considerate, un tempo, determinanti: «L'identità di genere è un profilo rilevantissimo, anzi costitutivo dell'identità personale. Lo Stato non può incidere in senso restrittivo sull'esplicazione di tale profilo a meno che non vi siano interessi superiori da tutelare. Tali non possono essere né la certezza delle relazioni giuridiche né la diversità sessuale delle relazioni familiari non più considerati né dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea né dalla Convenzione Europea dei diritti umani un presupposto naturalistico del negozio matrimoniale...»³⁵. Il sistema giuridico si muove dunque nella direzione di far coincidere il più velocemente possibile il desiderio e la sua realizzazione, privilegiando l'autodeterminazione personale rispetto a qualsiasi altro interesse: facilitando così i transiti di una libertà soggettiva che non tollera più latitudini e longitudini. In questa direzione si è orientato anche il regime del divorzio breve ottenibile in Comune e senza l'assistenza di un avvocato, favorendo senz'altro la celerità della procedura: ma sacrificando, con ogni probabilità, anche le minime esigenze di giustizia, dal momento che, normalmente, in qualsiasi coppia, una delle parti si configura sempre come più forte – economicamente, psicologicamente, caratterialmente – rispetto all'altra. Ma ciò accade anche in ambito procreatico, dove – come già abbiamo analizzato recentemente in altra sede³⁶ – il desiderio di mettere in campo un “progetto genitoriale” sposta il baricentro della trasmissione della vita dall'esercizio della sessualità a procedure medicalmente assistite. La genitorialità si affranca così dal legame biologico per collocarsi dentro l'ambito di una socialità che non co-

34. Andrea Zanotti, *L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana*, cit., p. 28.

35. Andrea Zanotti, *L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana*, cit., p. 29.

36. Andrea Zanotti, *La vita a comando*, cit., pp. 705 ss.

nosce peraltro più, per i transiti sin qui esplorati, un radicamento stabile: come pure esigerebbe la bandiera, issata da pronunce giurisprudenziali nostrane ed europee, del *best interest of the child*, slogan troppo spesso usato come grimaldello per svellere resistenze e perplessità sollevate da “progetti genitoriali” non di rado destinati – come proprio le sequenze giurisprudenziali esaminate spesso impietosamente mostrano – a naufragare nello spazio, pur non così dilatato, che separa due gradi di giurisdizione: lasciando sul campo orfani di genitori sociali o biologici ancora in vita e pronti ad affrontare nuove intraprese esistenziali³⁷.

7. La sessualità come pura autoreferenzialità e l’implodere della procreatica nella monogenitorialità

E nello svaporare della famiglia per lasciar posto a mere relazioni familiari, anche la monogenitorialità torna ad affacciarsi alla ribalta. Naturalmente il caso si presenta ai nostri occhi mostrando in primo piano il profilo medico-legale della fattispecie.

Ci riferiamo alla recentissima sentenza n. 161/2023, nella quale la Corte costituzionale affronta il tema della richiesta avanzata da una donna di trasferire in utero gli embrioni concepiti tramite PMA con il marito, dal quale poi, nel frattempo, si era separata³⁸. Come noto, la legge n. 40 del 2004 consente di accedere a tale metodica solo alle coppie coniugate o conviventi che esprimano per iscritto il loro consenso: e prescrive, all’articolo 6, di procedere in via sostanzialmente immediata al trasferimento in utero, stante anche il divieto di crioconservare gli embrioni.

In realtà le sentenze n. 151/2009 e n. 96/2015 della stessa Corte costituzionale avevano fatto venire meno – in presenza di particolari circostanze mediche – tale divieto di crioconservazione, dilatando così il tempo tra il consenso espresso ed il trasferimento in utero dell’embrione³⁹. Nel caso di specie, un’insufficienza endometriale dell’utero aveva sconsigliato l’impianto immediato, determinando un consistente differimento temporale, lungo il quale era venuta meno l’*affectio coniugalis*. La fattispecie, pur con delle varianti, non era, di per sé, inedita: e già i giudici di

37. Andrea Zanotti, *La vita a comando*, cit., pp. 709 ss.

38. Sentenza n. 161/2023, pubblicata in *G.U.* 26 luglio 2023, n. 30. Se ne veda il testo online in www.cortecostituzionale.it, Sezione Decisioni.

39. Per una ricostruzione dei percorsi interpretativi operati dalla Corte costituzionale sulla legge n. 40/2004, si veda: Silvia Talini, *Diritto all’impianto e revoca del consenso del padre. Nel “labirinto” della legge n. 40 del 2004*, in «Consulta online», 2023, n. 3, pp. 883 ss.



merito si erano, in proposito, pronunciati. In particolare, il Tribunale di Bologna, che a distanza di quindici anni ha dato risposte diverse a tale problematica. Una prima pronuncia risale al 2000: e con essa si negava – in circostanze praticamente identiche – il trasferimento in utero di un embrione con una motivazione che prendeva le mosse «dall'importanza che riveste la presenza della doppia figura genitoriale, per lo sviluppo integrale della personalità del bambino. Più in particolare, è stato ritenuto ed affermato ed il decidente condivide l'opinione che, l'esigenza antropologica fondamentale del minore di avere una figura paterna ed una materna di riferimento, per un integrale ed equilibrato sviluppo della sua personalità, conduce ad affermare che tale diritto possa essere incluso tra i diritti fondamentali tutelati dall'art. 2 della Costituzione in quanto costituirebbe uno dei presupposti per il normale svolgimento della personalità del soggetto. Tale diritto del figlio peraltro risulta come detto protetto e tutelato dall'art. 30 della Costituzione in cui è riconosciuto ed affermato il diritto del figlio ad essere istruito, educato e mantenuto da parte dei propri genitori, nonché dall'art. 31 della Costituzione che proclama “il dovere dello Stato di proteggere l'infanzia favorendo gli istituti necessari a tale scopo” e pertanto non si può consentire il ricorso a forme di procreazione artificiale che, contro l'interesse del nascituro, lo priverebbero della figura paterna»⁴⁰.

Lo stesso Tribunale, nel 2014, rigettava, in prima istanza, il ricorso di una donna, rimasta vedova, volto ad ottenere l'impianto in utero di embrioni ottenuti attraverso la PMA, «ritenendo che possano accedere alla p.m.a. solo le coppie i cui componenti siano ancora in vita e che abbiano prestato il relativo consenso informato»⁴¹. Quello, prestato dal marito poi defunto, non poteva ritenersi irrevocabile, e comunque efficace a sedici anni di distanza: sicché il nuovo accesso alla PMA, ora richiesto dalla sola donna, non poteva essere autorizzato. Un anno dopo, invece, lo stesso giudice apre la strada a un'interpretazione diversa, fondandosi su di un passaggio delle linee guida correlate alla legge n. 40/2004 e adottate con d.m. 21 luglio 2004. Esse dettavano una normativa transitoria relativa alle procedure di fecondazione assistita intraprese antecedentemente alla suddetta legge del 2004; e prevedevano che in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, «la donna ha sempre il diritto di ottenerne

40. Tribunale di Bologna, Ord. 9 maggio 2000, in «Fam. e Dir.», 2000, n. 6, pp. 614 ss.

41. Cfr. Tribunale di Bologna, Ord. 17 gennaio 2014, confermata dal medesimo Tribunale con Ord. 12 maggio 2014. Se ne vada il testo in www.biodiritto.org.

il trasferimento»⁴². Su questa stessa strada che si è incamminata la Corte costituzionale con la recente, citata sentenza del luglio scorso, laddove, però, registriamo l'introduzione di variazioni sul tema che vale la pena cogliere nella loro portata. Qui il marito non era affatto morto, ma, come detto, vivo, vegeto e separato: logico che si opponga alla richiesta della moglie, paventando e abborrendo l'idea di diventare padre contro la sua volontà. Ma il ragionamento della Corte è serrato e indefettibile sull'articolo 6 della legge n. 40/2004: il consenso espresso alla PMA non è più retroagibile dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovocita, nemmeno di fronte ad una mutazione copernicana delle relazioni familiari maturata nella dilatazione temporale intercorsa tra fecondazione *in vitro* ed *embryotransfer*⁴³. L'argomentazione allora si sposta intorno all'articolo 3 della Costituzione: dove va finire il principio di eguaglianza tra due ex-coniugi in conflitto su di un punto così delicato? È costituzionalmente legittimo che prevalga la moglie? E per quale ragione? Per una ragione sostanzialmente medica, risponde la Corte. Se fosse l'uomo a voler imporre il trasferimento in utero la donna dovrebbe sottoporsi – contrariamente alla previsione dell'articolo 32 Costituzione – a un trattamento sanitario invasivo contro la sua volontà; mentre nell'ipotesi contraria no. Quindi, nella prospettiva della tutela della salute fisica e psichica della madre e considerata anche la dignità dell'embrione crioconservato che potrebbe attecchire nell'utero materno, «risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell'uomo, in riferimento agli articoli 2 e 3 Cost.»⁴⁴. Bilanciamento certamente discutibile, tenuto conto delle conseguenze di questa decisione sia nei confronti del padre sia del futuro figlio. Questa sentenza porta a riconsiderare come possibile (e in futuro probabilmente non resistibile) la monogenitorialità, quale espressione di autonomia personale spinta da una pulsione procreatica soggettiva affidata ad un processo decisionale che attrae la procreazione nell'orbita di un dominio medico. In questa dialettica l'embrione entra come un ulteriore lacerto delle relazioni familiari: entità di difficile definizione e che già una sentenza bolognese ancor più risalente equiparava agli effetti giuridici ad una

42. Ministero della Salute, Decreto 21 luglio 2004, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *G.U. Serie Generale* n. 191 del 16 agosto 2004.

43. Corte costituzionale, Sentenza n. 161/2023, pubblicata in *G.U.* 26 luglio 2023, n. 30, cit., cpv. 9-11.

44. Corte costituzionale, Sentenza n. 161/2023, cit., cpv. 12.3.



comunione indivisa, di talché se non c'era l'accordo delle parti nessuno ne poteva disporre. L'imbarazzo giudicante tradiva allora la difficoltà di qualificare il soggetto "embrione": equiparato, di fatto, ad un oggetto, ad un agglomerato di materiale biologico indisponibile⁴⁵. Nella pronuncia della Corte costituzionale 161/2023, invece, «la dignità dell'embrione» è invocata quale elemento fondante, seppure essa venga posta a servizio di un dispositivo volto a favorire la plausibilità di una pretesa unigenitoriale: problematica, di per sé, per il futuro della *spes hominis* che l'embrione racchiude⁴⁶. Dopo aver richiamato una propria sentenza (n. 84/2016) che sottolineava come l'embrione abbia «in sé il principio della vita» la Corte enuncia che «quale ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»⁴⁷.

8. L'universo della (ri)produzione globale e i nuovi paradigmi del controllo sociale: il gioco di specchi della libertà

È tuttavia interessante notare come questo passaggio sia, anche linguisticamente, guardingo, e tradisca una qualche incertezza. Come se tornasse a far capolino, toccando il tema dell'origine della vita, una complessità non riconducibile solo alle geometrie della genetica, alle semplificazioni delle quali, non di rado, si è nutrita e si nutre l'immanenza post-illuministica, l'*Aufklärung*. Come se un'inquietudine, una scossa elettrica, scuotesse qualche sicumera con la quale le culture laico-secolari, rispetto a quelle metafisico-religiose, hanno affrontato sin qui la mistericità della vita e dell'uomo. Certo non sfugge, in questo disassamento complessivo dei rapporti familiari nel quale ci si muove, che l'embrione si pone, come già evidenziato, quale posta in gioco per affermare lo sdoganamento dell'unigenitorialità femminile; tuttavia, questo indirizzo e

45. Cfr. Giuseppe Cassano, *Brevi riflessioni sul destino «in vitro»*, nota di commento a Tribunale di Bologna, Ord. 9 maggio 2000, in «Diritto e Diritti», dicembre 2000.

46. Corte costituzionale, Sentenza n. 161/2023, cit., ove l'intero capoverso 12.2 è dedicato interamente al tema della dignità dell'embrione.

47. A sostegno di tale forte e fermo assunto, la Corte costituzionale non richiama solo la propria giurisprudenza (sentenze n. 84 del 2016 e n. 229 del 2015), ma, ulteriormente, cita il pronunciamento della Corte EDU, grande camera, sentenza 27 agosto 2015, *Parrillo contro Italia*, laddove si afferma: «*human embryos cannot be reduced to "possessions" within the meaning of that provision*».

atteggiamento della Corte, al di là della strumentalità, va colto e valorizzato.

Giacché il diritto non è se non la difesa del più debole.

Nella dissoluzione di una civiltà, dobbiamo capire quale bagaglio ci porteremo in un nuovo mondo. Esso sembra ipotecato da un tipo d'uomo che le nuove forme di controllo sociale propagandano come libero da origini e appartenenze, uniformato nel linguaggio e nei consumi, indifferente alla propria provenienza e alla propria storia. Il controllo della sessualità preconizzato da Sigmund Freud e illustrato da Michel Foucault tende a sposarsi oggi con il dominio burocratico dispiegato su di una procreativa programmata ed alienata dal corpo⁴⁸. E non può non colpire l'enfasi libertaria, da cui l'universo giuridico è tutt'altro che immune, con la quale si propagandano e si incentivano inclinazioni sessuali non riproduttive. Essa rappresenta l'altra faccia della medaglia, quella che proclama un congedo probabilmente irreversibile tra le visioni religiose del mondo (e i loro diritti) e il divenire tecnico. Così, il principiare di nuove forme di organizzazione planetaria sembra transitare attraverso la liquidazione della famiglia tradizionale, termine che nella sua radice etimologica deriva dalla lingua osca, ove il lemma "faama" indica la casa, i cui abitanti – riporta il dizionario etimologico – sono uniti per legame di sangue⁴⁹. Questa traccia potente, quella del sangue, continua tuttavia, come un elemento di resistenza, ad esercitare antropologicamente la propria attrazione, se è vero – come dimostra l'interrogarsi della dottrina che sembra adombrare e anticipare l'inverarsi di casi giurisprudenziali forieri di nuovi ed inediti bilanciamenti – che già si profila un diritto in capo ai figli "sintetici" di ricostruire la propria identità genetica, non arrendendosi all'idea di essere piante senza radici, di vedersi privati di quell'identità che fonda la profondità dell'essere, la sua originalità⁵⁰. E

48. Sono, questi, esiti lontani che già però Michel Foucault intravedeva e descriveva, nei suoi meccanismi storici fondativi e nelle sue logiche di potere, ancora alla fine degli anni Settanta: cfr. Michel Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005. Cfr., anche, Giorgio Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 2005.

49. Cfr. Voce "Famiglia" in *Dizionario etimologico online*; così anche Arturo Maniàci, *La nozione di famiglia nei diversi settori dell'esperienza giuridica [Cap. II]*, in *Le nuove famiglie*, cit., p. 69.

50. Cfr. Ludovica Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in «GenIUS», 2016, n. 1, p. 43 ss.; Oliver Hallich, *Sperm Donation and the Right to Privacy*, in «The New Bioethics», 2017, n. 2, pp. 107 ss.



allora – concludendo in termini più generali e allusivi questo conversare specifico sulla famiglia e sulle relazioni familiari – come possiamo evitare questo pericolo, si chiedeva già l'ultimo Heidegger? E così rispondeva a sé e al pubblico ristretto della sua piccola città natale, convenuto per commemorare il centenario della morte del concittadino e compositore Konradin Kreutzer: «È necessario salvare l'essenza dell'uomo, è necessario tener desto il pensiero»⁵¹.

51. Martin Heidegger, *L'abbandono. Introduzione di C. Angelino. Traduzione e note di A. Fabris*, Genova, Il melangolo, 1983, p. 40.

Relazioni tra genitori e figli: il ruolo della libertà di religione e di coscienza

*Angelo Licastro**

Abstract

This paper analyses the most recent case law concerning the role of freedom of religion and conscience in the parents-children relationship. There are essentially two disputed issues: first, to what extent the increased capacity for choice of the child may conflict with the educational role of parents; second, in which way to promote the development of the child in an open and peaceful environment, reconciling the rights of his parents.

La relazione si trova pubblicata sulla rivista *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), fascicolo n. 16 del 2023, pp. 15-36.

* Università di Messina.

La maternità surrogata: reato, peccato o libertà?

Federica Botti*

1. Reato

1.1. Diritto alla procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata

Grazie ai progressi della scienza medica¹, scolpiti nella legge 40/2004 che ha consentito con l'accesso alle metodologie della procreazione medicalmente assistita (Pma) la possibilità di generazione di un figlio anche quando sussiste un ostacolo alla procreazione, si è contribuito ad aprire nuovi scenari e soluzioni all'"infertilità sociale", o "relazionale" per le coppie omoaffettive e per i single. Si sono, cioè, ridisegnati i contorni della relazione parentale e create nuove forme di famiglia², attesa l'idea

* Università di Bologna.

1. Il 3 febbraio 1984 nasce a Long Beach, negli USA, il primo bambino figlio di una madre surrogata. Nell'utero della donna è stato impiantato un embrione ottenuto dai gameti di un'altra coppia. Sei anni prima, invece, il 25 luglio 1978 alle ore 23.47 grazie alla fecondazione in vitro apprestata da Bob Edwards nasceva Louise Brown: si trattava della prima nascita da fecondazione assistita.

2. L'evoluzione del concetto di famiglia a cui si è oggi arrivati prevede diverse forme di filiazione nelle quali lo status dei figli muta a seconda del legame instaurato con il genitore, possiamo quindi trovare una filiazione fondata sull'affettività, una filiazione biologica, una filiazione sociale o anche solo basata sul passare del tempo o sulla volontà individuale. Per un approfondimento: Maria G. Stanzione, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari: dalla potestà alla responsabilità*, in «Compar. Dir. Civ.», maggio 2013, pp. 1-35. Sui diversi modelli di famiglia, v. inoltre: Simonetta Grilli, *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Bari, Carocci Editore, rist. 2024; Guido Alpa, *La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni*, in «Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile», 1° giugno 2023, fasc. 2, p. 363 ss.



che il legame di sangue non sia un parametro assoluto ma deve essere ridimensionato con il desiderio di prendersi cura del minore³.

La Pma nel bypassare l'incapacità a procreare, ha posto il problema delle categorie escluse dall'accesso a tale pratica, in particolar modo le coppie omoaffettive, di rivendicare, all'interno della battaglia per il riconoscimento del diritto alla famiglia, anche un diritto alla procreazione o alla genitorialità.

Voler divenire genitori significa progettare la costruzione di una famiglia, a maggior ragione a fronte del diritto del minore a essa come prevede la normativa sulle adozioni, ma il concetto di famiglia, nato sul modello cattolico della famiglia naturale e riportato nella Carta costituzionale del 1948, si realizza nell'unione di un uomo e una donna nel matrimonio, all'epoca indissolubile⁴, escludendo di fatto dalla possibilità di creare una famiglia e quindi a divenire genitori tutti coloro che per motivi personali o meramente anagrafici non volevano o potevano contrarre matrimonio. Se a partire dagli anni '70 del Novecento, il matrimonio perde il connotato dell'indissolubilità, rimane tuttavia improntato sulla antica e radicata tradizione del diritto naturale e resta riservato esclusivamente alle coppie eterosessuali.

L'esigenza sempre più crescente, alimentata e sostenuta dall'attivismo di associazioni di promozione sociale, di legittimare forme diverse di convivenza affettiva che consentissero la realizzazione di un progetto di vita familiare anche per gli omosessuali, mette sempre più in evidenza il cortocircuito innescato dalla normativa: se la famiglia non si può creare fuori dal matrimonio, e il matrimonio rimane granitico nella sua tradizione, non si può consentire né alle coppie conviventi, né alle coppie omosessuali di averne una, almeno per come fino a quel momento era configurata nell'ordinamento, e si nega loro la possibilità di avere riconosciuto un diritto alla famiglia e alla procreazione⁵.

La rivendicazione di un diritto alla famiglia, d'altra parte, proviene sia da coloro che per motivi di genere ne sono esclusi, ma anche da chi semplicemente, non volendo formalizzare nell'atto solenne del matrimonio

3. V.: sent. Cass. civ., 30 dicembre 2022, n. 38162.

4. Sul dibattito in sede Costituente sull'opportunità o meno di inserire la clausola di "indissolubilità del matrimonio", v.: Vittorio Caporrella, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in «Storicamente», n. 6, 2010.

5. Antonio D'Alaja, Paola Torretta, *Diritto alla procreazione come diritto alla persona*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, II, a cura di Stefano Canestrari, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Paolo Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1341-1371.

la propria unione, vuole comunque realizzati e tutelati i diritti di coppia per la costruzione di un progetto familiare comune. Grazie alle spinte verso un processo di democratizzazione in senso sempre più inclusivo da parte di organismi internazionali, a dare un'accelerazione al dibattito parlamentare è stata la sentenza di condanna della Corte Edu⁶ in merito alla violazione da parte dell'Italia, dell'art. 8 Cedu, riguardante il diritto al rispetto della vita privata e familiare, data l'assenza nell'ordinamento italiano di una normativa sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sulle convivenze di fatto.

Il dibattito che ne è scaturito, divenuto peraltro immediatamente mediatico, ha accompagnato il complicato percorso di adozione della legge Cirinnà n. 72 del 2016 sul riconoscimento giuridico di nuovi modelli familiari segnando una svolta epocale per l'istituto della famiglia, non più indissolubilmente legata al solo matrimonio, ma che può trovare realizzazione in differenti modelli di unione, più rispondenti alle mutate esigenze sociali.

Con l'introduzione dell'istituto delle unioni civili si offre un'alternativa al matrimonio che riconosce il progetto di vita affettiva delle coppie omosessuali e garantisce quasi tutti i diritti⁷ che derivano dal vincolo matrimoniale, compreso quello di vedere riconosciuta una famiglia.

6. V.: Prima sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 7 ottobre 2021.

7. Se la lotta per un diritto alla famiglia in senso più trasversale ha consentito l'allargamento del concetto di famiglia, non più fondato in modo esclusivo solo sul matrimonio, ma anche su una comunione di vita materiale e spirituale, altrettanto non può dirsi per la campagna, intrapresa dai medesimi attori sociali, per il riconoscimento di un altrettanto trasversale "diritto alla procreazione" o "diritto alla genitorialità", diritti questi entrambi esclusi per le coppie omosessuali. In Italia, infatti, le coppie omoaffettive, anche se unite civilmente, non possono accedere all'adozione legittimante benché formino un'unione civile e l'unica possibilità ammessa è la *stepchild adoption*, l'adozione dei bambini del partner avente il medesimo sesso del genitore. Il partner dell'unione omoaffettiva può, cioè, adottare il figlio biologico dell'altra parte con una forma mite di adozione (ex art. 44, l. 184/1983) che, per effetto dei ripetuti interventi della giurisprudenza (in particolare: Corte cost. sent. 79/2022), si avvicina sempre più al modello genitoriale tradizionale con l'instaurazione di legami di parentela tra il minore adottato e la famiglia dell'adottante (parte dell'unione civile), senza elidere il legame tra il minore adottato e il suo genitore biologico (ex coniuge o convivente dell'altra parte dell'unione). La *stepchild adoption* si rivolge a quelle coppie nelle quali uno dei partner (o entrambi) hanno già un figlio proveniente da una precedente relazione e ha lo scopo di tutelare i legami e i relativi rapporti giuridici derivati da questa unione.

Le altre restrizioni in tema di genitorialità e procreazione riguardano: l'interdizione

Famiglia, genitorialità e procreazione sono termini tra loro profondamente connessi, se non altro perché il sentire sociale affida all'immagine di famiglia proprio la genitorialità. La famiglia, per lungo tempo nella percezione comune era quella composta da un uomo e da una donna con possibilmente più bambini, biologici o adottati poco importa, e poco ne importerà a partire dal 2012⁸. L'idea di famiglia che il sentire comune ha, è quindi indissolubilmente legata alla procreazione, alla genitorialità e non necessariamente al matrimonio come invece previsto in Costituzione.

Con la rivoluzione introdotta dalle unioni civili, una volta che il termine famiglia trova collocazione anche al loro interno, la sentenza 162/2014 della Corte costituzionale che legittima la fecondazione eterologa in Italia, fa nascere, forse un po' ingenuamente, anche nelle coppie omosessuali unite civilmente la speranza di potere concretizzare quell'idea di famiglia che si realizza con la procreazione, anche se dal punto di vista del legislatore la famiglia si è già realizzata con l'unione civile.

Questa che pareva essere un'onda destinata a correre verso una nuova sensibilità sul concetto di famiglia però non trova una sua finalizzazione al preteso riconoscimento di un diritto alla procreazione o alla genitorialità, infrangendosi contro la sentenza della Corte costituzionale che sottolinea come la Costituzione non ponga una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli e la libertà di divenire genitori non implica che essa possa esplicitarsi senza limiti (C. cost. sent. 221/2019)⁹.

I progressi della scienza medica, d'altra parte, hanno alimentato le aspettative di procreazione, rendendo a tutti (o quasi) possibile "procre-

all'accesso per le coppie lesbiche alla fecondazione eterologa (cfr. anche sent. 221/2019 Corte cost.), e il divieto di maternità surrogata per le coppie maschili, ma in questo caso tale divieto vale per tutti, coppie etero, omosessuali e per i single.

8. Mi riferisco all'anno di entrata in vigore della legge n. 219 del 2012 sull'unificazione dello *status filiationis*.

9. Cfr. anche: Suprema corte di cassazione, ordinanza del 13 luglio 2022 n. 22179 che, nel richiamare anche gli orientamenti espressi in materia da parte della Corte costituzionale nella sentenza n. 221/2019, secondo la quale non sussiste la violazione dell'articolo 2 della Costituzione perché la norma, nonostante riconosca anche le unioni omosessuali come formazioni sociali, non pone «una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli», e non si ravvisa una violazione dell'art. 31 Cost., che tutela la maternità e non la semplice aspirazione a diventare genitori. Sul punto v.: Alessandro Criscuolo, *Famiglia legittima-matrimonio-filiazione-famiglia di fatto-unioni omosessuali (orientamento della Corte costituzionale)*, in «Quot. Leg.», 25 maggio 2012.

are”, e i diritti alla procreazione e alla genitorialità divengono oggetto di rivendicazione in quanto si ritiene che dovrebbero essere a tutti accessibili, riconosciuti erga omnes e per tutte le forme di famiglia, dal momento che già esiste, almeno per determinate categorie di soggetti, un diritto alla procreazione disciplinato dalla legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita. D'altra parte, la libertà procreativa, come espressione di sviluppo della personalità ex art. 2 Cost., nel caso della maternità surrogata o delle altre pratiche di Pma, non si può considerare una scelta libera, soggetta alla sola autodeterminazione del soggetto come avviene per l'atto procreativo naturale. Infatti, affinché le pratiche di Pma possano essere attuate, occorre l'ausilio di altri soggetti (dai medici alla madre surrogata) oltre che competenze specialistiche e strumentazioni mediche. Per tali ragioni si rivendica un diritto di accesso alle pratiche di Pma che deve essere garantito dallo Stato a tutti gli individui, salvo limitazioni dettate dalla tutela degli interessi antagonisti¹⁰.

Tra le pratiche di fecondazione assistita, la più discussa è quella della maternità surrogata poiché implica il necessario coinvolgimento di una terza persona fisica (la madre surrogata), e non in forma di provetta¹¹.

Con l'espressione maternità surrogata, o gestazione per altri, o utero in affitto ci si riferisce dunque a una pratica, utilizzabile da coppie eterosessuali od omosessuali, con la quale una donna acconsente all'impianto di un ovulo fecondato e a portare avanti la gravidanza per poi consegnare il figlio a una coppia o anche a un singolo¹².

Qualora la maternità surrogata avvenga con una fecondazione in vivo le tecniche di Pma sono dette di primo livello, la c.d. inseminazione semplice, e in tal caso la gestante per altri risulta anche donatrice del gamete femminile, mentre quello maschile può provenire o da un componente

10. Chiara Tripodina, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in «Biolaw journal», n. 2, 2014, p. 67.

11. Qualora la maternità surrogata avvenga con una fecondazione in vivo le tecniche di Pma sono dette di primo livello (inseminazione “semplice”) e in tal caso la gestante per altri risulta anche donatrice del gamete femminile (mentre quello maschile può provenire o da un componente della coppia committente o da un donatore, anonimo o meno). Qualora la maternità surrogata si realizzi con concepimento in vitro (tramite tecniche di secondo e terzo livello come Fivet e Icsi) la gestante per altri sarà esclusivamente gestante, e può verificarsi la situazione in cui il gamete femminile sia quello della madre committente (che in tal caso sarà anche madre genetica).

12. Una riflessione sulla dignità della donna nelle pratiche di Pma e maternità surrogata, Marco Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in «Q.G.», n. 2, 2019.



della coppia committente o da un donatore, anonimo o meno. Qualora la maternità surrogata si realizzi con concepimento in vitro, tramite cioè tecniche di secondo e terzo livello come Fivet e Icsi¹³ la gestante per altri, sarà esclusivamente gestante, e può verificarsi la situazione in cui il gamete femminile sia quello della madre committente (che in tal caso sarà anche madre genetica).

Nel caso della maternità surrogata pertanto, la madre biologica (o gestante) non coinciderà mai con la madre, sia essa genetica, che ha fornito, cioè, l'ovulo destinato alla formazione dell'embrione impiantato nell'utero della madre surrogata, sia con la madre di intenzione, che non vanta alcun legame genetico con il nato.

Tale pratica è vietata nel nostro ordinamento dalla legge 40/2004 che, all'art. 12, c. 6 punisce chiunque che, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità con la reclusione da tre mesi a due anni e con una multa da 600.000 a un milione di euro. A fronte del divieto in Italia, però, altri ordinamenti la regolamentano in modo meno stringente, consentendone l'accesso non solo alle coppie eterosessuali, che possono farvi ricorso quando la donna non è in condizione di portare avanti la gravidanza, ma anche per le coppie omosessuali¹⁴.

Le problematiche legate alla maternità surrogata, riguardano fondamentalmente due questioni di carattere etico/giuridico: il ruolo della madre surrogata e i diritti del nascituro e del nato su commissione¹⁵.

13. La Fivet è una tecnica di procreazione medicalmente assistita che prevede la fecondazione in vitro ed il successivo trasferimento dell'embrione in utero (*Fertilizzazione In Vitro ed Embryo Transfer*). La Icsi (*Intracytoplasmic sperm injection*) è una tecnica di Pma che si è sviluppata a partire dagli anni '90 ed è indicata nei casi di infertilità maschile grave dovuta ad un basso numero di spermatozoi o dalla mobilità ridotta. La procedura di prelievo dei gameti è la stessa della Fivet, ma in tal caso il loro incontro, ovvero la fecondazione, avviene meccanicamente: con un'iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi (Icsi) direttamente nell'ovulo in provetta. La coltura dell'embrione è la medesima, così come pure il successivo transfer embrionale. La differenza sostanziale che intercorre tra le due pratiche risiede nel modo in cui i due gameti si incontrano: nella Fivet in modo naturale, nell'Icsi con un'iniezione intracitoplasmatica.

14. Federica Botti, *Bioetica e diritto nell'Est Europa ortodosso*, in «BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto», 2 Special Issue, 2023, pp. 155-178.

15. Si pensi al diritto alla conoscenza delle proprie origini, cfr. Ilaria Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, in «Biodiritto», n. 3, 2021, pp. 4-6.

Per quanto riguarda la madre surrogata, in certi ordinamenti sono disciplinate le modalità contrattuali con le quali ella si impegna alla cessione del nato con le parti, in forma altruistica o in forma commerciale (Commercial Surrogacy-Altruistic Surrogacy). Si parla di maternità surrogata altruistica quando la gestante non viene pagata per portare avanti la gravidanza, ma riceve solo un rimborso spese, che può comprendere in tutto o in parte le spese per l'alimentazione e quelle sanitarie sostenute durante la gravidanza ed eventuali giorni di lavoro persi¹⁶. La maternità surrogata commerciale prevede invece un compenso per le donne che portano avanti la gravidanza e per le cliniche dove viene effettuata¹⁷.

Si ritiene che la prestazione a titolo oneroso in particolare, sia un «contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione»¹⁸ dal momento che «l'ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali» che emergono dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta Europea dei diritti fondamentali, oltre che con l'ordine pubblico internazionale, poiché posto a tutela di valori fondamentali, come la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione¹⁹. Ma se, come vedremo, la maternità surrogata commerciale è quella più criticata, le Alte Corti rimangono rigide nelle loro posizioni sottolineando la totale illegittimità della pratica, anche se intrapresa in forma solidaristica²⁰.

16. V.: Alfio G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, Giappichelli, 2022.

17. Federica Botti, *Bioetica e diritto*, cit.

18. V.: Relazione dell'Atto Camera n. 306 recante una proposta di legge di modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 49, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano dove è citato il CNB e si fa espresso riferimento alla mozione sulla maternità surrogata. Comitato Nazionale per la Bioetica, Relazione anno 2021, in <https://bioetica.governo.it/media/4391/relazione-cnb-2021-sito.pdf>.

19. Pertanto, per quanto riguarda il limite dell'ordine pubblico nazionale di cui all'articolo 64 della legge n. 218/95 sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, la Cassazione ha precisato che la funzione di meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale di fronte all'ingresso di valori incompatibili con l'ordinamento va «in parte ridimensionata per effetto della progressiva integrazione tra ordinamenti, realizzata al fine di soddisfare le esigenze di tutela dei diritti fondamentali».

20. Cfr.: Sezioni Unite della Cassazione che, con la sentenza n. 38162 pubblicata il 30



D'altra parte, la Corte costituzionale, con sentenza n. 33 del 2021, ha sottolineato come spettasse al legislatore allineare il diritto vigente a quello vivente e dunque adeguare la normativa alle esigenze di tutela dei bambini nati da maternità surrogata. La maternità surrogata richiede difatti un bilanciamento di interessi che è compito del legislatore effettuare, trascendendo tale compito dalle attività delle Corti dal momento che non possono creare nuove norme²¹.

Se l'istituto dell'adozione in casi particolari, se riformato, è stato individuato come il mezzo potenzialmente più adatto alle esigenze dei figli nati da coppie omosessuali ricorse all'estero per le pratiche di maternità surrogata, rimane aperta la questione della trascrivibilità del provvedimento straniero da cui risulta la doppia paternità del nato da maternità surrogata all'estero, per contrarietà all'ordine pubblico internazionale richiamato in più di una sentenza della Cassazione²² e venuto particolarmente in evidenza in tema di riconoscimento nell'ordinamento interno di sentenze straniere o di provvedimenti provenienti da Stati esteri non membri dell'Unione Europea.

Per quanto riguarda il riconoscimento di sentenze straniere attributive dello status filiationis derivante da maternità surrogata, il parametro dell'ordine pubblico internazionale²³, finalizzato a verificare la compatibilità di fonti o di atti stranieri di cui si chiede l'applicazione o il riconoscimento nel nostro ordinamento, diviene per la Corte di cassazione il

dicembre 2022, hanno ribadito che la maternità surrogata, anche solidale, deve sempre considerarsi una pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

21. Sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022 della Corte suprema di cassazione a sezioni unite civili.

22. Sentenza della Corte suprema di cassazione a sezioni unite civili n. 12193/2019, ma sullo stesso tema v. anche Cass. 15 giugno 2017, n. 14878 e Cass. 31 maggio 2018, n. 14007 e sentenza della Corte suprema di cassazione a sezioni unite civili n. 9006/2021.

23. Per un approfondimento sulla questione dell'ordine pubblico internazionale si rinvia a: Francesca Angelini, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in «AIC, Oss. Cost.», n. 2, 2020; Natascia Marchei, *Ordine pubblico "internazionale" e ordine pubblico così detto "concordatario": il contenuto del limite alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2021, n. 14, p. 143 ss.; Francesco Salerno, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in «Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.», 2018, n. 2, pp. 259-291.

mezzo più efficace per contrastare il turismo procreativo. La Corte di cassazione ci suggerisce la creazione di un sistema di norme sovranazionali ispirate «ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria». Un argine, cioè, alla penetrazione del diritto straniero, definito anche come il contraltare dell'ordine pubblico interno, quale limite all'autonomia privata²⁴. Si tratta pertanto di una nozione ben distinta dall'ordine pubblico nazionale a cui peraltro la Cassazione fa comunque discendere nella sua dimensione internazionale anche i principi fondamentali e supremi della Costituzione²⁵.

Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è quindi da intendersi limitato ai principi fondamentali²⁶ e supremi desumibili anzitutto dalla Costituzione, e quindi dopo essi, se compatibili, seguono i Trattati fondativi, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Il diritto sovranazionale per essere applicato in Italia deve rispettare i principi supremi e i principi fondamentali inalienabili della persona, vale a dire quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario; diversamente occorrerebbe dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e reso esecutivo il Trattato, per la sola parte in cui la legge stessa consente la realizzazione di quell'ipotesi. Ma il contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera presenti delle difformità a una disposizione del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito dalle norme con le quali il legislatore ordinario esercita la

24. Giovanni Arnone, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in «Q.G.», n.1, 2019, p. 181. La funzione difensiva è confermata dalla Cassazione che individua l'ordine pubblico internazionale «quale limite all'ingresso nel nostro ordinamento di norme ed atti provenienti da altri sistemi e ritenuti contrastanti con i valori sottesi alla vigente normativa interna», interpretazione che trova conferma, del resto, anche nel «margine di apprezzamento» riconosciuto all'ordinamento statale dalla Corte EDU. Corte di cass., sez. un., sent. n. 12193 del 2019, 25.

25. Francesca Angelini, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale*, cit., p. 186 ss.

26. Come è stato osservato, «il parametro di principi fondamentali si presenta “più incerto e vago” rispetto agli stessi “principi supremi” che compongono i controlimiti opponibili al diritto dell'UE, all'interno dei quali, secondo la Corte costituzionale, andrebbero, tuttavia, ascritti gli stessi principi di ordine pubblico internazionale». Francesca Angelini, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale*, cit., p. 192.

propria discrezionalità in un determinata materia, ma da quei principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario²⁷.

Da quanto detto discende che in materia di diritti fondamentali l'ordine pubblico internazionale possa essere incarnato soltanto dai principi e dai valori della Costituzione²⁸, dal momento che le leggi ordinarie ne sono escluse in quanto espressione della discrezionalità del legislatore. Tuttavia, le Sezioni Unite specificano che il parametro dei soli principi fondamentali della Costituzione deve tener conto della «rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati dalla Costituzione», e pertanto rimane essenziale il controllo delle modalità attraverso cui i valori e i principi costituzionali si “incarnano” nella disciplina dei singoli istituti²⁹. Una verifica questa, indispensabile a garantire l'integrità dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, anche in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero³⁰. L'ordine pubblico internazionale rileva ai fini della riconoscibilità del provvedimento di nascita estero, attribuito dalla giurisprudenza alla norma dell'art. 12, c. 8, della l. 40/2004, che vieta la surroga di maternità. L'affermazione di tale carattere nell'ambito della sentenza della Cassazione dell'8 maggio 2019 segna una tappa fondamentale nel dibattito da tempo aperto sulla natura del divieto di surroga di maternità dal momento che si è passati a scardinare il convincimento che si era diffuso della legittimità della trascrizione di un atto proveniente dall'estero che attribuisce la genitorialità a entrambi i coniugi dello stesso sesso. Basandosi sul presupposto che si tratta di riconoscere un atto valido secondo la legge del Paese che l'ha formato, ma contrastante con il divieto di maternità surrogata, sancito nella l. 40/2010 e ritenuto di ordine pubblico internazionale. Le Sezioni Unite della Corte di Cassa-

27. Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, ma vedi anche n. 14878 del 2017.

28. I controlimiti sembrano aver trovato per questa via un concreto modo di esprimersi a difesa della legalità costituzionale nazionale. La stessa teoria dei controlimiti, «pur avendo la propria legittimazione profonda nella sovranità popolare di cui parla l'articolo 1 della Costituzione, non si affida alle determinazioni transeunti delle maggioranze che quest'ultima produce, ma si incarna in quei valori di rango supremo che trovano compiuta espressione nei principi inviolabili della Costituzione. Come è stato osservato, in un sistema a costituzione rigida, i controlimiti trovano una giustificazione proprio e soltanto abbandonando la tradizionale nozione di sovranità e il tradizionale positivismo legalistico». Giovanni Arnone, *L'ordine pubblico internazionale*, cit.

29. Cass. civ., sez. un., sent. n. 12193 del 2019, 29.

30. Francesca Angelini, *L'ordine pubblico*, cit., p. 201.

zione per questa via hanno negato a più riprese la trascrizione dell'atto di nascita del figlio nato da coppia omosessuale a mezzo di maternità surrogata e il riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. Le stesse, nella sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, nel ritenere la maternità surrogata una pratica offensiva per la dignità della donna e per le relazioni umane, hanno ribadito la non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero che indichi genitore del bambino, il genitore intenzionale, così come l'atto di nascita³¹.

Il richiamo all'ordine pubblico internazionale come presupposto per ritenere la maternità surrogata una pratica incompatibile con i valori interni in materia di maternità surrogata, pare fare le veci della fallita configurazione della stessa come reato universale³².

31. Le sezioni unite della Corte di cassazione con suddetta sentenza hanno rigettato la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato in Canada e figlio di due uomini, ribadendo come il riconoscimento del provvedimento straniero che attesti il rapporto di filiazione con il genitore di intenzione di un bambino nato da maternità surrogata, sia contrario all'ordine pubblico. Alice Pisapia, *Il divieto di trascrizione dei certificati a seguito delle pratiche di maternità surrogata, i limiti di ordine pubblico e la libera circolazione delle persone nel mercato interno dell'Unione europea*, in «Amm. in Camm.», 16 giugno 2023, pp. 1-11. Richiamando questa sentenza alcuni Comuni hanno sospeso le trascrizioni in Italia dei certificati di nascita esteri dei figli nati da coppie omogenitoriali e nel mese di luglio 2023 la proposta di legge che dichiara reato universale la maternità surrogata è stata approvata dalla Camera dei deputati il 26 luglio 2023. Atto Camera 887. Varchi ed altri, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. Cfr. Francesca Fuscaldò, *Maternità surrogata, reato universale? La punibilità del cittadino all'estero non tramuta un reato in reato universale. È ora di sfatare il mito!*, in <https://www.altalex.com/>; Alice Di Lallo, *Maternità surrogata: il reato universale è davvero la soluzione?*, in «Diritto e Giustizia», 21 giugno 2023; Marilisa D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in «Oss. Cost.», n. 4, 2023, pp. 4-35; Antonio D'Aloia, *Serve davvero il "reato universale" di maternità surrogata?*, «Federalismi.it», 18 ottobre 2023; Francesco Alicino, *La maternità surrogata reato universale? È solo un «pugno identitario»*, in «Gazz. Mezz.», 8 giugno 2023; Gian Luigi Gatta, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in «Sistema penale», 2 maggio 2023 per una ricostruzione delle proposte di legge sulla maternità surrogata; Marta Picchi, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata*, in «Federalismi.it», n. 29, 2020; Francesco Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2011, 2, II, 899-938 e par. 4-10, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2011, 3, II, pp. 1375-1405.

32. Si veda: Marco Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale, osservazioni sui d.d.l.A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, in «Riv. DPC», (sez. Diritto penale, persona e scienza), n. 2, 2021.



Dopo che la Commissione giustizia ha dato il via libera, il testo del ddl n. 887³³ avente ad oggetto la modifica dell'art. 12 l. 40/2004, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, è stato approvato dalla Camera il 26 luglio 2023. Questa proposta interviene in particolare sul disposto dell'articolo 12, c. 6, che punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblica la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità. integrandolo con il seguente periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». Tale previsione, ha suscitato un acceso dibattito che ha messo in luce diversi punti che ne ostacolano l'applicabilità. Si rileva anzitutto come la Corte EDU con la nota sentenza *Menesson*³⁴ ha rimesso alla discrezionalità dei singoli Stati membri la scelta del se e come operare sulla materia, trattandosi di opzioni che implicano valutazioni etiche di cui solo il singolo Paese può valutare la portata; pertanto,

33. Il ddl. 887 assorbe la proposta di legge Carfagna n. 2599 presentata alla Camera dei deputati il 22 luglio 2020, con la previsione, non accolta, di estendere la penale rilevanza anche agli stranieri a cui si sono rivolti i cittadini italiani; e la proposta di legge Meloni n. 306, presentata alla Camera dei deputati il 23 maggio 2018). Il Governo ha inteso sottoporre la maternità surrogata al principio di universalità a livello di legge penale dello spazio, così da poter inquisire, secondo la legge penale italiana, anche tali fatti pur se commessi all'estero da cittadino italiano, ex art. 3, comma 2, c.p., nonché, in particolare, nella proposta Carfagna. Cfr. Adelmo Manna, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, in «Sist. Pen.», 18 luglio 2023.

34. V.: Corte EDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, punto 79 motivazione. Nelle sentenze gemelle del 2014, della Corte Edu, *Menesson* e *Labassée* del 2014 e *Paradiso* e *Campanelli* del 2015 (poi riformata dalla Grande Chambre nel 2017), i giudici di Strasburgo, pur invocando la violazione dell'art. 8 della Convenzione e l'interesse superiore del minore, non hanno imposto il riconoscimento degli atti di nascita dei bambini e la loro trascrizione all'anagrafe, ma si sono limitati a constatare che i Paesi del Consiglio d'Europa dispongono di un ampio margine di apprezzamento e di discrezionalità sui temi di carattere etico. Le due pronunce sono state l'occasione per precisare che tale discrezionalità sia destinata ad essere ridotta nel momento in cui le autorità nazionali limitino i diritti dei bambini nati attraverso tale tecnica procreativa, anche se vietata. Marta Giacomini, *Il caso Mennesson La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in «Oss. Cost.», n. 5, 3 settembre 2019, 2019, p. 183 ss.; Alessandra Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, in «GenIUS», n. 1, 2017; Francesca Angelini, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in www.costituzionalismo.it, 1/2018.

la scelta di considerare reato universale la maternità surrogata non dipende da vincoli sovranazionali.

Oltretutto, il fatto per essere perseguibile, necessiterebbe della c.d. doppia incriminazione, ossia: il fatto deve costituire reato anche nell'ordinamento dove è stato commesso. L'applicazione della legge penale italiana a fatti che secondo la *lex loci* non costituiscono reato, imporrebbe ai giudici dello Stato richiesto di consegnare un soggetto per un fatto che non è considerato reato dal proprio ordinamento³⁵. Inoltre, se il fatto è commesso interamente all'estero si ricade nell'ambito dell'art. 9 c. p. che, per i delitti puniti con pena inferiore nel minimo a tre anni (come appunto, il reato previsto dall'art. 12 della Legge 40), condiziona la punibilità del cittadino italiano alla sua presenza nel territorio dello Stato e a «canali comunicativi solcati da specifiche circostanze e da valutazioni politico-istituzionali degli organi governativi, nella specie il Ministro della giustizia»³⁶.

Rimane fuori da queste elucubrazioni la tutela del bambino nato che, nonostante il *best child interest*, paradossalmente, è quello più danneggiato al momento che non vede riconosciuto il legame con chi lo ha voluto e desiderato per la costruzione di una vita familiare basata sugli affetti e la certezza delle relazioni.

35. In nome del principio di territorialità il diritto penale italiano è applicabile solo entro i limiti dei confini dello Stato (art. 6, c. 1, c.p.). Le poche deroghe previste si configurano quando all'estero il cittadino italiano compia atti che ledono interessi fondamentali dello Stato (per esempio «falsità in monete e sigilli dello Stato», esplicita il codice), oppure delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato.

36. «A queste condizioni l'universale affermazione del reato di gestazione per altri equivale al pugno identitario che, sbattuto sul tavolo delle opzioni etiche, vuole ostentare il primato morale della giurisdizione italiana. Lo fa con effetti simbolici e propagandistici. Al punto che, incurante delle conseguenze pratiche dei fatti normativi, le ragioni della proposta di legge n. 887 restano in piedi solo in un orizzonte di scopi strumentali degli impresari del consenso, ai quali non per nulla si contrappongono giudici potenti: i primi usano la legge come corpi contundenti per alimentare battaglie culturali e corporative, i secondi sottolineano, a volte eccentricamente, il potere normativo insito nella funzione giurisdizionale. Lo testimoniano le vicende legate allo *status filiationis* di bambini nati, manco a dirlo, con le tecniche di procreazione medicalmente assistita e di gestazione per altri». Francesco Alicino, *Il potere normativo dei giudici nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti*, in «BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto», 2023, Special Issue 2, pp. 35-36. Ma anche Marco Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit.



2. Peccato

2.1. La Chiesa cattolica

In occasione della riforma dell'istituto dell'adozione che realizzerà una vera «rivoluzione copernicana»³⁷ rispetto al passato, per usare un'espressione ripetuta più volte durante la discussione della proposta di legge del 20 giugno 1964 n. 1489 dell'On. Maria Pia Dal Canton sulla «Legittimazione per adozione a favore di minori in stato di abbandono»³⁸, si è acceso un dibattito tra progressisti³⁹, sostenitori di una maggiore e incisiva discontinuità rispetto al regime precedente che prevedeva l'adozione a scopo patrimoniale, e conservatori di stampo cattolico, che consideravano invece tale progetto rischioso dal momento che andava a comprimere, se non a sostituire, l'istituto della famiglia biologica intesa

37. La rivoluzione compiuta dalla legge sull'adozione del 1967 era quella di realizzare quel percorso, già iniziato a partire dall'Ottocento e indirizzato ad un riconoscimento e a una maggiore tutela dei diritti dei minori che aveva trovato la sua *summa* nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959. La Dichiarazione del 1959 era stata preceduta dalla Dichiarazione di Ginevra sui diritti del bambino redatta nel 1924 dalla Società delle Nazioni Unite all'indomani degli orrori della Prima guerra mondiale con la quale gli Stati si impegnavano, ma solo da un punto di vista morale, a valorizzare il bambino sebbene considerato come un "destinatario passivo" di diritti. Una svolta verso un riconoscimento dei diritti del minore, si realizza il 20 novembre 1959, quando l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approva all'unanimità una nuova Dichiarazione dei diritti del fanciullo che lo riconosce appieno come soggetto di diritti, e che pertanto non solo non deve essere discriminato o sfruttato ma deve essergli offerta un'adeguata tutela giuridica sia prima sia dopo la nascita. Si riconosce al minore un interesse superiore che prevede che in ogni decisione, azione legislativa, provvedimento giuridico, iniziativa pubblica o privata, prevalga l'interesse del bambino. Claudio Cottatellucci, *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 12 ss.; Attilio Pisanò, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 199 ss.

38. Pierantonino Berté, riferendosi al dibattito parlamentare sulla legge del 1967: «Questa proposta di legge, soprattutto per il fatto che introduce l'istituto dell'adozione speciale, compie una vera e propria rivoluzione copernicana, nel senso che pone al centro del diritto l'adottato e non l'adottante», cfr. APCD nella seduta del 10 gennaio 1967, pp. 29774-29778, in particolare p. 29775.

39. Tra i progressisti spicca la figura dell'avv. Bianca Guidetti Serra, di Torino; Bianca Guidetti Serra, Santina Mobiglia, *Bianca la rossa*, Torino, Einaudi, 2009; Francesco Santanera, *Le forti opposizioni alla proposta di legge 1489/1964 sull'adozione legittimante*, in «Prospettive assistenziali» ottobre - dicembre 2009, n. 168, pp. 1-15; Giorgio Manzini, Bianca Guidetti Serra, *L'avvocato*, in *La mia professione*, a cura di Corrado Stajano, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 101-125; Francesca Tacchi, *Eva Togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall'Unità a oggi*, prefazione di Rita Sanlorenzo, Torino, UTET, 2009, pp. 106 e 172.

come famiglia tradizionale o naturale, con una famiglia artificiale⁴⁰; argomentazioni queste peraltro molto simili a quelle addotte in occasione del dibattito sulle unioni civili.

Il disegno di legge che verrà approvato con l. 163/64, riconosce il diritto del minore senza famiglia ad averne una nuova. Si segna cioè il primo passaggio ad una nuova cultura dei diritti dell'infanzia, tra cui in particolare risalta il diritto del minore alla famiglia; diversamente non trovava un medesimo riscontro di tutela un generico diritto alla genitorialità dal momento che l'interesse dei coniugi di essere genitori è considerato secondario rispetto all'interesse del minore, oltre al fatto che l'accesso all'istituto in esame rimane esclusivo per determinate categorie di soggetti individuati dalla legge; dapprima solo le coppie unite in matrimonio, poi col tempo si è segnata un'apertura verso i single consentendo loro la creazione di una famiglia uniparentale sancendo così il superamento del mito della bigenitorialità⁴¹, fino ad arrivare alle unioni civili eterosessuali e omosessuali con la successiva riforma alle c.d. adozioni in casi particolari⁴².

40. Così le parole di Gioacchino Scaduto: «il rapporto di filiazione che si induce con l'istituto della legittimazione per adozione è un rapporto del tutto artificiale che distrugge tutto ciò che vi è di naturale e legittimo». V.: Francesco Campobello, *Il cambio di paradigma dell'istituto dell'adozione nel XX secolo attraverso l'analisi e l'azione di Bianca Guidetti Serra*, in «Historia et ius», 2019, 16 - paper 6, pp. 23- 24; Id., *La «rivoluzione copernicana» dell'adozione. L'impegno di Bianca Guidetti Serra per la tutela dei minori abbandonati*, Torino, Giappichelli, 2019.

41. L'evoluzione del concetto di famiglia a cui si è oggi arrivati prevede diverse forme di filiazione nelle quali lo status dei figli muta a seconda del legame instaurato con il genitore, possiamo quindi trovare una filiazione fondata sull'affettività, una filiazione biologica, una filiazione sociale o anche solo basata sul passare del tempo o sulla volontà individuale. Per un approfondimento: Maria G. Stanzione, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari: dalla potestà alla responsabilità*, in «Compar. Dir. Civ.», maggio 2013, pp. 1-35. Sui diversi modelli di famiglia, v. inoltre: Simonetta Grilli, *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Bari, Carocci Editore, rist. 2024; Guido Alpa, *La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni*, in «Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile», 1° giugno 2023, fasc. 2, pp. 363 ss.

42. L'accesso per le coppie omoaffettive all'adozione in casi particolari è stato riconosciuto per via giurisprudenziale a partire dal 2014, prima ancora della emanazione della legge Cirinnà che ha introdotto le unioni civili tra persone dello stesso sesso, ammettendo la possibilità per uno dei due partner conviventi di adottare il figlio biologico che l'altro ha avuto grazie alla fecondazione eterologa praticata all'estero. V.: ordinanza 32527/23, 23 novembre dalla prima sezione civile della Cassazione. L'adozione in casi particolari, quindi, è attualmente lo strumento alternativo utilizzabile dal genitore intenzionale per adottare il figlio del genitore biologico. Introdotta nel 1983 per tutelare



Le diffidenze verso l'adozione da parte dei conservatori, verranno mitigate dal Concilio Vaticano II (1962-1965), che innescò un forte movimento di riforma e di apertura, tanto che, nello stabilire il principio innovatore dell'adozione, utilizza la seguente affermazione contenuta nei *Doveri di apostolato della famiglia* del *Decreto sull'apostolato dei laici* Apostolicam Actuositatem (votato il 18 novembre 1965 con 2340 sì e 2 no): «Inter varia opera apostolatus familiaris sequentia enumerare licet: infantes derelictos in filios adoptare», dove l'espressione *in filios* esprime la risultanza effettiva di piena filiazione. L'Esortazione Apostolica *Familiaris Consortio* di Papa San Giovanni Paolo II del 1981 ribadirà poi che «le fa-

il diritto del minore alla famiglia in tutte quelle situazioni che non avrebbero consentito di giungere all'adozione piena, l'adozione in casi particolari è prevista dall'art. 44 ss. della legge 184. In particolare, la previsione di cui alla lett. d), comma 1 dell'art. 44, la c.d. adozione co-parentale o *stepchild adoption*, dal momento che non prevede la presenza di requisiti particolari in capo all'adottante e all'adottando, apre la possibilità anche alle coppie omosessuali di adottare. Tale tipologia di adozione non si discosta molto dall'adozione ordinaria (piena) consentita ai soli coniugi, dal momento che la sola differenza risiede nel fatto che l'adozione in casi particolari non recide i legami con la famiglia d'origine. Sul punto, la Cassazione, prima sezione civile, con sentenza n. 12962 del 2016 ha affermato che «poiché all'adozione in casi particolari [...] possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge [...] non può essere svolto neanche indirettamente dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente» e ha quindi precisato che «l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma primo, lett. d), l. n. 184 del 1983, presuppone la constatata impossibilità di affidamento preadottivo [...] e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo invece alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante». Questo tipo di adozione non cambia il rapporto di parentela tra il minore e la sua famiglia biologica. Non crea inoltre un rapporto di parentela tra i familiari dell'adottante e il minore adottato al quale non erano riconosciuti né diritti né doveri verso i nonni, gli zii o i cugini dell'adottante dal momento che questa modalità di adozione non produceva effetti legittimanti non equiparando in alcun modo il minore a un figlio naturale dell'adottante. A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 tale criticità è stata superata con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 55 della l. n. 184/1983, nella parte in cui prevedeva, mediante il rinvio all'art. 300, c. 2, c.c., che l'adozione in casi particolari non inducesse alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, in quanto «il minore adottato ha lo status di figlio e non può essere privato dei legami parentali che il legislatore della riforma della filiazione ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari». Secondo la Corte costituzionale, quindi, non riconoscere i legami familiari con i parenti del genitore adottivo equivale a disconoscere l'identità del minore. V.: Gilda Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in «Q.G.», 7 giugno 2022.

miglie cristiane sapranno vivere una maggiore disponibilità verso l'adozione e l'affidamento di quei figli che sono privati dei genitori o da essi abbandonati» e presenta l'adozione come una possibilità di realizzare la fecondità familiare, soprattutto nelle famiglie in cui la fecondità naturale viene a mancare.

La Chiesa, dunque, non solo incoraggia le famiglie a praticare l'adozione, ma si impegna a sollecitare gli Stati a garantire alle famiglie la vera possibilità di adottare dei bambini, soprattutto quelli che per qualsiasi motivo hanno perso i loro genitori.

D'altra parte, il tema della famiglia, è sempre stato caro al Magistero della Chiesa, tant'è che l'art. 29 Cost., è improntato alla concezione dello stato di natura come definito dalla Chiesa cattolica, che, «non a caso, si ritiene massimo interprete della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio»⁴³. La Chiesa cattolica ha infatti sempre contrastato la privatizzazione o la secolarizzazione della famiglia, dall'opposizione al divorzio, alla difesa senza compromessi dell'istituzione matrimoniale in occasione del dibattito sull'allora ddl Cirinnà⁴⁴, sino alla contrarietà mostrata verso le pratiche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla legge 40⁴⁵.

In merito a queste ultime rileva particolarmente quanto affermato nel 1987 dalla Congregazione per la Dottrina della fede nell'Istruzione *Donum Vitae*, con la quale si esprime sulla conformità con i principi della morale cattolica delle tecniche biomediche che consentono di intervenire artificiosamente nella fase iniziale della vita dell'essere umano e nei processi stessi della procreazione⁴⁶. Dall'Istruzione si ricava che la procreazione

43. Francesco Alicino, *Il potere normativo*, cit., p. 26.

44. «Nessun'altra istituzione deve assolutamente oscurare la realtà della famiglia con situazioni simili» – aveva detto il presidente della Cei –, perché questo «significa compromettere il futuro dell'umano. Nessun'altra forma di convivenza di nucleo familiare, pur rispettabile, può assolutamente oscurare o indebolire la centralità della famiglia, né sul piano sociologico né sul piano educativo. <https://www.avvenire.it/>.

45. Sul punto di vista del diritto canonico in merito alla maternità surrogata e alla Pma, per tutti v.: Ilaria Zuanazzi, *La procreazione medicalmente assistita nel diritto canonico*, in *Matrimonio e processo: la sfida del progresso scientifico e tecnologico*, Città del Vaticano, Libreria editrice vaticana, 2016, pp. 177 ss.

46. Congregazione per la dottrina della fede, *Donum vitae, Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987. Di particolare rilevanza sempre sul tema della procreazione medicalmente assistita: Giovanni Paolo II, *enciclica Evangelium vitae*, 25 marzo 1995 e Congregazione per la dottrina della fede, *Istruzione Dignitas personae su alcune questioni di bioetica*, 8 settembre 2008. Quest'ultima costituisce



umana deve aver luogo solamente nel matrimonio, e che quest'ultimo non conferisce agli sposi il diritto di avere un figlio, ma soltanto il diritto di porre quegli atti naturali che di per sé sono ordinati alla procreazione, addivenendo alle medesime conclusioni a cui è arrivata la Corte costituzionale trentasei anni dopo in merito all'individuazione di un diritto alla genitorialità e alla procreazione.

La valutazione etica che il Magistero fa in merito alla Pma è positiva esclusivamente in relazione all'ipotesi di inseminazione artificiale omologa tra coniugi che si ponga in aiuto e non in sostituzione dell'atto di fecondazione naturale, ovvero del rapporto sessuale⁴⁷.

Mentre per quanto concerne la fecondazione eterologa rimane una posizione nettamente contraria come riportato peraltro nell'Istruzione *Donum Vitae*⁴⁸.

Il mezzo esclusivo per procreare rimane l'atto sessuale tra i coniugi e il Magistero considera lecito solamente l'intervento che si aggiunge all'atto coniugale come sostegno, ma non ammette alcuna tecnica né sostitutiva né integrativa a tale atto⁴⁹.

un aggiornamento della *Donum vitae* e tiene conto delle nuove tecnologie biomediche e dei progressi della ricerca sugli embrioni umani nel frattempo intervenuti. Cfr. anche la seconda *Esortazione Apostolica Amoris Laetitia* del 2016 di papa Francesco nel quale si rinviengono gli esiti dei due sinodi sulla famiglia indetti dal Papa nel 2014 e 2015 aventi a tema "Le sfide pastorali della famiglia nel contesto dell'evangelizzazione" e "La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo". In quest'ultima esortazione il Papa fa espresso riferimento alla pratica dell'utero in affitto e alla conseguente strumentalizzazione e mercificazione del corpo femminile, sottolineando l'importanza che deve avere la pari dignità tra l'uomo e la donna anche all'interno della famiglia. Sulla base dei pari diritti e della pari dignità della donna, si condanna la pratica della maternità surrogata in quanto equivale a calpestare quei diritti e quella dignità che ogni donna ha di fronte a Dio e di fronte allo Spirito Santo.

47. Ferruccio Bogetti, *Diritto canonico bioetico, Maternità surrogata e matrimonio canonico*, prefazione di Maurizio P. Faggioni, Torino, Tax Canon Law Society, 2020.

48. Ai sensi della quale «Il ricorso ai gameti di una terza persona, per avere a disposizione lo sperma o l'ovulo, costituisce una violazione dell'impegno reciproco degli sposi [...]. La fecondazione artificiale eterologa lede i diritti del figlio, lo priva della relazione filiale con le sue origini parentali e può ostacolare la maturazione della sua identità personale» (P. II, n. 37).

49. Conformemente a quanto riportato nel Catechismo della Chiesa cattolica, n. 2375, per cui le tecniche di fecondazione artificiale sono da incoraggiare a condizione che si pongano al servizio dell'essere umano, «dei suoi diritti inalienabili e del suo bene vero e integrale, secondo il progetto e la volontà di Dio». Devono essere vietate se ledono «il diritto del figlio a nascere da un padre e da una madre conosciuti da lui e tra loro legati dal matrimonio».

Tali premesse rendono la maternità surrogata una pratica contraria agli obblighi dell'amore materno, nonché della fedeltà coniugale e della maternità responsabile.

La Chiesa, insomma, al pari del legislatore, condanna la maternità surrogata in ogni sua manifestazione, sia essa solidaristica sia essa commerciale, ma, come il legislatore, che non è riuscito trovare conforto invocando il reato universale, anch'essa si è trovata a dovere fare fronte ad una realtà molto diversa dal momento che la legge italiana ha indotto le coppie, ivi comprese quelle omosessuali, a recarsi all'estero (c.d. turismo riproduttivo) per fruire di tecniche che nel nostro paese sono vietate. E come la giurisprudenza si è trovata dinnanzi al problema della trascrizione dell'atto di nascita di bambini nati da una pratica illecita, così la Chiesa ha dovuto fare fronte al problema della tutela in forma cristiana del bambino che, suo malgrado, è nato da madre surrogata si pensi alla delicata questione del battesimo, inizialmente negato dal mondo cristiano ortodosso russo⁵⁰.

Per la Chiesa cattolica, il bambino nato da maternità surrogata, e figlio di una coppia omogenitoriale, può ricevere il battesimo e i genitori sono considerati tali se gli impartiscono un'educazione cattolica. Tale apertura comporta che anche le famiglie omogenitoriali che ricorrono alla maternità surrogata sono ammesse nella comunità cattolica e che i bambini devono sempre essere tutelati dal momento che sono innocenti rispetto ai comportamenti irresponsabili degli adulti che ricorrono all'utero in affitto⁵¹. Quanto al divieto alla maternità surrogata, il Papa in occasione del

50. La posizione della Chiesa ortodossa russa sulla maternità surrogata viene espressa nei "Fondamenti della Concezione Sociale", approvati dal Sinodo giubilare del 2000 e successivamente aggiornati alla luce delle nuove questioni morali e bioetiche emerse negli ultimi anni. Dopo un primo drastico rifiuto alla possibilità di battezzare il bambino di madre surrogata, la Chiesa ortodossa russa è arrivata ad accettare il battesimo solo se i genitori di intenzione sono in sintonia con la dottrina morale della Chiesa, occorre cioè che vi sia stato il pentimento da parte dei genitori di aver compiuto un atto contrario all'insegnamento della Chiesa. *Fondamenti del concetto sociale della Chiesa ortodossa russa*, adottati dal Consiglio episcopale giubilare nel 2000, pubblicato in «Riviste della riunione del Santo Sinodo», n. 158, 25-26 dicembre 2013 e consultabile su www.patriarchia.ru.

51. *Instrumentum laboris*, Assemblea Generale Straordinaria del Sinodo dei Vescovi, intitolata a "Le sfide pastorali sulla famiglia nel conteso della evangelizzazione" 2014, al punto 120, riguardante la *Trasmissione della fede ai bambini in unioni di persone dello stesso sesso*, si legge che «nel caso in cui le persone che vivono in queste unioni [NdA civili] chiedano il battesimo per il bambino, le risposte, quasi all'unanimità, sottolineano che il piccolo deve essere accolto con la stessa cura, tenerezza e sollecitudine che ricevono



tradizionale discorso di inizio d'anno al Corpo diplomatico, ha tenuto a sottolineare che «La via della pace esige il rispetto della vita, di ogni vita umana, a partire da quella del nascituro nel grembo della madre, che non può essere soppressa, né diventare oggetto di mercimonio»; definendo «deprecabile la pratica della cosiddetta maternità surrogata, che lede gravemente la dignità della donna e del figlio, fondata sullo sfruttamento di una situazione di necessità materiale della madre». «Un bambino è sempre un dono e mai l'oggetto di un contratto». Il Papa auspica quindi una proibizione universale della pratica grazie all'impegno di tutta la comunità internazionale dal momento che tutta l'esistenza umana deve essere preservata e tutelata, a fronte del «persistente diffondersi [in Occidente] di una cultura della morte, che, in nome di una finta pietà, scarta bambini, anziani e malati»⁵².

2.2. *L'Unione delle Chiese metodiste e valdesi*

Nella economia della trattazione fin qui svolta, interessante è notare un altro punto di vista sulla ammissibilità o meno della maternità surrogata sempre nell'ambito confessionale, ma di tutt'altro contenuto rispetto a quello del Magistero cattolico, si tratta del punto di vista dell'Unione delle Chiese metodiste e valdesi in Italia, che progressivamente si stanno assestando su di una posizione comune alle altre denominazioni europee e americane che già si sono espresse in materia.

Il Sinodo delle Chiese valdesi e metodiste aveva approvato già nell'agosto del 2017 la possibilità di benedire le coppie unite civilmente, comprese quelle dello stesso sesso⁵³, e da allora l'Unione si è posta ancor più

gli altri bambini». Per quanto invece riguarda la benedizione delle coppie omosessuali, v.: Dicastero per la Dottrina della Fede, *Dichiarazione "Fiducia supplicans" sul senso pastorale delle benedizioni*, 18 dicembre 2023. La benedizione non deve prevedere alcuna forma di rito e deve essere svolta velocemente, non si benedice l'unione civile omosessuale in sé, bensì due persone che si vogliono bene, così le parole di Papa Francesco nel corso di un'intervista da parte del direttore, don Vincenzo Vitale, del settimanale «Credere» (n. 6, 8 febbraio 2024), parlando del documento *Fiducia supplicans* sulla benedizione alle coppie omosessuali.

52. Domenico Agasso, Papa Francesco all'attacco della gestazione per altri: «Va vietata in tutti i paesi», in «La Stampa», 9 aprile 2024.

53. La maggior parte delle Chiese riformate storiche hanno aperto alle benedizioni per tutti, al contrario del panorama evangelicale, in particolare pentecostale, in cui le posizioni appaiono di netta chiusura. Tra le prime ad aprire alle benedizioni e alla celebrazione dei matrimoni delle coppie dello stesso sesso è stata la Chiesa di Svezia

marcatamente su una visione prevalentemente in linea con i cambiamenti mostrati dall'istituto della famiglia e della genitorialità. In materia di maternità surrogata, in particolare, assume una certa rilevanza il Documento n. 23 del dicembre 2023⁵⁴ sulla gestazione per altri redatto dalla Commissione per i problemi etici posti dalla scienza delle Chiese battiste, metodiste e valdesi.

Tale documento fa quasi immediato seguito al Sinodo conclusosi il 25 agosto precedente e da cui era stato prodotto un atto che, nell'esprimere «forte preoccupazione per politiche che privano i bambini e le bambine già nati di uno dei due genitori», invita le chiese ad accogliere tutte le tipologie di famiglie e i loro bambini e «a incoraggiare nelle comunità la crescita di conoscenza sul tema e il confronto etico affinché si possa andare oltre gli schieramenti dettati da stereotipi e idealizzazioni della maternità». Il breve Documento si apre precisando la terminologia che verrà adottata nel suo proseguo e che si caratterizza per la scelta della locuzione “gestazione per altri” (Gpa), anziché quella di “maternità surrogata” o di “utero in affitto”, considerate meno pertinenti nel trattare la pratica di procreazione medicalmente assistita dal momento che quest'ultima denominazione appare degradante dal momento che sembra andare a enfatizzare la commerciabilità del corpo della donna, mentre il termine maternità surrogata si rileva che, «Stante la risonanza

il 22 ottobre 2009 in occasione dell'annuale sinodo e subito dopo l'entrata in vigore nel Paese della legge del 1° aprile 2009 – Lag 2009:253 om ändring i äktenskapsbalken (1987:230) – che regola il matrimonio e le unioni omoaffettive andando a sostituire il precedente Registered Partnership Act del 1994. Alle coppie omosessuali, peraltro, dal 1° febbraio 2003 laddove registrate regolarmente ai sensi della legge del 1994, era già consentito accedere all'adozione, con l'eccezione per quella internazionale. La Chiesa di Svezia inoltre organizza abitualmente le messe arcobaleno (regnbågsmässan) che mirano a rispecchiare il pari valore di ogni persona, anche dal punto di vista LGBTQI+. Sulla legge svedese del 2009 sulle unioni civili: v. Francesca Ugolino, *Svezia. Approvata la legge sul diritto al matrimonio anche per le coppie formate dallo stesso sesso*, in «Civitas Europa», n. 23, 2009, pp. 129-130. La maternità surrogata, invece, in Svezia non è regolamentata e tendenzialmente proibita pur in assenza di una normativa ad hoc. L'ordinamento consente solo la fecondazione omologa, a meno che non sia indicata dal punto di vista medico la necessità di ricorrere all'eterologa, senza così vietare implicitamente la maternità surrogata. Cfr. Outi Hovatta, *Gestational Surrogacy Practice in Sweden*, in Scott E. Sills ed., *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 241-242.

54. Commissione di studio delle Chiese Battiste, Metodiste e Valdesi in Italia per i problemi etici posti dalla scienza, *La gestazione per altri. Una prospettiva etico-teologica*, Documento n. 23, 4 settembre 2023, pp. 1-9, consultabile in www.chiesavaldesi.org.



debole nella nostra lingua della parola “surrogata” si avverte anche in questa espressione un accento svalutativo basato sull’assunto non esplicitato che la gravidanza sia di per sé già sempre e comunque maternità» (Doc. p. 3).

Dopo essersi soffermata sulle diverse modalità con le quali è possibile realizzare la Gpa, la Commissione, prendendo come riferimento in particolare le raccomandazioni sulle fasi che precedono la Gpa redatte dalla Società Americana di Medicina Riproduttiva⁵⁵, rivolge quindi la sua attenzione alle “osservazioni cliniche”, cioè gli accertamenti medici a cui tutti i soggetti coinvolti sono sottoposti e che risultano (ovviamente) particolarmente gravosi per la gestante. Più interessante è la riflessione etico-giuridica (Doc. pp. 6-7) che ne discende e che verte fondamentalmente sulla domanda se la Gpa violi sempre la dignità umana e se sia una pratica intrinsecamente inaccettabile dal punto di vista morale.

Premesso che all’interno della stessa confessione religiosa non vi è unanimità nelle risposte a tale quesito, interessante è notare come il Documento si polarizzi sulle due tipologie di maternità surrogata: quella solidaristica e quella commerciale.

Se quella commerciale viene tendenzialmente in evidenza per la sua contrarietà alla morale, sebbene all’interno della stessa Commissione vi sia una certa divergenza di opinioni⁵⁶, diverso è il caso in cui la Gpa venga praticata per uno scopo meramente altruistico, come potrebbe essere il caso di due sorelle che, a fronte dell’incapacità procreativa dell’una,

55. American Society for Reproductive Medicine, Birmingham, Alabama, Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology, *Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion*, Fertil Steril, «ASRM PAGES», vol. 118, no. 1, July 2022, pp. 65-74.

56. Secondo alcuni tra i presenti al Sinodo che hanno approvato il documento, la Gpa commerciale rischia di favorire lo sfruttamento e la disuguaglianza, mentre per altri «la GPA commerciale potrebbe essere vista come una scelta legittima, da parte di donne che vivono in Paesi a basso reddito, per aumentare il proprio benessere economico e per pianificare le proprie opportunità di vita». La differenziazione tra le due tipologie di Gpa, nella giurisprudenza della Corte di cassazione è irrilevante dal momento che la stessa condanna entrambe in quanto contrarie all’ordine pubblico internazionale. Dello stesso avviso: Daniela Danna, *“Fare un figlio per altri è giusto”. Falso!*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 6 per cui: «La differenza tra Gpa altruistica e Gpa commerciale [...] non esiste. Le donne, tranne rarissime eccezioni nell’ambito di relazioni strette già esistenti – non si prestano a portare a termine una gravidanza per altri se non ricevono un compenso, in alcuni paesi ufficialmente sottoposto a un tetto (facile da aggirare)».

ricorrono alla maternità surrogata grazie alla disponibilità e al senso di solidarietà dell'altra⁵⁷.

D'altra parte, «In sé stessa la gestazione per altri è semplicemente l'applicazione della procreazione medicalmente assistita a contesti nuovi dal punto di vista sociale»⁵⁸: l'attenzione si sposta quindi dal piano tecnico delle possibilità al piano di ciò che oggi può fare bene alla società presente e futura. Potere dare un figlio a chi non può averlo «porta a considerare la Gpa, intesa come atto solidaristico, compatibile con un'etica laica, ma anche non necessariamente in contrasto con la fede cristiana» (Doc. p. 6) e d'altra parte, l'autodeterminazione che viene riconosciuta negli ordinamenti nelle scelte che riguardano il corpo e la salute, si pensi all'aborto, all'eutanasia, alla possibilità di rifiutare un vaccino (come la pandemia da Covid-19 ha evidenziato), al consenso informato o al diritto di rifiutare un trattamento sanitario ex art. 32 Cost., è talmente radicata nel mondo occidentale da fare ritenere la gestazione per altri una espressione del principio di autonomia dell'individuo, caratteristico dell'odierna prassi biomedica di indirizzo anti-paternalistico.

L'ultimo paragrafo del Documento è invece incentrato sulla riflessione teologica di tale pratica che porta sostanzialmente a due quesiti che, rispettivamente, riguardano «l'idea di dono nell'orizzonte della genitorialità» e «la relazione che si instaura tra i committenti e la gestante». Quanto al primo aspetto rileva che dal momento che la riproduzione artificiale non si differenzia nella sua essenza dalla riproduzione naturale, i figli che ne nascono sono sempre da considerarsi dei doni «liberamente accolti e scelti, fatti di molteplici aspettative, desideri e sentimenti, tra i quali la gratitudine verso Dio» (Doc. p. 8).

Circa il secondo aspetto, invece, rileva invece la relazione che si viene a creare tra i genitori committenti, la gestante e il figlio che deve essere scevra da forme di funzionalizzazione dell'essere umano dal momento che tale prospettiva è rigettata dalla teologia. Ciò implica in linea di principio che, se al contrario sussiste una piena libertà nelle scelte dei committenti e soprattutto in capo alla gestante surrogata, non vi è motivo di non ricorrere a questa pratica. La gestante, nella sua libera autodeterminazione non solo ne è responsabile, ma viene altresì coinvolta «dall'annuncio di liberazione dell'evangelo» e le sue scelte devono ricevere pieno

57. Serena Marchi, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, Fandango, 2017.

58. Queste le parole di Ilenya Goss, teologa valdese nell'intervista rilasciata su <https://ilpunto.it/> il 7 dicembre 2023 dal tema "Gestazione per altri: un tema controverso".



riconoscimento «nel carattere specifico delle potenzialità della sua fisiologia, del proprio orizzonte di senso ed eventualmente di fede».

Pur non trovando le considerazioni su esposte una piena unanimità, soprattutto in merito alla Gpa commerciale, la Commissione concorda invece nel ritenere necessario distinguere tra Gpa altruistica e Gpa commerciale, dal momento che la prima è considerabile come eticamente legittima, e altrettanto necessaria è l'adozione di una regolamentazione a livello sia nazionale che sovranazionale che individui linee-guida sia per i committenti sia per le gestanti, che queste ultime siano garantite e tutelate nell'esercizio del loro diritto che, ricordiamo, deve essere libero, sia per il minore.

La Commissione condanna poi «qualsiasi norma di legge che, a scapito dell'interesse del minore, per disincentivare la pratica della Gpa faccia ripercuotere negativamente sul nato le condotte degli adulti che hanno scelto di utilizzare la GPA» (Doc. p. 9).

3. Libertà

3.1. Conclusioni

Abbiamo visto come nel nostro ordinamento e per il Magistero della Chiesa, mettere a disposizione il proprio corpo per consentire ad altri di avere figli è un atto considerato inaccettabile e contrario alla dignità umana, dal momento che contrasta con la sacralizzazione della famiglia "naturale" e col processo procreativo che da essa discende. La dignità umana che si ritiene violata, peraltro, è un concetto la cui definizione appare sicuramente problematica dal momento che conserva un contenuto estremamente indeterminato tanto che, contrariamente a quanto avviene nelle Costituzioni di altri Paesi ed in molti atti di diritto internazionale o sovranazionale, nella Costituzione italiana difetta una definizione del concetto in questione ed una sua, per quanto generica, collocazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

La dignità dell'uomo quale principio costituzionale pare trovare fondamento nell'istanza egualitaria di cui all'art. 3 Cost., ed in particolare attraverso quella serie di divieti di discriminazione ai quali il primo comma dell'articolo fa riferimento. La giurisprudenza costituzionale, sin dai primissimi anni, ha costantemente riservato una particolare attenzione al concetto di dignità richiamandolo nelle diverse sfaccettature che esso assume, lette sotto l'ottica del principio personalista che, assieme a quello egualitario, sorregge il grande edificio del costituzionalismo

contemporaneo⁵⁹. La dignità è attribuita alla persona in quanto tale, «independentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata» (C. cost., sent. n. 13 del 1994, ma anche la sentenza n. 293 del 2000 in cui si definisce dignità della persona umana come valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo). Essa si identifica con la persona, dal momento che privare un individuo della sua dignità significa negargli della sua stessa umanità⁶⁰. È pertanto compito della magistratura, e dei giudici costituzionali soprattutto, di vigilare affinché essa venga tutelata e non venga invece utilizzata per attuare «violenze sociali e culturali ad essa apparentemente ispirate»⁶¹. Più volte nelle materie bioeticamente sensibili si è fatto ricorso al concetto di dignità, basti pensare alla possibilità di rifiuto delle cure ex art. 32 Cost. che trova proprio nella tutela della dignità della persona umana la sua giustificazione, nella prospettiva di non realizzare un accanimento terapeutico⁶² o ancora al diritto di aborto per cui l'art. 14, l. 194/1978, stabilisce che «i procedimenti abortivi [...] devono comunque essere attuati in modo da rispettare la dignità personale della donna»⁶³. In materia di maternità surrogata però, le argomentazioni della Corte costituzionale e delle Sezioni unite di Cassazione, si sono perlopiù concentrate a tute-

59. Gaetano Silvestrini, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, consultabile in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

60. Cfr. Mario Bellocchi e Paolo Passaglia, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese. Roma, Palazzo della Consulta, 30 settembre-1° ottobre 2007, rinvenibile in www.cortecostituzionale.it; Giovanni M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in «Riv. AIC», n.4, 2014.

61. Gaetano Silvestrini, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità*, cit.

62. Federica Botti, *Bioetica e diritto*, cit.

63. Lorenzo Chieffi, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista*, in «Rass. Dir. Pub. Eu.», n. 1, 2013; Francesco Di Ciommo, *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, in Quaderno n. 2 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore - sede di Piacenza, Tricase, 2010; Jörg Luther, *Dignità e ragionevolezza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di Augusto Cerri, vol. II, Roma, Aracne, 2007, p. 185 ss.; Dios Vial Correa J. De, Elio Sgreccia, *Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita. Le sfide del contesto culturale contemporaneo*, Atti della ottava assemblea della Pontificia Accademia per la Vita, 25-27 febbraio 2002, Città del Vaticano, 2003.



lare, tramite l'ordine pubblico internazionale, la dignità *oggettiva* delle donne⁶⁴, soffermandosi sullo sfruttamento di quelle più vulnerabili che potrebbero essere spinte a offrire la propria capacità riproduttiva al servizio di altri in cambio di un pagamento in base al quale, inoltre, vari intermediari possono trarre un guadagno⁶⁵. Porre l'accento sullo sfruttamento delle gestanti per impedire la maternità surrogata non sembra comunque una questione dirimente, dal momento che, se è vero che può accadere in determinate realtà, è altrettanto vero che così si rischia di cadere negli stereotipi che tratteggiano le gestanti per altri «come ragazze povere, fragili, prive di cultura, irretite dalla possibilità di un guadagno conseguente a questa modalità dell'uso del proprio corpo» e le coppie che richiedono la gestazione per altri «descritte come ricche e in età avanzata con egoistiche ambizioni di genitorialità tardiva ed incapaci di generare figli propri per raggiunti limiti biologici d'età»⁶⁶. Si genera un contrasto pressoché insanabile tra l'autodeterminazione sulle scelte procreative e l'autonomia privata: due ambiti che paiono dovere rimanere completamente separati⁶⁷. La dignità, intesa in senso oggettivo, che comporta, cioè, l'impossibilità di strumentalizzazione e autostrumentalizzazione dell'essere umano, è fondamentalmente espressione di uno Stato che rischia di divenire pericolosamente etico, facendo soccombere la libertà di autodeterminazione delle donne che decidono di prestarsi a questa pratica, con le motivazioni più varie, «finanche di ordine religioso»⁶⁸. Ciò è tendenzialmente dovuto al fatto che, nel caso di specie, la maternità si colloca al centro di poteri sociali forti come la religione, lo stesso diritto, o anche la medicina, e d'interessi economici, e le donne si trovano compresse nella scelta su come e se diventare madri o su come

64. In dottrina in senso adesivo a questa prospettiva cfr. Michele Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in «Riv. Dir. Civ.», n. 2, marzo-aprile 2023, pp. 387 ss.; Mirzia Bianca, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in «Giust. Ins.», 6 febbraio 2023.

65. Daniela Danna, *Contract Children. Questioning Surrogacy*, Stuttgart, Ibidem, 2015, p. 150 ss.

66. Marco Annoni, *Le ragioni dell'etica "Gestazione per altri" e infertilità: parliamone seriamente. Una riflessione etica e scientifica sulla gestazione per altri, o maternità surrogata*, in www.fondazioneveronesi.it.

67. Maurizio Di Masi, *Sei cappelli per pensare la gpa e la tutela dei minori*, in «Biolaw», n. 3, 2023, p. 167.

68. *Ibidem*.

disporre del proprio corpo⁶⁹. D'altra parte, i progressi delle tecniche riproduttive e i cambiamenti sociali da decenni in corso nelle società più evolute sembrano ormai avere superato la convinzione sociale per cui i figli si possono ottenere solo per via naturale e l'individuazione della madre in solo colei che partorisce, facendo emergere la diffusa consapevolezza per cui, per una parte dell'opinione pubblica, è meglio affidarsi ad una concezione soggettiva della dignità umana, che comporta che non può ritenersi indegno ciò che il singolo reputa per sé degno, e viceversa⁷⁰, per cui la dignità è strettamente correlata all'autodeterminazione individuale⁷¹. Così procedendo l'autodeterminazione della donna gestante verrebbe garantita sia in un'ottica commerciale, che potrebbe essere vista come una scelta legittima da parte di donne che desiderano aumentare il proprio benessere economico⁷² sia solidaristica. Il fatto poi che la Gpa non costituisca un reato universale e sia lecito praticarla all'estero pone il legislatore e la giurisprudenza italiane a dovere fare fronte alle continue richieste di coppie (omosessuali ed eterosessuali) che si avvalgono di questa procedura fuori dall'Italia commettendo (quello che in Italia è) un reato, e che vogliono vedersi riconosciuto il diritto alla genitorialità. Ma in questo caso, l'interesse da proteggere si sposta necessariamente sul nato che si trova compresso tra una madre surrogata (che contrattualmente ha deciso di cederlo) e la volontà dei committenti di adottarlo o comunque di vederlo riconosciuto all'interno del loro gruppo familiare. Indubbiamente la presenza di una terza persona al di fuori della coppia pone, oltre le questioni di cui *supra*, anche l'attenzione sulla gravosità

69. Si pensi anche al rapporto tra autodeterminazione, costituzionalmente tutelata, e autonomia privata nel caso della prostituzione, soprattutto considerando il fatto che essa, in taluni ordinamenti, è legale, cfr. Maria Rosaria Marella, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in *Trattato di Biodiritto*, a cura di Stefano Rodotà-Paolo Zatti, vol. II, Milano, Giuffrè, 2012; Luca Cruciani, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico - buon costume alla dignità*, in Umberto Breccia, Alessandro Pizzorusso, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di Roberto Romboli, Pisa, PLUS-Pisa University Press, 2007, pp. 197 ss.

70. Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, Laterza, 2012, p. 210: «la vita degna di essere vissuta [...] è quella che la persona autonomamente costruisce come tale».

71. Giuseppe Cricenti, *Gli atti di disposizione del corpo come atti self regarding*, in «Giur. it.», 2021, pp. 1503 ss.

72. Federica Botti, *Bioetica e diritto*, cit.; Fiorella Giacalone, *La fabbricazione del figlio tra genetica e diritto. Il corpo femminile quale laboratorio biopolitico*, in «EtnoAntropologia», n. 7, 2019, pp. 63-86.

dell'impegno che si assume: sia rispetto alle cure mediche, peraltro identiche a quelle a cui si sottopone la donna che ricorre alla Pma (omologa od eterologa che sia), quindi non si comprende perché esse debbano essere considerate contrarie alla dignità della donna madre surrogata e non anche per la donna madre biologica⁷³; sia per quello che riguarda il riflesso che tale procedura può avere sul nato. In quest'ultimo caso, chi è contrario alla maternità surrogata (e che normalmente è contrario anche alle pratiche di Pma consentite in Italia), normalmente sottolinea le conseguenze psico-fisiche dei bambini partoriti da donna estranea alla coppia e cresciuti con i propri genitori biologici, oltre alle conseguenze a cui il bambino va incontro se i genitori sono una coppia omosessuale. Tali osservazioni, tuttavia, si scontrano con l'evidenza degli studi scientifici internazionali riguardanti il benessere psico-fisico dei bimbi partoriti, e che ormai hanno assunto una certa consistenza, concordi nel dimostrare che «il benessere di tali figli è determinato dalla quantità di cure e di amore ricevuto in vita sin dai primi istanti e non certo dalle modalità con le quali sono venuti al mondo. Men che meno dal sesso e dagli orientamenti sessuali dei genitori. Negli studi approntati con rigore scientifico i parametri che definiscono tale stato di benessere e confrontando bambini nati in modo tradizionale con quelli nati con gestazione per altri, cresciuti sia da coppie eterosessuali che da coppie omosessuali, si è constatato che i nati per Gpa non riportano deficienza alcuna nei confronti dei primi»⁷⁴.

Ma forse queste sulla Gpa sono polemiche che non tra molto tempo non avranno più ragion d'essere. Ormai, fortunatamente, i progressi della scienza medica sono tali e tanti, da rendere questa pratica superata in un arco di tempo relativamente breve. La possibilità di potere ricorrere al trapianto di utero, per esempio, trapianto peraltro temporaneo in quanto

73. Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162: la maternità surrogata «tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna. La gestazione per altri lede la dignità della donna e la sua libertà anche perché durante la gravidanza essa è sottoposta ad una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti causate dalla privazione dell'allattamento e dalla rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino».

74. Marco Annoni, *Le ragioni dell'etica*, cit.

finalizzato alla procreazione dal momento che l'organo è rimosso subito dopo la gravidanza, e tecnica a oggi sperimentale in Italia⁷⁵, risolve inevitabilmente il problema del desiderio procreativo e genitoriale di tutte le coppie che per problemi legati all'impossibilità di riprodursi della donna con patologie all'utero, sono costrette ad accedere alla maternità surrogata, ma anche qui, il problema etico comunque lo si rinviene. Se l'utero donato proviene da cadavere, niente da dire, ma, in caso di donazione da vivente (in Italia ancora non prevista), dove di solito la donatrice di utero è la madre o la suocera della ricevente, rimane comunque lecita? Donare l'utero, non potrebbe essere anch'esso visto come una indebita menomazione del proprio corpo di un organo che sebbene non sia vitale, contribuisce a creare la vita? Non si rinviene anche qui una lesione della dignità della donna che dona l'utero, dal momento che essa rinuncia per sempre alla possibilità di vedersi realizzata come madre e come donna?⁷⁶ La risposta risiede nella disciplina che in Italia regola la donazione di organi, alla quale peraltro si fa riferimento anche per la donazione di gameti, ovociti, tessuti, cellule che interessano le pratiche di Pma. E

75. Nell'agosto 2020 è stato eseguito nell'Ospedale Cannizzaro (CT), il primo trapianto di utero in Italia, operazione andata felicemente a termine e che ha portato, grazie poi alle tecniche di Pma, alla nascita della prima bambina in Italia nata da questa pratica. Il trapianto è stato consentito in virtù dell'approvazione del Protocollo sperimentale per il trapianto di utero, approvato nel 2018 dal Centro nazionale trapianti. Il protocollo sperimentale prevede un percorso clinico-assistenziale della durata di 3 anni con il trattamento di 2 o 3 pazienti ogni anno con due finalità: l'esito favorevole del trapianto da un punto di vista funzionale e l'esito positivo della gravidanza, attraverso tecniche di Pma e tramite taglio cesareo. Il protocollo è rigido e non praticabile alle donne con età superiore ai 40 anni. L'indicazione principale del trapianto è l'infertilità assoluta del fattore uterino congenita (assenza di utero per Sindrome di Mayer-Rokitanski-Kuser-Hauser) o a seguito di isterectomia per neoplasie o complicanze ostetriche. Le donne candidabili al trapianto di utero devono avere una normale funzione ovarica e rispondere ai requisiti legali per l'accesso alla Pma. Perché possa effettuarsi il trapianto viene, inoltre, richiesto che la ricevente abbia un'anamnesi negativa per patologie oncologiche e sia senza pregresse gravidanze a termine con esito positivo. Secondo il Protocollo vi è inoltre una specifica valutazione psicologica e psichiatrica per verificare l'effettiva motivazione ad eseguire il trapianto e le implicazioni psicologiche connesse al trapianto stesso, al possibile fallimento dell'intervento e della gravidanza. V.: www.trapiantionline.com.

76. La mancanza di un utero funzionale rende la donatrice assolutamente sterile, evento considerato dall'OMS come una disabilità. Tuttavia, tra gli aspetti positivi, si rileva che, a differenza di altri trapianti di organi, trattandosi di un trapianto temporaneo non vi è alcun onere di soppressione immunitaria per tutta la vita, poiché l'utero trapiantato viene rimosso chirurgicamente una volta che ha raggiunto la sua funzione fertile (v.: Protocollo sperimentale).



a questa stessa disciplina potrebbero fare affidamento le madri surrogate, togliendo così ogni dubbio sulla lesione della loro dignità qualora venissero indicate idonee. La gestante potrebbe poi essere garantita ulteriormente, prevedendo, come accade in taluni degli ordinamenti che legittimano la maternità surrogata, che ella sia già madre, per esempio, ritenendo che avere già avuto una gravidanza comporta una maggiore consapevolezza della decisione che assume, o ancora il diritto di recedere dall'accordo senza penalità in qualsiasi momento e, dopo il parto, il diritto al ripensamento entro un ragionevole termine.

Vietare totalmente la maternità surrogata nel periodo di forte cambiamento sociale che stiamo vivendo può essere una occasione persa dal momento che l'accessibilità a questo istituto è comunque garantita fuori dall'Italia e continuare a negarla significa non riuscire ad interpretare le esigenze di una società sempre più complessa e mutata.

Le nuove frontiere della funzione educativa genitoriale: il diritto dei genitori di avviare la prole al proprio credo

Monia Ciravegna*

1. La famiglia: primo luogo di trasmissione delle convinzioni religiose

La famiglia¹ rappresenta indiscutibilmente «la sede primaria in cui ciascuna cultura viene praticata e trasmessa»², quale formazione socia-

* Università di Torino.

1. Sebbene l'art. 29 Cost. si riferisca espressamente a un preciso modello di famiglia, ossia quella fondata sul matrimonio, l'ordinamento ha ormai equiparato – per quanto rileva in questa sede – le unioni di consacrazione matrimoniale alle unioni “di fatto”. Osserva Giuseppe Dalla Torre, *Matrimonio e famiglia tra laicità e libertà religiosa*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2018, n. 22, p. 13, che pare «superata – nonostante il dato costituzionale (art. 29) – 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», trovando una conferma della riaffermazione di una concezione contrattualistica del matrimonio nella legge 76/2016 sulle unioni civili e i contratti di convivenza.

2. Pierangela Floris, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, in «Quad. dir. pol. eccles.», 2000, n. 1, pp. 191 ss. In Maria Luisa Lo Giacco, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2007, pp. 1-8, a riprova dell'importanza del ruolo educativo genitoriale nella trasmissione dei principi e valori della società, si evidenzia il ricorso da parte di alcuni regimi politici alla predisposizione di norme che limitano la libertà educativa dei genitori allo scopo di imprimere nella società una determinata ideologia, riportando numerosi esempi pratici.

le, forse la più significativa, riconosciuta e garantita dall'articolo 2 della Costituzione italiana. Ogni nucleo familiare si presenta come una *cellula primaria della società*, espressione utilizzata per descrivere la famiglia in numerosi documenti internazionali sui diritti umani³, in cui i beni e gli interessi dei singoli componenti necessitano di essere coordinati al fine di realizzare il bene comune e l'unità familiare⁴.

Il fattore religioso nell'ambito della famiglia non fa certo eccezione a questa regola generale di raccordo tra contrapposte esigenze, essendo il diritto di libertà religiosa di ciascun componente legato da un vincolo di interdipendenza alla posizione giuridica soggettiva degli altri membri del nucleo.

Nella famiglia con figli, per giunta, l'esercizio del diritto di libertà religiosa da parte dell'adulto non solo deve essere coordinato con l'equivalente diritto del *partner* e – come si vedrà in seguito – dei figli, ma si interseca anche con il delicato tema dell'educazione della prole⁵.

La funzione educativa genitoriale è, infatti, rimessa dal testo costituzionale nelle mani di entrambi i genitori, che dunque vi concorrono in misura paritaria, ed è declinata in forma ambivalente, quale diritto-dovere⁶ di ciascuno di essi, cui peraltro corrisponde una posizione giuridica

3. Si ricordano *ex multis*: la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo (10 dicembre 1948) che definisce la famiglia il «nucleo naturale e fondamentale della società» (art. 16); il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (art. 23) e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (art. 10) che richiamano con riguardo alla famiglia il concetto di «nucleo naturale e fondamentale della società»; l'art. 33 della Carta Araba dei diritti dell'uomo (15 settembre 1994) che la definisce «naturale e fondamentale cellula della società»; la Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (28 giugno 1981) ove si legge che la famiglia «è l'elemento naturale e la base della società» (art. 18); la Convenzione sui diritti del fanciullo (20 novembre 1989) che la definisce come la «unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare dei fanciulli».

4. Come rileva Giovanni Furguele, *Libertà di manifestazione del pensiero e famiglia*, in «Dir. fam.», 1966, pp. 1810 ss., analoga problematica si pone in relazione ad altri diritti individuali costituzionalmente sanciti, ovvero in relazione a qualsiasi situazione «di interesse giuridicamente riconosciuto e garantito che venga a contatto con un bene diverso ed egualmente protetto».

5. In questo senso Pierangela Floris, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2000, n. 1, p. 194: «una volta connesso al ruolo di genitore, anche il diritto di libertà religiosa è destinato ad assumere una rilevanza mai piena e diretta, ma solo come parte o aspetto di quei diritti-doveri che fanno capo complessivamente al genitore, e che sono entrambi 'vincolati' nell'esercizio alla cura degli interessi/diritti della prole».

6. Nell'esercitare la funzione educativa ciascun genitore è titolare di una posizione

soggettiva attiva del minore, che ha diritto di ricevere dai propri genitori un'educazione. L'educazione a sfondo religioso rientra a pieno titolo nella funzione educativa genitoriale delineata dal testo costituzionale, in ragione della lettura in combinato disposto degli articoli 19 e 30 della Costituzione italiana; il diritto riconosciuto a ciascuno di propagandare il proprio credo trova certamente applicazione anche in ambito familiare, e in particolar modo nei riguardi della prole, seppur con i limiti di cui si dirà *infra*.

2. L'educazione religiosa della prole e l'evoluzione del diritto di famiglia

Le disposizioni ordinarie che regolano il diritto di famiglia e l'esercizio della – oggi denominata – responsabilità genitoriale, hanno diretta incidenza sulla funzione educativa e, correlativamente, sul tema dell'educazione religiosa della prole. L'importante evoluzione – *rectius rivoluzione* – che ha interessato il diritto di famiglia negli ultimi cinquant'anni ha avuto dunque significativi riflessi sul presente tema e merita di essere brevemente ripercorsa.

Nella famiglia delineata dal Codice Civile del 1942 e governata dalla *patria potestà*, la funzione educativa era rimessa nelle mani del solo padre⁷, cui dunque spettavano le decisioni ultime anche in materia di indirizzo religioso dei figli.

Merito della riforma del diritto di famiglia del 1975 fu certamente quello di aver recepito anche a livello codicistico il principio costituzionale di parità tra i genitori, anche con riguardo al diritto-dovere di educazione religiosa. Ma non solo.

giuridica soggettiva, attiva e passiva al tempo stesso, affermando l'art. 30 Cost. che «è dovere e diritto dei genitori [...] educare i figli».

7. Il codice del 1942 riconosceva al marito-padre una supremazia nelle scelte educative della prole; persino al padre – e solo a questi – ai sensi dell'art. 319 c.c., oggi abrogato, era concesso di ottenere, ove non fosse riuscito a «frenare la cattiva condotta del figlio», un provvedimento presidenziale di autorizzazione all'internamento in un istituto di correzione. L'esercizio della *patria potestà* poteva anche proseguire *post mortem*, essendo concesso al padre di impartire alla madre superstite, per testamento, le condizioni per l'educazione dei figli (art. 338 c.c. oggi abrogato). In proposito si segnala una risalente pronuncia in cui era stata ritenuta legittima la disposizione testamentaria con cui il padre, di religione ebraica, aveva impartito alla madre, di religione cattolica, di educare la figlia all'ebraismo, nonostante la genitrice volesse disattendere la prescrizione (App. Torino, 9 giugno 1888, in «Foro It.», 1888, I, p. 1016).

Nell'impianto riformato del diritto di famiglia, quella che assunse la denominazione di potestà (oggi responsabilità) genitoriale, era per la prima volta concepita come un *officium* esercitato sì in misura paritaria da entrambi i genitori, ma conferito loro nell'*interesse esclusivo dei figli*, che deve dunque mirare alla promozione della personalità del figlio, piuttosto che a una mera trasmissione dei pensieri, delle credenze e delle opinioni dei genitori. Il suo esercizio, pertanto, è strumentale all'adempimento della funzione educativa cui i genitori sono chiamati, che è esercitata nell'ambito di «una complessa realtà che vede, da un lato, i minori come soggetti attivi del rapporto educativo e, dall'altro, lo sviluppo e la maturazione della loro personalità come finalità essenziale ed inderogabile del dovere-diritto di educare»⁸.

La Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1989, ha poi rappresentato la chiave di volta del sistema internazionale di tutela dei diritti dei minori; il minore è infatti delineato come un soggetto titolare di un interesse superiore, capace di fungere da criterio orientativo di tutte le decisioni che lo riguardano, assunte dalle istituzioni e dal legislatore degli Stati sottoscriventi.

Negli anni successivi, all'accentuarsi della centralità del minore e del suo preminente interesse quale faro orientativo delle scelte che lo riguardano, ha fatto eco un crescente rilievo della posizione giuridica soggettiva attiva della prole nell'ambito dell'educazione religiosa familiare. Il minore diviene un ulteriore soggetto la cui libertà religiosa necessita di essere temperata con la corrispondente libertà degli altri componenti della famiglia e al quale è riconosciuto un certo margine di autodeterminazione nel percorso educativo delineato dai genitori; tuttavia, trattandosi di soggetto *in crescita*, questo spazio di autodeterminazione assumerà maggiore ampiezza proporzionalmente all'acquisita capacità di discernimento⁹.

8. In tal senso da David Durisotto, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Tricase, Libellula Edizioni, 2010, p. 49, che richiama a sua volta Luciano Guerzoni, *Poteri dei genitori, educazione religiosa e libertà religiosa del minore*, in «Città e reg.», 1977, n. 7, p. 178.

9. Se in un primo momento il riferimento era alla "maturità" acquisita dal minore, l'ordinamento ha oggi preferito il riferimento alla capacità di discernimento, che si rinviene negli artt. 315-bis, 336-bis e 337-octies c.c., così come modificati dalla legge 219/2012 e dal d.lgs. 154/2013, in coerenza con le disposizioni internazionali ed europee, in particolare con quanto previsto dall'art. 12 della Convenzione dell'Infanzia e dell'Adolescenza e dall'art. 6 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del minore. Gli artt. 336 bis e 337 octies, c.c. sono stati da ultimo abrogati dal D. Lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 (c.d. "Riforma Cartabia"), ma il relativo contenuto è confluito negli artt.

Nello svolgimento della funzione educativa genitoriale, anche a sfondo religioso, i genitori hanno dunque il dovere rispettare le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni della prole¹⁰, dovere che riflette un correlativo diritto del figlio a che tali elementi siano tenuti in debita considerazione dai genitori¹¹.

3. Il conflitto genitoriale sulle scelte educative a sfondo religioso

Il delineato quadro risulta certamente coerente con le disposizioni costituzionali e rispettoso delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli componenti della famiglia. Tuttavia, ove il nucleo familiare non condivida il medesimo orientamento religioso, l'individuazione materiale del limite all'esercizio del diritto di libertà religiosa del singolo, necessario a consentire il rispetto del corrispondente diritto dell'altro componente della famiglia, può rivelarsi particolarmente arduo, non solo nel rapporto tra i genitori, ma altresì nel rapporto tra genitori e figli.

La giurisprudenza ha avuto da tempo modo di confrontarsi con simili questioni, apportando un rilevante contributo nel delineare in concreto quali siano la portata e i limiti dell'esercizio del diritto di libertà religiosa in ambito familiare e in particolare dei genitori nel trasmettere alla prole le proprie credenze.

Sotto il profilo processuale due sono i casi in cui l'autorità giudiziaria può essere chiamata a intervenire su simili questioni: ove emerga un conflitto genitoriale sulle scelte educative a sfondo religioso della prole nella fase patologica della coppia, ossia nei procedimenti di separazione, divorzio e di affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio¹², ovvero nelle ipotesi di intervento del giudice ai sensi dell'art. 316, secondo comma, c.c., ossia su espresso ricorso dei genitori di un nucleo familiare unito in contrasto tra loro sulle scelte educative¹³. Con riguardo alla seconda

473bis.4 e 473bis.5 c.p.c.

10. Art. 147 c.c. come modificato dal d.lgs. 154/2013 (in vigore dal 7 febbraio 2014).

11. Art. 315-bis, primo comma, c.c., inserito dalla legge 219/2012.

12. In caso di contrasto tra genitori separati in merito alle decisioni di maggior interesse per la prole, ex art. 337-ter comma terzo cc la decisione è rimessa al giudice, che deve seguire il criterio guida del superiore interesse, morale e materiale, del minore coinvolto (Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2023 n. 6802, in <https://bitly.ws/35fbz>).

13. L'art. 316 c.c. prevede la possibilità di un ricorso all'autorità giudiziaria senza formalità; il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia

ipotesi la giurisprudenza non è particolarmente ricca, così come di rado è il minore ad azionare un procedimento giudiziale per contrasto con uno o entrambi i genitori sulle scelte educative che lo riguardano, pur trattandosi di procedura astrattamente consentita dal codice di rito. La quasi totalità delle pronunce intervenute in tema di esercizio del diritto-dovere di educazione religiosa della prole è, per contro, relativa all'assunzione di provvedimenti di regolamentazione della responsabilità genitoriale al termine del rapporto di coppia.

In seguito all'introduzione della legge sul divorzio (1970), il tema dell'educazione religiosa della prole è stato spesso il terreno di scontro dei genitori separandi di diversa fede, che hanno cercato di strumentalizzare l'appartenenza confessionale ai fini della scelta del genitore affidatario.

Sin dagli anni Ottanta è ormai consolidato il principio per cui l'appartenenza confessionale non può rappresentare *il* criterio per l'affidamento della prole in sede di separazione, in quanto esercizio di un diritto di rango costituzionale del genitore; principio peraltro ribadito anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel celebre caso *Hoffmann c. Austria* del 1993¹⁴.

compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, tenta di raggiungere una soluzione concordata e, ove questa non sia possibile, adotta la soluzione che ritiene più adeguata all'interesse del figlio. La norma trova applicazione in tutte quelle ipotesi di conflitto genitoriale sulle questioni di "maggior interesse" per la prole («questioni di particolare importanza»), tra le quali rientrano certamente quelle inerenti alla religione; in tal senso si è espressa più volte la Corte di cassazione (Cass. civ., 27 febbraio 1985 n. 1714, in «Giust. civ.», 1985, I, pp. 2565 ss.; Cass. civ. 23 agosto 1985 n. 4498, in «Nuova giur. civ. comm.», 1986, I, p. 125; Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 1995 n. 1401, in «Fam. e dir.», 1995, pp. 351 ss. e in «Quad. dir. pol. eccl.», 1995, III, pp. 954 ss.).

14. Caso *Hoffman v. Austria*, Corte eur. dir. uomo 23 giugno 1993, in «Riv. int. dir. uomo», 1993, p. 473 (traduzione italiana). Nel caso di specie la signora Hoffmann aveva fatto ricorso alla Corte europea lamentando la violazione degli artt. 8 e 14 C.E.D.U. da parte della Suprema Corte austriaca, che aveva attribuito i diritti parentali sui figli all'ex-marito cattolico (la decisione impugnata risaliva al 3 settembre 1986). La donna, dopo la celebrazione del matrimonio, aveva aderito al movimento dei Testimoni di Geova e questa conversione era stata ritenuta decisiva nella scelta del genitore affidatario. Era stato applicato al caso l'art. 2 par. 2 della legge tedesca del 15 luglio 1921 sull'istruzione religiosa dei figli, incorporata nella legislazione austriaca nel 1939, ai sensi della quale «finché il matrimonio sussiste nessuno dei due genitori può decidere senza il consenso dell'altro che il figlio sia allevato in una fede diversa da quella seguita da entrambi i genitori all'epoca del matrimonio o da quella in cui lui o lei è stato allevato fino a quel momento». La Suprema Corte austriaca, dunque, in applicazione della citata disposizione, affidò i figli al genitore che li avrebbe educati alla religione cattolica, essendo la

Nel valutare l'interesse del minore e la capacità dei genitori di assolvere ai doveri di educazione e cura, però, il fattore religioso ha spesso assunto rilievo indiretto. Un rilievo che è assolutamente legittimo nelle ipotesi in cui l'appartenenza confessionale del genitore si traduca in *condotte pregiudizievoli* per il figlio, in un'indebita compressione dei suoi diritti e libertà, in un pericolo per la sua crescita¹⁵ ovvero per la sua integrità psico-fisica.

In questo ambito, il concetto di pregiudizievole non deve essere inteso nel senso di "meno vantaggioso" per il minore rispetto ad altre situazioni potenziali, bensì in relazione alla capacità di arrecare un danno all'interesse del minore, a prescindere da ogni valutazione comparativa con altre scelte più o meno ottimali¹⁶. Ne consegue che solamente ove l'appartenenza confessionale del genitore dia luogo a condotte generative di un pregiudizio attuale e concreto¹⁷ per la prole, potrà assumere

fede comune al momento della celebrazione del matrimonio. I giudici austriaci, però, si spinsero oltre, affermando che affidare i figli a un genitore Testimone di Geova equivarrebbe a porre in pericolo il loro benessere, alla luce della nota obiezione alle trasfusioni di sangue e dell'emarginazione sociale che colpisce gli appartenenti al movimento. La Corte Europea accertava la violazione degli artt. 8 e 14 del dettato convenzionale, avendo i giudici austriaci giudicato la donna unicamente in ragione della religione praticata. I giudici europei riscontrarono nel caso in esame una violazione delle norme convenzionali, in quanto una restrizione dei diritti della madre, oltre ad essere assistita da un fine legittimo, avrebbe dovuto essere un mezzo proporzionato al fine perseguito; se il primo requisito poteva ritenersi sussistente, in quanto la protezione dei diritti e della salute dei figli è sicuramente un fine legittimo, difettava il secondo, in quanto l'esclusione della madre dall'esercizio dei diritti parentali è misura sproporzionata in assenza di un pregiudizio concreto per la prole.

15. Sul tema: Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 1999 n. 12077, in «Fam. e dir.», 2000, pp. 77 ss. e in «Quad. dir. pol. eccl.», 2000, III, p. 940; e Trib. Vibo Valentia, ord. 21 febbraio 2000 n. 337 e n. 338, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2000, III, p. 940.

16. In quest'ottica è stato ritenuto pregiudizievole per il minore, tanto da escluderne l'affidamento al genitore autore della condotta e causa di addebito della separazione, il comportamento del padre che, per ragioni religiose, pretendeva che il figlio non guardasse i cartoni animati e per "purificarlo" dagli atti "proibiti" compiuti lo aveva lavato con l'ausilio di una spugna da cucina di ferro (Trib. Napoli, 4 gennaio 2006, in «Corr. merito», 2006, p. 162).

17. Come ha avuto modo di ribadire anche la giurisprudenza comunitaria nel caso *Palau Martinez c. Francia*, Corte eur. dir. uomo, 16 dicembre 2003 (ricorso 64927/2001), in www.hudoc.echr.coe.it, biasimando la decisione della Corte d'Appello francese che aveva affidato i figli al padre, piuttosto che alla madre Testimone di Geova, compiendo valutazioni astratte circa la rigidità dei precetti che tale fede impone ai suoi aderenti e in assenza di concrete indagini sull'impatto che la scelta di vita della madre aveva



rilievo ai fini dell'adozione dei provvedimenti di regolamentazione della responsabilità genitoriale.

Un pregiudizio concreto e attuale per il minore è stato così individuato, ad esempio, nei casi di «rigida osservanza di precetti imposti dall'*estremizzazione* del credo» tale da far contravvenire il genitore ai suoi obblighi genitoriali¹⁸; del pari il continuo cambiamento di sistemazione abitativa, contesto sociale e cultura familiare determinato dalle scelte di vita legate al credo religioso è stato ritenuto lesivo dell'interesse superiore del minore¹⁹, così come una repentina e drastica modifica dell'educazione

sulla prole. La Corte precisa che in assenza di elementi concreti atti a evidenziare come l'appartenenza confessionale della madre determini una ridotta capacità genitoriale, l'elemento di fede è da ritenersi irrilevante ai fini della scelta del genitore affidatario. Dello stesso tenore la pronuncia *Vojnity c. Hungary*, Corte eur. dir. uomo, 12 febbraio 2013 (ricorso 2961/2007), in www.hudoc.echr.coe.it, che ha riscontrato una violazione del dettato convenzionale da parte dei tribunali nazionali ungheresi, i quali avevano negato a un padre persino il diritto di visita dei figli, in ragione della sua adesione a una religione che pratica «una visione del mondo irrazionale», nonostante peraltro la consulenza tecnica eseguita in fase istruttoria avesse deposto a favore della capacità del padre ad assolvere al suo compito educativo e non avesse riscontrato alcun pregiudizio in danno ai minori nell'esercizio da parte sua del diritto di visita.

18. Trib. Bologna, 5 febbraio 1997 n. 247, in «Quad. dir. pol. eccl.», 1998, III, p. 903. Nel caso di specie il padre si era convertito al movimento ebreo ultraortodosso Lubavitch dietro pretesa della moglie, che già vi apparteneva, la quale aveva posto la conversione quale condizione per la celebrazione del matrimonio. La moglie successivamente si era discostata dalla religione, alla quale anche il figlio era stato educato. Il Tribunale, pur affermando di non voler esprimere un giudizio di valore sugli insegnamenti del movimento, lo ritiene particolarmente intollerante e intransigente, capace di pregiudicare lo sviluppo della personalità del minore, ostacolando «non solo la sua libertà di scelta, ma, in futuro, perfino la sua aggregazione alle strutture sociali con le quali egli entrerà inevitabilmente in contatto». Tale movimento, evidenzia il Tribunale, propone e pratica una separazione della società, organizzandosi in comunità totalmente chiuse, e non sarebbe idoneo a garantire un equilibrato e sano sviluppo della personalità del figlio. Per tali ragioni era stato disposto l'affidamento alla madre del minore.

19. In tal senso Trib. Min. di Genova, 16 agosto 1999 n. 504, in «Quad. dir. pol. eccl.», n. 3, 2000, pp. 928 ss. Anche in questo caso si trattava di un genitore appartenente al movimento ebreo ultraortodosso Lubavitch (la madre), genitore affidatario, che vi aveva aderito successivamente alla separazione coniugale. La condotta tenuta dalla madre era particolarmente biasimevole in quanto aveva rapito le figlie, trasferendosi in Israele, e le aveva spinte a aderire al proprio credo, senza che potessero avere contatti col padre (ebreo). Le figlie erano state costrette a continui cambi di abitazione, impedendo loro di sviluppare un processo di socializzazione adeguato. A ciò si aggiungeva la sistematica distruzione della figura paterna, fisicamente estromesso dalla vita delle figlie e accusato di abusi riconosciuti inesistenti in sede di accertamento giudiziario. I giudici affermano che il comportamento della madre, la quale ha aderito ad un movimento

religiosa, se accompagnata da un radicale cambiamento dello stile di vita del minore, tale da porlo in uno stato di disagio e confusione²⁰.

Non mancano, tuttavia, pronunce in cui l'autorità giudiziaria, nell'assumere le decisioni nel preminente interesse del minore, è risultata perlopiù piegata su valutazioni astratte dello "stile di vita" conseguente all'adesione a una determinata fede; così, ad esempio, in alcuni casi è stato escluso l'affidamento della prole al genitore Testimone di Geova, fondando la decisione sulla nota obiezione dei geovisti alle emotrasfusioni, senza che il dato avesse la benché minima attinenza con il caso concreto²¹, ovvero semplicemente evidenziando la natura settaria della comunità, descritta come «chiusa in se stessa e ostile al confronto con qualsivoglia altro interlocutore»²².

Lo stesso principio di esercizio paritario della funzione educativa genitoriale risultava peraltro vanificato in sede di separazione e divorzio, in quanto di fatto rimessa nelle mani dal solo affidatario; la riforma del 2006

particolarmente «totalizzante, integralista e intransigente» per quanto concerne ogni aspetto della vita (dal vestiario, al cibo, alle letture ecc.) coinvolgendo le figlie senza che queste avessero possibilità di scelta, costituisce violazione dei doveri genitoriali. Al padre sono state altresì impartite alcune prescrizioni volte a garantire alle figlie un reinserimento graduale ai modelli culturali alternativi, nell'intento di consentire loro di avere una visione onnicomprensiva del contesto sociale che le circonda al fine di compiere autonomamente scelte coscienti.

20. Come rileva David Durisotto, *Op. cit.*, pp. 91-92, soprattutto ove il minore sia in tenera età.

21. Caso *Hoffman v. Austria*, cit., nonché il successivo caso *Palau Martinez c. Francia*, cit.

22. In tal senso, Trib. Como, sentenza 6 dicembre 2014 n. 2028, in www.neldiritto.net, in cui si afferma «pur astenendosi da ogni intento di discriminazione per ragioni religiose deve ritenersi che la scelta paterna sia maggiormente rispondente all'interesse del piccolo, consentendogli più agevolmente la integrazione nel tessuto sociale e culturale del contesto di appartenenza, il quale, benché notoriamente secolarizzato, resta pur sempre di matrice cattolica (basti pensare al patrimonio artistico italiano ispirato alla dimensione religiosa cattolica, alla aggregazione giovanile suscitata a livello parrocchiale con iniziative per bambini e adolescenti legate al catechismo, oratorio, grest, ecc.); pur con il dovuto rispetto per le credenze della L. non può sottacersi la natura settaria della comunità religiosa cui ella aderisce, chiusa in se stessa e ostile al confronto con qualsivoglia altro interlocutore, essendo legata a una interpretazione formalistica e parziaria di taluni testi vetero-testamentari, che non ha ispirato (almeno in Italia) alcun prodotto letterario o artistico avente dignità culturale». Per un approfondimento sul tema più generale delle discriminazioni nei riguardi del movimento geovista di veda Federico Papini, *I Testimoni di Geova ancora discriminati. Un confronto fra giudici europei e amministratori italiani*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2013, I, pp. 303 ss. e Gerhard Besier, *Limitations of Religious Freedom: On Stereotypes, Prejudice and Social Discrimination*, Zurich, LIT Verlag Münster, 2021, pp. 109 ss.



ha poi ovviato anche a tale criticità, introducendo l'affidamento condiviso della prole in sede di separazione, divorzio e affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio²³, come strumento generale di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale.

In ipotesi di conflitto tra i genitori sulle scelte di fede inerenti la prole in un nucleo familiare non riunito e in regime di affidamento condiviso, la soluzione non può essere individuata, per giurisprudenza ormai consolidata, semplicemente imponendo a entrambi di *astenersi* dall'impartire ai figli *qualunque* educazione religiosa, poiché in tal caso si violerebbe non tanto e non solo il diritto di educazione religiosa dei genitori, ma lo stesso diritto della prole a ricevere un'educazione religiosamente orientata e ad avere relazioni significative con i propri familiari²⁴.

Il principio conosce però un'eccezione ove si tratti di minori infanti (in età prescolare); non mancano infatti pronunce che hanno inibito ai genitori di impartire un'educazione religiosa ai figli fino al raggiungimento dell'età scolare²⁵, al fine di preservarne la salute psico-fisica poiché, in ragione della tenera età, non disponevano delle elementari capacità di recepimento del messaggio religioso. La giurisprudenza, sempre con riguardo ai minori infanti, ha altresì fatto largo ricorso al principio di continuità delle scelte educative a sfondo religioso compiute dai genitori prima della disgregazione della coppia, sebbene non più condivise, evidenziando che ove la prole non abbia una maturità tale per compiere autonomamente una scelta religiosa consapevole, può risultare rispondente al suo preminente interesse non alterarne le abitudini religiose ormai consolidate, al fine di non "destabilizzarla" ulteriormente, essendo già provata dalle ormai note dinamiche che caratterizzano la separazione dei genitori²⁶.

23. In tema di affidamento dei minori, com'è noto, il d.lgs. 154/2013 ha ricondotto alla disciplina di cui agli artt. 337-*bis* ss. c.c. anche la regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio a seguito dello scioglimento della famiglia di fatto, mentre già la precedente legge 219/2012 aveva provveduto a riformulare la normativa eliminando le distinzioni tra figli legittimi e naturali.

24. App. Napoli, 18 luglio 2018 n. 3969, in www.giustiziacivile.com, di riforma della pronuncia di primo grado (Trib. Avellino 8 giugno 2017 n. 1137, in www.dejure.it) che aveva imposto a entrambi i genitori il divieto di impartire alla figlia minore un'educazione religiosa. Secondo il giudice di prime cure la contemporanea educazione a due diverse fedi (cattolica e geovista) avrebbe confuso la minore.

25. Trib. Agrigento, sentenza 24 maggio 2017, in «Foro It.», 2017, 9, I, c. 2871.

26. Nel caso in cui sia, poi, dimostrato che l'esercizio della libertà religiosa del genitore che ha mutato il proprio credo possa turbare la crescita equilibrata del minore, la limitazione del diritto di educazione religiosa dell'adulto trova espressa giustificazione nella

Con larga frequenza il conflitto genitoriale sulle scelte educative a sfondo religioso è stato risolto dell'autorità giudiziaria facendo ricorso a *provvedimenti contenitivi o restrittivi dell'educazione religiosa del genitore*²⁷, che non ineriscono all'educazione religiosa in linea generale, ma attingono a specifici aspetti, come la partecipazione della prole ai riti. Il preminente interesse del minore a una crescita sana ed equilibrata consente infatti l'adozione di simili provvedimenti, purché, in linea con la giurisprudenza precedente, sia accertato un concreto pregiudizio per la prole²⁸ e si sia proceduto, ove possibile, all'ascolto del minore dotato di capacità di discernimento²⁹.

necessità di preservare il *best interest of the child*. Evidenzia Joëlle Long, *Pluralità culturale e diritto minorile*, in *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, a cura di Ilaria Zuanazzi e Maria Chiara Ruscazio, Tricase, 2018, p. 311, che nella valutazione dell'interesse del minore in simili ipotesi assume rilevanza «l'affidamento del minore al mantenimento della situazione ormai consolidatasi e che nel suo interesse sarebbe pregiudizievole mutare».

27. Il ricorso a simili provvedimenti non era del tutto estraneo alle pronunce precedenti alla riforma del 2006 sull'affidamento condiviso, sebbene in tal caso i precetti erano rivolti al solo genitore affidatario, in quanto soggetto cui era affidato in via esclusiva il compito educativo. In tal senso Trib. Forlì, 12 luglio 1995 n. 427 in «Quad. dir. pol. eccl.», 1996, n. 3, pp. 815 ss., Trib. Palermo 12 febbraio 1990, in «Rass. dir. civ.», 1992, p. 128.

28. Sull'impossibilità di impedire ai genitori di condurre la prole alla Sala del Regno dei Testimoni di Geova in assenza dell'accertamento di un concreto pregiudizio per la stessa si veda anche Trib. Foggia, 14 gennaio 2014, in www.dejure.it e Cass. civ., sez. VI, sentenza 19 luglio 2016 n. 14728 in «Guida dir.», 2016, 33, p. 20. In tal senso da ultimo Cass. civ., sez. I, ordinanza 30 agosto 2019 n. 21916, in «Guida dir.», 40, pp. 48 ss. e in <https://bit.ly/2hjaewd>. Afferma la Corte che «in tema di affidamento dei figli, il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice nel fissare le relative modalità, in caso di conflitto genitoriale, è quello del superiore interesse del minore, stante il suo diritto preminente a una crescita sana ed equilibrata» e il perseguimento di tale obiettivo «può comportare anche l'adozione di provvedimenti contenitivi e restrittivi dei diritti individuali di libertà dei genitori, in tema di libertà religiosa e di esercizio del ruolo educativo, ove la loro esplicazione determini conseguenze pregiudizievoli per il figlio compromettendone la salute psicofisica e lo sviluppo». Si precisa poi che «l'accertamento di tale pregiudizio va compiuto in concreto e non può che basarsi sull'osservazione e sull'ascolto del minore». Di simile tenore Cass. civ., sez. I, sentenza 24 maggio 2018 n. 12954, in www.ilfamiliarista.it: nel caso di specie era stato imposto a un genitore il divieto di condurre il minore agli incontri della confessione religiosa abbracciata dopo la fine della convivenza, ritenuti pregiudizievoli per la salute psico-fisica del figlio (la decisione è alla base del caso *T.C. c. Italia*, Corte eur. dir. Uomo, di cui *infra*).

29. Sull'importanza dell'ascolto del minore nella giurisprudenza precedente alla cdt. «Riforma Cartabia» (d. lgs. 149/2022) si rinvia *ex multis* a Cass. civ., sez. I, 30 luglio 2020 n. 16410, in <https://bit.ly/3nbrxyi>.



Il principio è stato ribadito anche recentemente dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ha escluso si ponesse in violazione con il dettato convenzionale³⁰ la decisione assunta dai tribunali italiani di vietare al padre, che aveva abbracciato la fede geovista dopo la separazione, di coinvolgere attivamente la figlia, cresciuta in ambiente cattolico³¹, nella propria pratica religiosa³². Ai fini della decisione ha tuttavia svolto un ruolo dirimente l'audizione della minore, che aveva manifestato un forte disagio nel frequentare l'ambiente geovista, sebbene derivato dell'atteggiamento del padre stesso che, consapevole del dissenso che la madre avrebbe potuto manifestare sul punto, sollecitava la figlia a occultarle la sua partecipazione alle celebrazioni e alle riunioni, costringendola e mentirle³³.

4. Il recente rilievo accordato al *diritto* di educazione religiosa dei genitori

La giurisprudenza richiamata, nel risolvere i conflitti genitoriali in relazione all'educazione religiosa della prole, risulta perlopiù attenta ai riflessi che l'appartenenza confessionale del genitore possa avere sulla sua capacità di assolvere al *dovere* educativo, accordando marginale rilievo al *diritto* del genitore di tramettere ai figli il proprio credo, seppur l'ambivalenza della funzione educativa genitoriale non sia mai stata negata.

30. Sebbene l'istante lamentasse la violazione degli artt. 8 (diritto alla vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazioni) C.E.D.U. e non dell'art. 9, che garantisce la libertà di pensiero, coscienza e religione.

31. La minore a onor del vero risultava cresciuta in ambiente cattolico in quanto aveva frequentato enti di formazione cattolici e il corso di preparazione ai sacramenti (catechismo), ma nessuno dei genitori era però cattolico praticante.

32. Caso *T.C. c. Italia*, Corte eur. dir. uomo, 19 agosto 2022 (ricorso 54032/18), in www.hudoc.echr.coe.it.

33. La decisione è però caratterizzata da due *dissenting opinion*; secondo i giudici dissenzienti le decisioni nazionali avrebbero carattere discriminatorio, in quanto, al loro avviso, oggetto di valutazione avrebbe dovuto essere il conflitto genitoriale sull'educazione religiosa della prole, non tanto la scelta di fede di uno dei genitori, e di conseguenza si sarebbe dovuto concludere con una preclusione di coinvolgimento della minore nelle attività religiose di entrambi i genitori, non del solo padre. Nell'opinione dissenziente la limitazione imposta al padre è altresì ritenuta sproporzionata, essendo stato accertato che il turbamento della minore non era legato alla partecipazione alle funzioni religiose del padre, ma al conflitto genitoriale sulle scelte educative a sfondo religioso che caratterizzava la relazione tra gli adulti.

Nell'ultimo decennio, per contro, si registra nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, una maggiore attenzione alla garanzia del *diritto* di educazione religiosa del genitore; alcune recenti decisioni di merito non si limitano a evidenziare che in assenza del concreto accertamento di un pregiudizio per la prole non possono essere adottati provvedimenti limitativi del diritto genitoriale, ma arrivano a imporre al genitore l'onere di «rispettare il credo dell'altro genitore», senza impedire al figlio di praticare e frequentare le celebrazioni religiose ovvero le attività tradizionali legate al culto³⁴, ribadendo che «i genitori hanno diritto all'insegnamento religioso e al trapasso alla prole delle proprie credenze»³⁵.

Il diritto del genitore necessita tuttavia di essere coordinato con il rilievo che la vigente normativa accorda alla persona del minore, quale centro autonomo di titolarità di diritti, anche in campo religioso. Nella versione riformulata dalla legge 219/2012 dell'art. 315 bis c.c., proprio al fine di riconoscere maggior centralità al ruolo del minore, tanto all'interno del procedimento giudiziario (conferendo maggiori possibilità di ascolto del minore), quanto nella relazione con i genitori (implementando il concetto di responsabilità genitoriale), nel regolamentare i diritti e doveri dei figli, si ribadisce che il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle *sue* capacità, delle *sue* inclinazioni naturali e delle *sue* aspirazioni.

34. In tal senso anche Trib. Pesaro, ordinanza 9 luglio 2020, in <https://bit.ly/36tS-SGb>. Nel caso di specie la madre aveva chiesto la modifica giudiziale delle condizioni di affidamento della figlia minore, nella parte in cui le era fatto divieto di condurla alle riunioni e alle adunanze dei Testimoni di Geova. La richiesta è stata accolta, non ravvisandosi alcun pregiudizio concreto per la minore nel frequentare con la madre tali luoghi di culto o nel prendere parte a tali celebrazioni. La pronuncia è di particolare interesse in quanto nel disporre le modalità di esercizio dell'affidamento della minore espressamente prescrive ai genitori di rispettare le reciproche fedi e di consentire la frequentazione da parte della figlia delle funzioni religiose proprie dell'altro genitore. Dello stesso tenore anche App. Catania, 2 luglio 2015, in www.dejure.it, che ha chiaramente affermato che rappresenta espresso diritto di entrambi i genitori far partecipare i figli alla propria cultura religiosa, cui si accosta il corrispondente diritto del figlio di conoscere entrambe le fedi (nel caso di specie cattolica e musulmana) «in modo da poter operare, una volta adulto, una scelta consapevole».

35. App. Napoli, 18 luglio 2018 n. 3969, in www.giustiziacivile.com, febbraio 2019, che riforma Trib. Avellino 8 giugno 2017 n. 1137, in www.dejure.it, che aveva imposto a entrambi i genitori il divieto di impartire alla figlia un'educazione religiosa in quanto, secondo il giudice di prime cure, la contemporanea educazione a due diverse fedi (cattolica e geovista) avrebbe confuso la minore.

L'obbligo per i genitori di rispettare le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni dei figli viene così a rappresentare un ulteriore limite che contingenta il margine di discrezionalità nelle scelte educative, con conseguente compressione del loro diritto di trasmissione delle opzioni di fede. Pur potendo i genitori educare i figli alla fede che professano, illustrandone il patrimonio dottrinale e il messaggio di fede, dovranno però lasciare loro la possibilità di scegliere «la strada che, secondo il loro criterio, risulti più convincente»³⁶. Ne consegue che nell'ambito familiare il minore sarà educato in conformità alle scelte dei genitori (o del genitore) ma, trascorsi i primi anni di età, e ben prima del compimento del diciottesimo anno, egli potrà esercitare autonomamente il diritto di scegliere la *propria* fede religiosa, anche in contrasto con quella cui è stato indirizzato³⁷.

Ciò comporta l'obbligo per i genitori – e in caso di controversie tra di loro anche l'obbligo del giudice³⁸ – di consultare il minore e di verificarne la volontà prima di assumere le decisioni che lo riguardano anche in ambito religioso, agendo nel rispetto anche del suo diritto di libertà religiosa.

5. I nuovi termini di esercizio della funzione educativa genitoriale a sfondo religioso: il diritto dei genitori di avviare la prole al proprio credo

Il ricostruito quadro di operatività della funzione educativa genitoriale a sfondo religioso induce allora a domandarsi in cosa consista concretamente oggi il diritto di educazione religiosa della prole riconosciuto in capo al genitore.

Esso pare consistere nella trasmissione ai figli degli elementi utili a un *approccio* al fattore religioso, che consenta alla prole stessa «di maturare una *propria, personale libera scelta*»³⁹, una volta acquisita un'adeguata ca-

36. Lorenzo Spinelli, *Diritto ecclesiastico*, Torino, Utet, 1987, pp. 292 ss.

37. In tal senso Arturo Carlo Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1979⁵, e Giacomo Oberto, *Modelli educativi ideologici, culturali e religiosi rispetto al minore di genitori in crisi*, in «Fam. dir.», 2010, p. 518. In giurisprudenza Trib. Min. Venezia, Decr. 8 ottobre 1992, in «Quad. dir. pol. eccl.», n. 3, 1993, pp. 884 ss.

38. Ex artt. 337-ter c.c. e 473bis.4 e 473bis.5 c.p.c.

39. App. Brescia, 4 febbraio 2011, in <https://bit.ly/3qbk4Rh>, in cui il conflitto genitoriale sull'educazione religiosa della figlia è stato risolto dalla Corte disponendo che «ciascuno dei genitori dovrà consentire (alla figlia – N.d.A.) di poter conoscere la pro-

pacità di discernimento. Un diritto riconosciuto all'adulto anche quando non condiviso dall'altro genitore, in quanto prodromico a fornire al minore gli elementi per poter decidere liberamente, al momento opportuno, quale sarà il suo orientamento religioso⁴⁰.

Un *diritto avvio della prole al fattore religioso* che, da un lato, non può certamente attuarsi da parte del genitore con condotte pervasive, non solo perché si sfocerebbe in condotte pregiudizievoli *ex se* per il minore, ma altresì poiché lesivo del diritto di autodeterminazione del figlio, e che, dall'altro, è ben più penetrante della mera informazione circa l'esistenza del credo cui il genitore aderisce, poiché il messaggio educativo deve fornire gli strumenti per l'adozione di una scelta consapevole del minore, dunque con un grado di approfondimento tale da assolvere a questa funzione.

In linea con questa impostazione può leggersi la recente pronuncia della Corte di cassazione⁴¹ che, dirimendo il contrasto tra i genitori separati, ha concluso in senso favorevole alla frequenza dell'ora di religione cattolica da parte della minore. La Corte nella parte motiva, dopo aver posto una necessaria premessa sullo statuto pedagogico dell'ora di religione nella scuola pubblica, correttamente ricordando che si tratta di un insegnamento non già confessionale, ma di «confronto con il momento spirituale della religiosità», ha ritenuto la frequenza dell'insegnamento utile al processo di formazione dell'autodeterminazione in ambito religioso della minore, quale strumento di *avvio* al fattore religioso.

Nel solco di questa interpretazione si pone anche la giurisprudenza più recente della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che nel legittimare i provvedimenti limitativi del coinvolgimento dei minori nelle attività di culto determinati dall'accertamento di un concreto pregiudizio per la prole, evidenzia come tali prescrizioni non impediscano comunque al genitore di comunicare ed esplicitare al figlio le convinzioni religiose professate, così fornendogli gli strumenti per compiere un'autonoma scelta di fede quando avrà maturato un'adeguata capacità di discernimento⁴².

pria fede religiosa praticata e ognuno di essi, inoltre, dovrà seguirla a tale fine personalmente, accompagnandola nella partecipazione alle pratiche di culto ed aiutandola nell'approccio al rito e nell'apprendimento dei dogmi religiosi per permetterle nel proseguo della sua crescita di potere al riguardo maturare la propria, personale, libera scelta».

40. Trib. Cagliari, sentenza n. 494 del 20 febbraio 2020, in <https://bit.ly/325k0r0>.

41. Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2023 n. 6802, in <https://bitly.ws/35fbz>.

42. Il riferimento è al già richiamato caso *T.C. c. Italia*, Corte eur. dir. uomo, 19 agosto



6. Brevi riflessioni conclusive

La recente rilettura della funzione educativa genitoriale a sfondo religioso nei termini di un avvio della prole al fattore religioso, ove concretamente attuabile nel caso concreto, pare rappresentare un buono strumento di coordinamento delle contrapposte esigenze dei membri della famiglia.

Un'opportunità evidente sia nei nuclei in cui i genitori condividono il medesimo orientamento di fede, poiché consente il riconoscimento in capo al minore di uno spazio di autodeterminazione utile alla maturazione di una personale e libera scelta, sia nella famiglia di assetto pluriconfessionale, poiché, oltre a tutelare la posizione giuridica soggettiva del minore, in pari tempo consente a entrambi i genitori diversamente orientati sotto il profilo religioso, di far conoscere alla prole la propria fede.

Nei nuclei in cui i genitori non condividono la stessa professione di fede, a prescindere dal fatto che la coppia sia unita o disgregata, l'opportunità di una rilettura del diritto dei genitori di educare la prole al proprio credo nel senso di un approccio al fattore religioso, è tuttavia maggiormente evidente: è proprio nella famiglia, infatti, quale "cellula primaria della società", che i minori dovrebbero poter sperimentare quell'atteggiamento di rispetto e comprensione verso l'altro e il suo credo, capace di porre le fondamenta per una società davvero multiculturale e multireligiosa.

Parità di genere nella relazione matrimoniale tra *bonum coniugum* (dell'ordinamento canonico) e dovere di solidarietà fra i coniugi (del diritto italiano)

Mariangela Galluccio*

1. Questioni di genere

Nella ricerca storiografica, filosofica ed antropologica il concetto di “genere” rimanda ad una pluralità di piani strettamente connessi¹. Ad un

* Università di Messina.

1. Sul termine “genere” (ingl. =gender), contrapposto alla differenza anatomica e fisiologica esistente tra gli individui (c.d. sex difference), si rinvia a: Mariavita Cambria, *Tra ideologia e manipolazione. Riflessioni su alcune collocazioni linguistiche di gender*, in *Identità di genere e differenza sessuale. Percorsi di studio*, a cura di Marianna Gensabella, Soveria Mannelli, Rubettino, 2017, pp. 319-329; Paola Di Cori, *Dalla storia delle donne a una storia di genere*, in «Rivista di Storia contemporanea», 1987, 4, p. 556. Quanto all'origine della nozione di “genere” essa è da ricercarsi negli studi americani pubblicati intorno alla metà del XX secolo ad opera del sessuologo John Money e dello psichiatra Robert Stoller, in ordine alla non coincidenza fra il sesso biologico e l'identità dell'individuo, riconducibile, invece, a fattori psico-sociali. Sul punto si veda: Tiziana Di Iorio, *Oltre il maschile e il femminile. La famiglia tra i colori del gender*, in «Stato Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2022, n. 2, p. 27. Successivamente, negli anni '70, la discussione sul “genere” si innesta anche nella letteratura femminista con gli scritti della sociologa Ann Oakley e dell'antropologa Gayle Rubin; quest'ultima, infatti, non si limita «ad assumere la distinzione tra sex e gender, interpretando il “genere” come “costruzione sociale”, ma [...] sottopone a critica l'immutabilità dell'ordine simbolico della differenza sessuale [...] dichiarando irrilevante il sesso biologico rispetto all'identità di genere, la quale è il risultato di una costruzione sociale e culturale». Così Caterina Resta, *Sui generis*, in *Identità di genere e differenza sessuale. Percorsi di studio*, a cura di Marianna Gensabella, Soveria Mannelli, Rubettino, 2017, pp. 283-284.



primo livello, esso si identifica con l'insieme degli elementi e dei processi costitutivi delle relazioni inerenti alla percezione della differenza sessuale tra uomo e donna; un secondo aspetto, invece, riguarda il suo ruolo nella strutturazione dei rapporti sociali, in riferimento ai quali lo stesso genere diviene «un terreno fondamentale al cui interno o per mezzo del quale viene elaborato il potere [del maschile sul femminile]» e si struttura «la percezione e l'organizzazione concreta e simbolica di tutte le forme della vita sociale»².

Anche in ambito teologico la riflessione sul tema del rapporto tra “genere” e sistemi religiosi ha constatato che «concetti, simboli, rituali, istituzioni delle religioni e della loro storia (sono) inseriti in un sistema patriarcale e androcentrico»³; pertanto, ne deriva che le questioni attinenti alla parità di “genere” possono ricondursi allo squilibrio tra le posizioni soggettive nella relazione uomo-donna.

Nel corso del tempo, in ambito giuridico, gli interventi di riequilibrio di tale relazione in senso favorevole alla donna si sono sviluppati sia contrastandone la discriminazione, sia proteggendo la donna ove necessario, ma pure, più recentemente, promuovendone la posizione giuridica quale persona dotata della medesima dignità ontologica riconosciuta ad ogni altro essere umano, in un continuo rimando dalle rivendicazioni sociali al diritto e dal diritto al mutamento del costume sociale, da cui non è estranea l'istituzione del matrimonio⁴.

2. Joan Scott, *Gender and the Politics of History*, New York, Columbia University Press, 1988, p. 34.

3. Ursula King, *Religion and Gender in Turning Point in Religious Studies. Essays in Honour of Geoffrey Parrinder*, Edinburgh, Bloomsbury, 1990, pp. 275-286. Sul punto si veda anche: Susanna Mancini, *Eguaglianza di genere, laicità e libertà religiosa nell'era della deprivatizzazione*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2020, n. 2, pp. 409-427.

4. La tutela della donna, a livello internazionale, è stata garantita dalle dichiarazioni solenni sull'uguaglianza di tutti gli individui senza distinzione di sesso; si pensi, a titolo di esempio, in generale, alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo approvata il 10 dicembre del 1948 dall'Assemblea Generale della Nazioni Unite, nonché – con riferimento specifico al genere femminile – alle Conferenze di Città del Messico del 1975, di Copenaghen del 1980, di Nairobi del 1985, di Pechino del 1995, di New York del 2000. La promozione della donna, invece, a livello nazionale, si è concretizzata in interventi normativi e giurisprudenziali di garanzia nel godimento dei diritti fondamentali e della parità di trattamento in ambito lavorativo, così come di protezione da qualsiasi forma di violenza motivata con l'appartenenza di genere. Per l'Italia, ricordiamo a tal proposito la legge n. 903 del 1977 a tutela della donna lavoratrice; l'art. 26 del decreto legislativo n. 198 del 2006 in tema di molestie sessuali sul luogo di lavoro; la rubricazione della violenza sessuale sulla donna come reato contro la persona e non più contro la moralità pubblica

2. Il matrimonio tra ordinamento canonico e diritto civile italiano

Se nella regolamentazione del matrimonio canonico trascritto civilmente le norme del diritto italiano e di quello canonico, attraverso i loro comuni destinatari, entrano in contatto e si sovrappongono (a volte anche con elementi di criticità)⁵, tuttavia occorre ricordare che in entrambi gli ordinamenti l'individuo è preso in considerazione non già nella sua egoistica solitudine, ma come "persona", ossia come entità soggettiva che, proprio dall'interazione con realtà diversificate e su più livelli, acquisisce la consapevolezza del proprio "essere per qualcuno" e delle proprie potenzialità da tradurre in azione⁶.

«Non è bene che l'uomo sia solo. Voglio fargli un aiuto che gli sia simile» (Gn 2, 18). Con queste parole l'ignoto autore della Genesi, riconducendo all'opera creativa di Dio la dualità del maschile e del femminile, ci ricorda che l'impronta specifica della creaturale chiamata all'esistenza è chiamata ad una relazione⁷. E tale primigenia relazione - ossia il coniu-

e il buon costume (con legge n. 66 del 1996); l'abrogazione di alcune norme del codice penale che hanno affrancato la donna da un controllo patriarcale sulla propria persona e sulla propria sessualità (cfr. artt. 544 e 587 c.p., rispettivamente relativi al c.d. "matrimonio riparatore" e all'"omicidio per causa di onore") e, più recentemente, l'introduzione del reato che sanziona i c.d. "matrimoni forzati" (cfr. art. 558-bis c.p. introdotto con legge n. 69 del 2019).

5. Sulle specificità del sistema matrimoniale in Italia si vedano: Geraldina Boni, *Il matrimonio concordatario: istituto attuale o anacronistico?*, in «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 2023, 2, pp. 1-79; Sara Domianello, *I matrimoni davanti ai ministri di culto*, in *Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari-Matrimonio-Famiglia di fatto*, a cura di Gilda Ferrando, Marcella Fortino, Francesco Ruscello, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 423-492; Natascia Marchei, *La giurisdizione dello stato sul matrimonio "concordatario" tra legge e giudice*, Torino, Giappichelli, 2013.

6. Sulla corrente filosofica del "personalismo" e sul concetto di "persona" nel sistema teologico cattolico si rinvia a: E. Mounier, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano, Edizioni di Comunità, 1955; E. Sgreccia, *Persona umana e personalismo*, in «Cuadernos de bioetica», 2013, vol. XXIV, n. 1, pp. 115-123.

7. Sul tema della dualità creaturale di uomo donna si veda: Maria Antonietta Barbara, *Note sull'esegesi giudaica e cristiana di Genesi 1-2*, in *Identità di genere e differenza sessuale. Percorsi di studio*, a cura di Marianna Gensabella, Soveria Mannelli, Rubettino, 2017, pp. 61-72, ove leggiamo che: «Nel V secolo il grande scrittore siriano Efrem, riguardo a maschio e femmina, intese che colui che fu Adamo era uno ed era due, poiché fu creato maschio e femmina. Dal complesso delle testimonianze consegue che la diffusa opinione esegetica e giuridica della subordinazione della donna all'uomo non è realistica. Rabbi Aqibah spiegava che prima Adamo è stato creato dalla terra ed Eva da Adamo, da allora

gio (sulla cui struttura nell'ordinamento della Chiesa si modellano simbolicamente tutte le altre relazioni che rimandano alle diverse forme di ministerialità) -, non trova la sua conclusione in sé stessa (creazione), ma si proietta oltre, in un infinito susseguirsi di generazioni (che pro-creano), inseguendo, nella incompiutezza del divenire umano, la perfezione di un Dio che è, a sua volta *relazione* (d'Amore), in cui il Padre genera continuamente il Figlio, per mezzo dello Spirito Santo⁸.

In questo sistema teologico, la cui struttura ecclesiologicala si identifica nella "*Communio Ecclesiae*"⁹, i diritti fondamentali dell'individuo vengono continuamente intagliati dalla tecnica relazionale della carità, sintetizzata nel comandamento cristologico dell'Amore¹⁰, mediante il quale le

in poi *A nostra imagine e somiglianza* (Gen 1, 26), né uomo senza donna né donna senza uomo, e neppure tutte e due senza la Presenza divina. L'umanità intesa solo come mascolinità non è immagine di Dio; soltanto l'umanità come mascolinità e come femminilità diventa la vera effigie di Dio» (pp. 64-65).

8. Nella tradizione ebraico-cristiana la relazione matrimoniale costituisce un istituto fondamentale, poiché rimanda alla creazione della vita che essa stessa è chiamata a perpetuare; all'apice della creazione Dio pone, infatti, la coppia primigenia (emblema di ogni coppia), affinché uomo e donna, nella loro unione, partecipino alla sua opera creativa mediante la procreazione e custodiscano il creato che Dio affida loro (cfr. Gn. 1, 26-28); pertanto, la sacralità del matrimonio risulta in stretta relazione con la chiamata all'esistenza del genere umano, che presenta in sé una relazionalità che è, contemporaneamente, di tipo verticale (rapporto uomo-Dio) e orizzontale (rapporto uomo-donna); in proposito si veda: Salvatore Berlingò, *Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: coniugalità*, in *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, Città del Vaticano, LEV, 2005, pp. 119-139.

9. Sulla Chiesa mistero ed ecclesiologicala di comunione, oltre i passi scritturistici (cfr. 1 Gv 1, 3; 1 Cor 1, 9), si rinvia ai seguenti documenti dottrinali: Concilio Ecumenico Vaticano II, *Costituzione dogmatica sulla Chiesa "Lumen gentium"*, nn. 4, 8, 13-15, 18, 21, 24-25; *Costituzione Pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo "Gaudium et spes"* n. 32; *Decreto sull'ecumenismo "Unitatis redintegratio"*, nn. 2-4, 14-15, 17-19, 22, in *Enchiridion Vaticanum* 1. Documenti Ufficiali del Concilio Vaticano II, Bologna, Ed. Dehoniane, 1993. Congregazione per la Dottrina della Fede, *Lettera "Communio notio" ai Vescovi della Chiesa cattolica su alcuni aspetti della Chiesa come comunione (28 maggio 1992)*, in «AAS», 1993, 85, pp. 838-850, n. 13. In dottrina, sul punto si vedano: Salvatore Berlingò, *Ordinamento canonico*, in «Stato Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2008, febbraio, e Spunti di riflessione sullo stato dell'arte della canonistica, in «Ius Ecclesiae», 2012, XXIV, 1, pp. 113-122; Piero Antonio Bonnet, *Comunione ecclesiale, diritto e potere. Studi di diritto canonico*, Torino, Giappichelli, 1993; Paolo Gherri, *Teologia del diritto canonico*, Città del Vaticano, LUP, 2020; Gianfranco Ghirlanda, *Introduzione al diritto ecclesiale. Lineamenti per una Teologia del Diritto nella Chiesa*, Roma, Pontificio Istituto Biblico, 2013.

10. «Ama il prossimo tuo come te stesso», Mc 12, 31.

istanze dell'individuo trascendono la sfera strettamente individuale e si modellano in funzione relazionale e comunitaria.

Allo stesso modo, considerando l'ambito del diritto statale, riscontriamo come l'ordinamento italiano ponga l'individuo al centro di una rete dinamica di rapporti sociali nei quali «si esplica la sua personalità» (art. 2 Cost.) e dai quali si originano relazioni che, travalicando il campo strettamente giuridico, contribuiscono a determinare, non solo la gratificazione delle singole persone coinvolte, ma anche il benessere della società tutta.

Tra queste relazioni spiccano quelle familiari e, in particolare, la relazione fra uomo e donna fondata sul matrimonio, «ordinato all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi» (art. 29 Cost.), e nella quale proprio il riconoscimento e la tutela della pari dignità degli stessi coniugi consentono alla relazione coniugale di divenire l'ambiente in cui essi possono davvero vivere e sviluppare in pienezza la loro dimensione umana (materiale e spirituale).

3. L'evoluzione storico-giuridica della parità di genere nel matrimonio

Per raggiungere l'eguaglianza effettiva fra uomo e donna, la relazione matrimoniale è stata interessata da continue istanze e cambiamenti sociali, con conseguenti interventi del legislatore (statale e canonico) e aggiustamenti della giurisprudenza, al fine di liberare la donna dai «recinti» che, per secoli, l'hanno tenuta prigioniera, limitandone la condizione¹¹.

In effetti, l'approccio giuridico dell'ordinamento canonico e di quello statale nei confronti della donna, nel corso del tempo, si è sviluppato in modo ambivalente: se, da un lato, infatti, le era riconosciuta uguaglianza con l'uomo dal punto di vista della capacità giuridica -in qualità di battezzata nell'ordinamento canonico; quale cittadina nell'ordinamento civile-, la stessa uguaglianza veniva mortificata nel passaggio alla pratica, ossia sul piano della capacità di agire.

Se infatti, guardiamo all'ordinamento canonico, nonostante l'indubbio riconoscimento formale della eguale dignità della donna rispetto all'uo-

11. Si tratta dei due "recinti" costituiti dalle mura della casa coniugale e dalle grate del chiostro, così definiti da: Edoardo Dieni, "*Mulier, quamvis docta et sancta...*" *L'accesso al sapere e al potere in base al genere nel diritto della Chiesa Cattolica*, in *Donne tra saperi e poteri nella storia delle religioni*, a cura di Sofia Boesch Gajano - Enzo Pace, Brescia, Morcelliana, 2007, p. 126.

mo nell'ordine della Creazione¹² e della Redenzione¹³, a partire dall'interpretazione del *Decretum* di Graziano alle pericopi paoline di 1Cor. 11, 3 e di Ef. 5, 23¹⁴, si sviluppa nel diritto canonico una normativa discriminatoria, strutturata secondo un sistema androcentrico, nel quale, non soltanto veniva rimarcata la contrapposizione tra uomo e donna, ma questa rimandava alla più generale differenziazione tra chierici e laici¹⁵.

Le limitazioni alla capacità della donna si traducevano non solo nell'impossibilità di svolgere compiti che avessero rilevanza ecclesiale pubblica (quali i divieti di accesso al sacerdozio, di studio, di insegnamento e di testimonianza nei giudizi)¹⁶, ma si riflettevano anche ambito privato, nel rapporto matrimoniale, ove la donna risultava soggetta all'autorità del marito¹⁷; e ciò, nonostante il fatto che il consenso della donna, concorrendo alla strutturazione della materia sacramentale del vincolo matrimoniale¹⁸, poneva (e pone) la donna nella medesima condizione di "soggetto" del contratto riconosciuta all'uomo¹⁹.

12. Nel primo capitolo del libro della Genesi uomo e donna emergono dal mistero della creazione come fratello e sorella nella stessa umanità ed insieme costituiscono immagine di Dio (Gn 1, 27). Cfr. Edoardo Scognamiglio, *Il volto dell'uomo. Saggio di antropologia trinitaria*, Cinisello Balsamo, Ed. San Paolo, 2008, p. 116.

13. In numerosi passi dei Vangeli le donne appaiono come protagoniste ed interlocutrici di Gesù: si pensi agli episodi evangelici dell'adultera (Gv 8, 3-11), della samaritana al pozzo (Gv 4, 7-29), delle sorelle Marta e Maria (Lc 10, 38-42), della donna che unge il capo a Gesù (Mt. 26, 13; Mc 14, 9), delle apparizioni di Cristo alle donne, subito dopo la sua Risurrezione (Mt 28, 1-10, Mc 16, 1-18; Lc 24, 9-20, 11-18, Gv 20, 11-18). Si veda in merito: Ilaria Zuanazzi, "Sinite eam". *La valorizzazione della donna nel diritto della Chiesa*, in «Dir. Eccl.», 2008, 3-4, p. 563.

14. Di seguito il testo dei brani dell'Apostolo: «*Omnis viri caput, Christus est; caput autem mulieris, vir*», 1 Cor. 11, 3; «*Vir caput mulieris sicut Christus caput Ecclesiae*», Ef. 5, 23.

15. Cfr. Ilaria Zuanazzi, *La condizione giuridica della donna nella Chiesa cattolica*, in «Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni», 2009, p. 11.

16. Cfr. Edoardo Dieni, cit., p. 130.

17. Cfr. Ilaria Zuanazzi, "Sinite eam", cit., pp. 574-578.

18. Già a partire dall'*Epistula ad bulgaros* dell'866 di Papa Niccolò I il consenso di entrambi i coniugi è ritenuto elemento costitutivo del matrimonio e come tale, successivamente, esso trova la sua sistematizzazione nelle disposizioni del Concilio di Firenze del 1439 (cfr. Nicolaus I, Resp.: *Ad Consulta vestra, ad Bulgaros*, 13 nov. 886; *Concilium Florentinum, Decretum pro Armeniis* 22 nov. 1439 in Heinrich Denzinger - Adolph Schonmetzer, *Enchiridion Symbolorum definitionum et declarationum de rebus, fidei et morum*, Friburgo-Roma, Verlag Herder 1965, rispettivamente ai nn. 643, 1327.

19. In questa relazione la donna si vede attribuita una serie di diritti e doveri che le spettano *ad constituendum matrimonium* (cfr. can. 1057, § 2, CIC), cioè al fine di costituire

Soltanto a partire dalla metà del XX secolo la donna viene valorizzata nei vari settori dell'ordinamento canonico²⁰; infatti, la Chiesa riflettendo sulla comune radice ontologica battesimale di tutti i fedeli (senza alcuna distinzione di genere), disciplina nel Codice dell'83 i diritti spettanti alla "persona"²¹, con un riferimento espresso alla "*mulier*" esclusivamente all'interno dei canoni relativi al matrimonio, di cui anche ella è ministra²².

In ambito civile, invece, l'emancipazione della donna trova le sue prime manifestazioni a partire dalla Rivoluzione Francese²³ e, successivamente, con l'avvento della c.d. Rivoluzione industriale, quando il centro del lavoro femminile esce dalle mura domestiche, dislocandosi in ambito industriale, dove, non solo la donna condivide ruoli tipicamente maschili nell'ambito delle c.d. "catene di montaggio", ma anche il sesso maschile viene impiegato, a livello industriale o agricolo, in attività che prima erano tipicamente femminili (si pensi ai settori tessile e/o alimentare)²⁴.

Tuttavia, il *Code Napoleon* del 1804 (prima codificazione sistematica e modello di tutte le moderne codificazioni) e, successivamente, per l'Italia unita, il Codice Pisanelli del 1865²⁵, contribuiscono a consolidare un "diritto borghese", soltanto in apparenza egualitario²⁶.

quella specifica relazione umana, le cui definizioni di *societas* (cfr. can. 1082, § 1 CIC 1917) e *consortium* (cfr. can. 1055, § 1 CIC), rimandano ad una relazionalità che presuppone l'eguaglianza ontologico-giuridica fra i membri che la costituiscono.

20. Così Ilaria Zuanazzi, *La condizione giuridica della donna nella Chiesa cattolica*, cit. p. 10.

21. Ivi, p. 16.

22. Il termine "*mulier*" nel Codice di diritto canonico attualmente vigente compare espressamente nei cann.:1041; 1055; 1057; 1083; 1084; 1089; 1093, 1096.

23. La solenne "Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina", ad opera di Olympe de Gouges risale al 1791; in merito si veda: Annamaria Loche, *La liberté ou la mort. Il progetto politico e giuridico di Olympe de Gouges*, Modena, Mucchi Editore, 2021, richiamato da Maria Borello, *Non arrendersi all'ovvio. Considerazioni sugli stereotipi di genere in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022 sull'attribuzione del cognome*, in «Stato Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2022, n. 15, p. 20.

24. Cfr. Laura Lee Downs, *Writing gender history*, London, Bloomsbury, 2010, pp. 12 ss.

25. Sulla prima codificazione italiana si veda: Antonio Padoa Schioppa, *Dal Codice napoleonico al codice civile del 1942*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 923-962.

26. Al riguardo si rinvia a: Daniela Novarese, *Donne e diritti: un lungo, difficile percorso*, in *Donne, Politica e Istituzioni. Percorsi, esperienze e idee*, a cura di Maria Antonella Cocchiara, Messina, Aracne, 2009, p. 132.



Infatti, pur proclamando l'uguaglianza di tutti i cittadini, di fatto, riguardando proprio il diritto matrimoniale come paradigma della relazione fra sessi, le codificazioni dell'epoca continuano a mantenere le distinzioni dei ruoli (maschile e femminile), con la donna sottoposta all'uomo e costretta da tutta una serie di vincoli e limitazioni giuridiche, culminanti nell'"autorizzazione maritale"²⁷.

Con la I Guerra Mondiale la donna, che deve sostituirsi al marito (spesso al fronte) e lavorare, acquisisce un ruolo sociale che il diritto deve, a poco a poco, riconoscerle; tuttavia, tale processo di avanzamento nella parità di genere è bloccato dall'avvento del regime fascista che enfatizza il ruolo della donna "sposa e madre esemplare"²⁸, confinandola ancora nelle strette maglie della rete dell'autorità maritale, legittimata dalle norme della codificazione del 1942²⁹.

Tale situazione resta invariata fino agli anni 70 del secolo scorso³⁰, quando il mutamento culturale-antropologico e politico, nonché le istan-

27. L'art. 8 del *Code Napoleon* dichiarava che: «Tutti i francesi godono dei diritti civili», rimandando così ad un'unitarietà del soggetto giuridico passivo; tuttavia, al Capo VI, intitolato *Dei diritti e dei rispettivi doveri dei coniugi*, si riscontrava ancora una soggezione della donna all'uomo: la moglie doveva obbedienza al marito (cfr. art. 213), che la proteggeva (cfr. art. 214); ella era obbligata a vivere insieme al marito e a seguirlo ovunque egli decideva di porre la residenza; il marito, invece, aveva l'obbligo di mantenere la moglie in proporzione alle proprie sostanze. L'educazione femminile era finalizzata esclusivamente alla cura della casa e della famiglia, il cui regime patrimoniale era costituito dalla comunione dei beni, mentre l'istituto dell'autorizzazione maritale (cfr. art. 215) aveva la funzione precipua di tutelare la posizione economica e i patrimoni delle mogli, impedendone la dilapidazione per scelte economiche azzardate. Allo stesso modo, il Codice Pisanelli del 1865 (Capo IX "Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio"), considerava la moglie sottomessa al marito, definito il capo della famiglia (cfr. art. 131), impedendole qualsiasi negozio giuridico comportante una diminuzione patrimoniale, sempre per mezzo dell'istituto dell'autorizzazione maritale (cfr. art. 134). Cfr. Daniela Novarese, *Op. cit.*, pp. 133 ss.

28. Ivi, pp. 140-142.

29. La previgente legislazione civile del 1942 in tema di rapporti tra i coniugi stabiliva che: «Il matrimonio impone ad ambedue i genitori l'obbligazione di mantenere, educare e istruire la prole. L'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista» (art. 147 c.c.). Le attività extradomestiche erano attività che distraevano la donna dalla sua funzione materna; la famiglia era organizzata in senso gerarchico, il marito era il capo (cfr. art. 144 c.c.), mentre il compito della donna era fare figli, sui quali la potestà era di esclusiva pertinenza del marito (cfr. art. 316 c.c.); infine, la donna assumeva il cognome del marito ed era obbligata ad accompagnarlo ovunque egli credeva opportuno di fissare la residenza (cfr. art. 144 c.c.).

30. Nel frattempo, le donne avevano conquistato il diritto di voto (cfr. Maria Antonella Cocchiara, *Donne e cittadinanza politica: una prospettiva storica. Breve storia del diritto*

ze dei movimenti collettivi degli studenti, dei lavoratori e delle donne, le pressioni di rinnovamento sociale, e la legge sul divorzio (introdotto con legge dell'1 dicembre 1970 n. 898), determinano una svolta nel settore sociale e giuridico nei confronti della famiglia e, quindi, della relazione matrimoniale e, conseguentemente, del ruolo della donna al suo interno.

Infatti, con la c.d. Riforma del diritto di famiglia – regolamentata con la legge del 19 maggio del 1975 n. 151- si consolida un'idea di famiglia non più intesa come struttura di tipo patrimoniale- patriarcale, ma quale comunione d'affetti; non organizzazione gerarchizzata (con il marito al vertice), ma società orizzontale, comunità di scelte condivise, «centro di solidarietà di affetti e non di coercizione»³¹.

In questa nuova sistemica, la donna vede riconosciuto il suo valore, seppur ancora in un ruolo di impiego all'interno del nucleo familiare, con l'importanza attribuita al “lavoro casalingo”, equiparato al lavoro del marito svolto fuori dalle mura domestiche, anche grazie ai continui interventi della giurisprudenza.

Oggi, nella vigente legislazione italiana sul matrimonio, i coniugi si trovano in una condizione di parità quanto a diritti e doveri; essi congiuntamente collaborano nell'interesse della famiglia e contribuiscono ai bisogni della stessa, in proporzione alle proprie sostanze o capacità di lavoro professionale o casalingo, disponendo concordemente l'indirizzo della vita familiare³².

Dal canto suo, il legislatore canonico riconosce alla donna pari doveri e diritti per quanto riguarda la comunità di vita coniugale, nella quale i coniugi vengono corroborati e consacrati da uno speciale sacramento, un vincolo perpetuo ed esclusivo³³.

di voto alle donne in Italia, in *Donne, Politica e istituzioni. Percorsi, esperienze e idee*, a cura di Maria Antonella Cocchiara, Messina, Aracne, 2009, pp. 83-127) e la Carta Costituzionale del '48 aveva proclamato solennemente l'eguaglianza sostanziale di tutte le persone (cfr. art. 3 Cost.) e, specificamente, l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (cfr. art. 29 Cost.). Affronta le vicende della redazione dell'art. 29 Cost. e degli articoli costituzionali sulla famiglia: Maria Antonella Cocchiara, *Tra nuovo protagonismo femminile e ingerenze vaticane, il dibattito costituente sulla famiglia (1946-47)*, in *Quale famiglia?*, *Giornata di studio e riflessione sull'evoluzione dei modelli familiari fra tradizioni, cambiamenti sociali, nuovi diritti e nuovi disagi* (Messina, 4 dicembre 2007), a cura di Maria Antonella Cocchiara, Messina, Magika, 2011, pp. 55-89.

31. Così Daniela Novarese, *Op. cit.*, pp. 146-147.

32. Cfr. artt. 143 ss. c.c.

33. Cfr. cann. 1134-1135 CIC.



In questo duplice sistema giuridico un ruolo interessante viene giocato da quelle che potremmo definire due clausole che hanno contribuito a definire meglio l'equilibrio della parità di genere nella relazione coniugale: il *bonum coniugum* nell'ordinamento canonico e la solidarietà coniugale nel diritto italiano.

4. Il “*bonum coniugum*”, garanzia della pari dignità dei coniugi nell'ordinamento canonico

Se Dio, sommo Bene, tende a contaminare di sé le realtà creaturali³⁴, allora anche l'atto creativo della relazione coniugale la rende partecipe della natura divina; infatti, i c.d. *tria bona matrimonii (bonum sacramenti, prolis et fidei)*³⁵, rimandando alle proprietà essenziali e al fine del matrimonio, ne evidenziano proprio il “marchio” originale che qualifica la relazione coniugale, in primo luogo, come relazione con l'Altro, il Tu divino, di cui riceve le caratteristiche costitutive: essa è un'unione indissolubile, unica, che (pro-) crea. Ma il matrimonio è anche quella relazione in cui i coniugi «*sese mutuo tradunt et accipiunt*»³⁶ nella loro specificità umana, accogliendosi reciprocamente come creature. In questo senso, in linea con i mutamenti sociali recepiti anche dall'ordinamento canonico, appare nel Codice dell'83 un ulteriore elemento (*bonum*) che mette in evidenza la relazione “altro- altra” in senso, per così dire, orizzontale: il *bonum coniugum*³⁷.

Così si evidenzia maggiormente la natura di “*consortium*” del matrimonio e di comunità coniugale quale rapporto interpersonale tra i coniugi³⁸, con una revisione della gerarchia dei fini (definitivamente accantonata), a favore di un'unica finalità (il bene dei coniugi e la procreazione ed educazione della prole, can. 1055, § 1 CIC), in una relazione i cui membri sono

34. Sull'antico assioma «*Bonum est diffusivum sui*» (in: Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I, q. 5 a. 4, ad 2), si veda: Jossua Jean-Pierre. L'axiome «*bonum est diffusivum sui*» chez s. Thomas d'Aquin, in «*Revue des Sciences Religieuses*», 1966, tome 40, fascicule 2, pp. 127-153.

35. Cfr. Agostino, *De bono coniugali*, 24, 32, in PL, 40, 394.

36. Can. 1057, § 2 CIC.

37. Cfr. Enrico Vitali-Salvatore Berlingò, *Il matrimonio canonico*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 94.

38. Cfr. *Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo “Gaudium et spes”*, in “*Enchiridion Vaticanum 1 Documenti Ufficiali del Concilio Vaticano II*”, 1962-1965, pp. 1246-1467, n. 48.

dotati della medesima dignità, in quanto, insieme, costituiscono immagine di Dio³⁹.

Nel diritto della Chiesa il *bonum coniugum* è un elemento complesso, soprattutto in ordine all'individuazione dei contenuti giuridicamente esigibili⁴⁰; pertanto, in dottrina, esso, definito come il "collettore" delle obbligazioni matrimoniali⁴¹, è stato sia riferito all'amore coniugale⁴², ma pure riconnesso al *mutuum adiutorium* e al *remedium concupiscentiae* del Codice del 1917, avuto riguardo ai profili attinenti all'integrazione psico-affettiva dei coniugi.

E infatti, la giurisprudenza, nelle cause relative alla nullità del matrimonio per esclusione del *bonum coniugum*, nella specificazione di tale elemento ha fatto leva proprio sugli atteggiamenti e sui comportamenti dei coniugi «tenuti nel corso della convivenza nuziale, per valutare se siano coerenti con progetti esistenziali e condotte pratiche dirette a perseguire il bene dei coniugi», nella valorizzazione della pari dignità di entrambi⁴³, ancorando la violazione del *bonum coniugum* ad un'esplicita volontà del soggetto⁴⁴ come pure, nella maggior parte dei casi, ad una forma di incapacità a relazionarsi con il coniuge; in tali ipotesi, ciò che rileva è costituito dal riconoscimento dell'altro/a quale soggetto di pari dignità, con conseguente pretesa di reciprocità dei diritti ed obblighi che strutturano la relazione coniugale⁴⁵.

39. Cfr. Enrico Vitali-Salvatore Berlingò, *Il matrimonio canonico*, cit., p. 16.

40. Cfr. Ilaria Zuanazzi, *Il bonum coniugum tra ordinatio essendi e ratio agendi del matrimonio canonico*, in "Aequitas sive Deus". Studi in onore di Rinaldo Bertolino, Torino, Giappichelli, 2011, p. 517.

41. Cfr. Anna Sammassimo, *Bonum coniugum e principio di parità*, in *Il bonum coniugum. Rilevanza e attualità nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, LEV, 2016, p. 96.

42. Cfr. Manlio Miele, *Bonum coniugum e profili civilistici*, in *Il bonum coniugum*, cit., p. 166.

43. Ilaria Zuanazzi, *Il bonum coniugum tra ordinatio essendi e ratio agendi* cit., p. 519.

44. Il riequilibrio della relazione in senso paritario viene garantito dall'ordinamento nei casi di simulazione per esclusione del *bonum coniugum* (cfr. can. 1101, § 2, CIC).

45. Cfr. Piero Antonio Bonnet, *Il bonum coniugum e l'ordinatio ad bonum coniugum, prospettazioni peculiari dell'unidualismo della relazione matrimoniale*, in *Il bonum coniugum*, cit., p. 40.



5. La solidarietà dell'ordinamento italiano, principio di base per il bilanciamento della parità di genere nella relazione matrimoniale

Il concetto di “solidarietà”, nato nel diritto romano nell’ambito dei rapporti obbligatori⁴⁶, ha acquistato rilievo anche su un piano etico e sociale (connesso con i rapporti di fratellanza fra individui di una medesima collettività) dopo la Rivoluzione francese, ampliandosi e toccando anche la dimensione costituzionale, con un passaggio dalla sfera etico-religiosa a quella politico-giuridica.

Nell’ordinamento italiano, infatti, la solidarietà, con un movimento a raggiera, tende ad irradiarsi dai principi costituzionali ai vari rami del diritto, tra cui anche il diritto di famiglia⁴⁷.

In tale ultimo settore, il principio di solidarietà costituisce l’ossatura della gestione della relazione matrimoniale concordata dai coniugi e viene invocato a tutela dei soggetti più deboli del rapporto (moglie e figli)⁴⁸. Infatti, al di là della crisi che la famiglia tradizionale sta attraversando, ne resta indubbio il ruolo fondamentale quale luogo d’incontro e di vita comune nel quale la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza, attraverso l’instaurazione di reciproche relazioni di affetto e di solidarietà.

E proprio la nozione di “solidarietà familiare”, che ispira i componenti della famiglia sollecitandoli ad adottare comportamenti improntati alla correttezza e alla buona fede, è stata metabolizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel concetto di “solidarietà post-familiare”, applicato alla famiglia in crisi, ed in conseguenza del quale ciascuno degli *ex* coniugi deve agire senza compromettere la posizione dell’altro/a nei rapporti reciproci⁴⁹.

46. Il termine “solidarietà” veniva collegato nel diritto romano agli obblighi di riscossione e/o pagamento; esso rilevava anche in riferimento al c.d. “*solidum*”, moneta d’oro in corso alla fine del IV secolo, tanto che, nel periodo medievale, i mercenari cominciarono ad essere chiamati “soldati”, proprio perché percepivano il “*solidum*” (da cui il termine “soldi”). Sul punto si veda: Francesca Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 8.

47. Ivi, p. 5.

48. Cfr. Vincenzo Carbone, *Rapporti familiari, crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in «Famiglia e diritto» 2012, 12, p. 1165.

49. Ivi, p. 1167.

In particolare, la principale declinazione della solidarietà post-coniugale è costituita dal riequilibrio (con riferimento specifico ai profili patrimoniali) della posizione di parità del coniuge debole (per lo più la donna) all'esito della rottura di un legame matrimoniale, rispetto al comune indirizzo di vita che la coppia aveva impresso alla relazione coniugale, riconoscendo e valorizzando così l'apporto femminile al *menage* familiare, in una relazione i cui membri si trovano in una condizione di parità.

A tal proposito, si evidenziano due settori in cui trova attuazione il riequilibrio della posizione del coniuge economicamente svantaggiato, in conseguenza della conclusione del matrimonio canonico trascritto civilmente:

1. un ambito strettamente civile, connesso con i profili patrimoniali della cessazione degli effetti civili del matrimonio e del riconoscimento di un assegno al coniuge che ne faccia richiesta (cfr. art. 5 legge n. 898 del 1970);
2. un ambito in cui l'ordinamento dello Stato si incrocia con il diritto canonico, per il caso della delibazione delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio, il cui uso "distorto" (al fine di sottrarsi al dovere di solidarietà nei confronti del coniuge economicamente svantaggiato) potrebbe determinare gravi situazioni di disparità economica fra gli *ex* coniugi.

In relazione al primo settore, si nota che proprio la differente funzione attribuita all'assegno divorzile dalle pronunce giurisprudenziali susseguitesi nel tempo (sia per l'*an* che per il *quantum debeatur*) ha svolto e svolge una funzione di riconoscimento della pari dignità della donna nell'ambito della solidarietà post-coniugale, affrancando la moglie dal retaggio di un mantenimento dovutole in quanto soggetto debole, fino a giungere, oggi, al supporto solidale nel caso in cui la mancata autosufficienza economica sia il frutto di una decisione concordata nell'ambito del matrimonio, in un continuo rimando tra auto-responsabilità e solidarietà. Tale tappa attuale è stata raggiunta in seguito ad un percorso giurisprudenziale che ha portato a periodiche riconsiderazioni della funzione dell'assegno divorzile: dalla primaria triplice funzione (assistenziale, risarcitoria e compensativa), cristallizzatasi nella giurisprudenza degli anni 70⁵⁰ e compatibile con l'idea di un divorzio ancora rimedio eccezio-

50. Cfr. Lucia Galletta, *Assegno divorzile e nuova convivenza tra le piroette della Corte di Cassazione e la richiesta di intervento del legislatore*, in «L'Osservatorio sul diritto di famiglia»,

nale — avente un carattere spesso sanzionatorio⁵¹ —, si è passati ad una funzione assistenziale, successiva alle modifiche legislative dell'87⁵²; in questo periodo la giurisprudenza ha agganciato l'assegno divorzile al c.d. "tenore di vita" goduto durante il matrimonio⁵³.

Con il mutamento attuato dai giudici di legittimità del 2017 sono stati messi in maggior rilievo i profili di auto-responsabilità individuabili in capo al coniuge c.d. debole⁵⁴, giungendosi all'attuale funzione dell'asse-

2021, 3 p. 78. Nel 1974 le Sez. Unite della Cassazione affermarono il principio di diritto in base al quale l'assegno divorzile: «non ha natura alimentare, ma ha natura composita: con funzione assistenziale (in quanto, attraverso la considerazione delle condizioni patrimoniali dei coniugi, tutela quello la cui situazione patrimoniale si sia deteriorata per effetto dello scioglimento del matrimonio), risarcitoria (in quanto, avendo riguardo alle ragioni della decisione, attribuisce rilievo, agli effetti patrimoniali, alla responsabilità per il fallimento del matrimonio) e compensativa (in quanto, mediante il riferimento al contributo dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi, è diretto a compensare l'impegno personale e gli apporti economici prestati in vista del benessere della famiglia). Gli elementi su indicati operano sia come criteri di attribuzione sia come parametri di determinazione e vanno tutti esaminati, con riguardo alla posizione di entrambe le parti», così Cass. civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 2008, in «Il Dir. di Famiglia e delle Persone», 1974, p. 635.

51. Cfr. Michele Sesta, *Profili attuali della solidarietà post-coniugale*, in *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva*, a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano, Giuffrè, 2021, p. 125.

52. A seguito della novella dell'87 il testo del comma 6 dell'articolo 5 della legge n. 898 del 1970 (tuttora in vigore) recita: «Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive».

53. In giurisprudenza si è infatti assistito alla valorizzazione della funzione assistenziale dell'assegno divorzile, per la definizione del quale occorre dare giusto rilievo agli indici di quantificazione contenuti nell'art. 5 della legge n. 898 del 1970 summenzionato; sulla base di questo indirizzo, il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio rappresentava il punto di partenza di una valutazione c.d. "bifasica", con criteri attributivi dell'assegno, che portavano al riconoscimento del diritto in capo al coniuge richiedente (an) e criteri determinativi, che individuavano il *quantum*. Cfr. Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in «Il Foro italiano», 1991, I, 1, pp. 67 ss.

54. Cfr. Cass. 10 maggio 2017, n. 11504, in «Corr. giur.», 2017, p. 885, con nota di Enrico Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore-di vita" e "auto-responsabilità": "persone singole" senza passato?* in «Fam. e dir.», 2017, p. 636; Alessandro Ceserani, *Solidarietà di coppia: nuovi modelli legali, deliberazione di sentenze ecclesiastiche e as-*

gno di impronta solidaristica, inaugurata a partire dal 2018⁵⁵. Pertanto, oggi, il riconoscimento del diritto all'attribuzione dell'assegno di divorzio postula l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi di sussistenza dell'ex coniuge e la sua impossibilità oggettiva di procurarseli, alla luce della funzione stessa dell'assegno — in pari misura compensativa e perequativa —, in un sistema in cui gli ormai irrinunciabili profili di auto-responsabilità devono coniugarsi con il correttivo della solidarietà⁵⁶. In questo modo la solidarietà, rinviando al concordato indirizzo familiare dei coniugi, mantiene intatta la dignità di entrambi e soprattutto della donna, anche dopo la rottura del legame matrimoniale⁵⁷.

In relazione all'ambito della delibazione, invece, la questione del riequilibrio della posizione dei coniugi è garantita nel riferimento ai principi fondamentali vigenti nel nostro ordinamento, di cui la solidarietà coniugale risulta espressione, soprattutto in relazione al principio di ordine pubblico della buona fede, garantito dall'adozione di un comportamento corretto ed equo nei confronti del coniuge più debole. Si pensi, a questo proposito, all'incessante lavoro giurisprudenziale di cesellamento e riduzione degli effetti del riconoscimento dell'efficacia delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio, sia nel caso di nullità dichiarata per riserva mentale unilaterale, sia, più recentemente, per il rilievo attribuito alla convivenza instaurata tra i coniugi e valutata quale elemento essenziale del "matrimonio-rapporto", che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, e che impedisce l'ingresso ed il dispiegarsi dei relativi effetti nell'ordinamento italiano a sentenze canoniche di nullità matrimoniale relative a convivenze coniugali superiori al limite temporale di tre anni⁵⁸.

segno divorzile, in «Dir. Eccl.», 2016, 3-4, p. 455.

55. Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, «Corr. giur.», 2018, p. 1186, con nota di Salvatore Patti, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in «Il Foro italiano», 2018, p. 2699 ss., con nota di Geremia Casaburi, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica "terza via"*, «Il Foro italiano», 2018, c. 2703 ss.

56. Cfr. L. Galletta, *Op. cit.*, p. 82; Michele Sesta, *Op. cit.*, pp. 131 ss.

57. Giulia Castellani, *La ricerca di un equilibrio tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in «Famiglia e diritto» 2021, 10, pp. 906-912.

58. Sul tema della delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, oltre al contributo di Alessandro Ceserani già citato (cfr. nota n. 54) si vedano: Andrea Cesarini, *Libertà e responsabilità nella convivenza coniugale: la stabilità dell'assegno divorzile a seguito di 'delibazione', della nullità canonica*, in «Stato Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2021, n. 11; Marco Canonico, *Delibazione di*



6. Conclusioni

Nel definire il rapporto tra i due sessi, in ambito matrimoniale, gli ordinamenti canonico e civile parlano di reciprocità, di assistenza morale e materiale, di bene dei coniugi, a sottolineare che tale relazione costituisce l'incontro di due persone che, pur rimanendo sempre due distinti individui, su un piano di parità creano una unità nuova (la coppia) che entrambi i diritti regolamentano.

Nel caso dell'ordinamento della Chiesa, il diritto matrimoniale canonico assicura alla donna una tutela conseguente alla valorizzazione della relazione interpersonale tipica dell'unione matrimoniale, ossia un contratto- sacramento, in cui i profili pubblicistici si coniugano con la tutela dei diritti fondamentali della donna *ad constituendum matrimonium*, ponendo la stessa al sicuro da unioni coniugali nelle quali non le sarebbe consentito il raggiungimento della salvezza (fine precipuo dell'ordinamento canonico) e garantendole di "essere simile" per la sua parte all'immagine divina (e viceversa).

Anche l'ordinamento statale si preoccupa della promozione e della tutela della donna, la quale è persona uguale all'uomo non solo dal punto di vista giuridico, ma anche morale (cfr. art. 29 Cost.), in un sistema di riequilibrio della relazione che scatta tutte le volte in cui la prevalenza dei diritti di un soggetto della coppia, rischia di penalizzare l'altro/a, violando il "patto" costituito dagli indirizzi concordati nel *menage* matrimoniale e familiare, in cui il principio di solidarietà diviene anche la base di un "diritto alla felicità" dei coniugi, da intendersi, non come realizzazione "puramente individuale" del singolo, ma che sia, invece, «sensibile alle vicende familiari e quindi non indipendente nel suo darsi dalla condizione di partecipazione al gruppo»⁵⁹.

sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell'ago, in «Stato Chiese e pluralismo confessionale», cit., 2019, n. 23; Giuseppe Dalla Torre, «Specificità dell'ordinamento canonico» e *delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, ivi, 2013, n. 34; Natascia Marchei, *Ordine pubblico "internazionale" e ordine pubblico concordatario: il contenuto del limite alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, ivi, 2021, n. 14; Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico e sovranità della repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche*, ivi, 2014, n. 27 e *Le Sezioni unite e l'"indifferenza" del giudizio sull'assegno divorzile al riconoscimento delle nullità canoniche: la tutela del "coniuge debole" nell'ordine matrimoniale dello Stato*, ivi, 2021, n. 7.

59. A. Nicolussi, *Beni relazionali e diritto dei rapporti etico-sociali*, in *Beni relazionali*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2014, p. 31.

In conclusione, tenuto conto del fatto che la tutela della relazionalità/mutualità/reciprocità/solidarietà uomo-donna struttura la relazione matrimoniale, al di là delle nuove forme familiari che costituiscono già parte della struttura sociale del nostro paese (convivenze, nuove unioni matrimoniali, unioni omosex), potremmo comunque affermare che nella relazione matrimoniale la Chiesa – *Communio*, ma pure lo Stato italiano, presentano al livello della loro struttura sociale portante un modello di bilanciamento della relazione fra i generi che potrebbe agire favorevolmente anche in altri settori sociali in cui la donna risultasse discriminata; in questo modello è la stessa relazione che costituisce un bene da custodire e da promuovere e che, a sua volta, origina dai principi fondamentali di ciascuno dei due ordinamenti: dal Bene divino, che diviene tangibile nei *bona matrimonii* (tra cui il *bonum coniugum*) e dal bene costituzionale della persona che trova nel principio della solidarietà la materia prima per la costruzione di relazioni sociali più equilibrate, tra cui anche la relazione coniugale.

SECONDA SESSIONE





Relazioni familiari e migrazioni tra diritto, religioni e culture

*Antonio Fuccillo**

Abstract

In recent years, the social and multi-religious evolution of the family has contributed to redefined its morphology, varying its traits through a continuous work of cultural, ethnic and religious relocation. It frequently clashes with resistance typical of an institution that is in some ways still linked to traditional legal paradigms. It is consequently increasingly necessary to acquire technical tools that allow people to govern family relationships in the current “multicolor” context. The essay investigates the possibility of leaving ample space for private autonomy in the regulation of family relationships in the belief that in this way families are provided with flexible tools that conform to their own cultural and religious identity.

La relazione si trova pubblicata sulla rivista *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), fascicolo n. 4 del 2024, pp. 33-46.

* Università della Campania.

Le relazioni familiari in crisi tra diritto civile e diritti religiosi

Natascia Marchei*

1. Considerazioni introduttive sull'oggetto della ricerca

Il contributo, nell'ambito del macro-tema della libertà religiosa nelle relazioni familiari in crisi, intende indagare come i provvedimenti che decretano la fine di matrimoni regolati da norme confessionali – sia per l'intervenuta patologia del rapporto sia per la presenza vizi genetici dell'atto – siano valutati dalle giurisdizioni italiane chiamate a darne, a diverso titolo, “riconoscimento”.

L'obiettivo è trarre da tale complessa giurisprudenza alcune parziali conclusioni sull'interpretazione fornita dalle nostre Corti del limite dell'ordine pubblico matrimoniale (processuale e sostanziale) al fine di identificare gli elementi ritenuti irrinunciabili dalla giurisprudenza e posti a base all'istituto del matrimonio nel suo «*perenne adeguarsi all'evoluzione della società*»¹.

Come è noto, il limite dell'ordine pubblico persegue l'obiettivo di impedire il riconoscimento nel nostro ordinamento di provvedimenti stranieri o, comunque, esterni ritenuti “eterodossi” sia in relazione ai loro effetti (ordine pubblico sostanziale) sia in relazione al procedimento che ha condotto alla loro formazione (ordine pubblico processuale)².

* Università di Milano-Bicocca.

1. Così Corte cost. n. 18 del 1982 che ha introdotto il limite dell'ordine pubblico al riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale che, fino a quel momento, godevano di riconoscimento automatico in forza dell'art. 34 del Concordato lateranense.

2. La dottrina sul punto è molto ricca: si vedano Franco Mosconi, Cristina Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Milano, 2017, p. 266.



Gli esiti di tale giurisprudenza costituiscono un'efficace cartina al tornasole per valutare l'atteggiamento del nostro ordinamento sui principi fondamentali che sono posti a base delle relazioni matrimoniali in crisi.

La ricerca parte dalla giurisprudenza italiana (prevalentemente di legittimità) in materia di riconoscimento o trascrizione di sentenze o provvedimenti (in senso lato) che intervengono a vario titolo su *status* matrimoniali e che riguardano matrimoni regolati direttamente da un diritto confessionale oppure da un diritto statale ma di matrice confessionale.

Per ragioni legate al numero di pronunce italiane a ciò ascrivibili la ricerca è limitata a matrimoni regolati dal diritto canonico, islamico ed ebraico.

Prima di procedere alla disamina della giurisprudenza è necessario addentrarsi in alcuni distinguo senza i quali si rischia di giungere a conclusioni affrettate e, quindi, errate.

In primo luogo, le pronunce di legittimità e di merito in relazione ai matrimoni canonici (presenti in gran numero fin dai primi anni Ottanta del secolo scorso e caratterizzate da importanti e continui *revirement* oltre che da numerosi interventi della Cassazione a sezioni unite) attengono nella totalità di casi a sentenze di nullità matrimoniale.

Le Corti applicano l'art. 8.2 dell'Accordo del 1984 tra Stato e Chiesa cattolica che prevede il riconoscimento agli effetti civili, a seguito di un procedimento disciplinato dalle norme allora in vigore per il riconoscimento delle sentenze straniere (artt. 796 e ss. c.p.c. nel frattempo abrogati) delle sole pronunce di nullità, con esclusione dei provvedimenti di scioglimento del matrimonio rato e non consumato che erano previsti come riconoscibili dall'art. 34 del Concordato del 1929.

Sul punto, peraltro, è il caso di ricordare che già a fare data dal 1982 i provvedimenti di scioglimento del matrimonio canonico emanati dalle autorità confessionali competenti non erano più riconoscibili agli effetti civili poiché la Corte costituzionale aveva ritenuto che tale riconoscimento, giunto all'esito di un procedimento ritenuto privo natura giurisdizionale (precisamente privo di un giudice e un giudizio), fosse contrario al principio supremo della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.)³.

Quindi, in relazione al matrimonio canonico, si tratta di sentenze pronunciate da tribunali confessionali che hanno dichiarato, a diverso titolo ma nella maggior parte dei casi per vizi o difetti del consenso previsti dal diritto matrimoniale canonico, la nullità del vincolo.

3. Così corte cost. n. 18 del 1982: sul punto, in chiave dubitativa, si veda *infra* nel testo.

Sentenze che, a ragione dell'assenza di cause di decadenza dall'azione di nullità e di termini di prescrizione della stessa, intervengono spesso a grande distanza di tempo (anche molti anni) dalla celebrazione del matrimonio e, dunque, dichiarano la nullità *ex tunc* del vincolo matrimoniale anche in presenza di stabili e consolidati rapporti familiari.

Le pronunce relative ai matrimoni islamici o ebraici, invece, sono molto meno numerose, soprattutto se ci limitiamo alla giurisprudenza italiana di legittimità, e riguardano per lo più casi di ripudio o di divorzio.

Il matrimonio religioso, dunque, non è dichiarato nullo ma è semplicemente sciolto con effetti *ex nunc*.

Altra differenza sostanziale, della quale è indispensabile tenere conto per non giungere a conclusioni affrettate, è che la giurisprudenza italiana sui matrimoni canonici riguarda sentenze emanate direttamente dall'autorità confessionale (tribunali ecclesiastici) in applicazione del diritto matrimoniale canonico, che possono essere riconosciute agli effetti civili dalla Corte d'appello italiana solo ed esclusivamente in forza dell'art. 8.2 dell'Accordo del 1984 (e prima di allora dell'art. 34 del Concordato lateranense e della relativa legge matrimoniale). Nessun riconoscimento, invece, è previsto nel nostro ordinamento per sentenze (sia di nullità matrimoniale sia di altra natura) emanate direttamente da altre autorità confessionali come i tribunali rabbinici o islamici. La concessione, in relazione alle sole sentenze di nullità canoniche, è un retaggio del Concordato lateranense e, dunque, di un'epoca caratterizzata da un confessionismo di Stato che legittimava un riconoscimento (allora) *presoché* automatico della giurisdizione ecclesiastica⁴.

Queste sentenze, proprio in quanto riconosciute ai sensi dell'Accordo del 1984, incidono su matrimoni contratti in Italia ai sensi dell'art. 8.1 dell'Accordo, per lo più (ma non necessariamente) da cittadini italiani

4. È il caso di precisare che in alcuni rari casi anche le sentenze "canoniche" di nullità matrimoniale potrebbero essere riconosciute come straniere: sono i casi in cui esse sono riconosciute agli effetti civili da un altro Stato che abbia stipulato un Concordato con la Chiesa cattolica (ad esempio la Spagna o il Portogallo) e, successivamente, riconosciute in Italia. Si veda sul punto l'art. 99.2 del Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori. Sull'interpretazione della clausola, inserita nel precedente regolamento del 2003, sia consentito il rinvio a Natascia Marchei, *Il Regolamento (CE) n. 2201/2003 ed i Concordati con la Santa Sede*, in atti del convegno *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei. Da Bruxelles II a Roma III*, Cedam, Padova, 2007, pp. 51 e ss.



che qui risiedono stabilmente o che vi hanno risieduto per buona parte della vita matrimoniale. È molto probabile, dunque, che i matrimoni dichiarati nulli dai tribunali ecclesiastici presentino scarsi o nulli elementi di estraneità sia in relazione alla cittadinanza dei coniugi sia in relazione alla residenza o dimora abituale degli stessi.

Diversamente, la giurisprudenza sui matrimoni islamici e (con qualche eccezione) ebraici riguarda il riconoscimento o la trascrizione di sentenze o provvedimenti che si possono definire a tutti gli effetti “stranieri”, vale a dire emanati da autorità giurisdizionali non meramente confessionali ma secolari, appartenenti ad ordinamenti diversi dal nostro.

La casistica è molto varia e difficilmente circoscrivibile. I provvedimenti potrebbero essere emanati da autorità confessionali in paesi nei quali sia loro automaticamente riconosciuta efficacia civile senza alcun procedimento *ad hoc* oppure direttamente da autorità giurisdizionali civili in applicazione del diritto matrimoniale civile di matrice confessionale, che si trovi a regolare la fattispecie. Si tratta di provvedimenti emanati da autorità straniere che, dato il primario rilievo riconosciuto al diritto confessionale, sono generalmente riconducibili a Paesi, non appartenenti all’Unione europea, nei quali esiste una forte commistione tra l’ordine spirituale e l’ordine temporale e in cui il diritto di famiglia resta appannaggio dei diritti religiosi maggioritari (diritto islamico o diritto ebraico).

Date queste premesse, i provvedimenti stranieri incidono su fattispecie che presentano importanti elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento, – in relazione sia alla cittadinanza di uno o entrambi i coniugi, sia alla residenza abituale di uno o entrambi gli stessi, sia in relazione al luogo in cui il matrimonio è stato contratto ecc.

In questi casi il riconoscimento in Italia avviene automaticamente⁵ in forza della legge di diritto internazionale privato n. 218 del 1995 – che ha sostituito gli abrogati artt. 796 e seguenti c.p.c.⁶ – mentre la trascrizione avviene in forza del d.p.r. 396 del 2000.

5. Il procedimento per il riconoscimento delle sentenze straniere avanti alla Corte d’appello competente è necessario solo in caso di contestazione (art. 67 legge n. 218 del 1995).

6. La sentenza sul riconoscimento della pronuncia di divorzio incide anche sull’avvenuta trascrizione della stessa ai sensi dell’art. 63 del d.p.r. 396 del 2000 (ordinamento dello stato civile) che prevede la trascrizione delle «sentenze e gli altri atti con cui si pronuncia all’estero la nullità, lo scioglimento, la cessazione degli effetti civili di un matrimonio ovvero si rettifica in qualsiasi modo un atto di matrimonio già iscritto o trascritto».

Solo nei rapporti tra stati membri dell'Unione europea⁷ si applicano altresì i regolamenti comunitari sulla cooperazione internazionale in materia⁸.

Queste premesse rivelano l'intrinseca diversità delle situazioni di partenza: le sentenze canoniche di nullità da riconoscere agli effetti civili in forza dell'Accordo del 1984 si muovono in una prospettiva di diritto interno (anche se sono emanate da giudici canonici, estranei all'ordinamento giudiziario italiano in applicazione di un diritto confessionale, il diritto canonico) mentre le sentenze relative al matrimonio islamico e ebraico si muovono in una prospettiva di diritto internazionale e trovano riconoscimento nel nostro ordinamento in forza degli usuali strumenti di diritto internazionale privato.

Posti tutti questi distinguo, è il caso di guardare alle similitudini dei procedimenti per il riconoscimento agli effetti civili.

Essi, benché disciplinati da normative diverse si presentano, almeno nelle intenzioni del legislatore, molto simili.

La similitudine è accentuata dal fatto che la giurisprudenza di legittimità, ormai da molto tempo, ha affermato che al procedimento per il riconoscimento delle sentenze canoniche continuano ad applicarsi gli artt. 796 e ss. c.p.c. che, ormai abrogati, costituiscono il precedente storico della legge n. 218 del 1995. Essi, in forza del richiamo contenuto nell'art. 4 punto b) del Protocollo Addizionale all'Accordo del 1984, sono stati dotati di una sorta di ultrattività⁹. Posto che i controlli previsti dall'art. 64 (e 65) della "nuova" legge coincidono nella sostanza a quelli contenuti nell'art. 797 c.p.c. si può concludere che i controlli di competenza della Corte d'Appello abbiano contenuti pressoché coincidenti nelle due discipline¹⁰.

7. I regolamenti comunitari, infatti, si applicano nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione e non quando si tratti di provvedimento emanato da uno Stato extra UE. Si veda il Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori.

8. Sul punto si veda la recente pronuncia della Corte di Giustizia 20 dicembre 2017, C-372/16 che dichiara la sua incompetenza in materia di «di riconoscimento di una decisione di divorzio pronunciata da un'autorità religiosa in uno Stato terzo». Sul punto si veda l'ampio commento di Angelo Licastro, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronuncia del 20 dicembre 2017, C-372/16)*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 2018.

9. Così tra le molte Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2013 n. 7946.

10. L'art. 797 c.p.c. così recita: «La Corte d'appello dichiara con sentenza l'efficacia



I procedimenti sono dunque simili ed entrambi di competenza della Corte d'Appello, benché l'uno sia irrinunciabile (le sentenze canoniche devono in ogni caso essere sottoposte al procedimento di "delibazione") e gli altri solo eventuali, posto che il riconoscimento delle sentenze o provvedimenti stranieri, in assenza di opposizioni, è "automatico" ed essi sono trascritti ai sensi dell'art. 63 del d.p.r. 396 del 2000.

Al di là delle similitudini o differenze procedurali è il caso di soffermarsi sulle più importanti ipotesi di sbarramento – previste da entrambe le discipline –, vale a dire il contrasto con l'ordine pubblico processuale e sostanziale.

nella Repubblica della sentenza straniera quando accerta: 1) che il giudice dello Stato nel quale la sentenza è stata pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano; 2) che la citazione è stata notificata in conformità alla legge del luogo dove si è svolto il giudizio ed è stato in essa assegnato un congruo termine a comparire; 3) che le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo o la contumacia è stata accertata e dichiarata validamente in conformità della stessa legge; 4) che la sentenza è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; 5) che essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano; 6) che non è pendente davanti ad un giudice italiano un giudizio per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, istituito prima del passaggio in giudicato della sentenza straniera; 7) che la sentenza non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano». L'art. 64 della legge prevede: «La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico». Il successivo art. 65 così recita: «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa».

2. Il limite dell'ordine pubblico processuale

Il limite dell'ordine pubblico processuale è definibile come il necessario controllo che il procedimento che ha condotto alla pronuncia da delibare si sia svolto nel rispetto del diritto e difesa e in contraddittorio tra le parti, in modo non difforme dai principi essenziali dell'ordinamento italiano¹¹.

In relazione alle sentenze canoniche tale controllo ha dato origine ad un numero non troppo elevato di pronunce della Corte di cassazione (in proporzione ai numerosissimi interventi in materia di delibazione di sentenze di nullità) che ha, nei fatti, risolto in senso favorevole al riconoscimento quasi tutte le questioni sottoposte a giudizio.

Questo nonostante le fattispecie oggetto del giudizio di nullità siano in molti casi complesse e delicate e richiedano la formazione di prove su fatti di non sempre facile accertamento¹² e nonostante nel 2001 l'Italia sia stata condannata dalla CEDU per violazione dell'art. 6 (equo processo)

11. La definizione è tendenzialmente uniforme nella giurisprudenza di legittimità e nella sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1982 che ha introdotto il controllo anche nel procedimento per il riconoscimento delle sentenze canoniche. La giurisprudenza di legittimità in relazione alle sentenze straniere ha, di recente, statuito che «l'automatismo nel riconoscimento di sentenze straniere è destinato ad operare nel presupposto che le prime siano state adottate nel rispetto delle fondamentali garanzie processuali e dei diritti essenziali di difesa integrative dell'ordine pubblico processuale. La categoria, espressiva della garanzia del giusto processo, vuole che il giudice dello Stato richiesto del riconoscimento del titolo straniero sia chiamato a delibare che nel processo a quo siano state preservate le garanzie processuali fondamentali e tanto sin dalla costituzione del rapporto processuale e, quindi, sin dalla notifica dell'atto introduttivo del giudizio ai fini della dichiarazione di contumacia» (così Cass. civ. n. 19453 del 2019). In relazione alle sentenze canoniche, sul necessario controllo si legge: «Tale disposizione va interpretata nel senso che una violazione, nel corso del procedimento dinanzi al tribunale ecclesiastico, del diritto delle parti di agire e resistere in giudizio, quale circostanza ostativa alla delibazione, è riscontrabile soltanto in presenza di una compressione della difesa negli aspetti e requisiti essenziali garantiti dall'ordinamento dello Stato, mentre restano irrilevanti le diversità della normativa processuale ecclesiastica che non incida sul nucleo essenziale ed ineliminabile del diritto di difesa, quale garantito nell'ordinamento dello Stato, senza lo svuotamento e la compromissione dello stesso» (così Cass. civ. n. 3186 del 2008).

12. In effetti una delle questioni affrontate e risolte in senso positivo dalla giurisprudenza di legittimità è proprio la possibilità prevista dal diritto processuale canonico di formazione delle prove in assenza delle parti: Cass. civ., 22677 del 2010 statuisce: «resta irrilevante una mera diversità di regolamentazione processuale del diritto stesso: quale la presenza delle parti e dei difensori all'esame dei testimoni e delle parti medesime».



proprio in relazione al riconoscimento di una sentenza di nullità canonica¹³.

Molto diversa è la prospettiva nelle pronunce di ripudio e di divorzio islamico e ebraico.

In questi casi la giurisprudenza di merito e di legittimità si è concentrata sulla violazione del principio del contraddittorio.

Infatti, soprattutto il ripudio islamico, pur nella sostanziale diversità delle discipline nei diversi ordinamenti nazionali, assume ancora, in una minoranza di paesi a forte connotazione confessionale, la configurazione di un atto unilaterale (*talaq*), di esclusiva competenza del marito, lasciato alla sua mera volontà, non recettizio, con il solo obbligo di essere portato a conoscenza della moglie dopo essere stato recepito in un provvedimento di competenza del tribunale sciaraitico¹⁴.

In queste situazioni estreme (che, è bene ribadirlo, non costituiscono la normalità neanche nel mondo islamico data la grande varietà di discipline oggi presenti) è evidente la violazione del diritto di difesa, posto che la moglie non è neppure citata a comparire avanti al tribunale che si limita a recepire l'intenzione del marito di procedere unilateralmente al ripudio¹⁵.

13. Il riferimento è al noto caso CEDU Pellegrini contro Italia del 20 luglio 2001.

14. Sul punto la bibliografia è molto ricca. Si vedano, tra i molti, i contributi di Cristina Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 43 e ss.; Angelo Licastro, *Scioglimento del matrimonio pronunciato all'estero e ordine pubblico: la Cassazione si pronuncia contro la riconoscibilità in Italia del ripudio islamico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2020, n. 3, pp. 923 ss.; Daniela Milani, *Diversità e diritto internazionale privato: il ripudio islamico e la sua rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it).

15. È il caso risolto di recente negativamente da Cass. civ., n. 16804 del 2020 in relazione ad un atto di ripudio emanato dal Tribunale sciaraitico di Nablus Occidentale (Palestina). Si legge nella pronuncia: «Nel caso in esame, per quanto risulta dagli atti, la moglie ha ricevuto la notifica del provvedimento di registrazione del ripudio del marito revocabile (nel termine di legge), non avendo potuto prendervi parte, e non risulta neppure avere ricevuto notifica dell'avvio della seconda fase del procedimento, volto all'accertamento dell'irrevocabilità del ripudio, che si è svolto in assenza della stessa. Tale procedimento è incompatibile quindi con il diritto di difesa e con la garanzia di effettività del contraddittorio». Sulla natura del tribunale sciaraitico: «occorre dare rilievo alla funzione svolta nell'ordinamento straniero dal Tribunale religioso o sciaraitico nella materia, essendo le decisioni emesse dal Tribunale religioso autorizzate dallo Stato nella materia matrimoniale: si tratta quindi di tribunali, seppure di matrice religiosa, inglobati nella compagine statale, ai quali sono rimesse le "questioni fra i musulmani"».

Nel caso di specie è indubbia la carenza di contraddittorio e, quindi, la violazione dell'ordine pubblico processuale.

È opportuno chiedersi su quali questioni specifiche sarebbe stato necessario espletare un effettivo contraddittorio ai fini del positivo riconoscimento della pronuncia di ripudio/divorzio posto che l'(eventuale) volontà della donna di opporsi al divorzio (o di non essere ripudiata) anche se espressa in giudizio e in contraddittorio con il marito non avrebbe comunque potuto paralizzare la pronuncia del tribunale (così, peraltro, come anche nel nostro ordinamento la volontà di segno contrario di uno dei due coniugi non paralizza la pronuncia sullo scioglimento del matrimonio in presenza di una delle condizioni previste dalla legge).

Sul punto la giurisprudenza è ormai costante nel sostenere che anche pronunce di divorzio pronunciate all'estero per cause non previste dal nostro ordinamento o pronunciate "direttamente", senza un periodo (più o meno lungo) di separazione dei coniugi, sono riconoscibili agli effetti civili ma è indispensabile l'accertamento del venire meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi e dell'impossibilità di ricostituirla¹⁶.

Accertamento che, peraltro, può risultare anche dal fallito tentativo di conciliazione davanti al giudice o, altresì, dalla concorde volontà dei coniugi di sciogliere il vincolo¹⁷.

Infatti, è proprio su questa base che alcune richieste di riconoscimento di divorzio ebraico sono state riconosciute in Italia: esse, di fatto, recepi-

16. Il venir meno della comunione tra i coniugi costituisce il presupposto dello scioglimento del matrimonio in Italia: la legge prevede, infatti, che «il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile, quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione (...), accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'articolo 3» (art. 1 legge n. 898 del 1970 e successive modifiche).

17. Così Cass. civ. n. 10378 del 2004 e n. 16978 del 2006 in cui si legge: la sentenza di divorzio «non può essere ritenuta contraria all'ordine pubblico, per il solo fatto che il matrimonio sia stato sciolto con procedure e per ragioni e situazioni non identiche a quelle contemplate dalla legge italiana, una sentenza di scioglimento del matrimonio pronunciata, fra cittadini italiani, dal giudice straniero, il quale abbia fatto applicazione del diritto straniero. Ed infatti attiene in realtà all'ordine pubblico solo l'esigenza che lo scioglimento del matrimonio venga pronunciato all'esito di un rigoroso accertamento - condotto nel rispetto dei diritti di difesa delle parti, e sulla base di prove non evidenzianti dolo o collusione delle parti stesse - dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare, il quale ultimo costituisce l'unico inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio previste dalla L. n. 898 del 1970, art. 3». Nello stesso senso precedentemente Cass. civ. n. 4769 del 1989.



vano un accordo raggiunto tra i coniugi su tutte le questioni di interesse, accordo che, secondo la giurisprudenza, costituiva (eventualmente insieme al fallito tentativo di conciliazione) l'accertamento dell'irrimediabile venire meno della comunione materiale e spirituale¹⁸.

Quindi si potrebbe concludere: nessuno sbarramento al riconoscimento del ripudio e del divorzio in ragione dell'ordine pubblico processuale se i coniugi sono d'accordo a sciogliere il matrimonio.

A questo punto desta qualche interrogativo, già sollevato da tempo da attenta dottrina¹⁹, la questione del rifiuto (pacifica successivamente alla sentenza n. 18 del 1982) di riconoscere agli effetti civili il provvedimento di scioglimento del matrimonio canonico rato e non consumato anche quando sussista l'accordo delle parti.

La sentenza n. 18 del 1982 della Corte costituzionale fonda tale rifiuto sulla circostanza che «pur dando atto che il procedimento per ottenere la dispensa super rato è minuziosamente disciplinato da apposite norme, che l'istruttoria viene dall'Ordinario diocesano affidata ad un tribunale, con l'intervento del Defensor vinculi e con la possibilità per ambo le parti di farsi assistere da consulenti, che il 'voto' viene espresso sulla base delle risultanze istruttorie, non può certo, sulla scorta anche delle testuali

18. App. Milano, 19 marzo 1992; Cass. civ., sez. I, 14 aprile 1994, n. 3502. Quest'ultima pronuncia, relativa al riconoscimento di un divorzio ebraico, chiarisce che la concorde volontà delle parti deve essere accertata sulla base della sentenza delibanda, senza che sia possibile procedere ad ulteriore istruttoria: «La sentenza impugnata dev'essere pertanto cassata e la causa va rinviata ad altro giudice, il quale dovrà accertare la sussistenza o no della contrarietà del provvedimento delibando all'ordine pubblico italiano in base al mero esame della causa della pronuncia di divorzio, quale affermata dal giudice straniero, o quale presupposta da questo, secondo il rito applicato, tenendo presente che questa Corte, con sentenza n. 4769 del 10 novembre 1989, ha ritenuto non contrastante con l'ordine pubblico italiano la pronuncia di divorzio di un giudice straniero, che abbia desunto la irreversibile frattura del vincolo coniugale, posta a base della pronuncia, dalla mera volontà delle parti».

19. Sul punto, proprio in relazione allo scioglimento del matrimonio canonico si segnala Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Milano, Giuffrè, 2015 e, in relazione alle novità legislative sullo scioglimento del matrimonio civile si veda Angelo Licastro, *Scioglimento del matrimonio pronunciato all'estero e ordine pubblico*, cit., che scrive «Alla valorizzazione (in atto ormai da tempo in tutta Europa, Italia compresa) dell'autonomia negoziale dei coniugi, fa dunque da pendant un marcato processo di 'deistituzionalizzazione' del divorzio, non spinto fino al punto da poter prescindere del tutto da qualsiasi forma di intervento di una pubblica autorità, ma ormai 'degiurisdizionalizzato' nei casi in cui, anche nel nostro ordinamento, è possibile divorziare senza fare ricorso ad alcuna procedura di carattere giudiziale», p. 942.

precisazioni fornite dalla richiamata normativa, riconoscersi carattere giurisdizionale, né al procedimento né al provvedimento concessivo che lo conclude».

Questa affermazione valutata oggi, anche alla luce delle novità introdotte in materia di diritto di famiglia che prevedono procedimenti di scioglimento consensuale del matrimonio che si svolgono davanti ad organi amministrativi²⁰, non può che far sospettare che – in ragione della loro provenienza confessionale – i provvedimenti canonici, il cui riconoscimento agli effetti civili è regolato da normative bilaterali, siano valutati in modo decisamente più rigoroso rispetto ai provvedimenti stranieri, anche di matrice confessionale, regolati dagli strumenti di diritto internazionale privato. Non si può non evidenziare un completo ribaltamento della prospettiva propria del Concordato lateranense che, in forza del principio dell'uniformità degli *status* matrimoniali consentiva in riconoscimento automatico agli effetti civili sia dei provvedimenti di scioglimento del matrimonio canonico sia delle sentenze di nullità dello stesso.

3. Il limite dell'ordine pubblico sostanziale

L'altro controllo che riguarda il riconoscimento sia delle sentenze canoniche di nullità sia di quelle straniere di ripudio e di divorzio è il non contrasto con l'ordine pubblico sostanziale.

La questione *de qua* è indubbiamente più complessa rispetto a quella dell'ordine pubblico processuale soprattutto in ragione dell'oggettiva difficoltà di definire i contenuti del limite e le condizioni di operatività dello stesso.

Il limite dell'ordine pubblico c.d. "internazionale" (chiamato così in ragione del fatto che è destinato ad operare in relazione a fattispecie che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno) la cui funzione originaria era quella di garantire l'armonia dell'ordinamento interno impedendo l'applicazione o il riconoscimento di discipline o provvedimenti eterodossi, ha di recente subito importanti metamorfosi sia in relazione al contenuto sia in relazione alla funzione²¹.

20. Ancora Angelo Licastro, *Scioglimento del matrimonio pronunciato all'estero e ordine pubblico*, cit., p. 942 e ss.

21. Sul punto sia consentito il rinvio a Natascia Marchei, *Ordine pubblico «internazionale» e ordine pubblico c.d. «concordatario»: il contenuto del limite alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it).



Quanto al contenuto si è passati da una declinazione molto ampia, coincidente con la quasi totalità delle norme imperative interne (c.d. ordine pubblico interno) ad una declinazione molto ristretta, addirittura limitata alle norme costituzionali (con esclusione della legislazione ordinaria), così come interpretate alla luce dei principi risultanti dalle Carte europee che tutelano i diritti dell'uomo²². Quindi da una funzione di filtro, particolarmente rigorosa, che sbarrava il passo a quasi tutto il "diverso" si è gradualmente approdati ad una funzione di apertura delle frontiere e di armonizzazione dei diritti interni²³.

In materia di riconoscimento di sentenze di matrice confessionale la giurisprudenza di legittimità si è attestata su posizioni intermedie per cui «la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dalla L. n. 218 del 1995, artt. 64 e ss. esige, (...), una valutazione ampia, comprensiva non solo dei principi fondamentali della Costituzione e dei principi sovranazionali ma anche delle leggi ordinarie e delle norme codicistiche, operazione ermeneutica che necessariamente procede dal caso singolo ma che approda ad un inquadramento di carattere generale, così da consentire un certo ordine nel bilanciamento dei valori in gioco»²⁴.

it), 2021. Si veda anche Francesco Salerno, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 2, pp. 29 ss.

22. Molto chiaro il cambio di passo in Cass. civ., n. 19599 del 2016: l'ordine pubblico è costituito dal «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati a esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria» e «il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche – laddove compatibili con essa [...] – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo». Infine, conclude: «In altri termini, i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario». La successiva giurisprudenza oscilla tra un'interpretazione che ritiene irrilevante la legislazione ordinaria, frutto della discrezionalità del legislatore, ed un'interpretazione che, di contro, ritiene che anche i principi desumibili dalla legislazione ordinaria confluiscono a costituire l'ordine pubblico internazionale.

23. La questione maggiormente dibattuta nella più recente giurisprudenza di legittimità riguarda il riconoscimento dello status di figlio dei bambini nati con maternità surrogata posta l'illiceità penale dell'istituto nel nostro ordinamento.

24. Così di recente Cass. civ., n. 16804 del 2020. Nello stesso senso Cass. civ. n. 17170 del 2020 che avverte come nel ricostruire il limite dell'ordine pubblico non si debba

Dunque, così come ha enunciato nel 1982 la Corte costituzionale in relazione alle nullità canoniche, né tutte le norme imperative né solo i principi costituzionali ma «le regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società»²⁵.

L'ordinamento interno si protegge solo dalle norme e dai provvedimenti in contrasto con queste “regole” ritenute fondamentali e, quindi, irrinunciabili.

Anche in relazione al modo con cui il limite opera si segnalano importanti cambi di prospettiva in giurisprudenza.

Si è passati da una contrarietà valutata in astratto (tra la disciplina dell'istituto prevista dall'ordinamento straniero e quella prevista dall'ordinamento italiano) ad una contrarietà valutata in concreto, in relazione agli effetti concretamente realizzati dalla pronuncia o il provvedimento da riconoscere agli effetti civili.

Non a caso, infatti, l'abrogato art. 797 n. 7 c.p.c. prevedeva che la sentenza non contenesse «disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano», mentre l'attuale art. 64 lett. g) della legge 218 del 1995 prevede che g) le sue disposizioni non producano «effetti contrari all'ordine pubblico».

Dunque, l'accertamento di questo requisito non richiede la valutazione della non contrarietà del diritto straniero cui la pronuncia da riconoscere ha dato applicazione al nostro ordine pubblico ma richiede una valutazione in concreto, caso per caso, degli effetti che il riconoscimento della pronuncia produrrebbero sulle regole ritenute irrinunciabili dal nostro diritto matrimoniale.

Tale interpretazione, legittimata dalla considerazione per cui il limite dell'ordine pubblico dovrebbe costituire un'eccezione alla regola della circolazione dei provvedimenti, si applica a tutti i provvedimenti da riconoscere²⁶.

«smarrire la consapevolezza che, se in tal modo l'assetto dei valori che si delinea acquista più ampio respiro, nondimeno, allorché si debba identificare il limite dell'ordine pubblico, occorre pur sempre guardare, con l'avvertenza che in ogni caso la valutazione di compatibilità non può dipendere dalla consonanza tra istituti stranieri ed istituti nazionali, a come essi si siano concretamente incarnati nell'ordinamento interno per mezzo della disciplina ordinaria e dell'opera chiarificatrice della giurisprudenza (Cass., Sez. un., 5/07/2017, n. 16601; Cass., Sez. un., 8/05/2019, n. 12193)».

25. Così già Corte cost. 18 del 1982.

26. Così, da ultimo, Cass. n. 17170 del 2020 in materia di ripudio islamico che modifica l'orientamento opposto rinvenibile nella pronuncia coeva n. 16804 del 2020. Si



Ciò ha condotto, in tempi recenti, ad un ampliamento del riconoscimento dei provvedimenti stranieri, finanche del ripudio islamico²⁷.

La giurisprudenza recente, infatti, ha statuito che anche la contrarietà con indubbi principi fondamentali italiani ed europei quali l'uguaglianza tra coniugi debba essere valutata in concreto. Per cui la discriminazione tra uomo e donna realizzata dal ripudio islamico, riconosciuto solo all'uomo e inibito alla donna, potrebbe non impedire il riconoscimento del provvedimento nei casi in cui la moglie si sia difesa in giudizio e abbia visto accolte le proprie richieste economiche o il giudice abbia esperito il tentativo di conciliazione.

Questo ampliamento non trova riscontro nel riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale che rivela un andamento di segno contrario.

Come è noto, in relazione a queste l'operatività del limite dell'ordine pubblico ha avuto come esito una progressiva riduzione dei casi di riconoscimento.

Non è questa la sede per ripercorrere la ricchissima giurisprudenza sul punto a fare data dal 1982²⁸.

legge nella sentenza n. 17170 «dovendo avere esclusivo riguardo “agli effetti” che le disposizioni del provvedimento straniero possono produrre nell'ordinamento interno», va esclusa «ogni possibilità di sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico o di merito né di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano».

27. Così la recentissima ord. Cass. 8 marzo 2023 n. 6923 che dà seguito a Cass. n. 17170 del 2020. Per la giurisprudenza precedente, di segno contrario, si segnala Cass. civ. n. 16804 del 2020 in cui si legge: «Inoltre, con riguardo al profilo dell'ordine pubblico sostanziale, l'istituto del ripudio secondo la legge giordana applicabile, risulta discriminatorio per la donna, essendo solo il marito abilitato a liberarsi del vincolo matrimoniale con la formula del talaq, senza sostanzialmente addurre una motivazione, ed essendo quindi ricollegato l'effetto risolutivo del matrimonio ad una decisione unilaterale e potestativa del solo marito. Non risulta quindi rispettato il principio di non discriminazione per ragioni di sesso». Sul punto Angelo Licastro, *Scioglimento del matrimonio*, cit., scrive che «il limite del contrasto con l'ordine pubblico è riferito non direttamente alle disposizioni della sentenza, ma ai suoi effetti, sicché il giudice, nel compiere la verifica richiesta dalla norma, deve guardare non alla disposizione della legge straniera (al fine di valutare se essa è più o meno simile a corrispondenti disposizioni esistenti nel nostro ordinamento), quanto alle conseguenze concrete che il riconoscimento di una sentenza, pronunciata sulla base di quelle disposizioni, possono derivare nel nostro sistema giuridico interno» (p. 946).

28. Sia consentito il rinvio a Natascia Marchei, *Il giudice civile e la nullità del matrimonio canonico trascritto*, Torino, Giappichelli, 2021.

È sufficiente ricordare che ad oggi sono fundamentalmente due i principi di ordine pubblico ritenuti ostativi del riconoscimento delle sentenze canoniche.

L'affidamento incolpevole sulla validità del matrimonio del coniuge che non ha espresso la riserva unilaterale sui *bona matrimonii*²⁹ e la convivenza ultra triennale effettiva dei coniugi successiva al matrimonio³⁰.

L'operatività del secondo limite, collegato alla necessità di salvaguardare il matrimonio – rapporto nei confronti dei vizi genetici del matrimonio – atto, è stata, dalla giurisprudenza recente, limitata ai casi in cui le parti siano decadute dall'azione della corrispondente causa di nullità del matrimonio civile.

Il limite non opererebbe, invece, nei casi in cui la corrispondente azione di nullità civile, per i motivi più vari (ad esempio imprescrittibilità dell'azione di nullità), possa ancora essere esperita³¹.

Entrambi i principi di ordine pubblico restano nella disponibilità delle parti (o quantomeno della parte incolpevole nel caso della tutela dell'affidamento) che possono liberamente scegliere se opporsi al riconoscimento o no: in quest'ultimo caso il limite non opererà e la sentenza sarà riconoscibile³².

Da ultimo, l'accertamento delle circostanze di fatto sottese ai principi invocati (affidamento incolpevole e convivenza effettiva ultra-triennale), non essendo oggetto del giudizio canonico, consente una rivalutazione

29. Sul punto tra le moltissime Cass. civ., n. 11633 del 2020. Tale orientamento giurisprudenziale è immutato da decenni (la prima sentenza sul punto è Cass. civ., sez. un., n. 5026 del 1982).

30. Il principio di ordine pubblico della convivenza stabile tra i coniugi, successiva al matrimonio, ostativo del riconoscimento agli effetti civili di sentenze di nullità che incidono su matrimoni in cui i coniugi abbiano convissuto almeno tre anni è di recente individuazione. Dopo decenni in cui l'aspetto della convivenza è stato ritenuto irrilevante ai fini dell'operatività del limite dell'ordine pubblico Cass. civ., sez. un., 16379 del 2014 ha introdotto questo sbarramento, sul presupposto che un matrimonio vissuto come rapporto rende irrilevanti i vizi genetici del matrimonio atto.

31. In questo senso, tra le più recenti, Cass. civ., n. 149 del 2023 e Cass. civ., n. 17910 del 2022.

32. In relazione alla tutela dell'affidamento la giurisprudenza è costante nell'affermare che la sentenza è delibabile se il riconoscimento è chiesto dal coniuge incolpevole o, comunque, nel caso di mancata opposizione dello stesso (tra le tante, Cass. civ., n. 14906 del 2009). In relazione alla convivenza ultra-triennale la violazione dell'ordine pubblico costituisce un'eccezione in senso stretto e, come tale, deve essere sollevata dalla parte interessata nei termini previsti a pena di decadenza (Cass. civ., sez. un., 16379 del 2014; tra le molte, Cass. civ., n. 2942 del 2015).



delle prove già esperite e/o l'esperimento di una nuova istruttoria che trasformano il giudizio di "delibazione" in un vero e proprio giudizio contenzioso.

4. Brevi conclusioni

Questa veloce disamina si presta a qualche considerazione comparativa.

La prima questione è la valutazione "in concreto" del limite dell'ordine pubblico sostanziale.

Per le sentenze canoniche il più evidente esito di questa interpretazione dell'ordine pubblico si risolve in una (stra)valorizzazione della concordante volontà dei coniugi che conduce, per giurisprudenza costante, ad una sostanziale disponibilità del limite.

L'ordine pubblico si soggettivizza e arriva a coincidere con l'interesse dei coniugi al riconoscimento. Interesse da intendersi in concreto e, quindi, lasciato alla libera valutazione di questi anche ma non solo alla luce delle loro situazioni economico patrimoniali.

Se i coniugi concordano sul riconoscimento la Corte d'appello riconoscerà la sentenza, se, al contrario, non concordano inizierà un complesso contenzioso che prevede altresì l'esperimento di nuove prove sulle circostanze non accertate nel giudizio canonico (ad esempio l'effettiva convivenza).

Inoltre, in caso di convivenza ultra-triennale, la Corte d'appello, sulla base della giurisprudenza recente, sarà anche chiamata a procedere ad una (quasi impossibile) valutazione comparativa sulla corrispondenza tra cause di nullità civili e canoniche in relazione all'intervenuta decadenza dall'azione.

Valutazione che dovrebbe essere completamente estranea ad un procedimento di "delibazione" posto che pacificamente il limite dell'ordine pubblico non richiede la corrispondenza tra le diverse discipline sostanziali.

Per le sentenze di ripudio o divorzio (islamico e ebraico), invece, tale valutazione "in concreto" del limite dell'ordine pubblico ha condotto all'irrelevanza delle rispettive discipline confessionali valutata in astratto (ad esempio la discriminazione tra marito e moglie in relazione all'accesso all'istituto) e alla possibile positiva valutazione del riconoscimento, salvo l'accertamento del venir meno della comunione spirituale e materiale tra i coniugi e dell'impossibilità a ricostruirla.

Tale requisito, che appare essere l'unica questione sostanziale da accertare in concreto in quanto unico presupposto dello scioglimento, può risultare dalla comune volontà delle parti, ma anche dal fallimento

dell'esperito tentativo di conciliazione³³ o dalla ricorrenza di un periodo di "separazione" o da altre circostanze anche non necessariamente corrispondenti a quelle previste dalla nostra disciplina civilistica.

L'esigua giurisprudenza di legittimità sul punto sembra altresì escludere, così come è la regola per i giudizi di delibazione, la possibilità di esperire un'istruttoria *ad hoc*³⁴.

È impossibile non interrogarsi sui motivi sottesi a questi esiti contrapposti.

Lo snodo fondamentale, che ha rappresentato un vero e proprio spartiacque nella giurisprudenza di legittimità, è stato riconoscere che la convivenza stabile tra i coniugi fosse da valorizzare come principio di ordine pubblico matrimoniale, al punto da condurre all'irrelevanza la presenza di vizi o difetti genetici dell'atto.

Un matrimonio vissuto come rapporto, dice la Suprema Corte, richiede tutela indipendentemente dalla validità dell'atto³⁵.

La valorizzazione del rapporto sta, altresì, alla base del necessario accertamento sul venir meno della comunione materiale e spirituale dei coniugi nei procedimenti di ripudio e di divorzio.

33. Cass. civ., ord. 8 marzo 2023 n. 6923.

34. Così Cass. civ. n. 3502 del 1994 sul divorzio ebraico: «il giudice della delibazione non ha il potere di controllare la validità e la valenza probatoria degli interessi acquisiti al processo, secondo la legge locale, dal giudice straniero, con la conseguenza che, per accertare la contrarietà, o meno, all'ordine pubblico italiano di una pronunzia straniera di divorzio, basata sulla frattura irreversibile del consenso coniugale derivante dalla concorde volontà dei coniugi, il giudice italiano deve limitarsi al mero esame della causa del divorzio – quale affermata dal giudice straniero o da questi presupposta secondo il rito applicato».

35. Così Cass. civ., sez. un., 16379 del 2014: «La distinzione tra "matrimonio-atto" e "matrimonio-rapporto" e la situazione giuridica "convivenza tra i coniugi" o "come coniugi", da ricondurre senza dubbio alcuno al "matrimonio-rapporto", hanno, ad avviso del Collegio – contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza di queste Sezioni Unite n. 4700 del 1988 e dalle successive conformi pronunce –, un nitido e solido fondamento nella Costituzione, nelle Carte Europee dei diritti e nella legislazione italiana. Fondamento che, peraltro, ha radici in dati di immediata esperienza umana e giuridica universale». Quindi: «Tutte le considerazioni che precedono consentono, perciò, di affermare in modo compiuto che la convivenza dei coniugi, connotata dai più volte sottolineati caratteri e protrattasi per almeno tre anni dopo la celebrazione del matrimonio, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata e tutelata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di "ordine pubblico italiano", secondo il disposto di cui all'art. 797 c.p.c., comma 1, n. 7, osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario».

Dato questo approdo ormai indiscutibile non è difficile interpretare gli esiti della recente giurisprudenza.

È evidente che le specificità del diritto matrimoniale canonico, benché meno inconciliabili con il nostro diritto rispetto alle specificità di altri diritti confessionali, faticano ad armonizzarsi con la valorizzazione del matrimonio rapporto sul matrimonio atto posto che incidono con ampiezza sulla purezza consenso espresso dai coniugi e conducono alla nullità con effetti *ex tunc* del matrimonio (celebrato in Italia e – nella maggior parte dei casi – da cittadini italiani).

Non così le sentenze di ripudio o divorzio che, benché pronunciate sulla base di discipline decisamente eterodosse rispetto al nostro ordinamento, si limitano a sciogliere con effetti *ex nunc* un matrimonio (con importanti elementi di estraneità) in cui è venuta meno la comunione materiale e spirituale tra i coniugi.

La (sopra)valutazione del matrimonio-rapporto sul matrimonio-atto conduce inevitabilmente verso una privatizzazione dell'istituto matrimoniale che favorisce il riconoscimento di pronunce sullo scioglimento (specie se consensuale) del vincolo non più vissuto come rapporto e penalizza quello di pronunce di nullità dello stesso.

In quest'ottica non stupisce la centralità che assume, in tutti i casi, la concorde volontà delle parti al riconoscimento della pronuncia e, quindi, la disponibilità in capo ai coniugi del limite dell'ordine pubblico posto che solo questi sono in condizione di valutare correttamente, anche sotto il profilo economico, le «legittime aspettative» e i «legittimi affidamenti» scaturenti da un matrimonio vissuto come rapporto o, più precisamente da una stabile convivenza³⁶.

In assenza di accordo tra le parti e in presenza di convivenza ultra-triennale, alle nullità canoniche si chiede, infatti, una sostanziale corrispondenza con le nullità civili, estranea al giudizio di delibazione³⁷, da accertare all'esito di una complessa istruttoria, anch'essa estranea al giudizio di delibazione.

Tale snaturamento, ormai indiscutibile, del procedimento di delibazione solleva dubbi sulla tenuta di tutto l'istituto del matrimonio concordatario sospeso tra originaria natura pubblicistica e sempre più forti istanze di privatizzazione.

36. Cass. civ., sez. un., 16379 del 2014.

37. Tra le molte Cass. civ., n. 12193 del 2019.

Il consenso al divorzio nel diritto ebraico: per una mediazione interculturale tra autonomia confessionale e ordinamento inglese*

Andrea Micciché**

1. Lo *spiritual abuse* secondo il *Domestic Abuse Act* del 2021: il Regno Unito e la garanzia della libertà di uscita dal matrimonio religioso

Il tema che intendo approfondire riguarda il valore del consenso nella procedura divorzile ebraica: l'argomento è tornato di stringente attualità dal momento che, nel luglio 2022, il Governo inglese ha pubblicato la *Statutory Guidance*¹ relativa al *Domestic Abuse Act*, approvato nel 2021².

Mediante l'emanazione di queste linee guida interpretative, dotate di vincolatività per gli uffici pubblici³, l'Esecutivo attua la previsione con-

* Ringrazio il Rav. dott. Lorenzo Rosenblum Testa per le preziose indicazioni e per il supporto nella ricerca delle fonti del diritto ebraico.

** Università di Catania

1. La *Statutory Guidance*, pubblicata dall'*Home Office* del Governo del Regno Unito l'8 luglio 2022, è reperibile su https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1089015/Domestic_Abuse_Act_2021_Statutory_Guidance.pdf.

2. Il *Domestic Abuse Act* ha concluso il suo *iter* di approvazione il 29 aprile 2021. Il testo ufficiale è reperibile su https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/17/pdfs/ukpga_20210017_en.pdf.

3. Cfr. Neil Parpworth, *Constitutional and Administrative Law*, 9 ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 207-210. Sul labile confine tra interpretazione e produzione normative in materia di *statutory guidance*, rinvio alle riflessioni compiute dal Joint



tenuta nell'art. 84 dell'Act, con la quale il Parlamento aveva demandato al Segretario di Stato il compito di dettare criteri che uniformassero l'applicazione delle disposizioni generali e astratte del provvedimento legislativo⁴.

Attualmente è in corso l'aggiornamento⁵ di questo documento e la bozza diffusa nell'aprile di quest'anno presenta la peculiarità di introdurre la categoria dello *spiritual abuse*, indicato nel §62 come l'«abuso che utilizza la religione e i sistemi di credenze per controllare e soggiogare la vittima»⁶.

Alla definizione segue un'elencazione non esaustiva dei comportamenti che possono acquisire rilevanza, ovvero l'imposizione di vincoli di segretezza, la manipolazione mentale, la coercizione morale, la prospettiva di punizioni divine, l'isolamento dalla comunità di appartenenza.

I §§66-68, in particolare, prendono in considerazione il matrimonio ebraico⁷ e le restrizioni poste al *ius connubii* della donna in attesa di ricevere dal marito il *get*, o atto di ripudio conforme all'*Halakhah*. La condotta del marito che rifiuti di concedere il *get* o che subordini questa concessio-

Committee on Statutory Instruments, *Rule of Law Themes from COVID-19 Regulations*, 23 luglio 2021, §§39-58, https://publications.parliament.uk/pa/jt5802/jtselect/jtstatin/57/5707.htm#_idTextAnchor015.

4. Art. 84 §§1-4 *Domestic Abuse Act*: «(1) *The Secretary of State may issue guidance about – (a) the effect of any provision made by or under – (i) Parts 1 to 5, (ii) section 68 or 70, (iii) section 72 or Part 1 of Schedule 3, (iv) section 76, 77, 78 or 79, or (v) section 80 so far as relating to England; (b) other matters relating to domestic abuse – (i) in England, and (ii) so far as not relating to Welsh devolved matters, in Wales. (2) The Secretary of State must, in particular, issue guidance under this section about – (a) the effect of sections 1 and 2, including guidance as to particular kinds of behaviour that amount to domestic abuse; (b) the effect of domestic abuse on children. (3) Any guidance issued under this section must, so far as relevant, take account of the fact that the majority of victims of domestic abuse in England and Wales (excluding children treated as victims by virtue of section 3) are female. (4) A person exercising public functions to whom guidance issued under this section relates must have regard to it in the exercise of those functions. But nothing in this section permits the Secretary of State to issue guidance to a court or tribunal».*

5. Il 13 aprile 2023 è stato pubblicato il *Domestic abuse: draft statutory guidance framework* su <https://www.gov.uk/government/consultations/domestic-abuse-act-statutory-guidance/domestic-abuse-draft-statutory-guidance-framework>.

6. «62. *Spiritual abuse is commonly understood as a part of emotional and psychological abuse that uses religion and faith systems to control and subjugate a victim. It is often characterised by a systemic pattern of coercive or controlling behaviour within a religious context».*

7. Con riferimento alle fonti del diritto ebraico qui citate, mi sono servito della versione bilingue ebraico-inglese *The William Davidson Edition*, liberamente accessibile sul sito web <https://www.sefaria.org>.

ne a condizioni gravemente pregiudizievoli può, dunque, essere sussunta nello *spiritual abuse*⁸.

Quest'intervento interpretativo-normativo non fa che acuire i contrasti con ampi settori dell'Ebraismo ortodosso inglese: già in occasione della pubblicazione della *Statutory Guidance* del 2022, la *Federation of Synagogues* aveva stigmatizzato l'ingerenza dello Stato nella disciplina confessionale⁹, mentre il Rabbino Capo di Londra, pur manifestando preoccupazione per la condizione delle *agunot*, spesso già divorziate per il diritto civile, ma "incatenate" al precedente matrimonio sul piano religioso, aveva concluso che l'uso di mezzi coercitivi per il rilascio del *get* rende invalido il divorzio¹⁰.

E i timori non erano del tutto infondati: nell'aprile 2022, infatti, la *Crown Court* di Southwark, applicando il *Domestic Abuse Act* e il *Serious Crimes Act* del 2015, aveva condannato un imprenditore a diciotto mesi di reclusione per abusi domestici, consistiti, tra l'altro, nel non aver rilasciato alla propria ex moglie il *get*¹¹.

8. «66. A form of spiritual abuse may include the withholding of a religious divorce, as a threat to control and intimidate victims. In some cases, it will be accompanied by other manifestations of abuse within the marriage. 67. In Judaism this concerns the Get, and instances whereby a recalcitrant husband may refuse to give his wife a Jewish bill of divorce (or a wife may unreasonably refuse to accept a Jewish bill of divorce). Unreasonably preventing a religious Jewish marriage being dissolved often includes the imposition of such conditions. 68. The ability to refuse to give a Get provides abusive husbands with power and control and will be used often to exert leverage in relation to other aspects of the divorce. The refusal will have a significant impact on the wife's wider living conditions: She will often be severely restricted in her social and personal life. It affects her ability to re-marry and directly affects the status of any children she may have in the future».

9. Cfr. Jerusalem Post Staff, *New British legislation considers Get refusal as domestic abuse*, in «The Jerusalem Post», 17 settembre 2021, <https://www.jpost.com/diaspora/new-british-legislation-considers-get-refusal-as-domestic-abuse-679643>.

10. Cfr. Jenni Frazer, *EXCLUSIVE: Chief Rabbi steps in as rabbinical courts accused of siding with domestic abusers*, in «The Jewish Chronicle», 8 luglio 2021, <https://www.thejc.com/news/news/exclusive-chief-rabbi-steps-in-as-rabbinical-courts-accused-of-siding-with-domestic-abusers-1.518409>.

11. Cfr. Stephen Wynn-Davies, *Jewish property millionaire, 57, is jailed for 18 months in 'landmark case' after refusing to grant wife religious divorce following their 2016 separation*, in «MailOnline», 1° aprile 2022, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-10676265/Jewish-property-millionaire-jailed-18-months-refusing-grant-wife-religious-divorce.html>, e Simon Rocker, *'Sadistic' man who 'tormented' wife is first in England to be jailed over get refusal*, in «The Jewish Chronicle», 1° aprile 2022, <https://www.thejc.com/news/news/sadistic-man-who-tormented-wife-is-first-in-england-to-be-jailed-over-get-refusal-1WkHeCtIkaXV3m9cDcSYQT>.



Potrebbe sembrare un “classico” caso di contrasto tra giurisdizioni, eppure le soluzioni offerte dal diritto ebraico e la molteplicità di opinioni degli appartenenti a questa confessione sono un indice di una realtà composita, che può essere letta alla luce delle categorie del pluralismo giuridico e religioso, della multiculturalità e della mediazione interculturale¹².

2. Il divorzio secondo l'*Halakhah*: dal Deuteronomio alla giurisprudenza rabbinica

È da premettere che la giurisprudenza rabbinica in materia è frutto di una stratificazione di decisioni, animate dal duplice obiettivo di garantire la certezza e la definitività dell'unione coniugale e di indurre le parti a una seria riflessione prima di compiere un passo così drastico¹³.

12. Sulla misura e sulle modalità con cui gli ordinamenti secolari hanno accolto le istanze provenienti dalle confessioni religiose per il riconoscimento del loro diritto in materia di famiglia e, soprattutto, di scioglimento matrimoniale, cfr. Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 1-19. La letteratura sul diritto interculturale è vasta. Sul piano definitorio, i cardini della materia sono: Mario Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo, 2008; Idem, *Dike meticcica. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008; Idem, *Norma, auto-rappresentazione identitaria, memoria culturale. Alterità e storia nell'agire giuridico interculturale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2010, fasc. 2, pp. 521-552; Idem, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, Torri del Vento, 2012; Idem, *Culture interdette. Modernità, Migrazioni, Diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013; Pierluigi Consorti, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiere.it), maggio 2007, pp. 1-30; Idem, “Hanno ragione tutti!” *Profili di gestione dei conflitti interculturali ed interreligiosi*, in *Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi. Approcci a confronto*, a cura di Pierluigi Consorti, Andrea Valdambri, Pisa, Edizioni Plus, 2009, pp. 9-30; Pierluigi Consorti, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multicultural*, in *Intercultura, nuovi razzismi e migrazioni*, a cura di Ilaria Possenti, Pisa, Edizioni Plus, 2009, pp. 99-128; Pierluigi Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa, Pisa University Press, 2013; Idem, *Libertà religiosa e convivenza interculturale. Il ruolo degli ecclesiastici*, in *Democrazie e religioni Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, a cura di Erminia Camassa, Atti del Convegno Nazionale ADEC Trento, 22-23 ottobre 2015, pp. 425-433; Francesca Oliosi, *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multicultural*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Una revisione della denominazione di diritto interculturale in favore di quella di diritto transculturale è offerta da Salvatore Berlingò, *Pluralismo religioso e democrazia transculturale*, Napoli, ESI, 2022.

13. Cfr. Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e*

La base scritturistica, in realtà, è estremamente concisa ed è individuata nel versetto iniziale del capitolo 24 del Deuteronomio, che così recita: «Quando un uomo ha preso una donna e ha vissuto con lei da marito, se poi avviene che ella non trovi grazia ai suoi occhi, perché egli ha trovato in lei qualche cosa di vergognoso, scriva per lei un libello di ripudio e glielo consegni in mano e la mandi via dalla casa»; a fare da contraltare all'essenzialità del riferimento biblico, si staglia la disciplina rabbinica, che ha tratto da ogni singola parola del brano un elemento della fattispecie divorzile¹⁴.

Tutto ruota intorno al cosiddetto *get*, o libello di ripudio, mediante il quale il marito trasmette alla moglie la propria volontà di restituirla definitivamente allo stato libero e di allontanarla dalla casa coniugale. Nella sua forma originaria, il divorzio ebraico si presentava come un atto unila-

divorzio, bioetica, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 140-142. Inoltre, si vedano David Werner Amram, *The Jewish Law of Divorce according to Bible and Talmud with some reference to its development in post-Talmudic times*, Philadelphia, Edward Stern & Co., 1896, pp. 22-31, e Samuel Daiches, *Divorce in Jewish Law*, in «Journal of Comparative Legislation and International Law», 1926, III serie, vol. 8, n. 4, pp. 215-224.

14. Cfr. Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., pp. 151-154, oltre a Mosè Maimonide, *Mishneh Torah*, trad. a cura di Eliyahu Touger, *Gerushin*, 1, 1. In apertura del suo commentario, il Maimonide (Cordova 1135 - Il Cairo 1204) mette in luce come la giurisprudenza rabbinica abbia enucleato dal passo del Deuteronomio le dieci regole fondamentali che disciplinano il divorzio. In particolare, il divorzio è un atto volontario del marito; la manifestazione della volontà di dissolvere il matrimonio deve essere manifestata con un atto scritto (*get*); il *get* deve essere formulato in modo tale da rendere evidente che l'uomo vuole sciogliere l'unione e liberare la moglie dalla sua potestà (solitamente, è scritto «tu sei permessa ad ogni uomo», oppure «ti libero, ti lascio, ti ripudio affinché tu rientri nel potere di te stessa e tu divenga padrona di decidere di andare in sposa a qualunque uomo tu vorrai»); il divorzio deve recidere ogni legame con il precedente marito, sicché è *actus legitimus*, che non ammette condizioni; il *get* deve essere destinato esclusivamente alla moglie da cui si intende divorziare e deve contenere in modo preciso tutte le indicazioni per identificarla; il supporto scrittorio deve essere idoneo a una consegna immediata e senza soluzione di continuità; il marito deve curare la redazione e la consegna del *get*; la consegna del libello deve avvenire davanti a testimoni; la formula di consegna del *get* alla moglie deve essere chiara e diretta alla moglie (il marito solitamente si rivolge alla moglie con l'espressione: «*Haré gittech* – Ecco il tuo *get*»); il divorzio deve essere motivato. Esempi di *get* sono riportati da Moses Mielziner, *The Jewish Law of Marriage and Divorce in Ancient and Modern Times and its relations to the Law of the State*, Cincinnati, The Bloch Publishing and Printing Company, 1884, pp. 128-129, Samuel Daiches, *op. cit.*, p. 218 e da Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., p. 171.



terale dell'uomo, che potestativamente determina la fine del matrimonio per un qualsiasi motivo¹⁵.

Invero, intorno al I secolo a.C., vi era stato il tentativo della Scuola di Shammai di rafforzare la stabilità del vincolo, circoscrivendo i casi di ammissibilità del divorzio a gravi immoralità della donna. Questa opzione interpretativa, tuttavia, cedette il passo alla dottrina della Scuola di Hillel, che permetteva il divorzio per un qualsiasi inadempimento degli obblighi da parte della moglie¹⁶.

Se la giurisprudenza rabbinica lasciò progressivamente in secondo piano le cause giustificatrici del divorzio, l'attenzione si concentrò sull'aspetto formale del documento di ripudio: il Talmud babilonese, nel trattato *Gittin*, contenuto nel *Seder Nashim* (ordine delle donne), tramanda numerosi dibattiti¹⁷ sulla redazione del *get*, sulla sua trasmissione alla controparte, sulle modalità di ricezione, sulle cause di invalidità del documento, sulle qualità dei testimoni e dello scrivano, oltre che sul materiale scrittorio, fino ad addentrarsi su questioni di corretta grafia.

La complessità procedurale fa sì che tutto si svolga alla presenza del tribunale rabbinico, o *Beth Din*: anzitutto, il presidente del tribunale domanda al marito se egli stia agendo in piena libertà e gli ordina di revocare ogni possibile dichiarazione che potrebbe inficiare la validità dell'at-

15. Cfr. Guido Fubini, *Gli ebrei e il divorzio*, in «La Rassegna mensile di Israel», 1970, III serie, vol. 36, n. 10, pp. 355-365 (in particolare, pp. 355-356), nonché Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 179-186.

16. Cfr. *Talmud, Gittin*, 90a. Hillel e Shammai furono i capiscuola di due correnti di interpretazione della *Torah*. Vissero entrambi tra il I secolo a. C. e il I secolo d.C.: a Shammai si deve un'interpretazione rigorista del dettato scritturistico, mentre a Hillel una visione più conciliante e attenta ai mutamenti sociali. Cfr. Michael Katz, Gershon Schwartz, *Swimming in the Sea of Talmud. Lessons for Everyday Living*, Philadelphia, The Jewish Publication Society, 1997, pp. 101-102. Con riguardo al divorzio, Moses Mielziner, *op. cit.*, pp. 118-120, scrive che l'opinione di Hillel, benché prevalente, è riprovata sul piano morale, in quanto foriera di lassismo. Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., pp. 143-145, riporta l'opinione di Rabbi Akiva, maestro del I secolo d.C., secondo il quale l'uomo può divorziare solo se trova una donna più bella della moglie. Su Rabbi Akiva, la cui vita ha assunto tratti leggendari e il cui insegnamento è tra i più fecondi nel Talmud, rinvio a Barry W. Holtz, Rabbi Akiva. *L'uomo saggio del Talmud*, trad. a cura di Gadi Luzzatto Voghera, Torino, Bollati Boringhieri, 2018.

17. Sulla formazione del consenso tra i rabbini per l'individuazione della norma applicabile, cfr. Carmelo Raspa, *La determinazione della "halakhah": conflitto e consenso*, in *Processi di formazione del consenso*, a cura di Nunzio Capizzi, Orazio Condorelli, Troina-Catania, Grafiser-Studio Teologico San Paolo, 2013, pp. 55-62.

to¹⁸; dopo aver affermato di agire senza costrizioni, lo sposo, in presenza di due testimoni¹⁹, darà allo scrivano carta, calamaio e inchiostro, ordinandogli di scrivere a nome e per conto proprio il libello di ripudio da destinare alla moglie. Ai testimoni spetterà il compito di leggere lo scritto, di verificare la correttezza dei nomi degli ex coniugi e di firmare il *get*²⁰. Il tribunale compirà un'ulteriore verifica ed esorterà i presenti²¹ a presentare le proprie eventuali obiezioni. Superato questo momento, il rabbino chiederà alla moglie se accetta il ripudio in piena libertà²². Solo allora avverrà la consegna del *get* da parte dell'ex marito all'ex moglie, che lo riceverà portando le mani verso di sé²³. Infine, il rabbino darà un'ultima lettura del libello e avvertirà che è passibile di scomunica colui che dubiterà della sua validità²⁴.

3. La “mamzerut” come conseguenza di un “get” invalido: lo status di figlio illegittimo nel diritto ebraico

La precisione richiesta dai Maestri d'Israele nel compimento delle formalità è giustificata dalle conseguenze che si possono verificare in caso di nullità del *get*: la donna, infatti, rimarrebbe *agunah*, cioè, incatenata al precedente marito, e non potrebbe risposarsi; qualora lo facesse, i figli generati con il nuovo partner sarebbero *mamzerim*, illegittimi, inabili a

18. Cfr. Joseph Caro, *Shulchan Arukh, Even HaEzer*, 134:2.

19. Cfr. Mosè Maimonide, *Mishneh Torah, Gerushin*, 1:13, che motiva la doverosità della presenza dei testimoni sulla base di Dt 19,15 («Un solo testimone non avrà valore contro alcuno, per qualsiasi colpa e per qualsiasi peccato; qualunque peccato uno abbia commesso, il fatto dovrà essere stabilito sulla parola di due o di tre testimoni»). Infatti, come la donna colpevole di adulterio sarebbe condannata a morte sulla parola di due testimoni, così, sulla parola di due testimoni, deve fondarsi la sua riacquisita libertà sessuale.

20. Cfr. Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di Silvio Ferrari, Torino, Giappichelli, 2006, p. 82.

21. Almeno dieci uomini, secondo la consuetudine invalsa. Cfr. Joseph Caro, *Shulchan Arukh, Even HaEzer*, 133:3.

22. Cfr. Joseph Caro, *Shulchan Arukh, Even HaEzer, Seder haGet*, 81.

23. Cfr. *ivi*, 138:2, nel quale si sottolinea che la dazione deve essere completa, nel senso che al marito non deve rimanere nessuna parte del documento (ad esempio, il nastro o la cordicella che chiude l'atto).

24. Cfr. Joseph Caro, *Shulchan Arukh, Even HaEzer, Seder haGet*, 78.



sposarsi con altri che non siano a loro volta *mamzerim*²⁵. La sanzione colpisce a prescindere dall'appartenenza al Popolo d'Israele, dal momento che un *mamzer* non può legittimamente contrarre un matrimonio neppure con un *goj*, cioè un gentile²⁶.

Quasi a bilanciare il grave pregiudizio su un soggetto innocente, la *Mishnah* aveva precisato che la *mamzerut* non avrebbe comportato un disvalore personale, ma solo di purezza rituale. Infatti, un *mamzer* che avesse studiato la Torah avrebbe avuto diritto di precedenza anche su un Sommo Sacerdote ignorante²⁷. Non solo, come ricordano le *Tosafot* (o commentari) al trattato *Yevamot*, il figlio illegittimo è pur sempre un «fratello» appartenente al Popolo eletto, gode della piena tutela giuridica in ambito privato ed è idoneo a ricoprire ogni carica in ambito civile,

25. Cfr. Dt 23,3: «Il bastardo non entrerà nella comunità del Signore; nessuno dei suoi, neppure alla decima generazione, entrerà nella comunità del Signore». Su questo passo si è concentrata l'attenzione dei maestri d'Israele che hanno cercato di individuare tutte le cause che comporterebbero la *mamzerut*. La *Mishnah*, ossia la compilazione di norme ebraiche a cura di Rabbi Yēhūdāh ha-Nāsī (II secolo d.C.), riporta al trattato *Yevamot*, 4:13: «With regard to one who remarries his divorcée after she had been married to another man from whom she was then widowed or divorced, [...], since all such marriages are forbidden he must divorce her, and the offspring born from such unions is a mamzer; this is the statement of Rabbi Akiva. He holds that even the offspring from relations forbidden by a prohibition punishable by lashes is a mamzer. The Rabbis say: The offspring in those cases is not a mamzer, but they concede with regard to one who marries a relative of his divorcée, a union forbidden by a prohibition entailing karet (excision from the community), that the offspring is a mamzer. They hold that only the offspring from relations forbidden by a prohibition entailing karet is a mamzer». Pertanto, sarebbero *mamzerim* sia i nati da adulterio, sia i nati da unioni incestuose, riprovate gravemente dalla comunità.

26. Cfr. *Mishnah*, *Yevamot*, 9:1 («A mamzer is permitted to marry a mamzeret, but neither is permitted to a Jew of unflawed lineage»), *Talmud*, *Kiddushin*, 69a («With regard to converts, and emancipated slaves, mamzerim, and Gibeonites, children of unknown paternity [shetuki], and foundlings, it is permitted for all of the men and women in these categories to marry one another»), 74a («Rabbi Eliezer says: It is permitted for those with definite flaws to marry with those with definite flaws. For example, it is permitted for mamzerim and Gibeonites to marry each other»). Si veda anche Joseph Caro, *Shulchan Arukh*, *Even HaEzer*, 4:18 («A female or male Israelite who marries a bastard child, they always produce bastard [children]»).

27. Cfr. *Mishnah*, *Horayot*, 3:8 («A priest precedes a Levite. A Levite precedes an Israelite. An Israelite precedes a son born from an incestuous or adulterous relationship [mamzer], and a mamzer precedes a Gibeonite, and a Gibeonite precedes a convert, and a convert precedes an emancipated slave. When do these halakhot of precedence take effect? In circumstances when they are all equal in terms of wisdom. But if there were a mamzer who is a Torah scholar and a High Priest who is an ignoramus, a mamzer who is a Torah scholar precedes a High Priest who is an ignoramus, as Torah wisdom surpasses all else»).

non esclusa quella di re d'Israele²⁸. Nonostante il temperamento al rigore delle prescrizioni, è comprensibile lo sforzo per evitare la *mamzerut*.

È da sottolineare che, sebbene, a seguito del *Herem* (decreto) del Rabbinò Ghershom dell'XI secolo, il divorzio ebraico oggi sia da considerare come un atto consensuale²⁹ – che richiede tanto il rilascio del *get* da parte del marito, quanto la sua accettazione da parte della moglie – solo la mancanza del *get* determina la condizione di *agunah* e, in caso di nuova prole, la *mamzerut*. Ciò perché il passo deuteronomistico esprime le azioni che perfezionano il *get* attraverso verbi coniugati alla terza persona singolare maschile; difatti, il soggetto agente dell'intera procedura è l'uomo-*ish*, mentre la destinataria è la donna-*ishah*.

4. Il diritto della moglie al “get”, tra tentativi di persuasione e sanzioni comunitarie e secolari

Non potendo intervenire sulla forma del rito di scioglimento, che la Legge di Mosè configura esclusivamente come un ripudio, i rabbini stabilirono alcune cause in presenza delle quali la moglie, che ritenesse impossibile la prosecuzione della convivenza coniugale, avesse il diritto a ottenere il divorzio.

28. Cfr. *Tosafot*, *Yevamot*, 45b.

29. Cfr. Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, cit., pp. 186-188, Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., p. 157, Irwin H. Haut, *A Problem in Jewish Divorce Law: an Analysis and some Suggestions*, in «Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought», 1977, vol. 16, n. 3, pp. 29-49, Michael J. Broyde, *Marriage, divorce and the abandoned wife in Jewish Law: a conceptual understanding of the agunah problems in America*, Hoboken, KTAV Publishing House, 2001, pp. 21-23. Per il testo del decreto del Rebbenu Gershom (Metz, 960-1040), si può far riferimento alla raccolta anonima di giurisprudenza ebraica, pubblicata intorno al XIV secolo, *Sefer Kol Bo*, 116, oltre che a Joseph Caro, *Shulchan Arukh, Even HaEzer*, 119:6. Si veda, inoltre, per la ricezione della disposizione di Gershom, Elimelech Westreich, *The Ban of Polygamy in Polish Rabbinic Thought*, in Gershon David Hundert, *Jewish in Early Modern Poland*, Londra-Portland, The Littman Library of Jewish Civilization, 1997, pp. 66-84 (in particolare, pp. 66-68). Che il divieto di poligamia non fu immediatamente accolto in egual misura lo testimonia la presenza di “licenze matrimoniali” concesse agli Ebrei dai Romani Pontefici nel corso di tutto il Medioevo e dell'Età Moderna. Cfr. Orazio Condorelli, *Cattolici, eretici, scismatici, apostati e infedeli. Dinamiche della pluralità religiosa nell'esperienza del diritto comune medievale*, in *Le minoranze religiose nel diritto italiano ed europeo. Esperienze del passato e problematiche contemporanee*, a cura di Daniele Edigati, Alessandro Tira, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 21-43 (in particolare, p. 43 e bibliografia ivi citata).



Tra le ragioni che legittimano la domanda di divorzio in capo alla moglie e, dunque, fondano l'obbligo per il marito di concedere il *get* si ricordano: l'immoralità; la trasgressione dell'obbligo di mantenimento; l'inadempimento del debito coniugale; la presenza di difetti fisici o psichici che rendano impossibile la coabitazione; la sterilità e l'impotenza; l'apostasia³⁰.

L'interpretazione di queste cause è abbastanza ampia e via via è stato favorito un approccio estensivo, idoneo a ricomprendere la maggior parte dei fallimenti dell'unione coniugale.

Così, ad esempio, nella categoria dell'immoralità sono state ricomprese tanto le ipotesi di persistente violazione della *Torah* e l'induzione della moglie a fare altrettanto, quanto i reiterati maltrattamenti contro la moglie e i suoi parenti. Ancora, i tribunali rabbinici riconoscono l'ammissibilità della perizia medica per superare l'originario periodo di attesa decennale prima di chiedere il divorzio per sterilità del marito³¹.

Nella ricerca di soluzioni, la dottrina rabbinica ha riconosciuto la liceità dell'uso di mezzi di compulsione che si dimostrino efficaci, ma comunque rispettosi della formazione della libera volontà del soggetto agente.

Ed è proprio su questo terreno che si scontra la previsione normativa del Regno Unito con i rabbini ortodossi: da un lato bisogna chiedersi se un'autorità civile abbia il potere per costringere una persona ad esercitare un atto che appartiene esclusivamente alla sfera religiosa, giacché l'ordinamento secolare ha già riconosciuto lo scioglimento dell'unione matrimoniale; dall'altro, è da verificare quale tipo di effetti espliciti sull'atto la costrizione imposta da un soggetto esterno alla comunità.

Per la visione ebraica, la risposta è da individuare nel trattato *Mishneh Torah* di Mosè Maimonide, che, già nel XII secolo, si interrogava sui rapporti tra giurisdizioni nelle procedure divorzili.

Ecco cosa afferma il Rambam, commentando il trattato talmudico *Gittin*: «Se la legge impone a un uomo di divorziare dalla moglie e costui non desidera divorziare da lei, il tribunale rabbinico dovrebbe farlo picchiare fino a quando egli non acconsenta, ossia finché egli non rilasci il *get*. Il risultato è accettabile. Ciò vale in ogni momento e in ogni luogo. Allo

30. Cfr. Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., pp. 158-168. Inoltre, cfr. Moses Mielziner, *op. cit.*, pp. 121-125, e Avishalom Westreich, *Divorce on demand: the history, dogmatics, and hermeneutics of the wife's right to divorce in Jewish Law*, in «Journal of Jewish Studies», 2011, vol. 62, n. 2, pp. 340-363.

31. Cfr. Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, cit., pp. 195-204.

stesso modo, se i gentili lo picchiano dicendogli: «Fai quello che gli ebrei ti dicono di fare», e gli ebrei chiedono ai gentili di fare pressione su di lui finché [non acconsenta] a divorziare da sua moglie, il divorzio è accettabile³².

Da questo passo si intuisce l'ammissibilità della coazione, anche compiuta per il tramite del "braccio secolare" costituito da non Ebrei, a patto che ci si trovi davanti a una causa che legittima la donna a chiedere il divorzio. E ciò perché, comunque, vi è un fondamento legale che rende la dazione del *get* doverosa, ossia una *mitzvah*³³.

La validità non è in discussione nemmeno se il braccio secolare abbia agito senza un'esplicita richiesta da parte del tribunale ebraico, ma sempre nell'ambito delle situazioni che fondano il diritto della donna a divorziare. In tal caso il *get* è *pasul*, inaccettabile, ma non nullo. Con questa espressione il Rambam intende un *get* che viola le prescrizioni rabbiniche, ma non quelle bibliche; esso, dunque, pur non determinando lo scioglimento definitivo dell'unione, non rende adulterina la nuova relazione che la donna vorrà costruire, né comporterà l'illegittimità dei figli del nuovo matrimonio³⁴.

Continua il Maimonide che la ragione sta nel fatto che «il concetto di costrizione contro la propria volontà si applica solo quando si parla di una persona che è costretta a fare qualcosa che la *Torah* non obbliga a compiere. Se, tuttavia, la cattiva inclinazione di un individuo lo spinge a negare [l'osservanza di] una *mitzvah* o a commettere una trasgressione, e costui è stato picchiato finché non ha compiuto l'azione che era obbligato a compiere, o si è dissociato dall'azione proibita, non si ritiene che egli sia stato costretto contro la sua volontà. Al contrario, è lui stesso che costringe [la propria condotta a essere umiliata]»³⁵.

Alla luce di quanto detto, l'idea di fondo che, per il diritto ebraico, dovrebbe animare le relazioni tra i due ordinamenti sarebbe la cooperazione e la parificazione dello status civile con quello *halakhico*, purché sulla regolarità intera procedura del rilascio del *get* vigili esclusivamente il tribunale rabbinico.

32. Mosè Maimonide, *Mishneh Torah, Gerushin*, 2:20.

33. Sul significato di questa espressione, cfr. Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., pp. 87-88, oltre a Perry Netter, *Divorce is a Mitzvah*, Woodstock, Jewish Light Publishing, 2002, pp. 3-11.

34. Si veda, ancora, Mosè Maimonide, *Mishneh Torah, Gerushin*, 2:20. Cfr. Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., pp. 172-177.

35. Mosè Maimonide, *Mishneh Torah, Gerushin*, 2:20.



Come si può osservare leggendo la guida offerta dalla *United Synagogue* inglese³⁶, è al *Beth Din* che dovrebbero rivolgersi gli sposi, anzitutto per tentare una riconciliazione, poi per verificare se si possa giungere a un divorzio consensuale. In caso contrario, sarà lo stesso tribunale a valutare la sussistenza delle condizioni per costringere il marito a rilasciare il *get*. Se l'esito è positivo, il tribunale emetterà una sentenza di condanna al rilascio del *get* e, in caso di inadempimento, il marito recalcitrante e reo di *chillul haShem* (profanazione del nome di Dio)³⁷ potrà essere sottoposto a sanzioni religiose, quali l'esclusione dalla vita religiosa della comunità o la rottura dei rapporti, anche economico-sociali, coi propri correligionari. Come *extrema ratio*, la donna potrà ricorrere ai *gojm* che detengono il potere civile per giungere a una coazione rispettosa della *Torah*. Tuttavia, la soglia invalicabile è segnata dall'infungibilità della consegna del *get* da parte del marito.

I limiti sono evidenti: oltre all'impossibilità di costringere fisicamente il marito a dare il *get*, vi sono ipotesi in cui la causa della disgregazione familiare non sia sussumibile tra le cause enucleate dalla giurisprudenza rabbinica. Inoltre, nel frastagliato panorama degli orientamenti giurisprudenziali, c'è anche l'opinione di chi crede che non tutte le cause che fondano il diritto al divorzio legittimino la coazione, ma solo le più gravi, come la sterilità e il tentato omicidio della moglie.

In questi casi, quando non sussiste un diritto al divorzio o quando, pur sussistendo, non si ritiene ammissibile la coazione, ogni pressione sull'uomo inficerebbe il *get*³⁸: se la coazione provenisse dai *gojm*, il libello di ripudio sarebbe del tutto inesistente. Se la costrizione provenisse Ebrei, il *get* dovrebbe essere ratificato in un successivo momento, una volta venuta meno la costrizione, al fine di dissipare ogni dubbio sulla sua validità. Questa posizione è confermata dal Rambam sulla scorta della tradizione mishnaica.

Il rigore del sistema non ammette deroghe: i *dayanim* ortodossi, piuttosto che contravvenire alla prescrizione che riconosce esclusivamente

36. Cfr. London Beth Din, *About Divorce*, reperibile su <https://www.bethdin.org.uk/divorce>.

37. Cfr. David Michael Cobin, *Jewish Divorce and the Recalcitrant Husband: Refusal to Give a "Get" as Intentional Infliction of Emotional Distress*, in «Journal of Law and Religion», 1986, vol. 4, n. 2, pp. 405-430, oltre a London Beth Din, *op. cit.*

38. Cfr. Avishalom Westreich, *The Right to Divorce in Jewish Law: Between Politics and Ideology*, in «International Journal of the Jurisprudence of the Family», 2010, n. 1, pp. 177-196.

all'uomo il potere di concedere il *get*, preferiscono indagare su eventuali cause di nullità del matrimonio naufragato³⁹. Al contrario, la corrente dell'Ebraismo conservatore americano, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha preferito semplicemente dichiarare non operativa la prescrizione della *mamzerut*, sulla scorta del mutamento dei tempi e del superamento delle motivazioni di purità che avevano animato la legislazione deuteronomistica⁴⁰.

5. Una conclusione aperta: (poche) luci e (molte) ombre dell'intervento statale inglese nelle controversie sullo scioglimento del matrimonio ebraico

In definitiva, anche a ritenere corretto l'operato del governo inglese sotto il profilo della garanzia della libertà di autodeterminazione, il problema è comprendere se l'esito sarà quello auspicato. In un comunicato del *Beth Din* di Londra, è stato raccomandato alle possibili interessate di non rivolgersi alle corti civili prima di aver contattato il tribunale rabbinico, a pena di avere un *get* dato sotto costrizione e, dunque, nullo.

Pur nella nobiltà delle intenzioni, la *Statutory Guidance* rischia di isolare maggiormente la donna, che corre il pericolo di subire tanto l'ostracismo del gruppo religioso per essersi rivolta alle autorità civili, quanto il pregiudizio di non poter ricostruire una vita dopo la conclusione del precedente matrimonio.

Per non parlare del fatto che una generale presunzione di invalidità del *get* preceduto dall'intervento coercitivo secolare alimenta un clima di sfiducia nella stessa istituzione statale, ritenuta non solo incapace di offrire risposte adeguate alle *agunot*, ma anche di porre costoro nella condizione di una perenne incertezza sul proprio stato libero.

Ben diverso era lo spirito che aveva animato la promulgazione del *Divorce (Religious Marriages) Act* del 2002, con cui era stato previsto lo strumento della sospensiva del divorzio civile in attesa della pronuncia del tribunale religioso. In tal caso, la posizione della donna era tutelata obbligando il marito a regolarizzare la posizione davanti alla comunità confessionale, senza potersi giovare degli effetti civilistici dello scioglimen-

39. Cfr. Michael J. Broyde, *op. cit.*, pp. 89-102.

40. Cfr. Elie Kaplan Spitz, *Mamzerut, Report della Rabbinical Assembly n. 4, 2000*, https://www.rabbinicalassembly.org/sites/default/files/public/halakhah/teshuvot/19912000/spitz_mamzerut.pdf.



to del vincolo⁴¹. Sebbene non si garantisca l'ottenimento del libello di ripudio, né – come si è visto – sarebbe possibile, la subordinazione della concessione del *decree absolute*, ossia la sentenza definitiva di dissoluzione del matrimonio, a una pronuncia confessionale costituirebbe un buon deterrente per condotte abusive da parte del marito, oltretutto un segno di rispetto per la distinzione tra ordinamenti. Bisogna, tuttavia, riconoscere che è scarso il ricorso a questo istituto nella pratica giudiziaria⁴².

Forse, per superare l'*impasse*, bisognerebbe tornare alla *littera legis* del *Domestic Abuse Act*, che non contempla espressamente il mancato rilascio del *get* tra le forme di abuso domestico.

In realtà, è curioso considerare che l'emendamento che avrebbe potuto introdurlo era stato presentato dalla Baronessa Altmann, membro della Camera dei Lord di fede ebraica: in sede legislativa, si era, tuttavia, preferito non tipizzare la condotta come abusiva, lasciando ampia discrezionalità all'autorità amministrativa e giudiziaria⁴³.

Evitare la contrapposizione tra autorità e favorire, al contrario, un sereno e franco dialogo interistituzionale potrebbe essere la chiave per risolvere la piaga delle *agunot*: ciò eviterebbe anche di rinfocolare il dissidio tra precetti civili e religiosi che, come frequentemente accade, troverebbe un prevedibile esito nella rivendicazione, contenuta nel testo veterotestamentario, ma non incluso nel canone ebraico, del II Libro dei Maccabei, «*Non oboedio praecepto regis, sed obtempero praecepto legis, quae data est patribus nostris per Moysen*»⁴⁴.

41. Cfr. Russel Sandberg, *Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 183-184.

42. Cfr. Sarah Anticoni, *Religious Marriages within England and Wales: Their Celebration and Dissolution*, in «International Academy of Family Lawyers. Articles. Religious Issues», 2009, p. 6, https://www.iafl.com/media/1176/religious_marriages_within_england_and_wales_their_celebration_and_dissolution1.pdf.

43. Cfr. *All. 1 Debates between Lord Palmer of Childs Hill and Baroness Altmann*, in «Parallel Parliament», 8 marzo 2021, <https://www.parallelparliament.co.uk/lord/lord-palmer-of-childs-hill/vs/baroness-altmann>.

44. 2Mac 7,31.

Il fenomeno della prigionia coniugale dalla prospettiva nordamericana: l'ordinamento canadese e statunitense

*Tania Pagotto**

1. Il problema della prigionia coniugale: il caso paradigmatico del diritto ebraico

Il fenomeno della prigionia coniugale è forse poco conosciuto ma coinvolge, soltanto negli ordinamenti del Consiglio d'Europa, decine di migliaia di persone, specialmente donne¹. Questa condizione si verifica laddove, a fronte del desiderio di uno o di entrambi i coniugi di sciogliere il matrimonio, esistano condizioni giuridiche che impediscano di concretizzare tale scelta.

Casi di prigionia coniugale emergono tanto negli ordinamenti statali, quanto negli ordinamenti confessionali. Dalla prospettiva del diritto secolare, si pensi a quelle norme che, oramai in vigore in pochi ordinamenti, condizionano l'ottenimento del divorzio giudiziale non solo alla constatazione dell'irrimediabile deterioramento della comunione spirituale tra i coniugi, ma anche al consenso della parte incolpevole. Ad esempio, l'art. 56 del Codice del diritto di famiglia polacco dispone che, quando il ricorso sia presentato dal coniuge a cui sia addebitabile in via esclusiva la rottura del rapporto matrimoniale, la sentenza di divorzio possa essere pronunciata solo se il coniuge resistente acconsenta allo scioglimento del vincolo². Di conseguenza, integrerebbe un'ipotesi di prigionia coniu-

* Università di Milano-Bicocca.

1. Si v. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, «Finding solutions for marital captivity», Resolution 2481, del 25 gennaio 2023, pt. 1, www.pace.coe.int.

2. La disposizione fa salvo il caso in cui «il rifiuto di prestare il consenso sia contrario



gale la situazione in cui si troverebbe il coniuge colpevole che, da una parte, intendesse porre fine al rapporto di coniugio ma, dall'altra parte, si vedesse negata la pronuncia di divorzio dal giudice, allorquando la parte resistente avesse espresso il desiderio di riconciliarsi e non, viceversa, la volontà di sciogliere il matrimonio³.

Dalla prospettiva degli ordinamenti confessionali, invece, caso paradigmatico di prigionia coniugale si ritrova nel diritto ebraico (*halachà*) e riguarda la condizione di *agunah*, ovvero della “donna incatenata”. Il problema dell'*agunah* è semplice da comprendere, ma non altrettanto da risolvere, tanto da essere considerato da alcuni come una delle questioni più urgenti che la comunità ebraica contemporanea è chiamata ad affrontare⁴.

Secondo l'*halachà*, il procedimento teso a dissolvere il vincolo matrimoniale si conclude formalmente con il rilascio di un libello di divorzio – detto *ghet* – da parte del marito alla moglie, che deve acconsentire a riceverlo⁵. Il procedimento ha luogo innanzi a un tribunale rabbinico (*beth din*) in composizione collegiale⁶. L'offerta del *ghet* è ascrivibile alla cate-

ai ragionevoli principi della convivenza sociale»: art. 56, comma 3, del Codice di famiglia polacco (*Kodeks rodzinny i opiekuńczy*).

3. *Babiarz v. Poland*, app. n. 1955/10 (Corte EDU, 2017).

4. Michael A. Helfand, *How to limit accommodations: wrong answers and right answers*, in «Journal of Law, Religion and State», 2017, n. 5, 1, p. 12. Si v. anche Blu Greenberg, *Jewish Women: Coming of Age*, in «Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought», 1977, n. 16, pp. 79 ss.

5. Si v. *Deuteronomio* 21, 1: «Quando un uomo ha preso una donna e ha vissuto con lei da marito, se poi avviene che essa non trovi grazia ai suoi occhi, perché egli ha trovato in lei qualche cosa di vergognoso, scriva per lei un libello di ripudio e glielo consegni in mano e la mandi via dalla casa». È necessario precisare che la dottrina ha ben distinto *forma* e *sostanza* del ripudio ebraico, istituto considerato unilaterale nella forma ma consensuale nella sostanza: «si segnala l'evoluzione della giurisprudenza italiana a proposito del *get*, il ripudio ebraico, dove la valorizzazione della sua sostanziale natura “consensuale”, al di là della forma “unilaterale” che lo caratterizza, ne ha reso possibile, in anni recenti, il riconoscimento»: Gilda Ferrando, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione Europea*, in «Politica del diritto», 2003, n. 3, p. 366. Si v. anche Corte d'Appello di Milano, sent. del 19 maggio 1992, riportata in «Riv. dir. int. priv. proc.», 1992, p. 586, con nota di Giorgio Sacerdoti, *Il divorzio ebraico-israeliano di fronte ai giudici italiani*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 1992, n. 2, pp. 433 ss. e, in ultima, Alfredo M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002, pp. 152 ss.

6. Non è sufficiente il mero accordo dei coniugi sulle condizioni economiche del divorzio e sull'affidamento dei figli. La sentenza emessa da un tribunale rabbinico (*beth din*), che potrebbe intervenire in luogo dei coniugi *separandi* soltanto sugli aspetti

goria giuridica della facoltà, qualificandosi come un *facere* di natura personale, di esclusiva prerogativa del marito e generalmente inteso come un atto di volontà libera e incoercibile: secondo il diritto confessionale ebraico, «un *ghet meusé* (dato cioè per costrizione) non è valido»⁷.

L'immagine della prigionia coniugale evoca buona parte degli effetti che, in caso di mancata consegna del *ghet*, caratterizzano soprattutto la condizione della donna⁸: non riacquista la libertà di stato⁹, è impossibilitata a contrarre un nuovo matrimonio conformemente ai dettami dell'*halachà*, e i suoi figli, nati da successive unioni, saranno considerati illegittimi¹⁰. A ciò potrebbero aggiungersi ulteriori conseguenze, quali l'i-

post-matrimoniali di natura economica, patrimoniale e inerenti ai diritti e ai doveri parentali. Il *beth din* non detiene il potere di pronunciarsi sullo scioglimento del vincolo matrimoniale. Si riporta la traduzione (a cura dell'Autrice) di un *ghet*, reperibile in lingua inglese in Edward Sukol e Andrew A. Zashin, *Jewish Divorce*, in «Ohio Domestic Relations Law», 2004, p. 933: «Il [...] giorno della settimana, il [...] giorno del mese dell'anno [...] dalla creazione del mondo, secondo i nostri abituali calcoli, qui, presso la città di [...], che si trova sul fiume [...], io, [...], figlio di [...], concedo il documento di divorzio a te, [...], figlia di [...], che sei stata mia moglie in passato, e con questo ti libero e divorzio, affinché tu possa avere il controllo e il potere su te stessa, sin d'ora e per il futuro, di sposarti con qualsiasi uomo che tu voglia scegliere; nessuno d'ora in poi potrà mai impedirti di farlo, e ti sarà permesso di sposarti con qualsiasi uomo. E questi regali saranno per te da parte mia: un atto di divorzio, una lettera di libertà e un atto di liberazione secondo la legge di Mosè e di Israele».

7. Alfredo M. Rabello, *Il diritto ebraico*, in *Introduzione al diritto comparato delle religioni: ebraismo, islam e induismo*, a cura di Silvio Ferrari, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 171.

8. Si vv. Bianca Gardella Tedeschi, *Jewish Feminism e Orthodox Judaism negli Stati Uniti: la ricerca dell'armonia*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2018, fasc. speciale, pp. 135 ss.; Susanna Mancini, *Eguaglianza di genere, laicità e libertà religiosa nell'era della deprivatizzazione*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2020, n. 2, pp. 409 ss.; Francesca Brunetta d'Usseaux, *Famiglia e multiculturalismo*, in «Pol. dir.», 2011, n. 4, pp. 539 ss.

9. Per la precisione, il mancato riacquisto della libertà di stato si verifica anche per il marito, nel momento in cui si rifiuti di consegnare il *ghet* o la moglie non lo abbia accettato. Come scrive Sacerdoti, infatti, «il ripudio della moglie da parte del marito, per adulterio o altre cause, riconosciuto dalla Bibbia, si è trasformato per effetto della giurisprudenza rabbinica in sostanziale divorzio, su base consensuale o per cause determinate, pronunciato dai tribunali rabbinici. [...] È quindi erroneo e fuorviante definire il divorzio ebraico come ripudio»: Giorgio Sacerdoti, *Il divorzio ebraico-israeliano di fronte ai giudici italiani*, cit., p. 435.

10. Il problema non è limitato al caso del coniuge recalcitrante, giacché potrebbe emergere anche nel caso di scomparsa, assenza o presunta morte del marito o nel caso di perdita della capacità di agire, che renderebbe la *datio* del *ghet* invalida sotto il profilo soggettivo. Si v. Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Milano, Giuffrè, 2015, in particolare pp. 179-228.



solamento da parte della propria comunità di appartenenza o difficoltà a viaggiare in quei paesi dove fosse necessaria la presenza del marito per il rinnovo del passaporto¹¹.

Gli effetti pregiudizievoli appena descritti hanno condotto l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ad adottare la Risoluzione n. 2481 del 25 gennaio 2023, invitando a riflettere ed esplorare eventuali possibilità di «trovare soluzioni alla prigionia coniugale». Il documento rappresenta un importante passo in avanti per la sensibilizzazione dell'opinione pubblica sui diritti umani e sulle libertà fondamentali che entrano in gioco in questa delicata situazione e possono risultare sostanzialmente violati:

La prigionia coniugale costituisce una violazione dell'autonomia personale del coniuge che la subisce, un principio fondamentale del diritto dei diritti umani. [...] Viola gli articoli 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹².

La questione della *agunah*, sebbene sia già stata oggetto di studio da parte di autorevole dottrina, rimane quantomeno particolare sotto tre profili¹³.

Innanzitutto, un matrimonio nullo o sciolto nell'ordinamento dello stato, non lo è e potrebbe non esserlo mai nell'ordinamento confessionale, dove la dissoluzione del vincolo dipende, in ultima analisi, dall'esercizio di un'incoercibile manifestazione di volontà del marito. L'intervento di un'autorità terza, il *beth din*, è meramente dichiarativo e mai costitutivo, in quanto la sua competenza si limita ad accertare l'esistenza

11. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, «Finding solutions for marital captivity», pt. 3.

12. *Ibid.*, pt. 4.

13. Un altro caso di prigionia coniugale si potrebbe verificare, ad esempio, in applicazione del diritto musulmano, quando questo sia riconosciuto come fonte di diritto oggettivo dello stato. Analizziamo il caso di una coppia di coniugi iraniana e canadese. Potrebbe accadere che i coniugi abbiano contratto matrimonio, secondo il diritto islamico, in uno stato in cui si applica la *Sharia* (qual è l'Iran), si siano successivamente trasferiti e abbiano stabilito la loro vita familiare in Canada. Nel caso in cui avessero ottenuto dai tribunali civili canadesi una sentenza di divorzio, questa non sarebbe riconosciuta dall'ordinamento iraniano (che non riconosce effetti al divorzio pronunciato da un tribunale civile del Canada) e la coppia si troverebbe, così, in un "matrimonio claudicante": divorziata secondo il diritto civile canadese ma ancora sposata secondo il diritto musulmano iraniano. Si v. *Religious Divorce in Canada*, 16 marzo 2022, www.snlaw.ca.

dell'obbligo di rilasciare o di accettare il *ghet* o a supervisionare la stesura dell'atto di ripudio, assicurando la correttezza di tutti i complessi requisiti procedurali¹⁴.

In secondo luogo, gli effetti pregiudizievoli per un coniuge (soprattutto la moglie) si devono ricondurre al mancato esercizio di una facoltà che rientra nel patrimonio giuridico dell'altro coniuge (il marito), secondo il regime che regola il matrimonio confessionalmente caratterizzato.

Infine, il mancato rilascio del *ghet* e lo status di *agunah* rilevano esclusivamente in prospettiva endoconfessionale e, generalmente, neppure lambiscono lo *ius connubii* regolato dal diritto dello stato, in relazione alla disciplina degli impedimenti matrimoniali a una successiva unione, o ai diritti connessi alla filiazione, che sono accordati indistintamente a tutti i figli della donna¹⁵.

Sembrerebbe di primo acchito che la condizione di *agunah*, agli occhi dell'ordinamento dello stato, potrebbe rimanere relegata nel limbo dell'indifferenza, dal momento che l'ordinamento secolare regola in via unilaterale e in modo del tutto indipendente dal diritto confessionale tanto lo *ius connubii*, quanto lo *status filiationis*.

In che modo, allora, la condizione di *agunah* è divenuta giuridicamente rilevante per il diritto secolare e ha intercettato due ordinamenti nordamericani?

Per rispondere compiutamente alla domanda, è necessario prima di tutto identificare, seppur per brevissimi cenni, il collegamento tra lo scioglimento del matrimonio ebraico e lo scioglimento del matrimonio civile nei due sistemi nordamericani oggetto di questo studio. Negli Stati Uniti, il divorzio è materia affidata alla competenza legislativa dei singoli stati, mentre in Canada rientra nella competenza esclusiva del parlamen-

14. Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 15. Si v. anche Bruce Perelman, *Jewish religious divorce and american jurisprudence: a comparative study notes and comments*, in «Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal», 1984, n. 3, pp. 351 ss.; Leo Pfeffer e Alan Pfeffer, *The Agunah in American Secular Law*, in «Journal of Church and State», 1989, n. 3, p. 487 ss.

15. Ayelet Shachar parla di «“split status” position – namely, that of being legally divorced according to state law, though still married according to their faith»: Ayelet Shachar, *Privatizing diversity. A cautionary tale from religious arbitration in family law*, in *Gender, religion, and family law: theorizing conflicts between women's rights and cultural traditions*, a cura di Lisa Fishbayn Joffe e Sylvia Neil, Waltham, MA, Brandeis University Press, 2013, p. 41. Si v. anche Susan Aranoff e Rivka Haut, *The Wed-Locked Agunot: Orthodox Jewish Women Chained to Dead Marriages*, Jefferson, NC, McFarland, 2015.



to federale. In entrambi gli ordinamenti, il diritto unilaterale dello stato offre la possibilità di sciogliere le unioni contratte valevoli agli effetti civili (*legal marriage*), anche quando parallelamente al matrimonio civile sia stato celebrato anche un matrimonio religioso.

Il procedimento di divorzio assume una molteplicità di forme, a seconda che vi sia l'accordo dei coniugi (*collaborative divorce*) oppure sia necessario, invece, l'intervento dell'autorità giudiziaria in sede contenziosa (*contested divorce*) o, infine, il ricorso a forme di negoziazione assistita (*mediated divorce*). I tribunali civili di entrambi gli ordinamenti hanno giurisdizione sulle cause di separazione e divorzio soltanto se il matrimonio è stato contratto secondo il diritto dello stato. Possono inoltre pronunciarsi su tutte le questioni ancillari (economiche o assistenziali) connesse al procedimento di scioglimento del rapporto di coniugio, indipendentemente da ciò che stabilisce il diritto religioso in merito alla separazione, al divorzio e alla possibilità di contrarre una nuova unione¹⁶.

2. La libertà di *démariage* religioso negli ordinamenti secolari

A questo punto, va considerata l'esistenza di un dato significativo di natura socio-giuridica. In Canada e negli Stati Uniti sono presenti molte comunità ebraiche che, nel tempo, hanno portato all'attenzione del legislatore e delle corti plurime richieste di accomodare le proprie esigenze religiose, inclusa quella di facilitare l'uscita da un vincolo religioso di tipo matrimoniale (*démariage*). Queste istanze sono divenute, da una parte, banco di prova soprattutto per il principio di separazione tra lo stato e la chiesa e, dall'altra parte, una preziosa occasione per lo sviluppo di quel dovere di ragionevole accomodamento che ha reso questi due ordinamenti un luogo così significativo, a cui il giurista del Vecchio Continente è oramai solito rivolgere lo sguardo¹⁷.

16. Si vv. Sanford N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Malcolm C. Kronby, *Canadian Family Law*, Mississauga, Ontario, John Wiley and Sons, 2010.

17. In questo saggio si è scelto di indagare la risposta al problema della *agunah* offerta dagli ordinamenti di *common law* informati a un principio di neutralità. Per questo, si è deciso di escludere dal panorama di indagine lo Stato di Israele, il cui diritto matrimoniale è improntato secondo il sistema del *millet* di origine ottomana: si v. Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, cit. pp. 214-23; Daniel Sinclair, *Lo statuto giuridico delle persone nel diritto ebraico*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2013, fasc. speciale, pp. 57 ss.; Livia Saporito, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la*

Si aggiunga anche che l'università di Bar Ilan ha stimato che, in non meno di un terzo delle cause di divorzio civili, la donna denuncia che il marito strumentalizza la *datio* del *ghet* per spingerla ad accettare condizioni poco favorevoli in merito al regime di solidarietà post-coniugale o al diritto di visita dei figli¹⁸.

Ecco che questi fattori hanno spinto il legislatore di alcuni stati americani e delle province canadesi ad adottare un quadro normativo che favorisse la libertà di *démariage*, particolarmente difficoltosa per le comunità ebraiche¹⁹. Tra gli interventi da mettere maggiormente in luce rientrano senza dubbio i *ghet statutes* dello Stato di New York del 1983 e del 1992 e le legislazioni di Québec e Ontario, poi estese all'intero Canada negli anni Novanta.

Gli interventi legislativi sono stati orientati verso una duplice direzione. La prima è stata quella di condizionare l'accesso al procedimento di separazione o di divorzio civile a una dichiarazione giurata, resa da parte attrice, in cui si attesti di aver rimosso tutte le "barriere" che impediscono il successivo matrimonio religioso della parte convenuta²⁰.

Altro intervento legislativo ha autorizzato il giudice, competente a pronunciarsi sullo scioglimento del matrimonio civile, a tenere in debita considerazione la persistenza di barriere alla celebrazione di un successivo matrimonio religioso in sede di distribuzione dei beni coniugali, dopo lo scioglimento della comunione, e in merito alla quantificazione dell'assegno di mantenimento versato in favore del coniuge economicamente più debole²¹.

Al di là dei tentativi di offrire soluzioni al problema dell'*agunah* in sede di contenzioso civile, un ulteriore campo d'indagine particolarmente

giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2018, n. 9, pp. 1 ss.

18. «Research at Bar Ilan University has found that in no less than one-third of divorce proceedings, the women report that husbands, with the complicity of their lawyers, resort to get extortion, namely threatening not to sign the divorce unless ... and here you can fill in the dots yourself»: Joseph H.H. Weiler, *Agunah: The Shackled Wife in Jewish Law*, in «International Journal of Constitutional Law», 2020, n. 18, p. 847.

19. Si intende, cioè, l'esercizio della libertà in uscita da un matrimonio confessionalmente caratterizzato.

20. Così il c.d. *ghet statute* di New York del 1983: *New York Domestic Relations Law* (1983), par. 253.

21. Così il c.d. *ghet statute* di New York del 1992: *New York Domestic Relations Law* (1992), par. 236 e, con alcune differenze, anche la legislazione di Ontario e Québec su cui v. *infra*.



te interessante riguarda forme di autonomia contrattuale esercitata dai coniugi in relazione a quegli aspetti che un particolare ordinamento fa rientrare nell'area di disponibilità²². I giudici civili statunitensi e canadesi sono stati chiamati a pronunciarsi sulle richieste, avanzate da uno dei due coniugi, di dare esecuzione a clausole o ad accordi a cui i coniugi erano consensualmente addivenuti con lo scopo precipuo di regolare il rilascio del *ghet*.

3. Le soluzioni proposte negli Stati Uniti d'America

Negli anni Cinquanta, in America si è diffusa la prassi di apporre alla *ketubà*, il contratto nuziale ebraico, una clausola compromissoria con cui i coniugi si obbligavano a comparire innanzi a un tribunale rabbinico e promettevano di seguire le direttive impartite dal *beth din* nel caso in cui il matrimonio dovesse essere sciolto e alla donna fosse rifiutato il *ghet*²³.

A partire dagli anni Novanta, poi, coloro che contraevano il matrimonio ebraico hanno iniziato a redigere, separatamente dalla *ketubà*, un'ulteriore lettera di intenti²⁴ o una convenzione prematrimoniale (*prenuptial*

22. Come è stato autorevolmente notato «l'ambito privato-autonomico è costituito *par excellence* dalla famiglia (ma in cui, *ex parte rei publicae*, ricadono anche le confessioni e i gruppi a connotazione religiosa, in quanto rivendichino una immunità rispetto alle regole operanti nello spazio pubblico): Edoardo Dieni, *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in «Quad. dir pol. eccl.», 2000, n. 1, p. 218.

23. Conosciuta in dottrina come clausola "Liebermann", in onore dell'omonimo professore che l'ha ideata. Si riporta la traduzione (a cura dell'Autrice) di una tipica clausola compromissoria apposta alla *ketubà*, reperibile in lingua inglese sul sito www.ritualwell.org: «..., lo sposo, e ..., la sposa, hanno inoltre concordato che se uno dei due coniugi dovesse contemplare lo scioglimento del matrimonio, o in seguito allo scioglimento del loro matrimonio nei tribunali civili, ciascuno potrà convocare l'altro presso il *bet din* dell'Assemblea Rabbinica e del Seminario Teologico Ebraico, e che ciascuno si atterrà alle sue istruzioni in modo che per tutta la vita ciascuno possa vivere secondo le leggi della Torà».

24. Si riporta la traduzione (a cura dell'Autrice) di una tipica lettera d'intenti, redatta a *latere* della *ketubà*, reperibile in lingua inglese sul sito www.ritualwell.org: «Ognuno di noi ha incontrato il Rabbino ..., che ci ha fornito una copia della *ketubah* e ci ha spiegato le disposizioni lì contenute e relative allo scioglimento del matrimonio. Ciascuno di noi riconosce e conferma di aver compreso che la *ketubah* è un contratto legale e sarà vincolante sia per la legge ebraica sia per quella civile in merito alla formazione e allo scioglimento del nostro matrimonio. In particolare, ciascuno di noi riconosce che, in base alla presente *ketubah*, in caso di scioglimento del nostro matrimonio presso i tribunali civili, ciascuno di noi è tenuto a comparire davanti al *bet din* del Movimento Conservatore se

agreement)²⁵. In questi accordi le parti dichiaravano di conoscere e di aver compreso le condizioni della *ketubà* e stabilivano che il suo contenuto potesse essere reso esecutivo ricorrendo ai tribunali civili degli Stati Uniti. Una simile pattuizione poteva essere contenuta, peraltro, negli accordi di separazione o divorzio regolati dal diritto civile, in cui si prevedevano precise obbligazioni strumentali al rilascio del *ghet*, accompagnate dalla previsione di forme di coercizione indiretta all'adempimento, modellate sull'istituto francese dell'*astreinte*²⁶.

In particolare, nel contratto prematrimoniale:

- si includeva la promessa di consegnare il *ghet* entro una certa data (ad esempio entro 15 giorni dalla pubblicazione della sentenza del giudice civile);
- si stabiliva di devolvere eventuali controversie sul *ghet* a un tribunale rabbinico designato, sulla scorta dei meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR);
- infine, si prevedeva una penalità di mora per ogni giorno di ritardo nell'adempimento dell'obbligazione contrattualmente assunta, vuoi la consegna del *ghet*, vuoi la comparizione delle parti innanzi al *beth din* designato.

A questo punto, forti di un accordo negoziato e contratto secondo il diritto dello stato, le *agunot*, le donne incatenate, si sono rivolte ai tribunali civili statunitensi, chiedendo al giudice di emettere un provvedimento (valido nell'ordinamento secolare) che operasse come rimedio giuridico al diniego del *ghet* da parte del marito (rilevante nell'ordinamento religioso)²⁷.

richiesto dall'altro, e ad attenersi alle sue istruzioni e decisioni in merito allo scioglimento del nostro matrimonio secondo la legge ebraica. Ciascuno di noi acconsente che l'impegno a comparire davanti al *bet din* e ad essere vincolato dalle sue indicazioni possa essere reso esecutivo dal tribunale civile. Ciascuno di noi riconosce il proprio consenso alla *ketubah* e la propria volontà di essere vincolato dai suoi termini».

25. Si rimanda, per un esempio di contratto prematrimoniale, all'autorevole formulario promosso dal *beth din* d'America, disponibile al sito www.theprenup.org.

26. Si tratta sostanzialmente di sanzioni pecuniarie la cui ratio non è quella di risarcire un danno subito bensì di indurre indirettamente il debitore a cooperare nell'esecuzione degli obblighi di fare precedentemente assunti: si v. Gianpaolo Caruso, *La riforma delle misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis cpc: spunti comparati con il modello dell'astreinte francese*, in «Judicium», 2023, pp. 1 ss.

27. Si vv., *ex multis*, Irving Breitowitz, *Between Civil and Religious Law: The Plight of*



La giurisprudenza statunitense ha intrapreso due distinti orientamenti. Un primo orientamento, che potrebbe definirsi “astensionista”, in genere non ha riconosciuto effetti civili all’assunzione di obbligazioni confessionalmente caratterizzate, in nome di quel muro di separazione tra la chiesa e lo stato, costituzionalmente eretto dal primo emendamento. Secondo questo indirizzo giurisprudenziale, sarebbe impellente salvaguardare l’autonomia normativa propria dell’ordine del sacro e garantire la massima libertà della religione, schermandola da interventi del potere giudiziario statale²⁸.

Un secondo orientamento, che potrebbe essere riconosciuto come “interventista”, ha optato per una maggior apertura al riconoscimento di efficacia civile delle clausole compromissorie e delle penalità di mora apposte al contratto matrimoniale religioso (*ketubà*)²⁹, alle convenzioni prenuziali civili³⁰ o, infine, agli accordi civili di separazione o divorzio³¹. L’obbligo contrattualmente assunto secondo il diritto dello stato, avente ad oggetto il compimento delle operazioni necessarie per la dissoluzione del matrimonio anche sul versante confessionale, sarebbe esigibile nell’ordinamento dello stato a patto che, nella sostanza, tale obbligo sia suscettibile di essere interpretato secondo le categorie giuridiche secolari, a-religiose e neutrali del diritto civile delle obbligazioni e dei contratti³².

the Agunah in American Society, Praeger, Westport, Connecticut, 1993; Michael J. Brody, *Marriage, Divorce, and the Abandoned Wife in Jewish Law: A Conceptual Understanding of the Agunah Problems in America*, New York, Ktav, 2001; Michelle Greenberg-Kobrin, *Civil Enforceability of Religious Prenuptial Agreements*, in «Columbia Journal of Law and Social Problems», 1999, n. 32, p. 359; Shahar Lifshitz, *Married against Their Will. Toward a Pluralist Regulation of Spousal Relationships*, in «Washington and Lee Law Review», 2009, no. pp. 1565 ss.; Jessica D. Miller, *The History of the Agunah in America: A Clash of Religious Law and Social Progress*, in «Women’s Rights Law Reporter», 1997, n. 19, pp. 1 ss.

28. Si v., ad esempio, *Steinberg v. Steinberg*, 1982 WL 2446 (Ohio Ct. App. 8th Dist. Cuyahoga County 1982).

29. Negli Stati Uniti il *leading case* sulla *ketubà* è *Avitzur v. Avitzur* (86 A.D.2d 133 (N.Y. App. Div. 1982)). Si v. anche *Stern v. Stern* (N.Y. Sup., Kings 8-7-79).

30. Un caso di accordo prematrimoniale, che prevedeva una clausola penale prevista per il ritardo nella consegna del *ghet*, è stato considerato valido ed efficace agli effetti civili in *Light v. Light* (No. NNHFA12 40 5 186 3 S, 2012 Conn. Super. LEXIS 2967 (2012)).

31. Si v., ad esempio, *Margulies v. Margulies* (42 A.D.2d 517, 344 N.Y.S.2d 482 (1st Dep’t 1973)).

32. Si v., ancora, *Waxstein v. Waxstein*, 90 Misc. 2d 784, 395 N.Y.S.2d 877 (N.Y. Sup. Ct. 1976). Per altri casi pertinenti si rimanda a *Rubin v. Rubin*, 75 Misc. 2d 776, 348 N.Y.S.2d

Va tenuto a mente, però, che la promessa inadempita di consegnare il *ghet* non è suscettibile di essere tutelata in forma sostitutiva da parte del giudice dello stato³³: non è cioè possibile attuare in forma coattiva la consegna e l'accettazione del libello di divorzio che, per quanto riguarda la posizione del marito, costituisce una prestazione infungibile, cooperativa, personale e formale.

Non solo: una tutela sostitutiva offerta per via pretoria riuscirebbe difficilmente a tenere dal punto di vista del principio costituzionale di separazione tra stato e chiesa, integrando un'inopportuna invasione di campo compiuta dal giudice dello stato all'interno dell'ordinamento confessionale. Emerge, insomma, l'antico e complesso problema, comune a tutti gli ordinamenti giuridici, di individuare lo strumento opportuno per favorire l'adempimento di obblighi di fare infungibili e soddisfare quel particolare interesse religiosamente qualificato della moglie, ancorato all'adempimento spontaneo del marito³⁴.

Il giudice statunitense ha ripiegato su varie misure di coercizione indiretta, che talvolta richiamano le soluzioni trovate nelle convenzioni prematrimoniali o negli accordi di separazione o divorzio.

Nei rari casi di *mora accipiendi* della moglie, il giudice competente a pronunciarsi sullo scioglimento civile del matrimonio ha condizionato all'accettazione del *ghet* da parte di lei gli effetti e i benefici connessi alla sentenza di separazione o divorzio (in particolare la percezione dell'assegno di mantenimento)³⁵.

In altri casi, il giudice ha ingiunto il pagamento di una penale in favore della parte a cui il *ghet* è stato negato, in ragione dell'inosservanza o del ritardo nella consegna del libello di divorzio.

61 (Fan. Ct. 1973); *Pal v. Pal*, 45 A.D.2d 738, 356 N.Y.S.2d 672 (2d Dep't 1974); *Waxstein v. Waxstein*, 90 Misc. 2d 784, 395 N.Y.S.2d 877 (Sup 1976); *Lang v. Levi*, 198 Md. App. 154, 16 A.3d 980 (Md. Ct. Spec. App. 2011).

33. Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, cit., p. 15.

34. Si rimanda, per l'ordinamento italiano, all'art. 709 ter, comma 2, n. 4, c.p.c., che introduce per il giudice la possibilità di applicare sanzioni pecuniarie in caso di inottemperanza di doveri familiari, sul modello francese delle *astreintes* (forme di coercizione indiretta all'adempimento). Si v. *supra* la nota 34 di questo saggio.

35. Ad es. si v. *Rubin v. Rubin* (75 Misc. 2d 776, 348 N.Y.S.2d 61 (Fan. Ct. 1973), in cui la moglie, in violazione dell'accordo di separazione, si era rifiutata di accettare il *ghet*. Il giudice ha subordinato il pagamento mensile dell'assegno di mantenimento, da parte del marito in favore della moglie, all'accettazione del *ghet* da parte di lei.



Infine, soprattutto i giudici dello Stato di New York si sono spinti fino ad emettere un provvedimento contenente un ordine di esecuzione in forma specifica (*specific performance*) con cui si è intimata ai coniugi la comparizione innanzi al tribunale rabbinico da loro designato e si è ordinato al marito di cooperare in ciò che volontariamente aveva accettato di fare³⁶. Si tenga conto che negli Stati Uniti la mancata ottemperanza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria integra il reato di oltraggio alla corte (c.d. *contempt of court*), con la conseguente irrogazione della pena detentiva e pecuniaria – cosa che è effettivamente accaduta in casi di persistente recalcitranza del marito³⁷.

4. Le soluzioni proposte nell'ordinamento canadese

Anche nell'ordinamento canadese si è posto il caso in cui le *agunot* abbiano avanzato delle richieste, collegate al rilascio del *ghet*, innanzi ai giudici civili. La soluzione avallata dalla Corte suprema del Canada rappresenta una via di mezzo tra l'orientamento astensionista e le forme di inopportuno interventismo giudiziario che, va ammesso, caratterizzano alcune pronunce dei tribunali statunitensi.

I coniugi Bruker e Markovitz avevano negoziato e concluso ai sensi del diritto civile del Québec un accordo di divorzio dove, tra le altre cose, si erano obbligati a comparire innanzi al *beth din* di Montréal per dissolvere definitivamente il vincolo matrimoniale anche ai sensi del diritto ebraico (c.d. “compromesso”). Il marito aveva ripetutamente negato il rilascio del *ghet* e si era rifiutato per anni di comparire dinnanzi alla corte ebraica, senza mai offrire una motivazione religiosa che, eventualmente, giustificasse tale inadempimento. Aveva consegnato il libello di divorzio all'ex moglie solo dopo 15 anni, quando lei aveva raggiunto i 47 anni ed era definitivamente impossibilitata a realizzare un nuovo progetto genitoriale³⁸.

36. Ad es. si v. *Koeppel v. Koeppel* (138 N.Y.S.2d 366 (Sup. Ct., Queens Co. 1954): «Complying with his agreement would not compel the defendant to practice any religion, not even the Jewish faith to which he still admits adherence. His appearance before the Rabbinate to answer questions and give evidence needed by them to make a decision is not a profession of faith. Specific performance herein would merely require the defendant to do what he voluntarily agreed to do».

37. Si v. ad es. il caso *Margulies v. Margulies* (42 A.D.2d 517, 344 N.Y.S.2d 482 (1st Dep't 1973).

38. «He never, in fact, offered a religious reason for refusing to provide a *get*. Rather, he said that his refusal was based on the fact that [...] he was angry at Ms. Bruker. His religion does not

In primo grado, Markovitz è stato condannato al risarcimento del danno, dal momento che l'inadempimento contrattuale, che in questo caso aveva carattere permanente, ha causato alla moglie prolungate sofferenze emotive e l'impossibilità di realizzare un nuovo progetto matrimoniale e genitoriale, conformemente ai dettami dell'*halachà*³⁹.

Il marito, invece, aveva sostenuto che esulasse dalla competenza di una corte secolare ordinare il compimento di atti confessionalmente orientati, pena la violazione della sua libertà religiosa individuale e di coscienza. L'iter giudiziario, così, è giunto fino alla Corte suprema del Canada, che ha ritenuto prevalenti l'«interesse pubblico» alla tutela dell'uguaglianza, della dignità e dell'«indipendente capacità di divorziare e risposarsi» della donna. La preminenza di questi tre interessi secolari (uguaglianza, dignità e libertà di *démariage* religioso), inoltre, costituirebbe anche applicazione del principio generale del diritto "*pacta sunt servanda*". Il principio non trova espressa codificazione nel Codice civile del Québec ma è implicito in diverse disposizioni codicistiche e, ironia della sorte, è ricordato con l'espressione "santità del contratto"⁴⁰.

La sentenza della Corte suprema del Canada ha permesso di offrire ristoro per l'inadempimento di un'obbligazione, che pur implica la prestazione di un *facere* religiosamente caratterizzato, se sussistano alcune condizioni: in primo luogo, l'oggetto dell'obbligazione non deve contrastare con l'ordine pubblico («*public policy*»); inoltre, l'obbligazione stessa,

require him to refuse to give Ms. Bruker a get. The contrary is true»: Bruker v. Marcovitz, No. 31212 (Supreme Court of Canada, 14 dicembre 2007), par. 68-69. Per alcuni commenti, cfr. Rosalie Jukier e Shauna Van Praagh, *Civil Law and Religion in the Supreme Court of Canada: What Should We Get Out of Bruker v. Marcovitz?*, in «Supreme Court Law Review», 2008, n. 43, pp. 381 ss.; Richard Moon, *Bruker v. Marcovitz: Divorce and the Marriage of Law and Religion*, in «The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference», 2008, n. 1, pp. 37 ss.; Joanna Lindenberg, *(Un)Chained Wives: Understanding the Bruker v. Markovitz Decision, and Possible Alternative Legal Claims for Jewish Women Who Are Denied a Get*, in «Dalhousie Journal of Legal Studies», 2010, n. 2, pp. 1 ss.

39. Il danno è stato liquidato dal giudice di prime cure con 47.500 dollari canadesi. È interessante comprendere il meccanismo di quantificazione del danno, operato dal giudice di primo grado e confermato successivamente dalla Corte suprema: 2.500 dollari all'anno, per ogni anno di persistenza dell'inadempimento (in totale quindici anni), a cui si è aggiunta la somma omnicomprensiva di 10.000 dollari, a causa dell'impossibilità di avere figli considerati "legittimi" per il diritto ebraico.

40. Si v. ad es. art. 1378, par. 1, CCQ: «*A contract is [...] an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation*» o, ancora, l'art. 1375 CCQ, che regola l'esecuzione in buona fede del contratto e presuppone che le parti contrattuali siano tenute a rispettare i termini dell'accordo.



per volontà delle parti, è stata assunta nell'ordinamento dello stato ed è stata intenzionalmente assoggettata al diritto secolare per quanto riguarda i profili sostanziali e processuali⁴¹.

Insomma: stabilito che l'impegno a comparire innanzi al tribunale rabbinico costituisse un'obbligazione di natura giuridica e non di natura morale, il giudice canadese si è sentito autorizzato – dalle parti stesse – a ricercare una base giuridica che sanzionasse, sempre e solo nell'ordine dello stato, la condotta *contra ius* di uno di uno dei due coniugi. Di conseguenza, ha offerto alla moglie un ristoro del danno subito, nei limiti dell'obbligazione concordata dalle parti e subordinatamente al rispetto dell'ordine pubblico interno canadese.

Tale soluzione, da una parte, non invade l'ordine del sacro poiché, in assenza di *ghet*, la donna continuerebbe a non potersi risposare secondo il diritto ebraico. Dall'altra parte, tuttavia, riconosce rilevanza alle sofferenze ingiustamente subite e causate da comportamenti *contra ius*, riconoscendone il diritto a un equo ristoro.

5. Conclusioni: l'ultimo diritto alla libertà di coscienza

Esistono delle conseguenze di rilievo derivanti dal collegare la libertà di *démariage* a forme di autonomia privata, favorendo soluzioni volontarie e consensuali a delicate controversie relative ai procedimenti di separazione personale⁴². Nel caso della *agunah*, l'eventuale spazio ritagliato per la sfera privato-autonomica implica una scelta di campo, che riguarda il permettere o meno l'esecuzione in sede civile di obblighi religiosamente caratterizzati valevoli per l'ordine dello stato.

41. *Bruker v. Marcovitz*, No. 31212 (Supreme Court of Canada, 14 dicembre 2007), par. 92: «*The public interest in protecting equality rights, the dignity of Jewish women in their independent ability to divorce and remarry, as well as the public benefit in enforcing valid and binding contractual obligations, are among the interests and values that outweigh Mr. Marcovitz's claim that enforcing Paragraph 12 of the Consent would interfere with his religious freedom*».

42. Nell'ordinamento italiano, si noti come la legge 26 novembre 2021 n. 206, recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata» (c.d. "Riforma Cartabia") abbia assegnato ruolo significativo proprio alla gestione negoziata dei procedimenti di separazione e divorzio. In tema di effetti delle "interferenze" della giustizia italiana sul processo canonico matrimoniale si v. Geraldina Boni, *Giurisdizione matrimoniale ecclesiastica e poteri autoritativi della magistratura italiana*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2007, pp. 1 ss.

In questo modo, si perseguirebbe quello che affiora, nella giurisprudenza di *common law* analizzata in questo saggio, come un «interesse secolare ... al completamento del procedimento di dissoluzione del vincolo nell'ottica confessionale»⁴³.

Da una parte, c'è il rischio che l'ordinamento confessionale veda piegato il valore religioso di alcuni istituti giuridici all'«impulso totalizzante» del giudice secolare⁴⁴. Ciò comporta, peraltro, delle inevitabili ricadute sulla preservazione dell'atteggiamento di neutralità e indifferenza statale sulle sorti dello scioglimento del matrimonio religioso⁴⁵.

Dall'altra parte, sebbene sia gli Stati Uniti, sia il Canada sembrerebbero ancora lontani da una completa de-istituzionalizzazione della fase dissolutiva del coniugio, entrambi gli ordinamenti sono caratterizzati da una certa apertura a forme di dialogo, più o meno riuscito, tra l'ordinamento statale e l'ordinamento confessionale. Il procedimento di osmosi testimonia, inoltre, la maggior attenzione del diritto non più alla dimensione istituzionale del matrimonio (il matrimonio come atto) quanto, piuttosto, a quella più esistenziale (il matrimonio come rapporto), arrivando ad attrarre sotto la lente del diritto non solo la dimensione giuridico-sociale del matrimonio, ma anche la sua dissoluzione dal punto di vista del diritto religioso⁴⁶.

In tale contesto, la soluzione canadese potrebbe essere considerata all'insegna di uno spirito di compromesso e parrebbe aver raggiunto un equilibrio, benché non perfetto, quantomeno stabile. Innanzitutto, la pronuncia del giudice è forte della chiara volontà del legislatore (del Québec) di facilitare la rimozione delle barriere religiose che precludono nuove unioni, cristallizzata in uno specifico emendamento alla legge sul

43. Corsivo aggiunto: Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, cit., p. 73.

44. Frederick C. DeCoste, *Caesar's Faith: Limited Government and Freedom of Religion in Bruker v. Marcovitz*, in «Dalhousie Law Journal», 2009, n. 1, pp. 153.

45. Francesca Astengo, *Libertà religiosa o eguaglianza tra i sessi? La Corte Suprema del Canada si pronuncia su un caso di divorzio*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 16 settembre 2008, www.forumcostituzionale.it.

46. Il passaggio riprende Adelaide Madera, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, cit., p. 11: «L'intervento di un'autorità terza... segna la differenza tra una prospettiva più o meno velatamente 'istituzionale' (che sottolinea il carattere protettivo del diritto) ed una più marcatamente "esistenziale", che valorizza al contrario la dimensione sociale del matrimonio e della sua dissoluzione e si avvale di strumenti alternativi nella gestione della crisi familiare».



divorzio del 1985⁴⁷. L'introduzione dell'art. 21.1 è stata incoraggiata dalle stesse comunità ebraiche canadesi e, secondo la disposizione in parola, il giudice civile, competente a pronunciarsi sullo scioglimento del matrimonio civile, può:

- non accogliere le domande presentate dal coniuge che si rifiuta di rimuovere le barriere che ostacolano ai futuri matrimoni religiosi dell'altro coniuge (negando di consegnare il *ghet*)⁴⁸;
- per gli stessi motivi, non ammettere memorie difensive o rigettare le istanze istruttorie nella causa di separazione o divorzio innanzi a lui pendente⁴⁹.

Al di là del dato normativo, la sentenza *Bruker c. Markovitz* si innesta anche su una chiara volontà negoziale, liberamente e validamente esercitata nell'ordinamento dello stato da entrambi i coniugi⁵⁰. A differenza della giurisprudenza statunitense, il giudice canadese non ha ordinato la *specific performance* di quanto negoziato e contratto dai coniugi. Di contro, si è limitato a liquidare il risarcimento del danno (di tipo non patrimoniale endofamiliare) subito dalla donna e ad applicare il principio cristallino per cui non è possibile liberarsi unilateralmente dagli obblighi contrattualmente assunti, *anche quando sono religiosamente caratterizzati*.

Sebbene la condanna al risarcimento del danno in sede civile lasci inderenne il destino dello scioglimento del matrimonio religioso, rimane da trattare un ultimo e delicato profilo. Negli ordinamenti di *common law*, nel trattare delle obbligazioni infungibili, si invoca spesso un antico detto. L'adagio trova origine letteraria nel *Racconto del mugnaio* di Geoffrey Chaucer e, tradotto, ci ricorda che «si può portare un cavallo al fiume, ma non si potrà mai obbligarlo a bere»⁵¹.

Non si può dire che sia una formula altisonante, eppure nella sua pragmaticità richiama l'attenzione sul doveroso rispetto, da parte dei poteri

47. Art. 21, comma 1, *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), Bill C-61.

48. *Ibid.*, lett. (c). «*dismiss any application filed by that spouse under this Act*».

49. *Ibid.*, lett. (d). «*strike out any other pleadings and affidavits filed by that spouse under this Act*».

50. L'obbligazione di comparire innanzi al *beth din* di Montréal è stata ritenuta dalla Corte determinata, possibile e lecita.

51. Nell'originale inglese (medievale) «*to make an hors have hardyng of his tayl*»: si v. Elisabetta Silvestri, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare*, in «Il diritto online (Treccani)», 2013, www.treccani.it.

pubblici, della libertà morale e di autodeterminazione della persona. È principio comune proprio degli stati democratici quello per cui l'esercizio di atti religiosamente motivati debba essere mantenuto sgombro da interferenze statali e da interventi giudiziari, al fine di proteggere la libertà dell'individuo di autodeterminarsi nell'ambito della religione e della coscienza individuale.

A questo proposito, va menzionato che la legge canadese sul divorzio del 1985 si è premurata di disciplinare una forma atipica di clausola di coscienza. L'art. 21.1, comma 4, della legge protegge dalle conseguenze pregiudizievoli di tipo processuale (il rigetto delle domande o delle istanze istruttorie) o sostanziale (la condanna al risarcimento del danno) previste *ex lege* colui o colei che si rifiuta di rimuovere le barriere religiose che ostino a successive unioni, a causa di «motivi genuini di natura religiosa o di coscienza»⁵².

Non si tratta di un potere di veto concesso alla parte che intende trattenerne l'altra nelle catene della prigionia coniugale; è piuttosto una spia di allarme che assiste il giudice chiamato a decidere il caso concreto.

Da una parte, il legislatore invita il magistrato ad essere operoso e a facilitare la libertà di *démariage*, laddove la comunione spirituale dei coniugi sia irrimediabilmente compromessa. Dall'altra parte, intima il giudice ad esercitare auto-padronanza e a sottrarsi dall'azionare i suoi poteri, in presenza di forme autentiche di religiosità manifestate dalla persona⁵³.

In fondo, la ragione più pregnante per non stralciare del tutto la soluzione a cui l'ordinamento canadese è pervenuto è proprio questa: il legislatore ha avuto la cura di tutelare un "ultimo diritto" alla libertà di coscienza, a salvaguardia di uno dei presupposti antropologici dello stato di diritto contemporaneo.

52. Art. 21.1, comma 4, lett. B: «the court may refuse to exercise its powers ... where a spouse... satisfies the court, in any additional manner that the court may require, that the spouse has genuine grounds of a religious or conscientious nature for refusing to remove the barriers referred to in paragraph (2)(e)».

53. Si consideri che, sul versante europeo (CEDU), la decisione risalente della Commissione EDU in D.C. c. Francia (ric. n. 10180/82, del 6 dicembre 1983) in parte anticipa questo epilogo. La Commissione ha dichiarato irricevibile il ricorso del marito, che aveva negato il *ghet* per ragioni asseritamente religiose (mantenere la possibilità di risposarsi con la moglie, appartenente alla famiglia Cohen). La Commissione ha statuito che, in questo caso, il rifiuto di rilasciare il *ghet* alla moglie (per cui il ricorrente era pure stato in precedenza condannato dal Tribunale rabbinico) non rappresentava una «manifestazione di religione» ascrivibile alle condotte protette dall'art. 9 CEDU.

‘Delibazione’ delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e ostatività della convivenza coniugale: il limite dell’ordine pubblico nella “diversa esegesi” della recente giurisprudenza di legittimità

Greta Pavesi*

1. Premessa

Con le ordinanze nn. 17910/22¹ e 149/23², la I Sezione civile della Corte di cassazione ha delimitato il perimetro applicativo del principio di diritto enunciato nel 2014³ dalle Sezioni unite in materia di ‘delibazione’ delle

* Università Statale di Milano.

1. Cass. 1° giugno 2022 n. 17910, sulla quale v. *infra* (§ 2).

2. Cass. 4 gennaio 2023 n. 149, sulla quale v. *infra* (§ 3).

3. Cass., sez. un., 17 luglio 2014 nn. 16379 e 16380, a commento delle quali, v., tra gli altri, Giuseppe Casuscelli, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell’Accordo “che apporta modificazioni al Concordato lateranense”*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2014, n. 28, p. 1 ss.; Nicola Colaianni, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, ivi, 2014, n. 26, p. 1 ss.; Natascia Marchei, *Le Sezioni unite riscrivono, sotto il profilo sostanziale e sotto il profilo processuale, la « delibazione » delle sentenze ecclesiastiche*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2014, n. 3, p. 775 ss.; Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla “delibazione” delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2014, n. 27, p. 1 ss., nonché, con annotazioni più critiche, Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 175 ss.; Emanuela Giacobbe, *Le Sezioni Unite tra nomofilachia e “nomofantasia”*, in «Dir. fam. pers.», 2014, n. 4, p. 1416 ss.

sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, escludendo l'ostatività della convivenza coniugale ultratriennale al riconoscimento delle pronunce canoniche fondate su vizi genetici del matrimonio-atto presidiati da nullità anche nell'ordinamento italiano.

Tale «diversa esegesi»⁴ costituisce l'ultimo approdo di un nutrito filone giurisprudenziale che, da decenni, vede la Suprema Corte impegnata a misurarsi con la difficoltà di individuare i contenuti del limite di ordine pubblico matrimoniale.

Rinviano altrove per un'analisi dei pregressi orientamenti in materia⁵, ci si limita qui a ricordare come la formale introduzione del limite di non contrarietà all'ordine pubblico per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale si deve alla sentenza n. 18/82 della Corte costituzionale⁶, sebbene l'irrinunciabilità di un sindacato in tal senso fosse già stata anticipata, sul finire degli anni Settanta, dalla giurisprudenza «innovatrice»⁷ della Cassazione.

Proprio i continui *revirement* di quest'ultima – non esenti dalle critiche della dottrina, che in alcune occasioni ha persino ravvisato un *vulnus* agli impegni concordatari⁸ – sembravano aver trovato un punto di con-

4. Così Cass. 1° giugno 2022 n. 17910, § VII della parte motiva. D'ora in avanti tutti i rinvii, ove non diversamente specificato, sono da intendersi riferiti ai motivi delle decisioni.

5. Non è possibile, per ragioni di continenza, ripercorrere in questa sede il travagliato iter giurisprudenziale in tema di non contrarietà all'ordine pubblico e 'delibazione' delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: in argomento, si veda il contributo monografico di Natascia Marchei, *Il giudice civile e la nullità del matrimonio canonico trascritto*, Torino, Giappichelli, 2021. Per la giurisprudenza successiva, sia invece consentito il rinvio a Greta Pavesi, *La causa di nullità matrimoniale tra qualificazione canonistica e disciplina codicistica. I limiti all'efficacia ostativa della convivenza ultratriennale nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2022, n. 3, p. 785 ss., spec. p. 787 ss., nonché a Ead., *Riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ed (in) efficacia ostativa della convivenza coniugale in due recenti ordinanze di legittimità: una lettura sinottica*, in «Dir. fam. pers.», 2023, n. 2, p. 490 ss., spec. p. 492 ss.

6. Corte cost. 2 febbraio 1982 n. 18, a margine della quale v. i numerosi contributi raccolti in «Dir. eccl.», 1982, I.

7. Così Francesco Finocchiaro, *La giurisprudenza innovatrice della Cassazione in tema di efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in «Giur. it.», 1978, p. 1699 ss., con riferimento al filone di pronunce avviato con Cass., sez. I, 29 novembre 1977 n. 5188.

8. Rilievi critici sono stati svolti in questo senso dapprima, all'indomani di Cass., sez. un., 18 luglio 2008 n. 19809, da Nicola Bartone, *Pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2008, p. 1 ss., spec. p. 9 ss., nonché da Marco Canonico, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus*

vergenza nelle pronunce 'gemelle' del 2014 che, in un'occasione all'apparenza destinata a risolvere una volta per tutte la *vexata quaestio*, hanno ravvisato nella convivenza coniugale ultratriennale una «situazione giuridica di ordine pubblico italiano»⁹, ostativa al riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale per qualsiasi vizio genetico del matrimonio-atto.

Il nuovo principio di ordine pubblico matrimoniale si erge tuttavia su un fondamento inedito, che prende le distanze dalla formula impiegata dalla Corte costituzionale nel 1982: laddove la Consulta aveva fatto riferimento alle «regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento giuridico»¹⁰ – che nel caso di specie dovrebbero, a rigore, coincidere anzitutto con la disciplina codicistica delle nullità matrimoniali – le Sezioni unite si spingono a rintracciare il fondamento del (nuovo) ordine pubblico ben «oltre i confini civilistici»¹¹ ancorandolo alle «norme della Costituzione e delle Convenzioni Europee [...] interpretate alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle Corti Europee»¹².

L'affrancamento dal dettato codicistico trova conferma quando il Collegio, peraltro disattendendo la prospettiva suggerita nell'ordinanza di rimessione¹³, individua il *quantum* minimo della convivenza non già nella disciplina civilistica delle nullità matrimoniali, bensì nella legge in materia di adozione¹⁴, accedendo a una soluzione interpretativa che merite-

inferto al Concordato dalle Sezioni Unite, in «Dir. fam. pers.», 2008, I, p. 1895 ss.; in un secondo momento, con specifico riferimento al principio di diritto formulato con le pronunce 'gemelle' del 2014, da Cesare Mirabelli, *Intervista. Matrimoni nulli, ignorato ordinamento canonico*, in *Avvenire*, 19 luglio 2014 e Giuseppe Dalla Torre, *Cassazione e matrimonio canonico nullo. Qualche errore «supremo»*, ivi, 24 luglio 2014. Di diverso avviso, invece, Giuseppe Casuscelli, *Delibazione*, cit., p. 7 ss., che, affrontando il tema dell'asserita violazione dell'Accordo di Villa Madama, propende per una soluzione di segno negativo.

9. Cfr. Cass., sez. un., 17 luglio 2014 n. 16379, § 3.7.3.

10. Cfr. Corte cost. 2 febbraio 1982 n. 18, § 5.

11. Così, Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico*, cit., p. 11.

12. Cfr. Cass., sez. un., 17 luglio 2014 n. 16379, § 3.7.4.

13. Nel sottoporre il proprio quesito alle Sezioni unite, la I Sezione aveva ipotizzato, in assonanza con la disciplina codicistica in punto di decadenza dall'azione di nullità, la possibile efficacia ostativa della convivenza *ultrannuale* (cfr. art. 117 ss. c.c.).

14. Cfr. art. 6 l. n. 183/1984.

rebbe forse di essere riconsiderata, stante la dubbia sovrapponibilità di due fattispecie portatrici di istanze che poco hanno in comune tra loro¹⁵.

In ogni caso, l'impostazione accolta dalle Sezioni unite, quantomeno se intesa in senso «totalizzante»¹⁶, non sembra priva di rischi per la tenuta (già vacillante) del sistema matrimoniale concordatario, come prontamente rilevato dalle due recenti ordinanze richiamate in apertura.

2. Una «diversa esegesi» (ord. n. 17910/22)

La vicenda processuale all'origine dell'ordinanza n. 17910/22 può riassumersi come segue¹⁷.

Un uomo si rivolgeva alla Corte d'appello di Firenze per ottenere il riconoscimento della sentenza di nullità matrimoniale emessa dal competente tribunale ecclesiastico, adito dopo aver appreso che la moglie gli aveva taciuto la propria incapacità di procreare, riconducibile a una pregressa patologia¹⁸.

Sulla scorta del principio di diritto espresso dalle Sezioni unite del 2014, la Corte fiorentina rigettava la domanda, reputando integrata quella situazione giuridica di ordine pubblico italiano, ostativa alla 'delibazione' della sentenza ecclesiastica, consistente nell'instaurazione di una

15. In questo senso, si vedano i rilievi critici svolti Nicola Colaianni, *Delibazione*, cit., p. 16 ss.; Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico*, cit., p. 13 ss.; nonché Natascia Marchei, *Le Sezioni unite*, cit., p. 782 ss.

16. Così Cass. 1° giugno 2022 n. 17910, § VI.

17. Il presente paragrafo, così come i successivi, richiama e amplia alcune considerazioni in parte già svolte in Greta Pavesi, *La causa*, cit.; nonché in Ead., *Riconoscimento delle sentenze*, cit. A commento delle ordinanze nn. 17910/22 e 149/23, v. altresì Fabio Vecchi, *Istanze neoformaliste negli orientamenti della Cassazione civile in tema di riconoscimento della nullità delle sentenze matrimoniali canoniche*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, n. 4, p. 1682 ss.; nonché Marco Canonico, *Affermazioni di principio e ripensamenti in tema di ordine pubblico*, ivi, 2023, n. 2, p. 475 ss.

18. Diversamente da quanto previsto dal codice civile, il codice di diritto canonico dedica apposita disciplina, nell'ambito dei vizi del consenso matrimoniale, all'ipotesi di dolo, stabilendo che «[c]hi celebra il matrimonio, raggirato con dolo, ordito per ottenerne il consenso, circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, contrae invalidamente» (cfr. can. 1098). Per quanto qui rileva, la disposizione è altresì richiamata dal can. 1084, § 3, ove è previsto che «[l]a sterilità né proibisce né dirime il matrimonio, fermo restando il disposto del can. 1098». Sulla rilevanza canonistica del dolo come vizio del consenso matrimoniale, v. per tutti Mauro Bardi, *Il dolo nel matrimonio canonico*, Milano, Giuffrè, 1996.

convivenza coniugale per un periodo pari ad almeno tre anni a far data dalla celebrazione del matrimonio concordatario.

Soccombente innanzi alla Corte territoriale, il marito proponeva ricorso per cassazione, affidandosi a due distinti motivi.

In primo luogo, il ricorrente sosteneva la piena conformità della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico italiano, poiché fondata sulla sussistenza di cause di invalidità del matrimonio previste come tali, ex art. 122 c.c., anche dall'ordinamento nazionale e legittimanti l'impugnazione entro un anno dalla scoperta, senza alcuna rilevanza, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di merito, del matrimonio-rapporto.

In secondo luogo, parte ricorrente soggiungeva che non sarebbe stato possibile per il giudice del riconoscimento riesaminare il merito delle decisioni assunte nella sentenza delibanda, dolendosi, in ogni caso, dell'erroneità dell'interpretazione del diritto canonico offerta dalla Corte d'appello con riferimento alla rilevanza del momento della scoperta del vizio.

Ritenuto fondato il ricorso, la Cassazione afferma recisamente che la decisione impugnata sarebbe *solo apparentemente* sorretta dall'insegnamento delle Sezioni unite del 2014, occasionato da un'ipotesi di nullità (esclusione unilaterale dell'indissolubilità del vincolo) tale solo per il diritto canonico e non anche – come nel caso in esame – per il diritto italiano.

Invero, sebbene il codice civile non contempra espressamente il dolo tra le cause di invalidità del matrimonio, nel 2008 le Sezioni unite hanno stabilito che acquistano rilevanza, in tema di errore sulle qualità personali dell'altro coniuge, anche le ipotesi di falsa rappresentazione della realtà dovute ad artifici o raggiri, «che abbia[no] avuto ad oggetto circostanze oggettive, incidenti su connotati stabili e permanenti, qualificanti la persona dell'altro nubendo»¹⁹, tra le quali non pare

19. Cfr. Cass., sez. un., 18 luglio 2008 n. 19809, § 5.1. Conseguentemente, il dolo rilevante in ragione non della mera riconduzione formale del *caput nullitatis* previsto dal can. 1098 a quello contemplato all'art. 122 c.c., bensì dell'individuazione di un contenuto di ordine pubblico alla base del regime civilistico dei vizi del consenso, che possono risultare solo da circostanze esterne e oggettive. Su questo specifico profilo v., in particolare, Fabio Franceschi, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte*, in «Riv. dir. civ.», 2009, n. 5, p. 619 ss. A commento della pronuncia richiamata, v. altresì Francesco Alicino, *L'altra "faccia" della specificità del matrimonio canonico (A proposito di Cassazione, Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoeChiese.it), marzo 2009, p. 1 ss.; Marco Canonico, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus*, cit., 2008, n. 2, p. 1895 ss.; Paolo Di Marzio, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in «Dir. fam. pers.», 2009, n. 1, p. 542 ss.; Car-

irragionevole includere l'incapacità di procreare dovuta a pregressa patologia²⁰.

In tal senso, ad avviso della I Sezione, sarebbe stata proprio la rilevanza esclusivamente canonistica della fattispecie a legittimare, nel 2014, l'argomentazione per la quale il matrimonio-rapporto gode di una «più pregnante importanza» rispetto al matrimonio-atto, configurando una situazione ostativa al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità «per qualsiasi vizio genetico» di quest'ultimo²¹.

Sulla base di questa premessa, la Corte – ricorrendo a un'opzione esegetica indubbiamente originale, cui tuttavia il Collegio ritiene di poter approdare autonomamente, senza incorrere in una violazione dell'art. 374, c. 3, c.p.c.²² – appare decisa a riscrivere, precisandole, le condizioni applicative del principio di diritto enunciato nel precedente intervento delle Sezioni unite.

Nello specifico, la locuzione «per qualsiasi vizio genetico del matrimonio-atto» dovrebbe prestarsi a una «lettura più coerentemente restrittiva»; un'interpretazione «in senso totalizzante», infatti, renderebbe la convivenza coniugale ostativa al riconoscimento di sentenze ecclesiastiche «che abbiano accertato ipotesi di nullità del matrimonio previste come tali anche dall'ordinamento italiano, senza termini di decadenza o fattispecie di sanatoria, o con limiti tutt'affatto distinti dalla protratta convivenza in sé»²³.

lo Cardia, *Matrimonio concordatario. Nuovo equilibrio tra ordinamenti*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, a cura di Giuseppe Dalla Torre, Carlo Gullo e Geraldina Boni, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, p. 179 ss.; nonché Natascia Marchei, *Ordine pubblico e delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in «Fam. pers. succ.», 2009, n. 3, p. 220 ss.

20. Tale ipotesi è del resto espressamente presidiata da nullità all'art. 122, c. 3 n. 1, c.c., che menziona la malattia fisica, nonché l'anomalia sessuale, tra le condizioni su cui deve ricadere l'errore affinché possa dirsi essenziale.

21. Cfr. Cass. 1° giugno 2022 n. 17910, § VI.

22. Cfr. art. 374, c. 3, c.p.c.: «[s]e la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

23. Cfr. Cass. 1° giugno 2022 n. 17910, §§ VI-VIII. In effetti, il principio di diritto formulato dalle Sezioni unite nel 2014 sembrava finora interpretato, in dottrina e giurisprudenza, nel senso che l'effetto preclusivo della convivenza ultratriennale riguarderebbe «anche sentenze pronunciate su cause di nullità riconducibili a nullità civili la cui azione sarebbe ancora esperibile o, addirittura, la cui azione non sia sottoposta a decadenza»: così Natascia Marchei, *Il giudice civile*, cit., p. 115, nt. 139. Sul punto, v. anche

Pertanto, chiarito che l'errore (determinato da dolo) avrebbe integrato, in quanto essenziale per il coniuge ricorrente, una fattispecie presidiata da nullità (*ex art. 122, cc. 2 e 3, c.c.*) anche nell'ordinamento italiano, la Corte evidenzia come l'art. 122, ult. co., c.c. consideri impeditivo solamente il decorso del termine di un anno di coabitazione dalla cessazione della causa d'invalidità ovvero di un anno dalla scoperta del vizio, risultando perciò «vano discettare di matrimonio-rapporto protratto per tre anni (o più) come elemento impeditivo della rilevanza della nullità o come elemento di sanatoria» posto che «neppure il codice civile contempla un tale aspetto in analogia caratteristica funzionale»²⁴.

Attraverso tale argomentazione, la I Sezione coglie il principale profilo di criticità dell'orientamento espresso dalle Sezioni unite del 2014, coincidente con la scelta di far decorrere il periodo di convivenza dalla *data di celebrazione del matrimonio*, in aperto contrasto con gli artt. 119, 120 e 122 c.c., che accordano efficacia sanante alla coabitazione (da intendersi quale convivenza coniugale), solo in quanto subordinata alla cessazione della causa invalidante o alla scoperta del vizio; cioè, quantomeno, alla consapevolezza della sussistenza del difetto originario²⁵.

In tal modo, il Collegio rifiuta di aderire all'interpretazione che accorda efficacia ostativa al riconoscimento alla convivenza instaurata successivamente alla celebrazione, a prescindere dall'eventuale intervenuta sanatoria del consenso, riservando all'opposto, in conformità ai meccanismi impeditivi dell'azione di nullità previsti dal codice civile, ruolo determinante all'elemento soggettivo della consapevolezza del vizio genetico e alla sua accettazione (*desumibile anche dalla convivenza*)²⁶.

Manlio Miele, *Del matrimonio celebrato davanti a ministri del culto cattolico e del matrimonio celebrato davanti a ministri dei culti ammessi nello Stato*, in *Matrimonio (art. 79-158)*, *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Gilda Ferrando, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 92 ss., spec. p. 242 ss.

24. Così Cass. 1° giugno 2022 n. 17910 § VIII.

25. In argomento v. Enrico Quadri, *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2015, II, p. 47 ss., spec. p. 55 ss., nonché Umberto Roma, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*, *ivi*, 2015, I, p. 50 ss., spec. p. 56 ss.

26. Al contrario, le sentenze 'gemelle' del 2014 sembrano propendere per la tesi «oggettivistica», come si evincerebbe tanto dall'«insistenza sul carattere 'costitutivo del matrimonio-rapporto' riconosciuto alla convivenza», quanto dalla scelta di determinare il *quantum* minimo di quest'ultima adottando un parametro temporale più ampio

Di qui il (nuovo) principio di diritto: la convivenza coniugale ultra-triennale, pur essendo elemento essenziale del matrimonio-rapporto e pur integrando una «situazione giuridica di ordine pubblico italiano», non è ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità per vizi genetici del matrimonio-atto presidiati da nullità anche nell'ordinamento italiano; in particolare essa «non è ostativa alla delibazione di sentenza ecclesiastica che accerti la nullità del matrimonio per errore essenziale sulle qualità personali dell'altro coniuge dovuto a dolo di questi, poiché una tale nullità non è sanabile, nell'ordinamento italiano, dalla protrazione della convivenza prima della scoperta del vizio»²⁷.

3. L'orientamento più recente tra rapido consolidamento (ord. n. 149/23) e repentini ripensamenti (ord. n. 28308/23)

La riscrittura del principio di diritto enunciato nel 2014 appariva, almeno in un primo momento, espressione di un orientamento condiviso in seno alla I Sezione, presto confermato dalla di poco successiva ordinanza n. 149/23.

In questo caso, un uomo si era rivolto alla Corte d'appello di Bologna chiedendo il riconoscimento della sentenza di nullità matrimoniale emessa dal competente tribunale ecclesiastico a motivo dell'incapacità a prestare il consenso da parte della moglie²⁸.

di quello cui fanno riferimento gli articoli del codice civile: cfr. Enrico Quadri, *Il nuovo intervento*, p. 57. Sulla duplice interpretazione qui richiamata v. anche Natascia Marchei, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza tra i coniugi*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2012, p. 1 ss., spec. p. 6; sulla convivenza come «solo uno» dei possibili indici rivelatori della pienezza della comunione tra i coniugi, v. invece Jlia Pasquali Cerioli, «*Prolungata convivenza*» oltre le nozze e mancata «*delibazione*» della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale (brevi note a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343), ivi, maggio 2011, p. 1 ss., spec., p. 8 ss.

27. Così Cass. 1° giugno 2022 n. 17910, § IX.

28. In particolare, il tribunale ecclesiastico aveva accertato la ricorrenza della causa d'invalidità prevista al can. 1095 nn. 2-3, ove è disposto che sono incapaci di contrarre matrimonio «coloro che difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente» (n. 2), nonché «coloro che per cause di natura psichica, non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio» (n. 3). Sull'incapacità a prestare il consenso nel diritto matrimoniale canonico v. per tutti i contributi raccolti in *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico* (can. 1095 nn.1-2), a cura dell'Arcisodalizio della Curia Romana, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2000, nonché in *L'incapacità di assumere*

Ritenuta sufficientemente provata l'instaurazione di una convivenza coniugale ultratriennale, la Corte territoriale rigettava la domanda per contrarietà della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico italiano.

Di qui il ricorso per cassazione del marito, articolato in quattro motivi imperniati, in estrema sintesi, sull'asserita erronea applicazione, da parte del giudice di merito, dei principi in tema di riparto dell'onere probatorio, nonché dei principi normativi che regolano i poteri del giudice in ordine all'apprezzamento della prova²⁹.

Nell'esaminare il ricorso, ritenuto fondato, il Collegio appare da subito risoluto nell'intento di «dover dare continuità all'orientamento espresso [...] con la recente ordinanza n. 17910/2022, in punto di vizi genetici del 'matrimonio-atto' presidiati da nullità anche nell'ordinamento italiano e di inoperatività, in tale ipotesi, della situazione giuridica di 'ordine pubblico italiano' quale condizione ostativa alla delibazione di sentenza del tribunale ecclesiastico»³⁰.

Poiché, tuttavia, il principio formulato in quella sede interseca un profilo di diritto non oggetto di specifica censura da parte del ricorrente³¹ – il quale pure si duole della violazione dell'art. 797, c. 1 n. 7, c.p.c., ma con riferimento ad aspetti diversi³² – la Corte non esita a invocare il principio *iura novit curia*, che, come noto, consente al giudice di individuare d'ufficio «i profili di diritto rilevanti per decidere le questioni sottoposte con i motivi di impugnazione»³³.

gli oneri essenziali del matrimonio, a cura dell'Associazione Canonistica Italiana, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1998.

29. I motivi del ricorso sono riassunti al § 4 dell'ordinanza.

30. Cfr. Cass. 4 gennaio 2023 n. 149, § 5.1.

31. Del resto, non avrebbe potuto essere altrimenti, non potendo il ricorrente conoscere al momento del ricorso il nuovo indirizzo della Corte.

32. Si veda in particolar modo il primo motivo di ricorso, richiamato al § 4 dell'ordinanza, con cui il ricorrente censura la violazione e falsa applicazione, tra gli altri, dell'art. 797, c. 1 n. 7, c.p.c. e dell'art. 2697 c.c. «anche alla luce dei principi affermati dalla sentenza n. 16379/2014 delle Sezioni unite di questa Corte, per aver la Corte di merito ritenuto preclusiva della delibazione una 'convivenza ultratriennale' dei coniugi in assenza di allegazioni, da parte della moglie, di fatti e comportamenti dei coniugi specifici e rilevanti idonei ad integrare detta situazione giuridica d'ordine pubblico».

33. Così Cass. 4 gennaio 2023 n. 149, § 5.1, che prosegue con ulteriori considerazioni di natura processuale che conducono il Collegio a concludere per la riapertura della cognizione sull'intera statuizione, pur in presenza di un'impugnazione motivata in ordine a uno solo degli elementi potenzialmente oggetto di singolo motivo di appello o di ricorso per cassazione.

Detto espediente, se da un lato appare idoneo al conseguimento dell'obiettivo cui la I Sezione dichiara di ambire in apertura, dall'altro solleva il Collegio dal gravoso compito di riaprire – con l'esame dei motivi di ricorso – la questione relativa al regime probatorio della convivenza coniugale ultratriennale che, già all'indomani delle sentenze 'gemelle' del 2014, aveva prestato il fianco a numerose perplessità, a partire dall'«impropria inversione a carico del convenuto», operata in quella sede, dell'onere di provare con un'apposita *exceptio juris* la sussistenza di una condizione ostativa al riconoscimento della sentenza ecclesiastica³⁴.

D'altro canto, considerata l'attenzione che le Sezioni unite hanno riservato a regolare questo specifico profilo processuale³⁵, sarebbe stato più ostico immaginare la possibilità di condurne una «diversa esegesi» insuscettibile d'incorrere in una violazione dell'art. 374, c. 3, c.p.c.; posto che, in ogni caso, l'intenzione della I Sezione non pare quella di determinare un vero e proprio superamento dell'orientamento espresso dalla sentenza n. 16379/14, che, anzi, definisce «fondamentale»³⁶.

Così, richiamati succintamente i «termini dell'annosa questione»³⁷, la Corte, facendo seguito all'operazione ermeneutica compiuta con l'ordinanza n. 17910/22, chiarisce come quest'ultima abbia inteso precisare le condizioni di operatività del limite di convivenza ultratriennale, circoscrivendone l'efficacia al solo caso in cui la domanda di *exequatur* abbia a oggetto negozi matrimoniali di lunga durata annullabili «ricorrendo a riserve mentali e vizi che non siano conosciuti nel nostro ordinamento, ma solo in quello canonico»³⁸.

Diversamente, il limite non dovrebbe operare quando il vizio genetico del matrimonio-atto è presidiato da nullità anche nell'ordinamento italiano, sicché «le sentenze ecclesiastiche che si fondano su vizi del

34. In questi termini, v. Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico*, cit., p. 20, cui si rinvia per annotazioni critiche sui «corollari processuali» del principio di diritto enunciato nel 2014.

35. Sulla qualificazione della convivenza coniugale quale «*exceptio juris*», nonché sulla devoluzione al giudice del riconoscimento di appositi poteri istruttori, cfr. Cass., sez. un., 17 luglio 2014 n. 16379, § 4.4.

36. Cfr. Cass. 4 gennaio 2023 n. 149, § 5.2, che non manca di richiamare la specifica attuazione data in quella sede al principio supremo di laicità inteso nel suo nucleo essenziale, il principio di distinzione degli ordini distinti: sul punto v. per tutti Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico*, cit., p. 4 ss.

37. Così Cass. 4 gennaio 2023 n. 149, § 5.2.

38. *Ibidem*.

consenso con i caratteri oggettivi almeno analoghi a quelli previsti dal nostro ordinamento non determinano contrasto con l'ordine pubblico interno ostativo al loro riconoscimento», divenendo a tal fine necessario operare «una distinzione fondamentale sul tipo di vizio che inficia l'atto produttivo del vincolo»³⁹.

Dal passaggio appena richiamato si coglie la scelta della I Sezione di ancorare la propria argomentazione a un profilo non del tutto sovrapponibile a quello su cui si era fondato il suo precedente intervento.

Invero, mentre l'ordinanza n. 17910/22 aveva insistito principalmente sull'operatività dei meccanismi di sanatoria – con specifico riguardo alla corretta (e coerente) individuazione del *dies a quo* della convivenza coniugale – la successiva ordinanza n. 149/23 attribuisce maggiore rilievo alla sostanziale (in quanto soddisfatta dalla mera analogia dei caratteri oggettivi) identità della tipologia del vizio.

L'operazione è resa agevole (e si spiega) in ragione della fattispecie alla base della vicenda processuale: a differenza dell'ipotesi di dolo, che aveva impegnato la medesima Sezione nella prima delle due ordinanze, l'incapacità di intendere e di volere è espressamente contemplata dal codice civile⁴⁰.

Tuttavia, non sfugge alla Corte una potenziale aporia sul piano processuale: l'art. 120 c.c. legittima, in via esclusiva, all'impugnazione del matrimonio quello dei coniugi che sia in grado di provare di essere stato incapace di intendere e di volere al momento della celebrazione del matrimonio.

L'*impasse* in punto di legittimazione attiva è presto superato mediante il richiamo a un costante orientamento della stessa Cassazione, secondo il quale, in tema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, «non esiste, nell'ordinamento nazionale, un principio di ordine pubblico secondo il quale il vizio che inficia il matrimonio possa essere fatto valere solo dal coniuge il cui consenso sia viziato, essendo preminente, in tal caso, l'esigenza di rimuovere il vincolo coniugale prodotto da atto inficiato da vizio psichico»⁴¹.

39. *Ibidem*.

40. Cfr. art. 120, c. 1, c.c.: «[i]l matrimonio può essere impugnato da quello dei coniugi che, quantunque non interdetto, provi di essere stato incapace di intendere o di volere, per qualunque causa, anche transitoria, al momento della celebrazione del matrimonio».

41. Così Cass. 4 gennaio 2023 n. 149, § 5.2.

Esaurita la parte motiva, il Collegio cassa con rinvio la sentenza della Corte bolognese, la quale si dovrà attenere a un principio di diritto nella sostanza identico a quello formulato nell'ordinanza n. 17910/22⁴².

La riscrittura del principio enunciato nel 2014 sembrava dunque aver trovato rapido consolidamento, con il conseguente e pressoché immediato adeguamento della giurisprudenza di merito⁴³.

Con la più recente ordinanza n. 28308/23⁴⁴, la I Sezione svolge tuttavia considerazioni di segno opposto, che paiono voler mitigare la portata della soluzione interpretativa accolta dai due provvedimenti fin qui analizzati.

Dal succinto rimando al contenuto della sentenza ecclesiastica, è dato intendere che la nullità sia stata pronunciata per una causa assimilabile a quella di cui all'art. 120 c.c.⁴⁵; ciononostante, il Collegio, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza n. 149/23, ritiene che il ricorso non offra ragioni per discostarsi dal principio di diritto formulato nel 2014 dalle Sezioni unite⁴⁶.

42. Cfr. Cass. 4 gennaio 2023 n. 149, § 6: «[i]n tema di delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario, la convivenza ‘come coniugi’ costituisce un elemento essenziale del “matrimonio-rapporto” e, ove si protragga per almeno tre anni dalla celebrazione, integra una situazione giuridica di “ordine pubblico italiano” che, tuttavia, non impedisce la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità per vizi genetici del “matrimonio-atto”, a loro volta presidiati da nullità nell’ordinamento italiano. In particolare, la convivenza ultratriennale non è ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica, che accerti la nullità del matrimonio per incapacità a contrarre matrimonio determinata da vizio psichico, poiché una tale nullità è prevista anche nell’ordinamento italiano e non è sanabile dalla protrazione della convivenza prima della scoperta del vizio».

43. Cfr., ad esempio, Corte d’Appello di Lecce - Sezione Distaccata di Taranto 8 febbraio 2023, ove si legge che la «convivenza ultratriennale non è ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica, poiché la giurisprudenza della Cassazione, dopo il fondamentale arresto di cui alla nota sentenza a Sezioni Unite n. 16379/2014, è andata via via affinando la sua elaborazione in ordine a tale impedimento, arrivando in più occasioni ad affermare il principio che il protrarsi della convivenza coniugale per oltre un triennio non può comportare il rigetto della richiesta di delibazione della sentenza ecclesiastica ove la stessa si fondi su una causa genetica di nullità del matrimonio prevista anche nel nostro ordinamento (cfr. Cass. nn. 17910/2022 e 149/2023)».

44. Cass. 10 ottobre 2023 n. 28308.

45. Come si legge nella ricostruzione dei fatti di causa, la nullità sarebbe stata dichiarata dal competente tribunale ecclesiastico per «non essere il matrimonio “nato con i giusti presupposti a causa delle mancanze dell’attore che non ha effettuato una libera scelta né mai riuscito ad assumersi gli oneri coniugali”».

46. Cfr. Cass. 10 ottobre 2023 n. 28308, § 2.

Le argomentazioni in tal senso non risultano particolarmente esaustive, limitandosi la Corte ad ammettere che negli ultimi anni si stia «procedendo ad una interpretazione restrittiva dei principi enunciati dalle Sezioni unite con le decisioni nn. 16379 e 16380 del 2014», circoscrivendoli «ai casi di nullità matrimoniale tipici e propri unicamente del diritto canonico, ma non anche del diritto italiano»⁴⁷, salvo poi decidere del ricorso come se detto nuovo orientamento non fosse mai stato posto in essere⁴⁸.

Un ripensamento così repentino attualizza il rischio di un ennesimo contrasto interpretativo in seno alla I Sezione; del resto, come si aveva già avuto modo di osservare⁴⁹, risulta forse un poco azzardato il convincimento espresso con l'ordinanza n. 17910/22 di poter condurre una «diversa esegesi» delle pronunce 'gemelle' del 2014 senza effettivamente incorrere in violazione dell'art. 374, c. 3, c.p.c.

4. Alcune considerazioni conclusive

Pur in attesa di conoscere le sorti (auspicabilmente) definitive del riposizionamento della Corte di cassazione, la lettura congiunta delle ordinanze nn. 17910/22 e 149/23 sembra suggerire alcune riflessioni di portata più generale.

I due provvedimenti rivelano, anzitutto, il tentativo della Corte di fornire risposta ad alcune perplessità avanzate (soprattutto in dottrina) già all'indomani del duplice intervento delle Sezioni unite, con precipuo riferimento alla selezione degli «elementi costitutivi» del principio di diritto formulato in quella sede⁵⁰.

Nello specifico, l'abbandono del dettato codicistico nella determinazione dei caratteri propri della convivenza coniugale quale «situazione

47. *Ibidem*.

48. Il giudizio di legittimità si conclude infatti con il rigetto del ricorso, sulla base della motivazione, tra le altre, che la convivenza coniugale si sarebbe protratta per oltre tre anni, con la conseguenza che «correttamente il giudice del merito ha deciso, in conformità del ricordato orientamento delle Sezioni unite, più volte riconfermato» (cfr. Cass. 10 ottobre 2023 n. 28308, § 2).

49. Cfr. Greta Pavesi, *La causa*, cit., p. 796. Il timore di un nuovo contrasto giurisprudenziale, «con conseguenti difformità applicative in situazioni che presentano le medesime caratteristiche di fatto», sembra condiviso altresì da Marco Canonico, *Affermazioni*, cit., p. 490.

50. In questo senso, v. per tutti Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico*, cit., p. 13 ss.

giuridica di ordine pubblico»⁵¹, aveva finito per produrre alcune aporie destinate a manifestarsi anzitutto sul piano applicativo, tra le quali emerge con evidenza l'irragionevole preclusione al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità, pronunciate per vizi genetici del matrimonio-atto rilevanti anche per il diritto civile italiano, attraverso l'opposizione di «un limite (di ordine pubblico) che l'ordinamento nazionale non prevede neppure quanto alle fattispecie interamente disciplinate al proprio interno»⁵².

All'opposto, attraverso i costanti riferimenti alle disposizioni codicistiche, le due ordinanze in commento si distinguono per rigore metodologico, ricostruendo il contenuto dell'ordine pubblico matrimoniale in ossequio all'ammonimento della Consulta, che, esortando a tener conto delle norme costituzionali e ordinarie alla base dei singoli istituti giuridici, vincola l'indagine dell'interprete al rispetto delle «esigenze dello specifico settore di concreta applicazione»⁵³, tra cui indubbiamente figurano, nel caso di specie, quelle risultanti dalla disciplina civilistica in materia di nullità matrimoniale.

Oltre a contribuire all'obiettivo di restituire al sistema matrimoniale concordatario una sua «coerente fisionomia»⁵⁴, l'operazione ermeneutica compiuta con le ordinanze nn. 17910/22 e 149/2023 vanta, ad avviso

51. Cfr. *supra*, § 1.

52. Così Cass. 1° giugno 2022 n. 17910, § VIII. In questo senso, soccorre a legittimare l'interpretazione restrittiva del principio di diritto affermato nel 2014 la circostanza che quella (potenziale) contraddizione all'interno dell'ordinamento, cui la massima autorità nomofilattica aveva ritenuto di porre rimedio mediante l'impiego del filtro di ordine pubblico, non sussisterebbe in casi analoghi a quelli che hanno impegnato da ultimo la I Sezione: in un eventuale giudizio di nullità matrimoniale instaurato facendo valere i medesimi vizi davanti al giudice civile, la convivenza coniugale sarebbe priva di rilevanza ove protrattasi prima della scoperta del vizio. Sotto questo profilo, l'irragionevolezza di un'interpretazione «in senso totalizzante» della formula nomofilattica impiegata nel 2014 sarebbe ancor più evidente alla luce dell'abrogazione della riserva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici, affermata dalla Suprema Corte a partire da Cass., sez. un., 13 febbraio 1993, n. 184, con note di Giuseppe Dalla Torre, *Il matrimonio concordatario e la Cassazione: le deduzioni dei nipotini di Calamandrei*, in «Dir. fam. pers.», 1993, I, p. 513 ss.; Paolo Moneta, *La giurisdizione civile sui matrimoni concordatari*, ivi, p. 526 ss.; Mario Tedeschi, *La riserva di giurisdizione alla prova. Prospettazioni teleologiche e realtà ontologica*, ivi, p. 538 ss.

53. Così Sara Domianello, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 117. Sul punto, v. anche Pierangela Floris, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Napoli, Jovene, 1992, p. 271.

54. L'espressione è di Natascia Marchei, *Il giudice civile*, cit., p. IX.

di chi scrive, un ulteriore profilo di interesse, soprattutto alla luce delle tematiche che il Convegno si è proposto di affrontare.

Invero, la recente tendenza della Cassazione a un approccio più aderente al dato normativo nell'interpretazione della clausola di ordine pubblico ha trovato ulteriore conferma sul finire del 2022, con l'intervento delle Sezioni unite in materia di filiazione e surrogazione della maternità⁵⁵.

Dopo aver ribadito la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento giurisdizionale straniero ricognitivo del rapporto di filiazione tra il genitore d'intenzione e il minore nato con ricorso a gestazione per altri⁵⁶, il supremo consesso ha, infatti, descritto i formanti del limite ricorrendo a una formula speculare a quella impiegata nel 2014 in materia di 'delibazione' delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

Mentre in quest'ultimo caso la Corte ha affermato che il fondamento della situazione giuridica di ordine pubblico matrimoniale costituita dalla convivenza coniugale «sta immediatamente ed esclusivamente – non già nelle menzionate disposizioni del codice civile e della legge ordinaria, ma – nelle norme della Costituzione e delle Convenzioni Europee»⁵⁷, le Sezioni unite del 2022 hanno chiarito che la compatibilità con l'ordine pubblico «deve essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti»⁵⁸.

Da ciò sembrano poter discendere almeno due considerazioni.

La prima, forse scontata, reca con sé l'invito a guardare con attenzione le evoluzioni giurisprudenziali, in tema di ordine pubblico, in materie contigue a quella matrimoniale, quale, per l'appunto, la disciplina giuridica della filiazione.

55. Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162. Per un commento in dottrina, v., tra gli altri, Giuseppe Giaimo, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in «Dir. fam. pers.», 2023, n. 2, p. 698 ss., spec. p. 724 ss., che ripercorre i numerosi interventi della giurisprudenza di legittimità in materia di gestazione per altri e riconoscimento dei provvedimenti stranieri.

56. Il medesimo orientamento era già stato espresso da Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, con annotazioni di Antonello Spadafora, *Procreare semper licet?*, in «Dir. fam. pers.», 2019, n. 3, p. 1062 ss.

57. Così Cass., sez. un., 17 luglio 2014 n. 16379, § 3.7.4.

58. Cfr. Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 15, che non esita a qualificare «norma di ordine pubblico internazionale» l'art. 12, c. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, che sanziona penalmente «[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità».

La seconda, correlata alla prima, si esprime nella constatazione che la ritrovata centralità della disciplina civilistica del matrimonio (per quanto forse prematuramente smentita dall'ordinanza n. 28308/23) sembra compartecipare a un indirizzo più generale, che conduce verso un 'ribilanciamento' della concreta operatività del limite dell'ordine pubblico decisivo per l'ecclesiasticista non solo in materia matrimoniale concordataria: si pensi, ad esempio, alle complesse tematiche correlate al diritto di famiglia islamico⁵⁹.

Del resto, le anomalie conseguenti all'abbandono dei referenti normativi interni a favore di un «sovrabbondante»⁶⁰ ricorso a principi e valori desumibili dalle fonti sovranazionali erano già state evidenziate in dottrina.

Da un lato, infatti, tale impostazione aveva finito per attribuire, con riferimento alla delibazione delle sentenze straniere, un ruolo (paradossalmente) «propulsore» alla clausola di ordine pubblico; dall'altro lato, all'opposto e per i medesimi motivi, essa rischia di precludere *in toto* il riconoscimento dei provvedimenti confessionali, connotati da specificità non sempre pianamente «armonizzabili» ai principi e valori alla base delle Convenzioni europee⁶¹.

59. In argomento, v. *ex multis*, Cristina Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2008, n. 1, p. 43 ss.; Roberta Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in «Fam. dir.», 2009, p. 197 ss.; nonché più di recente, tra gli studiosi di diritto e religione, Angelo Licastro, *Scioglimento del matrimonio pronunciato all'estero e ordine pubblico: la Cassazione si pronuncia contro la riconoscibilità in Italia del ripudio islamico*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2020, n. 3, p. 923 ss.; Daniela Milani, *Diversità e diritto internazionale privato: il ripudio islamico e la sua rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2021, n. 14, p. 153 ss.

60. L'espressione è di Enrico Quadri, *Il nuovo intervento*, cit., p. 52.

61. Conseguentemente, solo nel caso di riconoscimento di provvedimenti promananti dalle autorità confessionali il limite di ordine pubblico riacquisirebbe «tutta la sua funzione protettiva e di sbarramento»: così Natascia Marchei, *Ordine pubblico "internazionale" e ordine pubblico così detto "concordatario": il contenuto del limite alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2021, 14, p. 131 ss., spec. p. 151, che chiarisce: «[u]na tale ricostruzione del limite dell'ordine pubblico, applicato ai provvedimenti stranieri, porterà a una pressoché totale apertura dell'ordinamento verso questi ultimi e a una progressiva ma irreversibile armonizzazione dei diritti interni [...]. Non così nei confronti del diritto canonico e dei diritti confessionali in genere, di norma caratterizzati da specificità e peculiarità (di natura, appunto, confessionale) non sempre armonizzabili ai diritti temporali e, soprattutto, non sempre riducibili alla tutela dei diritti dell'uomo così come riconosciuti dalle Carte europee».

Conclusioni e chiusura del Convegno

Sara Domianello*

Concludere e chiudere, sia pure brevemente, i lavori di questo Convegno è un compito che mi onora e mi emoziona in modo particolare, per varie ragioni.

Anzitutto, perché il tema della famiglia, e dell'interesse di molti ordinamenti giuridici, sia statali che religiosi, ad accompagnarne e ad orientarne l'evoluzione nel tempo, è un tema caro all'Università di Messina.

Ed è un tema caro, più in particolare, a quella prestigiosa tradizione di studi giuridici - antesignanamente interdisciplinari e aperti al dialogo con le professioni legali - che ha visto impegnate con continuità, in un prezioso confronto scientifico, alcune delle Scuole che hanno costituito in passato e si sforzano di continuare a costituire, per l'Ateneo di Messina, dei veri e propri fiori all'occhiello.

Mi riferisco alla Scuola civilistica e di teoria generale del diritto, fondata da Salvatore Pugliatti e nutrita dagli studi filosofici di Rodolfo De Stefano, ma anche alla Scuola di diritto costituzionale, fondata da Temistocle Martines e alla Scuola di diritto ecclesiastico e canonico, fondata da Ermanno Graziani.

Non è un caso che, sul finire degli anni Settanta, io abbia potuto godere già da studentessa della fortunata occasione di seguire le mie prime lezioni universitarie sugli articoli 7, 8 e 19 della Costituzione all'interno del corso di diritto costituzionale, tenuto dal professore Temistocle Martines, ma dalla voce diretta dei due allievi di Graziani: i professori Salvatore Berlingò e Giuseppe Casuscelli. E che, in quegli stessi anni, mi sia stata offerta l'opportunità di frequentare il corso di diritto civile dedicato dal professore Angelo Falzea, allievo di Pugliatti, al tema del dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia, aprendo la strada alla pubblicazione, quando ancora non avevo conseguito la laurea, del mio primo contributo scientifico in un volume collettaneo in materia¹.

* Università di Messina.

1. Nella Presentazione introduttiva al volume collettaneo *Il dovere di contribuzione nel*



E non è un caso che proprio l'Università di Messina abbia ospitato, negli anni a seguire, sia due importanti Convegni sul tema della giurisdizione matrimoniale, organizzati congiuntamente dalle cattedre di Diritto civile e di Diritto ecclesiastico, sia il Convegno organizzato, con la partecipazione attiva di civilisti, costituzionalisti e giudici della Cassazione, sui profili *de iure condito* e *de iure condendo* relativi agli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari, i cui atti sono stati raccolti, a mia cura, in uno dei Quaderni della rivista *Familia* diretti da Salvatore Patti².

Così come ancora non è un caso che il professor Enrico Vitali, presentando nel 1988 la pubblicazione degli atti del Convegno che si svolse a Milano sul tema *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, abbia voluto espressamente sottolineare come altamente qualificata la collaborazione prestata all'organizzazione scientifica di quell'importante convegno proprio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina, attraverso l'impegno del professore Giuseppe Casuscelli e dei professori Antonio Metro ed Angelo Falzea³.

È molto probabile che non sia un caso, allora, persino il fatto che i lavori di questo nostro Convegno annuale si siano diretti ad approfondire oggi il tema delle relazioni familiari, riguardandolo, sia pure attraverso la lente specifica dei problemi di libertà religiosa, proprio sotto la luce di quella crescente rilevanza che l'esperienza giuridica tende ad attribuire, secondo l'insegnamento di Angelo Falzea⁴, ai fatti di sentimento in gene-

regime patrimoniale della famiglia, Milano, Giuffrè, 1980, in cui si trova inserito il contributo di Sara Domianello, *Cenni sul regime patrimoniale primario nel diritto francese*, pp. 247 ss., è lo stesso Angelo Falzea a compiacersi del risvegliato interesse degli studenti messinesi dell'epoca per la vita didattica dell'Università e della loro partecipazione, con «ingenuità e imprecisioni da un verso, freschezza e ardimento dall'altro», all'approfondimento della conoscenza.

2. Gli atti dell'incontro che si tenne a Messina il 22 aprile del 1983 furono pubblicati, a cura di Salvatore Berlingò e Vincenzo Scalisi, nel volume dal titolo *Effetti civili delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1984, mentre gli atti del convegno che si svolse tra Messina e Palermo il 12 e 13 novembre del 1993 furono pubblicati, sempre a cura di Salvatore Berlingò e Vincenzo Scalisi, nel volume dal titolo *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1994. I lavori della giornata di studio svoltasi a Messina il 29 aprile del 2004 sono stati pubblicati invece, a cura di Sara Domianello, nel volume dal titolo *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari. De iure condito e de iure condendo*, Quaderno n. 7 della rivista *Familia*, diretta da Salvatore Patti, Milano, Giuffrè, 2006.

3. Vedi *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, a cura di Enrico Vitali e Giuseppe Casuscelli, Milano, Giuffrè, 1988, p. 7.

4. Vedi Angelo Falzea, *Voci di teoria generale del diritto*, terza edizione accresciuta, Mi-

rale e, più in particolare, a tutte le fattispecie soggettive in cui il principio personalistico si innesta sul ceppo della solidarietà, in modo tale da favorire così anche lo sviluppo del pluralismo e della sussidiarietà⁵.

A guardarsi indietro adesso, anche soltanto per un attimo, non può non stupire sino a commuovere come sembri che, tra ieri ed oggi, “tutto si tiene”, silenziosamente, sotterraneamente.

Ma c'è anche un'altra ragione per cui mi emoziona e mi onora concludere i lavori di queste giornate.

Un filo rosso lega, infatti, in modo assai più stretto di quanto appaia a prima vista, il taglio prospettico dato al convegno, orientato ad offrire contributi alla migliore definizione della categoria dei cosiddetti *beni relazionali*, e le suggestioni che Edoardo Dieni ha tratto dall'esperienza giuridica canonistica - intesa come espressione di un diritto «altro»⁶ - nello sforzo di abbozzare una *teoria del diritto come “cura”* che agevolasse la riconsiderazione delle categorie giuridiche tradizionali sostituendo alla “soggettività individuale una intersoggettività comunicativa”⁷.

lano, Giuffrè, 1985, pp. 539 ss.

5. In tal senso, si leggano, anche per gli ulteriori principali rinvii, Vittoria Berlingò, *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 77 ss. e, in specie, p. 80; nonché i contributi, tra i quali anche quello di Pierpaolo Donati (*Il genoma sociale della famiglia e i suoi beni relazionali*), raccolti sotto il titolo *I fondamenti relazionali del diritto di famiglia. Un approccio interdisciplinare*, a cura di Inés Lloréns e Adriana Neri, Roma, Edusc, 2021; e si rammentino, inoltre, i distinguo da tenere sempre ben presenti, nel campo giuridico del matrimonio, tra personalismo, da un lato, e soggettivismo ed individualismo, dall'altro, sui quali insiste Manlio Miele, *Bonum coniugum e profili civilistici*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2016, pp. 13 ss.

6. Nel senso di caratterizzato da uno stile etico non già *centrifugo* (che muove dai problemi del soggetto per approdare all'etica come soluzione), ma al contrario *centripeto* (che tenta di giungere al bene dell'individuo muovendo da un'etica della responsabilità, temperando l'autoritarismo patriarcale con l'indulgenza materna e sacrificando così la certezza formale delle leggi in nome di una certezza sostanziale del diritto): si vedano sul punto Alessandra Facchi, *Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di Gianfrancesco Zanetti, Milano, Raffaello Cortina editore, 1999, p. 129 ss.; José Antonio Marina, *Etica per naufraghi. Un discorso sulla felicità, il desiderio e molto altro*, trad. it., Milano, Dalai editore, 1999, p. 45 s.; Edoardo Dieni, *Una «retorica» canonica come pedagogia della legge?*, in «Il Diritto ecclesiastico», 2001, p. 214 ss.; Salvatore Berlingò, *Diritto canonico*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 28 ss. e Salvatore Berlingò, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Torino, Giappichelli, 1998, *passim*.

7. Così, richiamando la *Teoria della morale* di Habermas, Edoardo Dieni, *Il diritto come «cura»*. *Suggestioni dall'esperienza canonistica*, pubblicato postumo in «Stato, Chiese e plu-



Dieni ha ancorato la specifica rilettura della relazione familiare come espressiva di uno «stato di debito reciproco positivo» proprio a quella lungimirante «analisi della *giuridicità* dei rapporti coniugali» con cui il Suo e mio Maestro, Salvatore Berlingò, fornendoci una magistrale applicazione della teoria generale dei fatti giuridici, ha «individuato e portato alla luce la imprescindibilità di una dimensione effettiva e reale del sentimento amoroso»⁸, che permette al diritto canonico di famiglia di combinare, senza rischiare di contraddirsi, *vocatio* e *praeceptum*, *ius* e *officium*, potere e servizio.

L'approfondimento svolto da Dieni si conclude pertanto immaginando che se si provasse a precisare ulteriormente questa specifica «trascrizione giuridica dei rapporti interpersonali di tipo familiare (...) si offrirebbe un modello pedagogico positivo e *meno ambiguo* di quello oggettivamente risultante dal diritto matrimoniale canonico codificato», a cui gli ordinamenti civili potrebbero «guardare, se non come a una rocca sull'onda, quantomeno come a una riva di approdo cui tendere e sulla quale cercare riparo dai venti e dalle maree, sempre più forti, di un secolo tecnologico»⁹.

Mi emoziona per questo constatare come il nostro convegno, in apparenza del tutto casualmente, si sia andato via via strutturando, nell'articolazione interna dei suoi lavori, proprio intorno all'idea che possano darsi nuovi sviluppi all'indagine giuridica sui «beni» di cui si sostanziano

ralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2007, p. 49 nota 141. Appare significativo da questo punto di vista che anche Alessio Lo Giudice abbia scelto di dare alle Sue riflessioni di apertura del Convegno, che le mie note chiudono, proprio il titolo *Sulla relazionalità quale fondamento della soggettività giuridica*, e che anche Chiara Saraceno abbia intitolato *Pensare i bisogni e vedere le relazioni per argomentare la giustizia* la Sua Introduzione al libro di Martha C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 7 ss.

8. I richiami testuali sono tratti da Edoardo Dieni, *op. ult. cit.*, p. 66 s., nota 197 e rimandano al contributo di Salvatore Berlingò, *Il diritto «familiare» nell'ordinamento canonico*, in «Riv. Dir. Civ.», 45(1999), p. 619 ss. e, in particolare, pp. 635 ss.

9. Così espressamente Edoardo Dieni, *op. ult. cit.*, pp. 67-68. Sui paradigmi offerti dal «cristianesimo familiare», torna Salvatore Berlingò, *La Chiesa e il diritto (agli albori del ventunesimo secolo)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), dicembre 2009, pp. 9 ss. Ad una Chiesa che, sul fronte dei rapporti familiari, «rappresenta uno dei possibili interlocutori in grado di promuovere una coscienza critica che possa fare resistenza alla banalizzazione dell'affettività, della sessualità, dei linguaggi dell'amore e del corpo che la civiltà della tecnica sembra veicolare con sé come un malefico», ha fatto conclusivamente appello anche Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 214; e si vedano inoltre le riflessioni di Gaetano Lo Castro, *Matrimonio, diritto e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 9 ss.

le relazioni familiari e che alcuni diritti religiosi possano offrire oggi un modello molto interessante - e progredito anziché arretrato - di formalizzazione del rapporto di solidarietà tra creature di pari dignità che si consolida e matura nelle relazioni di tipo familiare, determinandone la crisi proprio quando l'unione di mutuo sostegno non riesce a consolidarsi e maturare, per difetto di quella specifica e reciproca cura che ne costituisce l'essenza.

In una società in cui, sempre più prepotentemente, la tecnologia impone di fatto all'individuo isolato di accettare come un bene per sé la sostituzione, non soltanto temporanea e occasionale ma stabile e definitiva, di ogni tipo di "relazione" umana con la "connessione" a una rete¹⁰, favorendo così il libertarismo a scapito del personalismo, potrebbe quindi risultare utile stimolare - come ha tentato di fare il nostro Convegno - una riflessione aperta, anche giuridica, sulla qualificazione solidaristica delle relazioni interpersonali di carattere familiare. Riflessione che interessa il diritto civile di famiglia dei nostri tempi forse ancora più di quanto interessi il diritto matrimoniale canonico e altri diritti religiosi¹¹.

10. Sul rischio che l'entrata in scena del modello (tecnologico) di persona digitale, di *homo numericus*, travolga il modello (antropologico) di *homo dignus*, allontanando sempre di più il linguaggio del Diritto e della Religione e persino dell'Ateismo - così come quello della Poesia e della Letteratura - dalla vocazione a tradursi in parola virtuosamente *oscena*, nel senso di contrapposta, radicalmente critica di fronte ad ogni forma di violazione concreta della dignità umana, ritenuta non conforme a giustizia *in interiore homine*, e favorendo, al contrario, il dilagare di un linguaggio - giuridico, religioso, ateistico, poetico e letterario - sempre più dissolutamente *blasfemo*, in quanto utilizzato per sostenere, anziché contrastare, azioni, individuali e collettive, irrispettose della pari dignità umana, si vedano le riflessioni di Vincenzo Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, ma già quelle di Giuseppe Caputo, nella Prefazione alla Sua *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, tomo primo, *Lo jus publicum ecclesiasticum*, 2^a ed., Padova, Cedam, 1987, p. VIII ss. Utili spunti di riflessione possono, sul punto, trarsi inoltre dalla lettura dei contributi di Autori vari, sul tema "Tecnologie e diritto", pubblicati in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 8/2017, p. 205 ss.

11. Non a caso Francesco Onida, *Riflessioni minime sulla crisi del diritto matrimoniale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2015, n. 28, p. 4 s., si è chiesto se la crisi violenta e di vastissime proporzioni che investe oggi matrimonio e famiglia sia «una crisi dell'uomo in quanto tale, non più disposto ad assumere impegni che ne limitano le possibilità future...», insomma una crisi di duro egoismo, o c'è invece qualcosa... intorno a cui sia possibile articolare con fiducia una ripartenza», e più in particolare una generale e positiva evoluzione socio-giuridica a favore del concretizzarsi del principio di uguaglianza, pari dignità e pari trattamento d'ogni persona. Un'evoluzione che, secondo l'Autore citato, potrebbe essere incoraggiata da riforme confessionali epocali, che si rivelino idonee a contrastare le spinte nella



I nostri lavori tentano così di adempiere a quel debito di onestà che tutti gli studiosi hanno verso i propri lettori e ascoltatori e che Giuseppe Caputo, altro insigne Maestro, individuava nel fornire una *chiave di lettura* della realtà e dei suoi cambiamenti¹².

Nell'analizzare i mutamenti che investono oggi la famiglia, riguardata dal punto di vista delle relazioni umane che la sostanziano, è possibile, infatti, che gli studi di diritto ecclesiastico e canonico contribuiscano al recupero del valore anche giuridico di quei sentimenti di pudore e di carità che alimentano la dignità della persona umana, suggerendo lo slittamento di ogni diritto di famiglia dal diritto naturale al diritto creaturale¹³.

E giungo infine al motivo più strettamente personale per il quale mi onora ed emoziona essere stata chiamata ad ospitare e a chiudere i lavori del Convegno nazionale annuale dell'associazione scientifica che riunisce larga parte della comunità degli ecclesiasticisti e canonisti italiani.

Per una serie di casualità, le date del Convegno che si conclude oggi a Messina sono venute a cadere, infatti, quasi a ridosso del 1° ottobre 2023, giorno in cui, su richiesta di prepensionamento volontario, ormai nota ad alcuni di voi, si concluderà il servizio da me prestato dapprima nella Facoltà e successivamente nel Dipartimento di Giurisprudenza di questa Università. L'occasione offertami dal Presidente e dal Consiglio direttivo dell'Adec di organizzare il Convegno 2023 a Messina, nei giorni 21 e 22 settembre, con il contributo del mio Dipartimento e del mio Ateneo, si è così inaspettatamente trasformata per me in un'opportunità di ringraziamento e di saluto più unica che rara.

Nulla di meglio avrei potuto augurarmi a chiusura della mia carriera lavorativa che la possibilità di congedarmi dalla comunità accademica e dalla comunità scientifica, al cui interno ho trascorso oltre quarant'anni di vita, attraverso l'organizzazione di un'iniziativa culturale che coinvolgesse, ad un sol tempo, l'Università di Messina e l'Associazione italiana dei docenti della disciplina giuridica del fenomeno religioso.

Dell'insegnamento autorevolmente impartito da tanti giuristi di questo Ateneo - a cominciare da quello pur sommestamente elargito da Ro-

direzione di contrapposizioni identitarie di matrice fondamentalista e a «preparare il terreno a un'unione dei cristiani, prodromica a quella *unione dei credenti*» già auspicata da studiosi cattolici come Pietro Gismondi sin dalla metà del secolo scorso.

12. Si rimanda nuovamente a Giuseppe Caputo, nella Prefazione alla Sua *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, cit., pp. XI ss. e p. XIV.

13. Vedi ancora Edoardo Dieni, *Il diritto come «cura»*, cit., p. 49 ss.

dolfo De Stefano¹⁴ - si è sempre nutrita, in tanti anni di servizio, la mia passione per la ricerca e la difesa di un diritto a reale misura di persona, cosciente della propria inadeguatezza e perennemente mirato a tentare di correggersi sotto la spinta d'ogni appello alla giustizia, o, se preferite, d'ogni denuncia d'ingiustizia¹⁵.

Ed è stato, poi, lo studio del contributo scientifico di tanti autorevoli ecclesiasticisti e canonisti - a cominciare dallo studio degli scritti pubblicati a metà degli anni settanta del novecento da Salvatore Berlingò e Giuseppe Casuscelli - ad orientare in modo più specifico il mio interesse e il mio impegno verso l'analisi del nesso sotterraneo che collega ogni modello di organizzazione sociale e politica ad un particolare tipo di ordinamento giuridico, passando attraverso lo spazio di rilevanza accordato alle manifestazioni della libertà di fedi, credenze e convinzioni in materia religiosa¹⁶.

Con questo Convegno si conclude felicemente per me un'esperienza professionale ricca di grandi soddisfazioni, di incontri e confronti umani preziosi, di occasioni formative importanti, all'interno e all'esterno dell'ambito accademico. Mi impegnerò nello sforzo di custodirne e trammetterne la memoria.

Ho avuto, in particolare, la rara fortuna di sperimentare che il pensiero scientifico non è soltanto un appassionante dialogo tra le menti, una disputa o una competizione tra studiosi, ma è soprattutto un potente fertilizzante del terreno sul quale va a radicarsi la coscienza collettiva - buona o cattiva - d'ogni agire pratico dell'uomo: sociale, politico, giuridico¹⁷.

14. Vedi Rodolfo De Stefano, *Per un'etica sociale della cultura*, vol. I: *Le basi filosofiche dell'umanesimo moderno*, Milano, Giuffrè, 1954 e vol. II: *La cultura e l'uomo*, Milano, Giuffrè, 1963; e Rodolfo De Stefano, *Assiologia. Schema di una teoria generale del valore e dei valori*, EDL Laruffa editore, Reggio Calabria, 1982.

15. Mi si consenta di rinviare in proposito alle riflessioni e ai richiami bibliografici che ho provato a condensare in Sara Domianello, *Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nella tensione fra globalismo e federalismo*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2007, pp. 1-44, e in Sara Domianello, *Osservazioni sulla laicità quale tecnica metodologica di produzione del "diritto giurisprudenziale"*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2011, pp. 1-35, ma anche nella mia *Prefazione* al volume di atti *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, già citato prima alla nota 2.

16. Il nesso evocato nel testo è quello così ben evidenziato nello studio di casi pubblicato da Guido Calabresi, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, trad. it. di Carlo Rodotà, Milano, Giuffrè, 1996.

17. Sul ruolo di "formante" svolto dalla scienza giuridica in genere, vedi Rodolfo



Questa opportunità di verifica mi ha reso consapevole dell'impossibilità di sottrarmi alla responsabilità del mio lavoro, non soltanto nei confronti delle nuove generazioni sia di operatori giuridici, in genere, che di ricercatori e docenti universitari specializzati nel nostro come in altri settori disciplinari¹⁸, ma anche nei confronti delle istituzioni politiche e della società civile¹⁹.

Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992, p. 43 ss.; ma mi si permetta di rinviare più in particolare a Sara Domianello, *L'utilità pratica del «Diritto ecclesiastico civile» come scienza*, in *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, a cura di Giovanbattista Varnier, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, pp. 287 ss.

18. Mi riferisco al mio coinvolgimento diretto in diversi progetti di ricerca finalizzati a promuovere, a fronte del rischioso isolamento tipico degli studi monografici, l'apertura accademica alla collaborazione scientifica, *intra-* ed *inter-*disciplinare. Penso, quindi, alla fruttuosa esperienza della mia partecipazione sia al progetto del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Paolo Zatti, pubblicato da Giuffrè in prima edizione nel 2002 e in seconda edizione aggiornata nel 2011 (che si tradusse nella pubblicazione a mio nome, con il titolo *I matrimoni "davanti a ministri di culto"* del capitolo VIII del volume I, tomo I, dell'Opera, pp. 201-492, nella edizione del 2002 e pp. 365-732 nella edizione del 2011), sia al progetto del volume *Separazione, divorzio, annullamento*, a cura di Gianluca Sicchiero, Bologna, Zanichelli, 2005 (che portò all'inserimento nell'Opera collettanea di un cap. IV, scritto da Sara Domianello e Edoardo Dieni, dedicato a *La patologia dei "matrimoni civili confessionalmente assistiti"*, pp. 283-380). Ma penso inoltre al mio inserimento nel Progetto di interesse nazionale finanziato nel 2007 per una ricerca sul tema "Libertà religiosa e pluralismo giuridico nell'Europa multiculturale: paradigmi di integrazione a confronto" (che produsse come risultato la pubblicazione dei tre volumi collettanei *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, a cura di Roberto Mazzola; *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, a cura di Sara Domianello; e *Diritto e religione nell'Islam del mediterraneo. Rapporti nazionali sulla salvaguardia della libertà religiosa: un paradigma alternativo?*, a cura di Alessandro Ferrari, Bologna, il Mulino, 2012).

19. Mi riferisco in questo caso al mio coinvolgimento diretto, sia nell'esperienza professionale di audizioni parlamentari avviate davanti alla I Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati (una, nel 2007, nell'ambito dell'esame delle proposte di legge Boato e Spini, relative all'abrogazione della Legge sui culti ammessi e all'emanazione di Nuove norme sulla libertà religiosa in Italia; l'altra, nel 2009, nell'ambito dell'esame delle proposte di legge Sba e Cota sull'uso di burqa e niqab); sia, dal 2013 al 2019, nei lavori del Gruppo ristretto organizzato dalla Fondazione Astrid per l'elaborazione del testo di una proposta di legge sulla libertà di coscienza e di religione in Italia (pubblicato e commentato nel volume *La legge che non c'è*, a cura di Roberto Zaccaria e altri, Bologna, il Mulino, 2019, p. 27 ss.). E non trascuro l'esperienza personale, ancora in corso, che, a partire dal 2000, ho avuto occasione di maturare nella qualità di componente, su nomina ministeriale, del Consiglio per le relazioni con l'Islam italiano, istituito con decreto del Ministro dell'Interno del 23 dicembre 2015.

Insieme a queste ultime, le istituzioni accademiche devono, infatti, considerarsi attivamente impegnate nella salvaguardia di tutti i beni di tipo relazionale con riguardo alla disciplina dei quali è necessario garantire il rispetto di un modello di dignità umana che si fondi sull'effettivo riconoscimento, da una parte, del valore della libera autodeterminazione della persona (espressione dell'amore verso sé stessi) e, d'altra parte, del valore della libera assunzione di vincoli solidaristici di cura gratuita (espressione dell'amore verso gli altri).

Un ringraziamento sentito va, pertanto, a tutti i colleghi - e specialmente ai più giovani - che hanno accolto la sfida lanciata dal Convegno di suggerirci le loro personali chiavi di lettura di alcuni dei tanti cambiamenti che investono oggi la realtà delle relazioni familiari. Mentre, un auspicio di buona e feconda prosecuzione nel solco tracciato dai comuni Maestri va rivolto, in fine, ai colleghi Angelo Licastro, Marta Tigano, Fortunato Freni e Adelaide Madera, cui spetta l'onore e l'onere di continuare a rappresentare, in seno all'Ateneo messinese, una importante tradizione di studi nel campo della disciplina giuridica del fenomeno religioso.

COMUNICAZIONI





La pietà filiale nella tradizione confuciana.

Aspetti dottrinali, storici e giuridici

Daniele Arru*

1. Premessa

1.1.

Il problema dei doveri dei figli nei confronti dei genitori ha importanti riflessi giuridici nei diversi ordinamenti statali. Anche in Italia la questione riveste un'importanza primaria che affiora sul piano normativo (es., art. 315-bis, co. 4, cod. civ.).

Il dovere di “onorare” i genitori, previsto nel nostro Codice civile fino al 1975 (art. 315), attestava il rilievo di un obbligo morale strettamente collegato ad un precetto religioso.

Ma – com'è noto – è soprattutto nella tradizione confuciana che il valore della “pietà filiale”, intesa quale atteggiamento di speciale dedizione verso i genitori, ha rivestito lungo i secoli una importanza primaria, traendo origine e giustificazione da una complessa concezione religiosa fondata sul culto degli antenati.

Storicamente, in Cina, la pietà filiale ha trovato riscontro - in vari momenti - anche sul piano giuridico. Persino in anni relativamente recenti.

Siamo dinanzi ad un principio, un valore-guida, che, posto alla base dell'ordine sociale e della coscienza etico-religiosa cinese, attraversa per intero la lunga storia di questo Paese¹.

* Università di Roma-Tor Vergata.

1. Per un primo accostamento alla dimensione etico-religiosa cinese, cfr. Helwig Schmidt-Glintzer, *Confucianesimo*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. II, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992, pp. 270-277; Tiziana Lippiello, *Il confucianesimo. L'eti-*



Tradizionalmente, con l'espressione "pietà filiale" si traduce il carattere cinese *xiao*: esso esprime un sentimento che include ad un tempo l'amore ed il rispetto nei confronti dei genitori. Detto carattere è composto nella parte superiore dal segno *lao* (anziano) e in quella inferiore dal segno *zi* (fanciullo), quasi ad indicare una scala gerarchica fra le generazioni.

Nei testi classici delle varie epoche, il carattere *xiao* viene spesso associato ad altri (*xiang, shi, yang*) che evocano il concetto del sostentamento e dell'accudimento dei genitori o degli anziani di famiglia².

Per quanto il riferimento alle necessità materiali sia rilevante, è evidente che la pietà filiale indica anzitutto un sentimento che alberga nell'animo umano e che si fonda sulla riconoscenza dei figli nei riguardi dei genitori. Esso implica l'osservanza di una serie di doveri che toccano la sfera spirituale: il rispetto reverente, l'obbedienza, l'assistenza morale e materiale, la gratificazione, il lutto.

L'obbligo filiale è costante nel tempo, né viene meno nel caso di condotta repressibile dei genitori³, dato che ad essi si è debitori della vita.

Occorre avvertire che il principio etico della pietà filiale non è legato alla sola vita terrena ma si estende e si completa nel riferimento alla dimensione ultraterrena, manifestandosi nel culto degli antenati, l'espressione più antica e condivisa della religiosità cinese.

L'espressione "pietà", da questo punto di vista, indica il suddetto principio meglio di altre (es., "rispetto" o "amore" filiale), proprio per la valenza etico-religiosa che porta in sé⁴.

ca sociale della civiltà cinese, Bologna, Il Mulino, 2009; Maurizio Scarpari, *Il confucianesimo. I fondamenti e i testi*, Torino, Einaudi, 2010. Un'opera classica, in questo campo, rimane Marcel Granet, *La religione dei cinesi*, sesta edizione, Milano, Adelphi, 2006. Sulla pietà filiale, cfr. *Filial Piety in Chinese thought and history*, a cura di Alan K. L. Chan- Sor-Hoon Tan, London-New York, Routledge Curzon, 2004. Riferimenti specifici aggiornati in Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione della legge: nuove norme di comportamento filiale in Cina*, in *Il lutto e i libri. Studi in onore di Mario Sabattini*, a cura di Magda Abbiati e Federico Greselin, Venezia, Edizioni Ca' Foscari, 2014, pp. 807-830 (ivi ampie referenze bibliografiche), nonché in John S. Major, voce *Xiao*, in *Dizionario delle religioni dell'Estremo Oriente*, a cura di Mircea Eliade, Milano, Jaca Book, 2020, pp. 664-665.

2. Cfr. Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione*, cit., p. 810 s.

3. Cfr. John S. Major, *Xiao*, cit., p. 665. Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione*, cit., p. 816.

4. Lo dimostra, decisamente, l'antitesi *pietà/empietà*, riferita alla dimensione spirituale e religiosa. Si pensi al concetto di "pietà dei defunti", impiegato nel vigente Codice penale italiano (Libro II, Titolo IV).

Nel culto degli antenati la pietà filiale esprime il proprio contenuto religioso: «I doveri religiosi associati alla devozione filiale comprendono la manutenzione delle tombe di famiglia e il mantenimento di un tempio familiare, presso il quale vengono celebrati i sacrifici e gli obblighi in occasione delle festività annuali e di certe altre ricorrenze (per esempio, l'annuncio formale agli antenati della nascita di un bambino, di un matrimonio o di un decesso in famiglia)»⁵.

1.2.

Su questa concezione religiosa di remota origine s'innesta, a partire da un certo momento, l'elaborazione della dottrina confuciana.

Sappiamo che il confucianesimo, dottrina morale e politica, assurge al rango di ideologia ufficiale dell'Impero cinese nell'anno 136 a. C.⁶: da allora in avanti esso ne plasma l'identità etica e culturale per oltre duemila anni (il Celeste Impero cade nel 1912).

Il concetto di "pietà filiale", soggiacente al sostrato più profondo della cultura cinese, subisce, così, un processo di profonda elaborazione nell'ambito della dottrina e della speculazione confuciana, e finisce per affermarsi come il principale valore morale e civile della Cina⁷.

Esso, infatti, viene posto alla base di tutte le relazioni gerarchiche all'interno della società: da quelle familiari, a quelle sociali, a quelle politiche⁸.

5. Cfr. John S. Major, *Xiao*, cit., loc. cit.

6. Per un richiamo ricostruttivo delle vicende storico-istituzionali del confucianesimo, sia consentito il rinvio a Daniele Arru, *Confucianesimo e teocrazia nel Celeste Impero*, in *Teocrazie, dottrine, sincretismi in Asia centro-orientale*, a cura di Daniele Arru, Roma, Universitalia, 2021, pp. 7-73.

7. Cfr. John S. Major, *Xiao*, cit., p. 665.

8. Cfr. John S. Major, *Xiao*, cit., loc. cit. La nozione di *xiao* è, perciò, «immediatamente rilevante nella sfera politica»: così Domenico Bilotti, *Rischi e dinamiche di riassorbimento del privato nel pubblico. Ricerche recenti sull'etica normativa confuciana*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2021, n. 2, pp. 34 ss.



2. Il Libro della Pietà Filiale

2.1.

È stato giustamente osservato che i riferimenti alla pietà filiale ricorrono in tutto il canone confuciano⁹. Ciò vale, in particolare, per i *Dialoghi* (“Lunyu”), la maggiore raccolta di detti di Confucio¹⁰.

La circostanza dimostra il rilievo primario assunto da questo valore e l'antichità del suo radicamento temporale.

Di più: all'interno del Canone “storico” del confucianesimo, è presente un testo dedicato *ex professo* all'argomento: il *Libro della Pietà Filiale* (“Xiaojing”). Di estensione assai breve, esso riporta una vivace discussione fra Confucio e il suo discepolo Zengzi, riguardante questa virtù fondamentale.

L'opinione che attribuisce quest'opera a Confucio o a Zengzi, comunemente accolta per lungo tempo (dal III sec. a. C. al X d. C.), declina in epoca Song (secc. X-XIII), quando prevale il convincimento che essa appartenga a seguaci più tardi. Il *Libro della Pietà Filiale* era comunque già conosciuto nella seconda metà del sec. III a. C.: è perlomeno a quest'epoca che va riportata la sua redazione, dovuta ad un autore ignoto¹¹.

Il suo inserimento nel Canone confuciano appare tardo: solo nell'anno 837 il *Libro della Pietà Filiale* assume rilevanza canonica, insieme ai *Dialoghi* di Confucio, considerato il testo fondamentale della dottrina confuciana¹². Nel XII secolo Zhu Xi dà un assetto definitivo al Canone confuciano. Accanto ai *Cinque Classici*¹³, egli forma la raccolta dei *Quattro Libri* che intende costituire la sintesi dottrinale del confucianesimo: vi confluiscono i *Dialoghi* di Confucio, il *Grande Insegnamento*, l'*Invariabile Centro* (estratti, questi, dal *Libro dei Riti*) e il *Libro di Mencio* ma non il *Libro della Pietà Filiale*,

9. Così, John S. Major, *Xiao*, cit., loc. cit.

10. Cfr. Confucio, *Dialoghi*, a cura di Tiziana Lippiello, Testo a fronte, Torino, Einaudi, 2003. Occorrenze: I. 2, 6, 7, 11; II. 5, 6, 7, 8, 20, 21; IV. 18, 19, 20, 21; XII. 11; XIII. 18, 20, 28; XVI. 13; XVII. 21. Ne *L'Invariabile Centro* (“Zhongyong”), l'intero cap. XIX è dedicato alla pietà filiale. Cfr. Confucio, *I Dialoghi. La Grande Dottrina. Il Giusto Mezzo*, prefazione di Pietro Citati, introduzione, traduzione e note di Edoarda Masi, Milano, Fabbri Editori, 1998, pp. 256-258.

11. Cfr. John S. Major, *Xiao*, cit., loc. cit.

12. Su questi sviluppi, cfr. Wing-Tsit Chan, *Cina, religioni della*, in *Dizionario delle Religioni dell'Estremo Oriente*, cit., pp. 175-183.

13. Ossia: *Libro delle Mutazioni*, *Libro delle Odi*, *Libro dei Documenti*, *Libro dei Riti*, *Annali delle Primavera e degli Autunni*, opere redatte in un arco temporale che va dal X fino forse al III sec. a. C. I *Cinque Classici* avevano assunto carattere canonico fin dal II sec. a. C.

nonostante la fondamentale importanza assunta nei secoli precedenti¹⁴. È ormai prevalente l'opinione che colloca l'opera in epoca tarda.

2.2.

Il *Libro della Pietà Filiale* risulta articolato in diciotto brevi capitoli¹⁵: dopo una sintetica introduzione (cap. I), la suddetta virtù è inquadrata in rapporto ai diversi livelli della scala gerarchica dell'Impero: l'imperatore, i principi feudali, i ministri e i grandi ufficiali, i funzionari pubblici, il popolo (capp. II-VI); vengono poi esposte regole essenziali di buon governo, fondate sulla pietà filiale (capp. VIII-IX); ci si sofferma, quindi, sui contenuti propri della pietà filiale, entrando in taluni risvolti specifici e talora sviluppando la trattazione (capp. X-XVI); si torna, ancora, ai riflessi "politici" della pietà filiale, per concludere sul tema, carico di implicazioni religiose, del lutto per i genitori (capp. XVII-XVIII)¹⁶.

Come emerge dai temi, il testo si presenta non meno come un saggio di dottrina politica e di governo che come una trattazione di etica familiare. È stato osservato, al riguardo, che il Libro «pone l'accento sulla stretta relazione che intercorre tra l'obbedienza dei figli ai genitori e la lealtà che sudditi e ministri devono avere per il sovrano, ove chiaramente si ritiene che l'ultima emani dalla prima»¹⁷.

In altre parole, il testo non intende costituire una trattazione sistematica e organica sui fondamenti, i contenuti e le implicazioni della pietà filiale, considerata in chiave generale. Ad un esame ravvicinato, peraltro, è possibile ricostruirli in modo attendibile.

14. Cfr. Alfonso Maria Di Nola, *Confuciano, canone*, in *Enciclopedia delle religioni*, vol. 2, Firenze, Vallecchi, 1970, cc. 344-348. Destinati ad assumere ben presto carattere ufficiale, i *Quattro Libri* costituiranno la base dei programmi per gli Esami Imperiali dei futuri funzionari-letterati del Celeste Impero (i "mandarini").

15. Facciamo riferimento alla versione inglese di James Legge, *Hsiao King*, in *Sacred Books of the East*, vol. III, Oxford, Oxford University Press, 1879, pp. 449-488. Il testo utilizzato è quello pubblicato dall'imperatore Hsuan nell'anno 722. Nostre le citazioni italiane riportate nel testo.

16. Quasi tutti i capitoli si chiudono con la citazione di una strofa poetica ricavata dal *Libro delle Odi* ("Shijing"), una raccolta di canti e poesie risalenti ai secc. X-VII a. C., a riprova del radicamento remotissimo del principio della pietà filiale nella cultura cinese.

17. Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione della legge*, cit., p. 815. Va comunque notato che anche nei *Dialoghi* la pietà filiale è sovente posta in relazione ai doveri di lealtà verso i superiori e l'autorità costituita. Cfr. ad es., I. 6; II. 21; XII. 11; XIII. 20. Lo stesso dicasi de *L'Invariabile Centro*, cap. XIX.



Nell'opera non si riscontra una definizione introduttiva della pietà filiale. Il Maestro Confucio, però, afferma che essa «è la base della virtù, da cui discende tutta la scienza» (cap. I, n. 4)¹⁸.

Salvaguardare l'integrità del proprio corpo, evitando di distruggerlo o mutilarlo, è la prima regola della pietà filiale (cap. I, n. 5); questa virtù, in generale, persegue obiettivi ben definiti: elevare la propria persona, praticare la morale, trasmettere il nome alle generazioni future, per onorare il padre e la madre (cap. I, n. 6).

Altri interessanti riferimenti si riscontrano molto più avanti, nel testo: essi confermano il concetto della preminenza della pietà filiale sopra tutte le altre virtù, prefigurato in sede introduttiva. Si afferma, in particolare, che fra tutte le azioni possibili, la pietà filiale è la più grande (cap. IX, n. 2). E, per converso, fra i più svariati delitti, non ve n'è uno più grave della mancanza di pietà filiale (cap. XI, n. 1).

La pietà filiale ha un fondamento nelle leggi della natura. «La legge che regola i rapporti del padre e del figlio si trova nella Natura Celeste» (cap. IX, n. 12). «Il padre e la madre danno i natali al bambino: in fatto di legame, non ve n'è di più grande» (cap. IX, n. 13). Detto rapporto ha un riflesso d'indole religiosa: nella pietà filiale non vi è niente di più grande che considerare il padre come immagine del Cielo (ossia: entità divina) (cap. IX, n. 3).

Una definizione compiuta dei contenuti della pietà filiale si riscontra nelle pagine inoltrate del Libro in esame. Vi troviamo indicati i cinque atti in cui essa si articola, nel corso della vita: reverenza nel servizio; assistenza nel sostentamento; conforto nella malattia; dolore nella morte; solennità nella memoria (cap. X, nn. 1-5). Quest'ultimo punto sottende il valore spirituale e religioso della pietà filiale che si riflette oltre i confini della vita terrena. Nel sacrificio, si raccomanda di usare la massima osservanza, così da suscitare compiacimento nei genitori, raggiungendone e muovendone gli spiriti (cap. XVI).

Più che offrire una nozione unitaria di pietà filiale, si indicano gli aspetti che concorrono a strutturarla: sostanziale (obbedienza); materiale (sostentamento); morale (onore); religioso (culto).

L'osservanza di questo complesso di doveri, nell'ottica generale del *Libro della pietà filiale*, non è mai fine a se stessa: ai diversi livelli della gerarchia politica e nella società, dà origine ad un circolo virtuoso di cui bene-

18. Questo fondamentale concetto si riscontra anche nei *Dialoghi* (I. 2), dove la pietà filiale è posta alla base della virtù confuciana per eccellenza, la benevolenza (*ren*).

ficia tutto l'Impero. Essa garantisce un buon governo ispirato a saggezza e prudenza, favorendo il diffondersi ed il radicarsi, nel corpo sociale, di un costume ispirato a generale moderazione. Come in un organismo perfetto, ciascuno è consapevole di avere un ruolo ed una posizione nella società civile: aderire fedelmente al proprio modello significa rendere il miglior servizio a se stessi ed all'intera comunità.

3. Il Sacro Editto di Kangxi del 1670

3.1.

Il mancato inserimento del *Libro della Pietà Filiale* nei *Quattro Libri* (sec. XII) non toglie certo importanza ai suoi contenuti: l'osservanza dei precetti della pietà filiale è profondamente radicata nel Celeste Impero, anche per le sue forti implicazioni religiose e per l'importanza che vi annette l'autorità politica ponendoli a presidio della sua stabilità.

D'altra parte, il confucianesimo conserva saldamente, anche nei secoli successivi al XII, sotto le dinastie degli Yuan, dei Ming e dei Qing, il suo ruolo di ideologia ufficiale dell'Impero, sorretto dal sistema amministrativo mandarinale.

Poco dopo l'avvento della dinastia Qing (sec. XVII), si registra un fatto significativo: l'emanazione del "Sacro Editto" dell'imperatore Kangxi¹⁹.

Ritenuto il più grande imperatore della storia cinese, Kangxi (1654-1722) regna sul Celeste Impero per ben sessantuno anni, dal 1661 al 1722.

Nel 1670, quando ha solo sedici anni, egli promulga un "Sacro Editto" (*shèng yù*), composto di sedici massime, ciascuna lunga sette caratteri, che codificano le fondamentali regole di condotta morale, sociale e politica richieste a tutti i sudditi dell'Impero. Apertamente ispirate alla dottrina confuciana, tali massime riguardano i rapporti familiari, di parentela e di vicinato; il lavoro, lo stile di vita, lo studio, il rispetto dei sani principi, l'osservanza delle leggi, la pratica dei buoni costumi, la diligenza professionale, l'educazione dei giovani, l'esclusione della calunnia, il bando ai disertori, il pagamento delle imposte, il coordinamento fra gruppi di famiglie, il sopimento di odi e rancori²⁰.

19. Il testo ha avuto numerose traduzioni. La più antica versione inglese è quella di William Milne, *The Sacred Edict. Containing Sixteen Maxims of the Emperor Kang-He*, London, Black, Kingsbury, Parbury and Allen, 1817, ristampa, 1870.

20. Il *Sacro Editto* ha un importante precedente nelle *Sei Massime* dell'imperatore Zhu Yuanzhang, fondatore della dinastia Ming, sul trono fra il 1368 ed il 1398. Ad esse si



Le suddette disposizioni dovevano essere affisse pubblicamente in ogni città e villaggio, per esservi lette ad alta voce due volte al mese e spiegate ai sudditi nelle diverse varianti linguistiche usate a livello locale.

Nel 1724, a distanza di cinquantaquattro anni, l'imperatore Yongzheng (1678-1735), figlio e successore di Kangxi, nel secondo anno del suo regno (r. 1722-1735), promulga, a sua volta, le *Amplificazioni*, ossia Istruzioni ampliate sul Sacro Editto (*shèng yù guāng xùn*), in diecimila caratteri. Attraverso tali Istruzioni il sovrano intende offrire ai sudditi una spiegazione semplice e chiara del significato delle massime enunciate da suo padre.

Yongzheng ordina che il testo sia illustrato al popolo dai funzionari-letterati, all'inizio ed alla metà di ogni mese, secondo una pratica di indottrinamento che rimane in uso fino alla caduta dell'impero.

3.2.

Senza doverci soffermare sull'intero testo del *Sacro Editto*, a noi interessa notare che esso esordisce con una massima riferita in modo esplicito e diretto al tema della pietà filiale²¹.

Essa recita: «Praticate sinceramente i doveri della pietà filiale e dell'amor fraterno per dare importanza ai vincoli sociali»²².

Caratteristico del *Sacro Editto* è il fatto di riportare sempre i valori etici familiari, parentali e sociali alla dimensione politica. In particolare, al dovere di obbedienza e di ossequio verso l'autorità costituita, nel contesto di un'organizzazione sociale marcatamente segnata dal principio gerarchico.

Di questa prima massima, noteremmo, perciò, soprattutto due aspetti: da un lato, la conferma del fatto che la pietà filiale (e, con essa, l'amor fraterno) rappresenta davvero il valore fondativo delle relazioni sociali; dall'altro, la correlazione funzionale in cui essa si pone rispetto alla più ampia sfera dei rapporti politici e giuridici, dove assume una rilevanza fondamentale.

ispira chiaramente l'imperatore Kangxi.

21. Per il testo, facciamo riferimento alla versione italiana del sinologo Lodovico Nocentini (1849-1910): *Il Santo Editto di Kan-Hi e l'amplificazione di Yun-Cen, tradotti con note filologiche da Lodovico Nocentini*, Firenze, Le Monnier, 1880, in appendice la versione mancese.

22. Cfr. *Il Santo Editto*, cit., pp. 7-10. Il Nocentini definisce "comandamenti" le massime dell'Editto.

La spiegazione più attenta e meditata di questo primo precetto è esposta nelle *Amplificazioni* di Yongzheng, destinate, come notato, a rendere quanto più possibile chiaro il significato e la portata delle massime del *Sacro Editto*.

Ivi, in relazione alla prima massima, si ricorda anzitutto che l'imperatore Kangxi non solo osservò sempre, in modo scrupoloso, il dovere della pietà filiale, ma fu legato ad esso a tal punto da comporre un Commentario al *Libro della Pietà Filiale*, spiegandone i contenuti al fine di collocare la stessa pietà filiale a norma fondamentale dell'Impero. È per ciò – spiega Yongzheng – che il principio si trova al primo posto nel *Sacro Editto*²³.

Condividendo *in toto* gli orientamenti del suo predecessore, Yongzheng è convinto che l'affetto e la riconoscenza nei riguardi dei genitori, per la cura ricevuta, assicurano veramente a fondamento di tutte le azioni della vita: la ricompensa dovuta ai genitori impone di svolgere la propria esistenza attenendosi a criteri scrupolosi di correttezza nei confronti di se stessi e degli altri, nelle relazioni sociali ai diversi livelli e, naturalmente, nell'adempimento dei doveri pubblici verso l'autorità costituita. Interessante, nello sviluppo delle argomentazioni, è la frequente citazione di passi e principi del *Libro della Pietà Filiale*. Come il suo predecessore, anche Yongzheng lo assume a costante punto di riferimento.

Altro aspetto di grande interesse è quello relativo all'*amor fraterno*, cui Yongzheng dà grande risalto. Vengono fatti precisi riferimenti ai diritti di precedenza spettanti al fratello maggiore e ai doveri di deferenza e di ossequio a lui dovuti dai fratelli minori (dottrina dell'*amor fraterno*). Sottolineando lo stretto rapporto di derivazione di tali regole dal principio della pietà filiale.

3.3.

Le notazioni possibili, su questi rapidi cenni, sono molteplici.

Intanto, l'ancoramento della pietà filiale alla legge naturale. La pietà si fonda sul dovere di gratitudine verso i genitori e viene senz'altro definita legge immanente del Cielo. Ciò che attribuisce ad essa, anche sul piano normativo, una qualificazione di tipo "religioso" (non è casuale, del resto, che l'Editto del 1670 sia qualificato "Sacro").

23. La stessa collocazione era data alla pietà filiale anche dalle *Sei Massime* di Zhu Yuanzhang.



Ancora, la rilevanza assegnata all'amor fraterno si pone come antecedente logico all'estensione della pietà filiale verso un ambito più ampio di doveri, fino all'obbedienza dovuta al sovrano.

Di particolare interesse, nelle *Amplificazioni* di Yongzheng, appare il riferimento alla coercibilità degli obblighi di pietà filiale. Con un esplicito richiamo alla dicotomia che diremmo di *foro interno* e *foro esterno*.

Si osserva che «per la mancanza di pietà filiale e di amor fraterno, vi sono nell'impero pene stabilite; soltanto però gli atti esterni cadono sotto la sanzione di pene certe, mentre gl'interni sfuggono alla vigilanza della legge».

In rapporto a questi ultimi, la norma assume i toni e le forme di un'esortazione particolarmente sentita, che viene ancorata, essenzialmente, all'elemento psicologico e sentimentale: di qui il riferimento alla vergogna e al rimorso del reprobato ma anche al dispiacere e al dolore del sovrano. Con l'ultimativa ammonizione sulle conseguenze nefaste che derivano dall'inosservanza dei doveri in questione.

Il problema degli atti interni, ben noto alla riflessione giuridica e canonistica occidentale, viene qui risolto dalla legge facendo ricorso ad un comando che però non è assistito da una sanzione definita *in iure*. Secondo un'impostazione che tornerà a riproporsi, in Cina, ancora ai giorni nostri.

Al di là di questo, il dato fondamentale è che, col *Sacro Editto*, la pietà filiale diviene un dovere giuridico normativamente sancito: come tale, esso è conservato per circa 250 anni, fino alla caduta del Celeste Impero (1912). Nella sua lunga vigenza, tale previsione è destinata ad imprimere un segno profondo e durevole nella cultura e nella mentalità comune cinese²⁴.

4. La Legge sulla protezione degli anziani del 2012

4.1.

Fintanto che il Celeste Impero rimane in vita, la pietà filiale costituisce, anche formalmente, un obbligo di legge, sia pure nei limiti rilevati più sopra.

24. In proposito, cfr. Victor H. Mair, *Language and ideology in the Sacred Edict*, in *Popular Culture in Late Imperial China*, a cura di David Johnson, Andrew J. Nathan, Evelyn S. Rawski, Berkeley - Los Angeles - London, University of California Press, 1985, p. 325 ss.

Alla caduta del regime imperiale (1912), anche l'applicazione del *Sacro Editto* viene a cessare e, con essa, il complesso rituale della pubblica lettura periodica del suo dettato.

Fin dai primi tempi della Repubblica di Cina (1912-1949), com'è noto, le dottrine confuciane sono oggetto di critiche sistematiche da parte soprattutto della nuova classe dirigente e dell'intellettualità emergente²⁵.

Anche la virtù della pietà filiale finisce per esservi coinvolta.

Essa, peraltro, continua a trovare applicazione pratica generalizzata, in forza del suo secolare radicamento.

Sono solo i profondi mutamenti sociali e culturali indotti dal regime comunista ad avviare in Cina un processo di relativo affievolimento di questo fondamentale valore etico, civile e religioso. Le trasformazioni sociali divengono profonde e radicali già all'epoca della Rivoluzione culturale maoista ma è innegabile che esse assumono dimensioni vertiginose nei decenni successivi, con le vaste riforme economiche introdotte da Deng Xiaoping e portate avanti dai suoi successori.

Tra i fenomeni che hanno messo in crisi, in Cina, le pratiche legate alla pietà filiale, vi è certamente quello dell'urbanesimo, con lo sradicamento di vasti strati di popolazione dai territori rurali di provenienza e l'inse-diamento entro tessuti urbani vastissimi e disumanizzanti. Le riforme di liberalizzazione – è stato autorevolmente osservato – hanno mutato radicalmente le condizioni di vita, i costumi e il modo di pensare di centinaia di milioni di cinesi²⁶.

Le distanze dai nuclei familiari di origine e le difficoltà di contatti regolari e frequenti hanno portato ad un progressivo allentamento della prassi tradizionale della pietà filiale. In un contesto più ampio nel quale la Cina è «il paese con la popolazione anziana più numerosa del pianeta e con il più rapido indice di invecchiamento»²⁷.

4.2.

Il legislatore cinese è intervenuto su questa materia con la Legge «sulla protezione dei diritti e degli interessi degli anziani», promulgata con

25. Per un sintetico richiamo a queste vicende, sia consentito il rinvio a Daniele Arru, *Il confucianesimo in Cina dopo la caduta del Celeste Impero*, in *Vicende, dimensioni, figure del confucianesimo*, a cura di Daniele Arru, Roma, Universitalia, 2022, pp. 7-57.

26. Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione della legge*, cit., p. 823.

27. Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione della legge*, cit., p. 819.



Ordine del Presidente della Repubblica Popolare Cinese 29 agosto 1996 n. 73.

Articolata in sei capi, per un numero complessivo di cinquanta articoli, questa Legge ha dettato per la prima volta un ampio insieme di disposizioni intese a tutelare gli anziani in termini globali, dagli aspetti economico-materiali fino a quelli relativi alla sfera familiare e sociale, inclusi i profili legati alla dimensione affettiva.

Alcuni anni più tardi si è sentita la necessità di sottoporre a revisione detta legge, apportando al suo testo significative integrazioni, sulla base dell'esperienza applicativa maturata.

Si è giunti, così, all'approvazione della Legge riveduta "sulla protezione dei diritti e degli interessi degli anziani", promulgata con Ordine del Presidente della Repubblica Popolare Cinese 28 dicembre 2012 n. 72, entrata in vigore il 1° luglio 2013²⁸. Essa ha poi subito modifiche nel 2015 e nel 2018: il testo vigente è entrato in vigore il 29 dicembre 2018²⁹.

Il nuovo testo risulta assai più ampio di quello originario: esso conta ben ottantacinque articoli, suddivisi in nove sezioni.

La legge cerca di dettare una disciplina quanto più ampia ed organica della materia, soffermandosi dettagliatamente sui diritti di natura anzitutto economica e materiale garantiti agli anziani.

Non mancano, tuttavia, nel testo legislativo, riferimenti agli aspetti più propriamente culturali e morali coinvolti in questo campo, nei quali affiora chiaramente la profonda radice confuciana che vi è sottesa³⁰.

Significativa appare, in questo senso, l'indicazione delle motivazioni della legge: «proteggere i diritti e gli interessi legittimi degli anziani, sviluppare la causa degli anziani e portare avanti le virtù della nazione cinese di rispettare, provvedere e aiutare gli anziani» (art. 1). Siamo di fronte all'esplicita riappropriazione di un valore-cardine della tradizione confuciana³¹.

28. Maurizio Scarpari, *Ritorno a Confucio. La Cina di oggi fra tradizione e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 26 s.

29. È consultabile sul sito web <https://it.chinajusticeobserver.com/law>.

30. Osserva Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione della legge*, cit., p. 819: "Scopo dichiarato della nuova normativa è porre rimedio alle crescenti carenze materiali e affettive e al sentimento di solitudine o, in alcuni casi, di abbandono in cui vive parte della popolazione anziana. Si tratta di un fenomeno inedito in un Paese tradizionalmente fondato su un sistema familiare che ha sempre garantito condizioni privilegiate ai propri anziani e promosso l'armonia nelle relazioni tra generazioni".

31. Nella legge, secondo Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione della legge*, cit., pp.

4.3.

La parte della legge in cui più chiaramente si avverte la lontana eco del confucianesimo è individuabile nel Capitolo II, rubricato «Sostegno alla famiglia» (artt. 13-27).

A parte le disposizioni riguardanti i diritti di natura economico-assistenziale riconosciuti agli anziani, particolare interesse destano i riferimenti fatti agli aspetti più strettamente morali della materia regolata³².

Intanto, il principio generale, enunciato in apertura: «i familiari devono rispettare e prendersi cura degli anziani» (art. 13). I “sostenitori” (ossia i figli degli anziani e altre persone che hanno l’obbligo di mantenerli in conformità con la legge) «devono adempiere ai loro obblighi di fornire sostegno finanziario, assistenza quotidiana e conforto spirituale agli anziani» e di prendersi cura dei loro “bisogni speciali” (art. 14).

Un più diretto riferimento alla sfera morale è fatto all’art. 18 della Legge:

«I membri della famiglia devono prendersi cura dei bisogni spirituali degli anziani e non devono ignorare o trascurare gli anziani.

I familiari che vivono separatamente dagli anziani devono visitare o salutare frequentemente gli anziani.

I datori di lavoro, conformemente alle pertinenti normative nazionali, garantiscono il diritto dei sostenitori di usufruire di un congedo per visitare i familiari».

Espressione specifica di un valore tipico della tradizione confuciana, l’*amor fraterno*, è, poi, l’art. 23 della legge in esame: ivi, dopo enunciato il dovere di mutuo sostegno fra coniugi anziani, si afferma: «Quando un fratello o una sorella minore che è mantenuto da un fratello o da una sorella maggiore diventa adulto e ha la capacità di permetterselo, ha l’obbligo di mantenere il fratello o la sorella maggiore che è anziano e non ha alcun sostegno».

808 ss, vi è un esplicito “riconoscimento del ruolo rilevante che ancor oggi i valori e gli ideali confuciani possono svolgere nel processo di costruzione della Cina del terzo millennio”.

32. Lo stretto raccordo tra assistenza morale e materiale è spesso affermato nei testi confuciani. Così, ad es., nel *Libro di Mencio* (“Mengzi”), cap. I, prima parte, n. 7, si legge: “Cura lo studio nelle scuole, svolgi le regole della pietà filiale ed i vecchi non dovranno più percorrere le strade trascinando i loro fardelli”. Cfr. Confucio e Mencio, *I Quattro Libri. La Grande Scienza, Il Giusto Mezzo. Il Libro dei Dialoghi. Il Libro di Mencio*, prima traduzione italiana di Luciana Magrini-Spreafico, introduzione di Luciano Magrini, Milano, Fratelli Bocca, 1945, p. 173.



La legge in esame prevede ancora importanti norme di portata generale: il ruolo di sorveglianza delle organizzazioni sociali e di esortazione all'osservanza della legge, nei confronti dei "sostenitori" (art. 24); il divieto di violenza domestica contro gli anziani (art. 25); il ruolo dei tutori degli anziani che abbiano perduto in tutto o in parte la capacità di condotta civile (art. 26); gli incentivi della legge statale alla coabitazione o alla vicinanza delle famiglie rispetto agli anziani (art. 27).

4.4.

Altri interessanti riferimenti emergono nel Capitolo IV della legge, relativo ai "Servizi sociali". Ivi è stabilito, tra l'altro, che i Governi popolari locali a tutti i livelli e i dipartimenti competenti devono adottare misure atte a sostenere gli istituti di servizi professionali e altre organizzazioni e individui nel fornire varie forme di servizi come assistenza vitale, soccorso di emergenza, assistenza medica, conforto spirituale e consulenza psicologica per gli anziani a casa (art. 37). La componente "etica" dell'intervento pubblico risulta, così, esplicitamente enunciata.

Un evidente radicamento etico ha poi la norma che esorta a portare avanti la tradizione dell'assistenza reciproca di vicinato e sostenere che i vicini si prendano cura e aiutino gli anziani bisognosi (art. 38) (cfr. *Sacro Editto*, terza massima).

Indiretto riflesso della dottrina confuciana possono essere ritenute alcune disposizioni poste nel Capitolo VII della legge, riguardanti la «Partecipazione allo sviluppo sociale». Ivi si trova enunciato un principio di per sé emblematico: «Lo Stato e la società devono valorizzare e custodire le conoscenze, le capacità, l'esperienza e il buon carattere morale degli anziani, dare spazio alla competenza e al ruolo degli anziani e garantire la loro partecipazione alla vita economica, politica, culturale e sociale» (art. 66).

Una previsione, questa, che rimanda al principio confuciano della saggezza degli anziani ed all'utilità di rifarsi al loro consiglio ed al loro insegnamento: le stesse espressioni impiegate, inusuali in un testo normativo (il riferimento, ad es., al "buon carattere morale" degli anziani), attestano il profondo radicamento dei valori indicati.

Quanto agli aspetti più strettamente religiosi, sono assenti – per comprensibili ragioni – riferimenti espliciti al culto ancestrale: ma si registrano riferimenti ai *bisogni spirituali* e al *conforto spirituale* degli anziani.

4.5.

La nuova Legge sulla protezione degli anziani è stata oggetto di grande attenzione. Molti osservatori si sono interrogati sull'opportunità di attribuire valore giuridico a una 'virtù' (la pietà filiale) che, per definizione, appartiene alla dimensione interiore dell'individuo, rilevando l'assenza di sanzioni per l'inosservanza delle sue disposizioni e deducendo la sostanziale inefficacia e inapplicabilità della legge³³.

In realtà, ad un attento esame, emerge come questa non si limiti ad enunciare principi (i quali hanno indubbiamente un profondo radicamento morale) ma faccia discendere da essi numerose disposizioni normative, in parte programmatiche, in parte precettive, che richiedono quasi sempre l'emanazione di ulteriori norme applicative. Si rientra pienamente, da questo punto di vista, negli schemi propri della legislazione moderna.

La particolarità della legge sta comunque nel fatto di rivestire di forme giuridiche precetti morali che appartengono alla sfera della coscienza; il legislatore è consapevole che nel foro interno non può prescrivere ma solo esortare: si astiene, perciò, dal prevedere sanzioni. Conforme ad un modello cui già il *Sacro Editto* di Kangxi si era uniformato.

5. Considerazioni conclusive

Il dato di rilievo sistematico che emerge da quanto esposto sopra è quello della centralità del valore della pietà filiale nella tradizione culturale, etico-religiosa e politica cinese.

Possiamo ben dire che tale valore permea di sé le relazioni sociali a tutti i livelli, coinvolgendo ad un tempo la sfera pubblica e quella privata.

L'elaborazione confuciana sviluppa un concetto fondamentale che non tarda ad emergere: ossia che i rapporti fra le autorità pubbliche ed il popolo si fondano su un principio di reciprocità in tutto equiparabile a quello esistente fra genitori e figli. Ciascuno ha un ruolo, ciascuno ha obblighi e aspettative, ma tutto si fonda sulla coscienza di appartenere ad una comunità tenuta assieme da un vincolo "naturale".

In Cina, questa concezione si riscontra, in termini non dissimili, nelle opere letterarie e nei testi normativi, per un arco temporale lunghissimo: appariva già sufficientemente delineata nel *Libro delle Odi*, per essere

33. Richiami in Maurizio Scarpari, *La confucianizzazione*, cit., p. 809.



poi ripresa nei *Dialoghi* di Confucio e sviluppata nel *Libro della Pietà Filiale*. Per non ricordare se non le opere già citate.

I rapporti familiari, i cui valori morali sono connotati fortemente dall'elemento naturale e religioso, assurgono a paradigma dei rapporti fra autorità politica e comunità civile. Essi escono dalla sfera delle relazioni meramente private per assumere una rilevanza pubblicistica che si conserva lungo molti secoli. La vicenda del *Sacro Editto* di Kangxi e quella, a noi più vicina, della Legge sulla protezione degli anziani, ne danno riprova.

Possiamo ben dire, per tanto, che da oltre due millenni i legami familiari assumono in Cina il valore di un "bene relazionale" di primario rilievo politico. Meritando, anche al presente, la tutela del legislatore.

Dopo di noi. La disabilità in famiglia tra diritto e religione

Francesco Sorvillo*

1. Disabilità e relazioni familiari

Nel mondo di oggi in cui «Facebook definisce chi siamo, Amazon cosa vogliamo e Google cosa pensiamo»¹ l'omologazione ai canoni estetici suggeriti dalla rete sembra essere per molti l'unico modo per godere di una “sana” vita di relazione, se non addirittura un valore fondante per nuove società². Si tratta di modelli che il web e il capitalismo estetico³ dispensano incessantemente come un frutto avvelenato⁴, mediante la trasposizione digitale di mito e fiaba⁵. Questi ultimi, subdolamente arruolati per imporre falsi ideali di bellezza che in ossequio a consumismo ed efficientismo contemplan solo perfezione fisica e normoabilità. Nell'immaginario corrente, infatti, i corpi devono essere sempre sani, perfetti

* Università della Campania.

1. L'inciso è tratto dal volume di George Dyson, *La cattedrale di Turing. Le origini dell'universo digitale*, Codice Edizioni, Torino, 2012. In tal senso si veda anche Lorenzo Casini, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, Mondadori, 2020.

2. Così Ilaria Guidantoni, Nicola Posteraro, *La bellezza “contaminata”, tra chirurgia estetica, diritto e riflessi sociali*, in *Scenari*, dicembre 2015, e al sito: <https://www.mimesis-scenari.it/2015/05/01/la-bellezza-contaminata-tra-chirurgia-estetica-diritto-e-riflessi-sociali/>.

3. Su tale definizione cfr. Vanni Codeluppi, *Il capitalismo estetico*, in *Studi di sociologia*, 2019, n. 3, pp. 227-238.

4. Per alcuni profili connessi al neoliberismo economico cfr. Sergio Ferlito, *Sharing economy ovvero il frutto avvenato del neoliberismo*, in *Calumet - Intercultural law and humanities review*, 2018, pp. 1-23.

5. Per comprendere la stretta connessione intercorrente tra mito e fiaba è imprescindibile la lettura dell'opera di Claude Lévi-Strauss, *Antropologia strutturale due*, Milano, Il Saggiatore, 2018, ma anche Id., *Mito e significato*, Milano, Il Saggiatore, 2016.

ed eterni, capaci cioè di reificare il mito della bellezza⁶, spingendo gli individui verso quella che Papa Francesco ha recentemente definito «ossessione disperata dell'eterna giovinezza e di una carne praticamente incorruttibile»⁷. In altre parole, una riedizione dell'antico ideale greco di *kalokagathia* per il quale bellezza e salute erano da esaltare e preservare, mentre bruttezza e deformità erano quasi innaturali⁸ e dunque da esporre allo stigma sociale⁹.

Cosa accade, però, quando tutto smette di essere “normale” e perfetto? Cosa accade quando i corpi non rispondono ai canoni estetici di un mondo fatto di plastica? Quando la malattia o, peggio, la disabilità irrompono nella quotidianità? Cosa accade quando tutto ciò si abbatte come una valanga su persone e famiglie che improvvisamente non possono più emulare il modello del “Mulino Bianco”¹⁰? E ancora. Qual è, invece, il ruolo che può giocare il diritto in tale contesto? E qual è quello da assegnare alle religioni e ai diritti religiosi, posto che ve ne sia uno?

Si tratta, com'è evidente, di dover dare risposta a un gran numero di interrogativi che coinvolgono da vicino una materia, quella della disabilità, in cui le piste d'indagine scientifica possono essere molteplici. Tutte degne di essere scandagliate sia dai giuristi in generale, sia dai cultori della disciplina giuridica del fenomeno religioso che sui temi sociali dimostrano spesso maggiore attenzione rispetto ad altri studiosi del diritto. La dimensione della disabilità, infatti, è sempre più rilevante non solo sul piano sociale, ma anche su quello giuridico-religioso. Dal primo

6. Per un approfondimento del mito in questione in una prospettiva femminista cfr. Naomi Wats, *The Beauty Myth: How Images of Beauty Are Used Against Women*, London, Chatto & Windus, 1990.

7. Come l'ha definita Papa Francesco nel discorso in materia di Catechesi sulla Vecchiaia, pronunciato all'Udienza generale dell'8 giugno 2022, all'url: <https://www.vatican.va/content/francesco/it/audiences/2022/documents/20220608-udienza-generale.html>.

8. Sull'ideale aristocratico greco della *kalokagathia* e i suoi riflessi nella società greca antica, cfr. Simona Ugolini, *L'atteggiamento della cultura greco-romana nei confronti della disabilità: agli antipodi della nostra 'inclusione'?*, in *I Dossier di Scuola e Amministrazione*, 2014, I, p. 3 ss.

9. Tra gli ideologi della teoria dello stigma sociale cfr. Zigmud Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, Il Mulino, 1999, ma anche Alessandro Dal Lago, *Non-Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 2009, per ciò che concerne i profili più squisitamente legati agli stranieri e le migrazioni.

10. Su tale punto, cfr. Marianna Boero, *Modelli di famiglia tra "realtà" e racconti pubblicitari*, in *ec-aiss Rivista dell'Associazione Italiana di Studi Semiotici*, 2017, n. 21, pp. 139 ss.

Rapporto mondiale sulla disabilità redatto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e dalla World Bank e risalente oramai al 2011, si evince che oltre un miliardo di persone, circa il 15% della popolazione mondiale, vive con qualche forma di disabilità¹¹. Dato, quest'ultimo, in costante aumento a causa del progressivo invecchiamento della popolazione e dell'incremento globale delle malattie croniche. Nel nostro Paese, invece, le persone disabili sono quasi 13 milioni, delle quali oltre 3 milioni in condizione di grave disabilità, di cui circa 1 milione e mezzo con una età superiore ai 75 anni¹².

La condizione di vulnerabilità che tali soggetti sperimentano nell'arco della loro esistenza sollecita diritto e religioni a fare di più per potenziare l'inclusione sociale e garantire alle persone disabili prospettive di vita dignitose e indipendenti. Ciò in ossequio a quanto sancito dai principi costituzionali di uguaglianza formale e sostanziale ex art. 3 Cost., nonché di autentico sviluppo umano integrale secondo quanto dichiarato da molte fedi religiose e dal più recente magistero cattolico in ambito sociale.

La prolungata assenza di una definizione legale e di una disciplina organica chiara sullo *status* della persona disabile ne hanno complicato, tuttavia, il trattamento giuridico. E così le famiglie che si trovano ad accudire figli e/o congiunti con disabilità motorie, intellettive o con disturbi dello spettro autistico a basso funzionamento sono ancora costrette a misurarsi con una burocrazia ottusa ed escludente che anziché lenire, spesso aggrava la sensazione di frustrazione e bisogno che esse avvertono nel confronto quotidiano con tale realtà¹³.

Le religioni, dal canto loro, hanno per lungo tempo voltato le spalle a questa complessa dimensione dell'esperienza umana, contribuendo a far sì che disabilità e limitazioni psicomotorie potessero essere relegate

11. Cfr. World Health Organization and World Bank, *World Report on Disability*, WHO Press, Ginevra, 2011, disponibile per il download al sito internet: <https://www.who.int/teams/noncommunicable-diseases/sensory-functions-disability-and-rehabilitation/world-report-on-disability>.

12. I dati si riferiscono al 2021 e sono confermati nella Relazione svolta dal Presidente dell'Istituto nazionale di statistica presso il Comitato Tecnico Scientifico dell'Osservatorio Nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, tenutasi nella sede della Presidenza del Consiglio dei Ministri il 24 marzo 2021: <https://www.istat.it/it/files/2021/03/Istat-Audizione-Osservatorio-Disabilit%C3%A0-24-marzo-2021.pdf>. Su questo stesso tema si segnala anche il volume di Matteo Schianchi, *La terza nazione del mondo. I disabili tra pregiudizio e realtà*, Milano, Feltrinelli, 2009.

13. Per una testimonianza in tal senso cfr. Giovanni Cupidi e Veronica Femminino, *Noi siamo immortali. Due vite racchiuse in una sola esistenza*, Milano, Mondadori, 2018.

in un angolo e celate agli occhi delle società. La disabilità, invece, oggi come ieri mette alla prova persone e famiglie che vengono catapultate improvvisamente, loro malgrado, in un vortice di sentimenti e stati d'animo: rabbia, paura, sofferenza, ma anche forza, speranza, lotta, resilienza. Una molteplicità di passioni che testimoniano il grande rilievo che questi temi occupano in ambito sociale e l'ancor più grande importanza di indagarli in maniera approfondita sotto il profilo scientifico.

2. La definizione di disabilità nel contesto giuridico-linguistico attuale

Affrontare il tema della disabilità, di conseguenza, significa confrontarsi con le problematiche appena accennate e, in più, contrastare luoghi comuni e stereotipi culturali che alimentano fenomeni di discriminazione dettati dell'handifobia¹⁴ o dalla scarsa conoscenza di tale realtà. Bisogna allora de-costruire il concetto di "normalità" riscrivendolo interamente? Forse no, ma un dato certo è che bisogna fare preliminare chiarezza sul lessico giuridico della disabilità, per non incappare in errori su locuzioni e definizioni da utilizzare quando ci si accinge a studiare tale condizione dell'essere umano. Ricerche e studi scientifici in detta materia hanno infatti portato a un rapido *upgrading* linguistico, ben documentato dall'evoluzione delle definizioni normative avvicendatesi nel corso del tempo¹⁵. Ciò in assenza di un riferimento espresso alla disabilità da parte della Costituzione che, a parere di chi scrive, dovrebbe essere colmato alla stregua di quanto già è accaduto in materia di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi con l'integrazione dell'art. 9 Cost. ad opera della legge Cost. n.1/2022¹⁶. La Carta, del resto, come si è avuto

14. Andrea Fiorucci, *Handifobia, una parola che fa paura. Riflessioni intorno al timore sociale della disabilità e del corpo in/dis-abile*, in *MeTis. Mondi educativi. Temi, indagini, suggestioni*, 2022, vol. 2, n. 12, pp. 297-315.

15. Sul quadro normativo vigente sino alla legge delega n. 227/2022, si rinvia allo Studio n. 135 (Ed. II) del Servizio Documentazioni e ricerche della Camera dei deputati (Legislatura XVIII) dal titolo «*Il tema della disabilità nel contesto normativo italiano e internazionale*», dell'8 novembre 2021.

16. Va segnalata a tal proposito anche la recente approvazione della legge costituzionale 26 settembre 2023, n. 1 che ha modificato l'articolo 33 della Costituzione, introducendo il nuovo comma: «La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme». Al riguardo, la vicepresidente della 7^a Commissione Cultura e Sport del Senato, ha evidenziato la necessità di consentire alle persone con disabilità di accedere gratuitamente ad ausili

modi di accennare, contempla la disabilità solo indirettamente, offrendole ideale protezione nel combinato disposto degli artt. 2, 3, 31, 32 e 38¹⁷.

Nell'apparente silenzio della Costituzione, di conseguenza, il compito di definire e regolamentare tutti i profili legati alla disabilità è stato assegnato alla legislazione ordinaria. La legge 5 febbraio 1992, n. 104, ad esempio, ha inizialmente dettato i principi dell'ordinamento italiano in materia di "diritti, integrazione sociale e assistenza delle persone handicappate", definendo tali all'art. 3 tutti coloro che presentano «una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.».

Traspare dalla definizione appena segnalata un chiaro limite metodologico, dovuto al recepimento normativo di una visione sostanzialmente medica della disabilità nella quale, ancora una volta, si è cercato di definire la disabilità per differenza, utilizzando cioè come metro di comparazione la normoabilità, rispetto alla quale la disabilità si manifesta inevitabilmente come mancanza, insufficienza o assenza di qualcosa, in ultima analisi in una accezione essenzialmente negativa. Nel corso degli anni tale approccio è stato invece oggetto di ampia revisione, il che ha consentito di spostare l'attenzione dal binomio "difetto/assenza" a quello di "abilità/integrazione", convogliando l'attenzione su tutto ciò che rende le persone disabili in grado di sviluppare "abilità diverse" o, ancor meglio, su tutto quanto gli impedisce di integrarsi in pieno in normali contesti socio-relazionali¹⁸. In proposito, infatti, è stato recentemente osservato che «utilizzare il termine (...) "diversamente abile" o "con di-

sportivi adeguati, spesso costosi perché basati su alta tecnologia. Nonostante, infatti, alcuni interventi regionali di sostegno alla spesa per protesi sportive, tali strumenti sono ancora fuori dalla fornitura del SSN e del relativo nomenclatore nazionale (LEA), limitando di fatto la pratica sportiva di molti cittadini con disabilità.

17. Relativamente alla tutela giuridica della disabilità all'interno della Carta, nonché nel disegno di legge delega n. 227/2021, cfr. Emanuele Rossi, *Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *For. Quad. Cost.*, 2021, I, pp. 370-383; Id., *I diritti sociali nella prospettiva della sussidiarietà verticale e circolare*, in *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, a cura di Elena Vivaldi, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 29-59.

18. In merito alla variazione di prospettiva Lucia Busatta, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, a cura di Fulvio Cortese, Marta Tommasi, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 335-365.



verse abilità” lascia intendere che qualcuno sia comunque “diverso” dagli altri e quindi, in un certo senso, sempre inferiore». Allo stesso modo si è evidenziato che il ricorso alla «negazione “non” davanti ad altra parola è ugualmente scorretto. Non per nulla, la comunità dei sordi si dichiara “sorda” anziché “non-udente”, così come i ciechi si autodefiniscono “ciechi” anziché “non-vedenti”». Si è quindi giunti alla piena consapevolezza che «i termini “handicap” e “disabilità” non possono essere usati come sinonimi, in quanto è oggi variata la prospettiva da cui si guarda l’invalidità: nel primo caso la limitazione è connaturata alla persona mentre nel secondo essa è rapportata alle barriere circostanti e alla possibilità, o meno del disabile, di partecipare attivamente tanto quanto gli altri alla dimensione sociale. La disabilità, di conseguenza non è di per sé un handicap, ma lo diventa soltanto quando incontra degli ostacoli, delle barriere che impediscono alla persona di manifestare in pieno tutte le sue potenzialità».¹⁹.

Approcci fondati sul c.d. modello bio-psico-sociale della disabilità sono stati di conseguenza recepiti dalla legislazione successiva al ‘92 nella quale ha trovato spazio la nuova visione della disabilità, nonché accolte le indicazioni inizialmente offerte dalle fonti internazionali e cioè dalle due versioni dell’*International Classification of Impairments, Disability and Handicaps* (ICIDH) dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), dalla Convenzione ONU sui diritti delle Persone con Disabilità (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 3 marzo 2009, n.18) e, più recentemente, dalla normativa comunitaria: la *European Disability Strategy 2010-2020* e la *Strategy for the rights of persons with disabilities 2021-2030*. Si è giunti così, attraverso progressivi interventi normativi, all’attuale assetto giuridico sulla disabilità²⁰, caratterizzato da una definizione multidimensionale di quest’ultima, racchiusa nel “Disegno di legge recante delega al governo di

19. Tali osservazioni sono messe in rilievo da numerose associazioni e portali web rappresentativi del panorama italiano della disabilità, come ad esempio, il canale disabili.com che ha affrontato le problematiche sin qui enunciate in due redazionali dal titolo «Disabilità: quali sono le parole corrette da utilizzare?» (13 settembre 2019) e «Per la stampa le persone con disabilità sono ancora “handicappate” o “menomate”» (3 luglio 2017), dal quale sono estratti entrambi i virgolettati riportati nel testo. Per il download dei due articoli: <https://www.disabili.com/amici-e-incontri/articoli-amici/disabilita-quali-sono-le-parole-corrette-da-utilizzare>.

20. Su quest’ultima definizione, cfr. Alessandro Candido, *Appunti sull’art. 1, co. 3, lett. f) del “Disegno di legge recante delega al governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità”*. La definizione di disabilità, in *For. Quad. Cost.*, 2021, I, pp. 400-409.

*semplificazione e codificazione in materia di disabilità*²¹, ove tale condizione è regolata dall'art. 1, co. 3, lett. f), mediante il rinvio a due differenti esigenze: «1) considerare la persona con disabilità nella sua complessità e in una prospettiva multidimensionale, caratterizzata da esigenze materiali, esistenziali, relazionali, affettive, formative e culturali, nonché relative al contesto ambientale; 2) definire la condizione di disabilità, intesa come insieme di barriere di qualsiasi natura che limitano, ostacolano o impediscono, anche temporalmente, il pieno ed armonico sviluppo, all'interno della società, della personalità in relazione alla complessiva condizione psico-fisica e sensoriale, superando valutazioni limitate a criteri esclusivamente quantitativi, tenendo conto delle implicazioni relative ai diversi livelli di non autosufficienza».

Risulta chiara a questo punto la *ratio* complessiva della copiosa produzione normativa che ha investito tale settore e che può essere sintetizzata nell'idea di approvare una "*Legge quadro per le disabilità*"²² in grado di recepire le istanze di tutti coloro che vivono la disabilità giorno per giorno, mettendo loro a disposizione un compendio normativo che possa dare risposte chiare agli interrogativi che le vite dei disabili pongono oggi all'intera collettività.

3. L'assistenza al familiare disabile, l'azione solidaristica degli enti religiosi e la legge 25 giugno 2016, n. 112, sul c.d. "Dopo di noi"

Ritornando, invece, ai profili che coinvolgono le relazioni familiari, bisogna dire che gli studi più recenti hanno evidenziato che in realtà non

21. Legge 22 dicembre 2021, n. 227, c.d. Codice della disabilità.

22. A tal riguardo, va segnalato che il Consiglio dei Ministri n. 57 del 3 novembre 2023 si è mosso in tale direzione con l'approvazione preliminare di due decreti legislativi, il primo dei quali reca «Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base e di accomodamento ragionevole e della valutazione multidimensionale per l'elaborazione ed attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato», mentre il secondo «Istituzione della Cabina di regia per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in favore delle persone con disabilità». Entrambi i decreti rientrano nella Riforma 1.1 della Missione 5, Componente 2, del Piano Nazionale di Ripresa e resilienza (PNRR), e sono preordinati all'attuazione di una specifica normativa in materia di disabilità denominata «*Legge quadro per le disabilità*» che nell'aggiornare le definizioni di disabilità, condizione di disabilità e persona con disabilità, ribadiscono l'intenzione del legislatore di abbandonare la visione esclusivamente medica della disabilità sostituendola, una volta per tutte, con quella fondata sul modello sociale.



esiste «alcun rapporto causa-effetto tra la presenza di un figlio disabile e la rottura di un rapporto di coppia. Ci sono, infatti, molti altri fattori che entrano in gioco: la personalità di ogni soggetto, il grado di soddisfazione del rapporto percepita prima dell'evento, il supporto trovato in famiglia e fuori»²³. Un dato altrettanto certo, però, è che «troppo spesso la società non riesce ad aiutare quei padri e quelle madri che proprio non ce la fanno. Padri e madri che procedono a tentoni, cercando aiuto nelle comunità, nelle parrocchie»²⁴, nelle associazioni e negli enti del terzo settore che sono espressione delle religioni nel sociale e che operano come supplenti del welfare statale che molte volte non fornisce risposte adeguate alle richieste delle persone. Lo stato, infatti, eroga aiuti «risibili rispetto a quanto pesa nella realtà quotidiana un soggetto non autosufficiente, ed è quindi la famiglia che deve farsi carico del grosso. La famiglia, gli amici i volontari. Sono 5 milioni e mezzo circa gli italiani che dedicano una parte del loro tempo e delle loro risorse ad aiutare gli altri [...]. Più ancora fondamentale, però, come spiega l'Osservatorio sul bilancio di welfare delle famiglie italiane nel dossier dal titolo *La spesa delle famiglie per la non autosufficienza*²⁵, è il contributo dei famigliari dei disabili»²⁶.

I componenti del nucleo familiare, di conseguenza, sono coloro che assumono il fondamentale ruolo di *caregiver*, tanto che quest'ultima figura ha ottenuto pieno riconoscimento giuridico nel nostro ordinamento, essendo stata definitivamente regolata dall'art. 1, co. 255, della legge 205/2017, il quale li definisce «persone che assistono e si prendono cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3,

23. Giuseppe Morante, *Famiglia e disabilità. Quale Rapporto?*, in *Famiglia*, 2016, n. 53, p. 35.

24. Gian Antonio Stella, *Diversi: la lunga battaglia dei disabili per cambiare la storia*, Milano, Solferino, 2019, p. 15.

25. I dati sono consultabili al sito: <https://www.mbsconsulting.com/bilancio-di-welfare-delle-famiglie-italiane-2022/>.

26. Gian Antonio Stella, *Op. ult. cit.*, pp. 15-16.

comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18.

In questo contesto, come si è accennato, un ruolo fondamentale in ausilio dei disabili e delle loro famiglie è svolto dagli enti di ispirazione religiosa che da sempre recano nel dna e nelle *mission* statutarie un posto riservato al sostegno dei soggetti deboli, fragili o che si trovano in condizioni di grave svantaggio sociale. Tali enti agiscono nel sociale seguendo la tradizione delle confessioni religiose alle quali si ispirano o alle quali appartengono e, come si è avuto modo di anticipare, sono presenti in maniera rilevante all'interno del c.d. "Terzo settore" attraverso forme organizzative duttili espressione delle possibilità introdotte dall'attuale legislazione. Tra queste spicca la cooperativa sociale che ai sensi del combinato disposto dell'art. 4 del c.d. Codice del Terzo settore e dell'art. 1 della legge n. 381/1991 ha lo scopo di «perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini»²⁷. Tale forma organizzativa, infatti, è nata proprio per l'esigenza di affidare la gestione dei servizi definiti di "interesse generale" a strutture private che non perseguono scopo di lucro e che operano quotidianamente per dare attuazione pratica al principio solidaristico. A tal proposito, infatti, è stato correttamente ricordato che «la solidarietà è affermata quale *ratio* giustificatrice dei doveri imposti dalla Costituzione [...] e per tale ragione [...] "la piena eguaglianza delle persone con disabilità passa non solo per il riconoscimento di diritti, ma anche attraverso l'adempimento da parte di tutti degli inderogabili doveri di solidarietà"»²⁸. Tutto ciò, anche al fine di consentire la partecipazione di quanti operano nel settore della disabilità alla definizione degli interventi e delle politiche sociali su questo

27. Su tali questioni, cfr. Antonio Fuccillo, Raffaele Santoro, Francesco Sorvillo, Ludovica Decimo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica* (Ed. minor), Torino, Giappichelli, 2024, mentre per un inquadramento generale sulle attività di assistenza e beneficenza e un approfondimento sulla disciplina giuridica dell'ente religioso ETS, in via del tutto esemplificativa si rinvia a Paolo Cavana (a cura di), *Gli enti ecclesiastici nella riforma del Terzo Settore*, Torino, Giappichelli, 2021; Antonio Fuccillo, Raffaele Santoro, Ludovica Decimo, *Gli enti religiosi ETS. Tra diritto speciale e regole di mercato*, Napoli, ESI, 2019; Anna Gianfreda, Miriam Abu Salem (a cura di), *Enti religiosi e riforma del terzo settore*, Tricase, Libellula edizioni, 2018; Marco Parisi, *Gli enti religiosi nella trasformazione dello stato sociale*, Napoli, ESI, 2004; Maria Cristina Folliero, *L'assistenza e la beneficenza tra legislazione e diritto costituzionale vivente*, Salerno, Edisud, 1990.

28. Così ricorda Emanuele Rossi, *Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2021, I, p. 373, al quale si rinvia, anche per quanto riguarda la bibliografia citata.



tema di scottante attualità. Da quest'ultimo punto di vista, perciò, non ci si può esimere dal ricordare che gli enti religiosi si sono ritagliati un importante spazio di rappresentanza nel contesto politico-sociale italiano e che la loro presenza ha contribuito a far crescere il dibattito sulla disabilità, nonché contribuito «alla costruzione di nuovi comportamenti e consapevolezze nella sfera pubblica e nei modelli di cittadinanza»²⁹. Al contempo, l'esperienza e la gestione diretta delle molte situazioni e condizioni di cui è fatta la disabilità ne fanno un soggetto giuridico con specifiche forme di conoscenze ed expertise³⁰, che non di rado sono state acquisite operando direttamente “sul campo”. Ciò significa, che è in questo stesso terreno di coltura che va calata la nascita dell'espressione “*dopo di noi*”. Locuzione che è entrata a far parte del gergo comune della disabilità per identificare strutture, servizi e istituti giuridici utilizzati per far fronte all'esistenza e al destino dei disabili.

La legge 25 giugno 2016, n. 112 che ha introdotto nell'ordinamento italiano le “*Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*” meglio nota, appunto, come legge sul “Dopo di noi”, segna sotto tale profilo un preciso elemento di novità. Si tratta, infatti, di uno strumento giuridico che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe fornire un “programma di vita” per il disabile grave mediante l'attuazione pratica del citato principio solidaristico e, comunque, con il chiaro intento di proteggere e tutelare tutti coloro che si trovano in condizioni fisiche sfavorevoli o contraddistinte da severe forme di “fragilità”.

L'importantissimo ruolo sociale che gli istituti predisposti nell'ambito della legge n. 112 ricoprono attribuisce a questi ultimi una forte *exotopicità*³¹ cioè una peculiare attitudine a farsi oggetto di traduzione e transazione viaggiando tra i vissuti culturali di coloro che sono chiamati a

29. Come sottolinea Antonello Mura, *Tra welfare state e welfare society*, in *L'integrazione scolastica degli alunni con disabilità. Trent'anni di inclusione nella scuola italiana*, a cura di Andrea Canevaro, Trento, Edizioni Centro Studi Erickson, 2007, pp. 413-430.

30. Matteo Schianchi, *Le associazioni della disabilità: tra stato e società civile. L'emergere di una questione sociale e le prime associazioni*, Trento, Edizioni Centro Studi Erickson, 2020, p. 1 ss., sottolinea come questa stessa capacità sia condivisa dalle associazioni laiche delle famiglie e delle persone con disabilità.

31. In relazione all'*exotopicità* delle ADR e di alcuni istituti giuridici del processo civile, sia consentito il rinvio a Francesco Sorvillo, *ADR, valori ebraici e interfacce di traduzione tra universi di giustizia. Giudici, avvocati e uso interculturale degli strumenti processuali*, in *Calumet*, 2022, pp. 1-17.

sceglie e applicarli³². Alcuni istituti giuridici, infatti, seppur nell'inconsapevolezza del legislatore, possono essere facilmente compresi anche da chi non condivide le tradizioni cultural-religiose di un dato Paese, trasformandosi così in veri e propri "ambasciatori interculturali". Ed è, forse, proprio il caso delle istituzioni contemplate dalla legge sul "dopo di noi" che per assicurare un futuro ai soggetti più fragili sfruttano la duttilità del *trust* e degli istituti segregativi per centrare questo importante obiettivo. E anche se non è questa la sede per una approfondita disamina della legge, per concludere va in ogni caso ricordato che ai fini della promozione e protezione della libertà religiosa individuale e collettiva tali istituti sono ampiamente noti e utilizzati³³ e con la legge n. 112, si è soltanto incrementato il numero degli usi nobili che di essi si può fare.

4. Da punizione a dono. La parabola della disabilità nella prospettiva giuridica della Chiesa cattolica

Passando invece alle fedi, va detto che la parabola della disabilità negli ordinamenti ad esse collegati ha avuto nel tempo una evoluzione sostanzialmente positiva. Si è passati nella maggior parte dei casi, da un approccio di tipo espiatorio/emendativo legato all'idea della disabilità come punizione divina per qualche genere di peccato commesso, a una visione completamente svincolata dalla logica retributiva del "contrappasso"³⁴. Un tipo di logica che, però, è rimasta per lungo tempo radicata nell'ambi-

32. Per ciò che concerne la teoria interculturale nelle relazioni di cura si veda Mario Ricca e Ivo Quaranta, *Malati fuori luogo. Medicina interculturale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2012.

33. Antonio Fuccillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 207-209; mentre per l'uso del c.d. *trust* ecologico ai fini della salvaguardia ambientale cfr. Francesco Sorvillo, *Eco-fede. Uomo, natura, culture religiose*, in *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di Antonio Fuccillo, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 113-118.

34. Per ciò che concerne, ad esempio, la posizione di Dante Alighieri in relazione alla disabilità, essa è ricavabile sia dalla *Commedia* che dal *Convivio*, ed è ovviamente il prodotto delle teorie scientifico-filosofiche dell'epoca storica in cui visse il sommo poeta. In particolare, la teoria tomistica aristotelica, ma anche le posizioni espresse da Tommaso d'Aquino nelle due opere «*La Somma Teologica*» e lo «*Scriptum super Sententiis*». In merito, cfr. Luigi Spagnolo, *Tra perdono e abominazione: congettura e coerenza testuale (Cv 1.1.5)*, in *Forme, strutture e didattica dell'italiano. Studi per i 60 anni di Massimo Palermo*, a cura di Davide Mastrantonio, Eugenio Salvatore, Siena, Edizioni Università per Stranieri di Siena, 2023, pp. 155-167.



to della Chiesa cattolica, producendo anche rilevanti conseguenze sotto il profilo giuridico. In base, ad esempio, ad «alcuni passi della Bibbia (*Lev. 21, 16-24*), [...] rielaborati da pontefici quali Gregorio Magno e Gregorio IX e confluiti nella codificazione ecclesiastica – dalle Decretali pseudo-isidoriane al *Decretum Gratiani* fino al Concilio di Trento (can. 287) –, coloro il cui corpo non era integro o la cui mente non era sana, non potevano ricevere gli ordini sacri (al pari di eretici, schiavi e criminali). A questa restrizione che impediva la piena partecipazione alla *societas christiana*, si aggiungeva un giudizio di tipo morale con ripercussioni pratiche nella vita quotidiana: dalle Decretali pseudo-isidoriane in poi gli inabili furono infatti assimilati agli *infames* e conseguentemente le loro capacità giuridiche furono fortemente limitate. Durante un processo, per esempio, la loro testimonianza non aveva alcuna credibilità ed eventuali accuse formulate in tale ambito erano giudicate non attendibili»³⁵.

Oggi, di conseguenza, non si può certamente negare che la lettura della disabilità, ma anche della malattia attraverso categorie religiose – al punto che i morbi e le difformità erano considerati una punizione per i peccati della carne e la guarigione spesso affidata a interventi miracolosi –, si è rivelata una tendenza che ha caratterizzato il Medioevo cristiano e che questa stessa tendenza si è protratta sino agli albori dell'età moderna³⁶. È questo, infatti, il momento iniziale della rilettura delle Sacre scritture su certi temi. L'istante a partire dal quale l'esclusione esplicita della malattia e della disabilità come castigo per il peccato e, al contempo, l'esaltazione della guarigione di ogni malato compiuta da Cristo e dai suoi discepoli sono divenuti “nuovamente” il centro del messaggio di salvezza e dall'amore di Dio³⁷ per tutte le creature di cui la Chiesa è stata ambasciatrice nel corso della storia. Una trasformazione che è resa oggi maggiormente evidente grazie all'evoluzione positiva nel trattamento della disabilità, sia sotto il profilo giuridico sia sotto quello squisitamente pastorale. È ben noto, infatti, che non sono sopravvissute alla riforma del Codice di diritto canonico del 1983 le passate limitazioni sull'incapa-

35. Così osserva Silvia Carraro, «*Non ha utilità adguna*». *Essere disabile nel Medioevo*, in «Arch. Stor. It.», 2017, CLXXV, n. 1, pp. 3-36.

36. Così Beatrice Serra, *Valetudo et religio: radici e declinazioni di un rapporto indissolubile (coordinate preliminari)*, in *Valetudo et religio: intersezioni tra diritto alla salute e fenomeno religioso*, a cura di Beatrice Serra, Torino, Giappichelli, 2020, p. 27, al quale si rinvia anche per la bibliografia in materia.

37. Così osserva Beatrice Serra, *Op. ult. cit.*, la quale sottolinea anche che tale lettura è propria del Nuovo Testamento.

cità a ricoprire l'ordine sacro, poiché il canone 1041, n. 1), prevede che è «irregolare a ricevere gli ordini soltanto chi è affetto da qualche forma di pazzia o da altra infermità psichica, per la quale, consultati i periti, viene giudicato inabile a svolgere nel modo appropriato il ministero.». Rimangono, di conseguenza, in vigore nel *Codex* residuali limitazioni che possono definirsi di scarso rilievo, come quelle relative al battesimo degli adulti e al sacramento della confermazione che presupponendo l'intenzione, richiedono necessariamente la piena idoneità psichica. Discorso a parte è invece da farsi per il matrimonio, poiché esso continua a rimanere precluso tutte le volte in cui la disabilità fisica genera impotenza *coeundi*, la quale è sempre causa di nullità in ragione della particolare natura del sacramento matrimoniale che il canone 1055 preordina «al bene dei coniugi», ma anche «alla generazione e alla educazione della prole».

In ultimo, per ciò che concerne la Pastorale della Chiesa per le persone disabili va immediatamente sottolineato che la spiritualità è stata ripetutamente considerata come un bisogno umano fondamentale per la salute e che essa assume un ruolo centrale per la cura e la riabilitazione di tutte le persone, non solo per quelle con un chiaro impegno religioso³⁸. Ciò posto, va rimarcato che anche in questo campo la Chiesa cattolica ha compiuto nel corso degli ultimi anni importanti passi in avanti gettando le basi per rendere i disabili protagonisti sia al proprio interno, sia nella missione evangelica che essa compie nella società. A conferma di quanto si va dicendo, soccorre la lunga serie di documenti prodotti a livello centrale e territoriale come le linee guida offerte nel documento redatto a cura dell'Ufficio catechistico nazionale dal titolo «*L'iniziazione cristiana alle persone disabili. Orientamenti e proposte*», oppure il vademecum approntato dall'Ufficio disabili della diocesi di Roma «*L'anima non è mai disabile*». Non mancano, tuttavia, in seno alla Chiesa posizioni critiche come quella espressa da Justin Glyn, il quale ha recentemente sottolineato che sono ancora pochi i cattolici disabili coinvolti nella teologia della disabilità e,

38. L'importanza della spiritualità per la qualità di vita delle persone disabili è sottolineata da Marco O. Bertelli e Chiara Del Furia, *Il rapporto tra vita spirituale e qualità di vita nelle persone con disabilità intellettiva e/o con disturbi dello spettro autistico a basso funzionamento*, in *Spiritualità e qualità di vita*, 2016, I, p. 28 ; ma anche da Richard Egan, Fiona Timmins, *Spirituality as a public health issue: the potential role of spirituality in promoting health*, in *Spirituality in healthcare: perspectives for innovative practice*, Fiona Timmins, Silvia Caldeira (eds), Cham, Springer, 2019.



di conseguenza, che l'esperienza da loro vissuta non è entrata a far parte dell'autocomprensione della Chiesa³⁹.

Voci difformi, dunque, che dimostrano ancora una volta che il dialogo avviato nella Chiesa su tali tematiche è comunque sempre vivo ed attuale. Resistono, del resto, nelle società moderne ostilità e pregiudizi che continuano a manifestarsi anche nelle pieghe degli ordinamenti giuridici, all'interno dei quali non è infrequente che possano "nascere" norme discriminatorie e lesive della libertà religiosa dei disabili. Così come è accaduto nel periodo della pandemia da covid-19 allorché alcuni protocolli di intesa tra Stato e confessioni religiose sulla riapertura delle celebrazioni escludevano i disabili dalla possibilità di prendervi parte con la rimanente parte della comunità dei fedeli⁴⁰. Si tratta, peraltro, proprio del caso del Protocollo d'intesa concluso tra la CEI e il Governo italiano il quale, al punto 1.8, stabiliva che si dovesse «favorire per quanto possibile, l'accesso delle persone diversamente abili, prevedendo luoghi appositi per la loro partecipazione alle celebrazioni nel rispetto della normativa vigente». È allora evidente, come quest'ultimo esempio ben chiarisce, che ancora molto c'è da fare per raggiungere una effettiva e reale inclusione dei disabili nelle società moderne, anche se negli ordinamenti statali come in quelli religiosi la sensibilità su questi temi è ovviamente cresciuta e certamente non in un'ottica paternalistica o assistenzialista, ma nella logica di pieno riconoscimento dei diritti inviolabili alla persona umana.

39. Su tale posizione cfr. Justin Glyn, «Noi», non «Loro»: la disabilità nella Chiesa, in «La Civiltà Cattolica», 2020, pp. 41-52.

40. Un'aspra critica è stata espressa a tal riguardo da Salvatore Nocera, ex presidente del Movimento Apostolico Ciechi, che nell'editoriale dal titolo «*Persone con disabilità discriminate nell'esercizio del diritto di culto*», apparso sul portale del Centro Gabriele e Lorenzo Giuntelli ha evidenziato che «all'interno dei luoghi di culto, porre le persone con disabilità in luoghi separati è una discriminazione ingiustificata, scientificamente non fondata e giuridicamente illegittima sotto il profilo costituzionale». L'articolo completo è visionabile all'url: <https://www.informareunh.it/persone-con-disabilita-discriminate-nellesercizio-del-diritto-di-culto/>.

Quando educare i figli fa problema. L'incerto confine tra libertà religiosa e paternalismo

*Salvatore Taranto**

1. Una nuova sfida per il diritto contemporaneo

La letteratura giuridica corrente è attenta alle modalità di risoluzione dei conflitti che insorgono, nel terreno del diritto ecclesiastico, tra interessi contrapposti di pari rilievo costituzionale a motivo del pluralismo religioso, della polietnicità e dell'interculturalità della società occidentale odierna. Tali fenomeni hanno acquistato sempre maggiore rilevanza, sia a seguito dell'evoluzione che ha subito il principio di laicità dello Stato - soprattutto in Italia, già Paese confessionista - sia a seguito della crescente importanza assunta dalle questioni di genere e di gestione dei flussi migratori¹, con la connessa estensione delle richieste di riconoscimento giuspolitico delle differenze, soprattutto in relazione ai rapporti intrafamiliari: nel rapporto tra i sessi e nell'educazione della prole.

Proprio su quest'ultima frontiera, particolarmente critica ed esemplare perché inerisce al modo di concepire l'autodeterminazione morale, l'esercizio di diritti-doveri e la libertà di religione e di coscienza dei membri del medesimo nucleo familiare, s'innestano sempre più di frequente forti tensioni, sui cui profili problematici si dibatte da più parti e possono svolgersi alcune considerazioni.

* Università di Palermo.

1. La fine del XX Secolo è considerata una "età delle grandi migrazioni" che cambiano il volto demografico e sociologico dei Paesi, ingenerando nuove questioni di convivenza.

La tematica interessata attiene alla delineazione della corretta modalità con cui assicurare la formazione della capacità e coscienza critica, con connesso esercizio della libertà religiosa, dei minorenni nel contesto delle relazioni domestiche da parte dei genitori. Questi ultimi vantano, a loro volta, il diritto alla propria libertà religiosa, che comprende sia quello di esercitare il culto in famiglia, praticare riti e seguire cerimonie, sia quello di fare proselitismo e di educare i figli al proprio credo religioso o secondo convincimenti non religiosi. Con tali diritti e doveri genitoriali possono entrare in collisione esigenze di rispetto della dignità personale del minore e del diritto dello stesso ad una crescita serena e allo sviluppo della capacità di autodeterminarsi.

Come la libertà di religione dei genitori e della prole, anche le relazioni familiari sono stimate importanti e trovano tutela legislativa e garanzia costituzionale perché attengono al soddisfacimento di insopprimibili esigenze esistenziali dell'essere umano e pertanto assurgono a valori ordinamentali, costituendo la base per lo sviluppo personale e la convivenza.²

La famiglia, quale comunità di individui legati da vincoli e obblighi reciproci, va protetta per la funzione che assolve, dovendosi stabilire come contemperare le libertà di tutti soprattutto allorché l'esercizio di esse provoca l'insorgenza di conflitti, che possono sorgere anche a motivo della libera adesione a credenze differenti in materia di religione.

Le relazioni familiari vantano un tale rilievo che si è argomentata la sussistenza di un "diritto a una vita familiare" per i minorenni, che solo in via eccezionale andrebbero collocati in strutture e comunità. Invero la famiglia tradizionale, tendenzialmente composta da una coppia eterosessuale e dalla relativa prole, non costituisce l'unico modello familiare, perché la realtà presenta numerose forme alternative di convivenza. Oltre alle coppie non unite in matrimonio, si pensi alle coppie con partners, alle unioni poligamiche o poliandriche di coppie straniere, alle unioni monosessuali, alle convivenze di persone *genderfluid* o *genderqueer*³. Si

2. Di peculiare rilevanza è la normativa, nazionale e internazionale, afferente all'acudimento dei figli, alla protezione della paternità e maternità, al ricongiungimento familiare, alla protezione della famiglia di fatto e agli istituti del *Welfare State* con connessa previsione di diritti sociali.

3. Sull'esigenza di apprestare una tutela a simili forme di convivenza si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 14.9.2021 sui diritti alla vita familiare e genitoriale delle persone LGBTIQ+ nell'U.E. (2021/2679(RSP), n. 4. Per dei pertinenti, recenti riferimenti giurisprudenziali commentati dell'U.E. e della Corte EDU nell'ampia letteratura cfr. Tiziana Di Iorio, *Relazioni affettive e frontiere giuridiche. Famiglia e famiglie nello spazio*

moltiplicano inoltre i casi di lavoratori migranti, le famiglie transnazionali e le richieste di affido.

A motivo di tali cambiamenti, della “liquefazione” dei legami sociali, del crescente individualismo e dell’elevata mobilità delle persone, assume importanza nuova ed esige particolare riconoscimento giuridico il bene sotteso alle relazioni familiari e, con queste, all’educazione religiosa della prole.

Si pone la questione non solo del riconoscimento giuridico delle variegate modalità con cui nei diversi Paesi, soprattutto europei, si possono configurare legalmente i rapporti familiari ma altresì quella di rimeditare la predisposizione di appositi istituti, forme di “accomodamento ragionevole” e procedure di mediazione allo scopo di consentire l’esplicazione della libertà religiosa in ambiente domestico.

La disciplina del diritto di famiglia, con specifico riguardo alla libertà religiosa di tutti i componenti del nucleo familiare, contempla sia il dovere genitoriale di educare e istruire la prole⁴ nel “superiore interesse dei figli” sia l’obbligo di proteggere questi ultimi dal rischio che l’immaturità li porti a compiere scelte lesive della propria integrità psicofisica e che il legame affettivo con i genitori diventi un ostacolo alla conoscenza diretta dei molteplici e diversi convincimenti in relazione alle cosiddette “questioni ultime” e al senso dell’umana esistenza, impedendogli di autodeterminarsi liberamente nello svolgimento della propria personalità.

A questa delicatissima responsabilità è connesso il pericolo d’incorrere nel paternalismo con cui, spesso convinti di dovere obbedire a precetti assoluti di fede e di agire per il bene “superiore” dei figli, i genitori finiscono per comprimere la libertà dei figli minori di accostarsi a fedi e convinzioni religiose diverse dal credo in materia di religione, per così dire, “familiare”, giungendo così a svolgere il compito educativo loro assegnato nella veste di un indottrinamento cieco e chiuso all’esterno, sostanzialmente, seppur non sempre esplicitamente, pregiudizievole per la libertà effettiva dei minori di formarsi un’autonoma coscienza personale in materia religiosa.

europeo tra fattore religioso, diritti nazionali e strategie di convergenza, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2023, n. 6, pp. 29-76.

4. L’educazione afferisce alla dimensione emotiva, alla sfera affettiva e umana dei minori e alla loro capacità di relazionarsi con gli altri in un ambiente plurale, regolamentando i propri comportamenti; l’istruzione attiene alla trasmissione di conoscenze e cultura, di un metodo critico, allo sviluppo di facoltà intellettive e critiche.

Talune religioni, oltre ad esigere che i propri credenti tramandino ai loro figli gli insegnamenti della fede professata, riprovano talune forme di contatto dei propri fedeli con altre esperienze religiose, ritenute fuorvianti e peccaminose, precludendo ad esempio lo studio o la lettura di libri non approvati e deplorando anche la semplice curiosità di conoscenza di altre visioni comprensive o morali del mondo⁵.

Per poter assicurare l'accesso di tutti i minori ad un percorso di autonomia maturazione, che approdi alla conquista di una piena autodeterminazione e di un'effettiva libertà religiosa, bisogna pertanto garantire ai figli anche il "diritto a sbagliare", o meglio il diritto a modificare, e così a "personalizzare" - non importa se erroneamente o giustamente, dal punto di vista di una o anche di più religioni! - l'iter formativo scelto dai genitori, sì da poter aspirare a formarsi convincimenti ed a compiere scelte in materia religiosa che possano ritenersi liberamente adottati e, in qualsiasi momento, responsabilmente modificabili.

Appare quindi indispensabile individuare, proprio all'interno del contesto di crescita e assistenza morale e materiale in cui operano le relazioni familiari, un criterio discretivo che consenta di delimitare il confine tra la libertà religiosa dei minori, quella dei genitori e le illiberali derive paternalistiche. Indubbio è, infatti, che il confessionismo statale e il paternalismo giuridico delle istituzioni pubbliche siano da ritenere incompatibili con la dimensione costituzionale contemporanea e con la tutela dei diritti umani fondamentali, che esige la laicità statale e un esercizio del potere-dovere di relazionarsi con la prole nel rispetto della libertà filiale.

Tutela costituzionale trovano, inoltre, le differenze e le minoranze, unitamente al divieto normativo di discriminazioni, cosicché la salvaguardia della libertà religiosa dei minori va intesa nell'ottica di fornire a questi ultimi un percorso di conoscenza, crescita e maturazione della capacità di discernimento entro un contesto protetto d'accoglienza, quale si qualifica quello familiare, che non comprima ma guidi criticamente le scelte frutto della loro volontà e personalità.

Il presente contributo si propone di affrontare alcuni fra i più attuali aspetti di questa delicata sfida giuridica, evidenziando problematiche concrete, anche alla luce delle modalità di risoluzione delle stesse che

5. Quasi tutte le religioni impongono d'impartire l'avviamento religioso ai figli, che generalmente avviene in maniera non forzata ma naturale per trasmissione di concetti e pratiche consolidate a livello familiare. Per quanto riguarda il Cattolicesimo alcune previsioni al proposito sono contemplate nel codice di diritto canonico ai canoni 226 § 2 e 1366.

sono in corso di sperimentazione, e valutando i principi di ordine generale posti a presidio della materia interessata.

2. Questioni aperte

La circostanza di nascere e vivere all'interno di un contesto familiare condiziona e indirizza inevitabilmente l'acquisizione di determinati concetti, meccanismi di ragionamento, atteggiamenti, stili di vita e abitudini, anche alimentari. Consente di sviluppare peculiari conoscenze e relazioni sociali; comporta l'inserimento in una tradizione culturale, anche assiologica, da cui attingere per interpretare e dare un senso alla vita; fornisce dei primi ideali di giustizia e bontà e permette di disporre di una concezione specifica o almeno di una visione generale del mondo di riferimento. Si entra in contatto con una qualche esperienza familiare di natura religiosa o non religiosa, che presenta un insopprimibile carattere aggregativo e quasi sempre una dimensione collettiva o comunitaria. Tutto ciò ha un valore enorme, spesso determinante sotto il profilo esistenziale, soprattutto per le persone in formazione, come i minorenni, in cui si vanno sviluppando le facoltà cognitive, la capacità di confronto, valutazione e giudizio, la sensibilità morale e la coscienza critica. Cultura e religione fungono inoltre da preminenti fattori identitari di base e orientano il pensiero, il modo di stare al mondo e rapportarsi con gli altri.

Tenendo conto della libertà religiosa dei genitori e dell'importanza di costruire relazioni familiari benefiche soprattutto per i minori d'età, l'esigenza preminente è pertanto quella di consentire che la prole possa maturare conoscenze e una facoltà di giudizio e di scelta indipendenti, anche discostandosi dalle convinzioni familiari circa le questioni di fede. I figli devono, cioè, poter essere messi in condizione di decidere liberamente e responsabilmente: se credere o meno in una determinata fede religiosa; a quale convinzione in materia religiosa aderire; se aderire ad una confessione religiosa e in quali forme o entro quali limiti esercitarne il culto; se discostarsi dalla religione prescelta, mutando il proprio iniziale convincimento e compiendo scelte conseguenti. Le relazioni familiari costituiscono così la dimensione umana primaria entro cui si sviluppa la personalità individuale, ove strutturare interazioni significative con gli altri e fruire d'assistenza e supporto.

La Costituzione italiana garantisce l'unità della famiglia, intesa quale "società naturale" e, all'articolo 30, sancisce il dovere e il diritto di entrambi i genitori d'istruire ed educare la prole. In senso conforme, la legislazione italiana, seguendo il dettato anche dell'art. 147 del codice civile,

statuisce che tale compito dev'essere adempiuto nel pieno rispetto delle capacità dei figli, delle loro inclinazioni naturali e aspirazioni.

Si tratta, tuttavia, di prescrizioni di carattere generale, chiare nel loro significato ma talora difficilmente adattabili alla realtà dei fatti, soprattutto nei casi pratici in cui emergono forti criticità all'interno dei rapporti familiari.

Per rispettare l'autonomia e la libertà di scelta occorre assicurare ai minorenni la possibilità d'entrare in contatto, con meno pregiudizi possibili, con il pluralismo ovvero che abbiano conoscenza, ancorché generica, della diversità culturale e di differenti ideali, etiche e concezioni religiose e non religiose del mondo, così da fruire di molteplici opzioni esistenziali di senso⁶.

A ciò sono preordinate anche le istituzioni scolastiche, che devono promuovere l'incontro e il confronto con gli altri al di fuori della ristretta cerchia parentale e amicale, richiedendo un'adeguata e sempre più evoluta regolamentazione delle materie di studio e del contenuto dei programmi d'insegnamento, anche all'interno delle scuole paritarie, nonché la predisposizione di spazi per attività extrascolastiche mirate a favorire la socializzazione dei giovani in un clima di inclusione, di pari trattamento e di non discriminazione.

Il complesso tematico forse più dibattuto concerne l'educazione e la libertà dei figli nell'eventualità in cui i genitori abbiano, tra loro o rispetto ai figli, delle convinzioni differenti in tema di religione. Si tratta di valutare in particolare come vada tutelato il minore nella vita quotidiana, qualora egli intenda discostarsi dalle credenze (religiose o anche agnostiche o atee) dei genitori per seguirne altre.

Il compito educativo genitoriale di accompagnamento verso la piena maturità dev'essere funzionale alla formazione ed esplicazione dell'autonomia e libertà religiosa dei figli, cosicché le esigenze genitoriali e familiari retrocedono rispetto a quelle, eventualmente divergenti, dei minori. L'interrogativo da porsi attiene quindi principalmente alla scelta della modalità con cui tutelare il preminente interesse costituzionale, che dà luogo alla "responsabilità genitoriale", avendo cura di non sacrificare l'importanza delle relazioni familiari e di non cedere alla tentazione di

6. Godere di molteplici opzioni di senso diverse, condivise e praticabili con gli altri, come nel caso delle religioni, che investono temi centrali dell'esistenza umana, costituirebbe in sé un valore o un meta-valore, concernendo una condizione esistenziale e spirituale che apporta ricchezza alla vita umana, come argomenta Joseph Raz, *Value, Respect, and Attachment*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2001.

accondiscendere in maniera frettolosa e passiva ad ogni desiderio dei minori, tralasciando in questa sede considerazioni di natura psicopedagogica.

Sebbene la propaganda e il proselitismo religioso debbano ritenersi inevitabili e consentiti, all'interno della famiglia, in quanto costituiscono espressione della libertà religiosa riconosciuta a tutti dall'art. 19 della Costituzione italiana, essi trovano, tuttavia, un limite invalicabile nella necessità di assicurare tra le mura domestiche le condizioni necessarie a garantire che i minori possano maturare conoscenze e formarsi una coscienza senza ritrovarsi a dover sopportare indottrinamenti, pressioni di natura psicologica o un clima di disagio.

Le condotte gravemente lesive della personalità e della libertà di religione dei minori possono integrare delle fattispecie criminose. Potrebbero venirsi, infatti, a prospettare gli estremi di reati quali, ad esempio, la violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), l'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.) e soprattutto il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.). La violenza domestica, in particolare, potrebbe costituire lo strumento per imporre ai minori l'osservanza di taluni precetti religiosi, anche in materia di abbigliamento o di alimentazione, e per vietare ai minori di frequentare persone aventi convinzioni religiose diverse da quelle familiari, così come per costringere i minori a consumare determinate sostanze stupefacenti o a rifiutare determinati trattamenti sanitari.

La pratica di rituali religiosi sul corpo umano può integrare, altresì, il reato di lesioni o di mutilazione, sanzionato dall'art. 583-bis del codice penale. E profili di rilevanza giuridica negativa, anche sotto l'aspetto della libertà e dell'autodeterminazione religiosa dei minori, presentano indubbiamente i casi dei matrimoni forzati di bambine, come quelli di concessione condizionata dell'assenso, del sostegno o della dote agli sposalizi, o di sfruttamento del lavoro minorile e di avviamento alla richiesta di elemosina.

3. L'educazione religiosa del minore in caso di contrasti tra i genitori

Nel contesto delle relazioni domestiche, l'esigenza di delineare la portata della libertà religiosa del minore si avverte soprattutto allorché i due genitori abbiano convincimenti differenti in tema di religione ed i figli non abbiano sviluppato ancora il grado di maturità e la capacità di

discernimento sufficienti per autodeterminarsi e manifestare, anche implicitamente, un proprio orientamento in campo religioso.

La problematicità dell'educazione religiosa da impartire ai figli minori si acuisce nei casi di crisi familiare e di separazione dei genitori, giacché lo stress psicologico, l'insicurezza e le tensioni emotive determinati dalla conflittualità insorta e dal cedimento dell'unità familiare minano la coesione dei coniugi nell'adempimento del compito educativo assegnato ad entrambi.

Dottrina e giurisprudenza concordano sulla necessità che, in questi casi, per giungere a definire la scelta educativa in materia religiosa da adottare nei confronti dei minori interessati si debba dare peso nell'ordine: all'autodeterminazione libera e consapevole del minore⁷; in subordine, agli accordi tra i genitori; e, in caso di carenza di accordo, alla scelta del genitore affidatario o di quello tra i due che sia meglio in grado di soddisfare l'interesse superiore della prole. Al riguardo, la decisione, se assolutamente indispensabile, non può che essere rimessa all'autorità giudiziaria che, con l'ausilio di esperti, deve scegliere accertando quali siano i bisogni e le predilezioni non indotte dei minorenni coinvolti⁸.

Non sempre i genitori, quando hanno convinzioni diverse in materia di religione, riescono a mettersi d'accordo sull'educazione religiosa da dare della prole. In questo caso, è inevitabile che a decidere sia il giudice, il quale dovrà ascoltare il minore e valutarne attentamente la storia personale e familiare, facendosi coadiuvare da personale specializzato e dalle istituzioni principalmente scolastiche.

Il condivisibile canone guida del preminente e "superiore interesse del minore", comunemente richiamato in questi casi, dev'essere individuato con riferimento alla situazione concreta e non è sempre agevole da identificare con esattezza⁹.

7. Sembra d'opinione concorde Antonella Magini, *Responsabilità genitoriale ed educazione religiosa del minore*, in «Diritto e Religioni», 2008, 2.

8. Cfr. simili rilievi di Luca Iannaccone, *Libertà religiosa del minore e accordi di separazione (a proposito di un recente provvedimento del Tribunale di Rimini)*, in «Dir. Eccl.», 1999, I, p. 768-783, circa gli accordi genitoriali sulle frequentazioni dei minori di persone di altra fede.

9. Il criterio discrezionale di "ciò che è bene per il minore" ha un tenore formale ed è privo di parametri valutativi o riferimenti contenutistici. Massimo Dogliotti, *Separazione dei coniugi, educazione religiosa della prole, controllo del giudice*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 1997, pp. 1019 ss. avverte come l'interesse del minore deve essere individuato e motivato con riferimento al caso concreto perché altrimenti potrebbe essere invocato strumentalmente per assumere qualsiasi decisione. In tema cfr. anche Rober-

Indubbio è che vadano evitati condizionamenti o turbamenti della sfera psichica ed emotiva del minore, che quest'ultimo non vada caricato di decisioni percepite come drammatiche e che occorra contestualizzare le decisioni, prospettandole come sempre rivedibili e ancorandole all'esperienza religiosa già vissuta dal minore, all'accettazione o al rifiuto della stessa, nonché al valore, al significato e all'importanza che il minore stesso assegna alla fede religiosa per la propria vita¹⁰.

Proprio per garantire il soddisfacimento obiettivo e imparziale dell'interesse superiore del minore nell'ambito dell'educazione religiosa, in caso di crisi familiare, le decisioni e gli accordi tra i genitori, anche circa l'affido della prole, conformemente a quanto prevede l'art. 337-bis c.c., possono essere limitate e rivisitate per effetto di provvedimenti giudiziali, allorquando siano ritenute effettivamente pregiudizievoli per lo sviluppo dei minori¹¹. La vita e l'educazione del minore non possono, infatti, essere oggetto di contrattazione tra i coniugi e le scelte che riguardano la prole meritano di essere supervisionate.

In taluni casi, sono stati così considerati dannosi per la salute o per il benessere fisico dei minori sia la pratica, assunta concordemente o unilateralmente dai genitori, della circoncisione rituale che il rifiuto di trasfusione di sangue. Ipotesi di sofferenze psichiche sono state ravvisate anche in casi di costrizione ad indossare un abbigliamento religioso, di divieto di frequentare persone di sesso diverso o di altra religione, o di

ta Santoro, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Napoli, Jovene, 2004. La questione è problematizzata ampiamente in Silvia Angeletti, *I minori tra diritto e religione. Libertà religiosa, best interests, educazione*, Bologna, Il Mulino, 2022.

10. In questo senso si vedano le massime, e connesse indicazioni, fornite da Cass. civ., sez. I, n. 9546 del 12 giugno 2012 e n. 12954 del 24 maggio 2018.

11. Così Cass. civ., sez. I, n. 21916 del 30 agosto 2019 ove si ritiene cedevole il diritto alla libertà religiosa dei genitori a educare i figli al proprio credo e a fare proselitismo qualora sia compromessa una crescita sana ed equilibrata dei minori, come è accaduto nel caso specifico scrutinato allorché il padre, mutando convinzioni, aderisca a un'altra religione e richieda alla figlia di partecipare alle relative cerimonie rituali e seguirne gli insegnamenti nonostante si tratti di un cambiamento brusco e difforme all'educazione sempre impartita alla prole e al tessuto sociale con cui si relazione e in cui è inserita, frequentando l'oratorio, le attività parrocchiali, il gruppo estivo e altro, tanto più che la religione paterna ha una natura ritenuta settaria, chiusa in sé stessa e rifiuta il confronto. L'accertamento della situazione va effettuata in concreto e usualmente si richiede l'osservazione e l'audizione del minore, la valutazione del contesto d'inserimento sociale, delle attività seguite e delle frequentazioni nonché l'atteggiamento di apertura e tolleranza dei genitori verso convincimenti diversi e della libertà che riconoscono al minore.

imposizione dell'obbligo di uscire accompagnati o di astenersi dal partecipare a feste o incontri.

Non sembra giustificato continuare ad affidarsi, in materia, a quel criterio sociologico – pur assunto come parametro di riferimento da giurisprudenza meno recente – che dava risalto al bisogno di conformarsi ai dettami della fede maggioritaria o di una confessione tradizionale, sul presupposto di un'asserita primazia culturale acquisita per via d'una maggiore diffusione sociale. E si è evidenziato, d'altra parte, il rischio di alimentare un pregiudizio negativo verso alcune confessioni minoritarie, di cui talvolta sono stati presi in considerazione esclusivamente taluni aspetti critici per motivare strumentalmente una decisione ostativa alla loro diffusione, che si è palesata in realtà come ingiustificata e arbitraria.

L'accentuarsi del pluralismo, la garanzia di eguale libertà assicurata sia all'agnosticismo e all'ateismo che alle fedi religiose, il diritto all'eguale libertà di tutte le confessioni religiose e il dovere costituzionale di equidistanza, imparzialità e neutralità delle istituzioni pubbliche repubblicane escludono la legittimità della decisione di privilegiare, nell'affidamento dei figli, un genitore rispetto all'altro soltanto in ragione della professione di fede. Porrebbe in essere, pertanto, un'ingiustificabile discriminazione per motivi religiosi una preferenza nei confronti del genitore cattolico che pretendesse di continuare a considerarsi giustificata in forza esclusiva del fatto che il cattolicesimo fosse in passato la religione dello Stato italiano e che i valori cattolici si siano via via radicati nella storia e nella cultura del nostro paese, caratterizzandone anche l'attuale tradizione identitaria. Proprio in considerazione di ciò, la Giurisprudenza, soprattutto della Corte EDU, insiste affinché, in ogni caso, indipendentemente dalla fede professata da ciascuno degli interessati, siano garantiti e agevolati gli incontri dei figli anche con i genitori non affidatari, a meno che ad opporvisi non siano i minori stessi¹². Nel caso di dubbi, un criterio discretivo generale sussidiario, applicato di frequente in campo di educazione religiosa della prole, è quello della "continuità" nella fede già seguita spontaneamente dal minore, senza manifestazioni di traumi o di ritrosie¹³.

12. Per una rassegna ragionata al riguardo cfr. Marcella Distefano, *Il diritto dei minori alla libertà religiosa: tra norme e prassi internazionali*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2020, n. 19, pp. 85-106.

13. In senso conforme si vedano le riflessioni di David Durisotto, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 73 ss.

Quel che in ogni caso è importante è assicurarsi che ai minori non sia stato impedito di acquisire conoscenze e fruire di opzioni diverse in materia religiosa, Per tale ragione, le istituzioni statali devono essere pluraliste e nelle istituzioni scolastiche confessionali i programmi di studio devono essere approvati da istituzioni pubbliche, per evitare un indottrinamento cieco e la formazione di pregiudizi acritici verso le differenze.

Con più specifico riferimento alla famiglia, va prestata attenzione all'evoluzione delle esigenze conoscitive e alla sensibilità del minore, onde garantire che questi non si veda ostacolato nell'avvicinarsi ed aprirsi liberamente alla conoscenza e all'esperienza di qualsiasi credo in materia religiosa, anche di segno negativo, in vista della conquista per sé di un equilibrato sviluppo emotivo e di una crescita serena.

In favore e a sostegno dell'autodeterminazione del minore e del rispetto per gli interessi e le convinzioni manifestati dal minore stesso attraverso le capacità maturate, e dunque in forza di un esercizio della propria libertà di pensiero, coscienza e religione, si esprimono, del resto, tanto la normativa quanto la giurisprudenza prodotte anche a livello internazionale. Si vedano infatti solo a mo' di esempio le previsioni degli artt. 5 e 14 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989.

In ambito europeo, specificamente dell'Unione Europea e della CEDU, si registrano problematiche ed esperienze giuridiche simili tra i diversi Paesi aderenti, tanto da indurre a far leva su tradizioni costituzionali comuni ed a promuovere la circolazione dei medesimi modelli giuridici, inerenti alla configurazione di istituti e meccanismi risolutivi delle controversie nonché alla predisposizione di soluzioni giudiziarie. In molte pronunce attinenti all'affido di minori con valutazione delle condizioni necessarie ad assicurarne l'educazione religiosa, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sostenuto in maniera univoca e consolidata l'importanza che i bambini vivano in un clima aperto e pacifico, senza essere esposti a costrizioni da parte dei genitori, così da evitare che siano turbate le abitudini religiose accettate consapevolmente dal minore, tenendo conto delle sue intenzioni e convinzioni in relazione alla maturità sviluppata¹⁴.

14. Sono note le sentenze *Hoffman c. Austria* del 23 giugno 1993, ric. n. 12875/1987, nonché *Palau-Martinez c. Francia* del 16 dicembre 2003, ric. n. 64972/2001; *Ismailova c. Russia* del 2 giugno 2008, ric. n. 37614/2002, che hanno ritenuto discriminatorio, sproporzionato, irragionevole, ingiustificato, lesivo della vita privata e familiare e pertanto illegittimo il diniego di affido dei figli a un genitore a motivo del suo credo religioso in una confessione minoritaria e non accompagnato da serie valutazioni sia sui potenziali

Può quindi sostenersi senz'altro che le relazioni familiari costituiscono un bene da tutelare sotto il profilo giuridico a livello costituzionale, perché possono contribuire in modo determinante a favorire l'esplicazione della personalità umana e l'autodeterminazione morale e religiosa di ogni componente del nucleo familiare, e soprattutto dei minori.

4. La libertà religiosa del minore nell'ipotesi di conflittualità con i genitori

In base al grado d'indipendenza acquisita, è pressoché pacifico che il minore vada posto in condizione d'esercitare la propria libertà religiosa in tutte le sue sfaccettature.

A differenza del passato, in cui si riteneva che ai genitori spettasse un ruolo incisivo e preponderante nel proporre e fare seguire modelli ideologici e culturali¹⁵, soprattutto dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, si ritiene invece che il singolo componente del nucleo familiare, anche se minorenni, vanti un pieno diritto a esplicitare la propria personalità anche in caso di contrasti con i propri genitori o con chi esercita la responsabilità genitoriale¹⁶. Giacché l'autonomia di ogni singola persona merita tutela, è richiesto di evitare ogni forma di coartazione della coscienza, intimidazione psicologica o ingerenza che vada a tradursi in una pressione morale soprattutto su persone di giovane età, che risultano dipendenti non solo materialmente ma anche emotivamente e psicologicamente da altri e, anche a motivo di ciò, possono essere facilmente suggestionabili¹⁷.

danni concreti che s'ingenererebbero alla prole sia sull'eventuale influenza negativa sulla crescita dei minori; T.C. c. Italia del 19 maggio 2022, ric. n. 54032/2018, che riconosce la legittimità del divieto ingiunto al padre di coinvolgere la figlia in iniziative religiose impegnative e che nel concreto ne turberebbero la serenità.

15. Su tale aspetto si vedano le considerazioni conformi di Antonio Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, X ed., Milano, Giuffrè, 2005, p. 29.

16. Per Salvatore Bordonali, *Libertà religiosa e salvaguardia dei minori dopo la sentenza costituzionale n. 13 del 1991*, in «Dir. fam. pers.», 1991, XX, pp. 1072-1086 la scelta del minore certamente può entrare in contrasto con quella genitoriale.

17. Si è evidenziato come il rispetto da imposizioni e simbolismi costituisca un fattore indispensabile per assicurare la crescita serena e l'integrità psicofisica dei minori. In tema cfr. Maria Luisa Lo Giacco, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2007, pp. 1-29; Laura Pirone, *Osservazioni in tema di libertà religiosa nella realtà familiare*, in

Noto è che, a seguito delle modificazioni del Concordato introdotte nel 1984, l'istruzione religiosa nelle scuole cosiddette primarie e secondarie da obbligatoria è diventata facoltativa. Con la L. n° 281 del 1986, si è previsto che nelle scuole medie superiori l'insegnamento opzionale della materia di religione sia rimesso alla scelta del minore stesso, cosicché la libertà decisionale di quest'ultimo prevale rispetto ad eventuali scelte difformi dei genitori. Si tratta di un riconoscimento normativo del diritto all'autodeterminazione dei minori, mirato, da una parte, a favorire l'esplicazione della volontà e della personalità di questi ultimi e, d'altra parte, a responsabilizzare i diretti interessati nel compimento di una scelta delicata e personalissima.

L'immigrazione e il pluralismo etnico e religioso rendono le realtà occidentali una "babele"¹⁸ in cui, ben oltre la scelta di fruire o meno di un insegnamento scolastico, la stessa integrazione sociale può risultare molto difficoltosa soprattutto per le nuove generazioni. Queste possono infatti venire a trovarsi in situazioni di particolare tensione, sia a motivo della giovane età e della conseguente mancanza d'autonomia economica e d'indipendenza materiale, sia per effetto dei conflitti che possono sorgere tra la mentalità laica radicata nelle liberaldemocrazie dei Paesi europei, fondata sulla parità tra le convinzioni religiose e tra i sessi¹⁹, e le regole comportamentali di religioni, spesso originatesi in altri continenti, imperniate su concezioni patriarcali della famiglia e fortemente condizionanti per le scelte della vita quotidiana, privata e pubblica, dei propri fedeli. Tali conflitti possono infatti comportare costi sociali ed economici molto elevati per persone che vivono all'interno di comunità etniche e parentali indispensabili per la propria vita relazionale e anche lavorativa²⁰.

La cronaca dà notizia di relazioni familiari talvolta connotate da vincoli e imposizioni circa l'abbigliamento da indossare, da divieti di fre-

«Dir. Eccl.», 1998, I, pp. 666-681.

18. Sul tema cfr. Mario Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo, 2008.

19. Nicola Fiorita, *L'Islam spiegato ai miei studenti. Undici lezioni sul diritto islamico*, II ed., Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 33, evidenzia gli sforzi esegetici e interpretativi di parte del mondo musulmano circa l'applicazione del diritto di famiglia in maniera da stemperare la distanza di posizione gerarchica tra componenti forti e deboli.

20. Sulla pervasività dei precetti religiosi islamici si veda la ricostruzione critica compiuta da Rosa Geraci, *Etica e finanza islamica: shari'a e mercato*, Roma, Edizioni Efestò, 2022.



quantazione di persone di sesso diverso o di uscite da casa senza accompagnatore, da prescrizioni alimentari riguardo al consumo di cibo e alcol, dal divieto di trasfusioni di sangue (come nel caso dei testimoni di Geova), dalla pretesa che si attuino pratiche religiose pregiudizievoli per la salute o l'integrità psicofisica dei figli (come nel caso della circoncisione e dell'infibulazione).

In Europa, le pretese di educare i figli costringendoli ad osservare i convincimenti religiosi dei genitori cedono dinanzi all'esigenza di evitare pregiudizi per la salute, la libertà e i diritti fondamentali dei bambini. Nel rispetto di questo limite, è rimessa alla competenza e al "margine di apprezzamento" degli ordinamenti nazionali l'adozione di una disciplina giuridica delle relazioni familiari che non comprometta l'esercizio del diritto soggettivo a seguire i dettami della propria coscienza e della propria fede anche in materia di educazione della prole, senza tuttavia legittimarne l'abuso e la traduzione in forme di indebite discriminazioni²¹. Emerge così l'importanza del dovere dei genitori di tenere una condotta educativa responsabile, in quanto le relazioni familiari non sono da intendere come fine a sé stesse, ma piuttosto come relazioni funzionali allo sviluppo di una società rispettosa dei diritti di tutti e, più in generale, allo sviluppo di una cittadinanza e di una cultura democratica, interpretate come beni comuni essenziali.

5. Osservazioni conclusive

La problematica richiamata permette di evidenziare che, quando si pongono a confronto beni di uguale rilievo costituzionale, la soluzione ottimale non si individua necessariamente attraverso l'uso della tecnica del bilanciamento o della ponderazione, che fa prevalere di volta in volta e in concreto la tutela di un bene sulla tutela dell'altro. Un'opzione risolutiva più promettente sembrerebbe essere infatti quella di usare tecniche mirate a tutelare tutti i beni in concorso, applicando quel canone della ragionevolezza pratica che permette di concepirli in maniera non oppositiva, e cioè come beni fra di essi complementari o almeno come beni funzionali l'uno per l'altro. I beni costituzionali, infatti, per la loro ampiezza e portata programmatica, si prestano meglio di altri ad essere

21. In senso conforme cfr. Vincenzo Pacillo, *Sovranismo e libertà religiosa individuale*, in *Costituzione, religione e cambiamenti nel diritto e nella società*, a cura di Pierluigi Consorti, Pisa, Pisa University Press, 2019, p. 188.

resi conciliabili tra di essi, soprattutto perché hanno pubblico rilievo e sono d'interesse generale.

Proprio il bene costituzionale delle relazioni familiari si mostra, ad esempio, come un bene che può essere tutelato senza necessario pregiudizio per la tutela del bene di altrettanto rilievo costituzionale della libertà religiosa dei figli minori. L'esercizio responsabile di quest'ultima presuppone infatti il riconoscimento del diritto della prole ad acquisire conoscenze, a sviluppare capacità critica ed a formare in autonomia la propria coscienza e la propria personalità. Senza dubbio, le prime esperienze religiose e la loro pratica avvengono nel contesto familiare: centro d'affetti nelle cui pieghe si cominciano a conoscere innanzitutto la visione morale del mondo e la convinzione religiosa (positiva o anche negativa) dei genitori. Ma la tutela giuridica della libertà religiosa dei genitori non impedisce all'ordinamento di garantire ugualmente ai minori la libertà di discostarsi dalla scelta genitoriale e di giungere a formarsi, in tema di religione, convinzioni diverse e persino opposte, parimenti meritevoli di rispetto.

Non si è, pertanto, dinanzi a beni o interessi contrapposti, né trattasi di semplici questioni private, di mero rilievo interno alla singola famiglia. La relazione familiare assurge piuttosto a bene costituzionalmente protetto soltanto in quanto concorre effettivamente ad assicurare a ciascuno dei membri della famiglia, e a quelli minori d'età più in particolare, il diritto a conquistare e mantenere piena autodeterminazione in campo morale e religioso. A ciò è preordinato l'inquadramento delle relazioni familiari tra i beni costituzionalmente tutelabili, cosicché tali relazioni non perdono la propria valenza costituzionale a fronte della libertà religiosa dei minori ma, più semplicemente, ancorano il proprio sviluppo alla creazione di un ambiente domestico che sappia garantire democraticamente, al medesimo tempo, la libertà dei singoli genitori di manifestare ai figli i propri convincimenti religiosi e la libertà di ciascuno figlio di formarsi in piena autonomia la propria coscienza religiosa.

La libertà di religione si esplica anche al di fuori del contesto familiare, in altri spazi privati e nello spazio pubblico. E anche in ragione di ciò le relazioni familiari acquistano, per gli individui in generale e per i minorenni in particolare, una valenza identitaria e culturale, e, con l'evoluzione della società contemporanea e le nuove tipologie di famiglia, segnano una nuova linea di confine tra spazio pubblico e privato, distinguibili



sempre meno nettamente²². In ogni caso, tali relazioni costituiscono un bene essenziale per garantire autonomia e libertà individuali e meritano pertanto di essere valorizzate e tutelate sempre di più all'interno di ogni sistema politico democratico rispettoso dei diritti umani²³.

La sfida da raccogliere è quella di promuovere la conquista e l'esplicazione dell'autodeterminazione religiosa dei minorenni attraverso una tutela conforme a costituzione della libertà religiosa dei genitori, mantenendosi in linea con l'evoluzione della famiglia e del diritto in senso plurale, inclusivo e tollerante.

I beni costituzionali delle relazioni familiari e della libertà religiosa, nella loro declinazione democraticamente evoluta, sono da ritenere complementari o quanto meno correlati. Le soluzioni normative e giurisprudenziali adottate per conciliare le diverse esigenze pratiche ad essi riconducibili sembrano proiettare le democrazie occidentali verso un'*open society*, improntata all'effettivo rispetto delle esigenze e delle convinzioni della persona umana. E questo rispetto non può non passare anche per il riconoscimento di una declinazione in chiave democraticamente aperta e tollerante delle relazioni interpersonali più prossime.

22. In tema si vedano le riflessioni formulate da Pierpaolo Donati, *Gli spostamenti di confine fra pubblico e privato nella famiglia*, in *Lineamenti di sociologia della famiglia*, a cura di Pierpaolo Donati, Paola Di Nicola, Roma, Carocci, 2022, secondo cui il fenomeno familiare sarebbe al contempo un fatto pubblico e privato.

23. Conclusioni conformi parrebbero venire espresse da Angelo Licastro, *Relazioni tra genitori e figli: il ruolo delle libertà di religione e di coscienza*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», rivista telematica (www.statoechiese.it), 2023, n. 16, p. 36.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2024
da Digital Team Srl - Fano (PU)
per conto di Pisa University Press - Polo Editoriale CIDIC - Università di Pisa